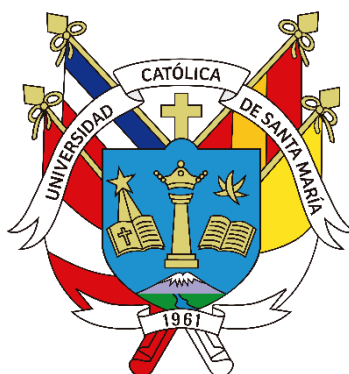


Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**Los límites a la facultad directriz del empleador en el monitoreo de las
comunicaciones a partir de la utilización del test de ponderación**

Tesis presentada por el Bachiller:

Rodriguez Carrasco, Angela Teresa

ORCID: 0009-0009-8937-102X

para optar el Título Profesional de Abogado

Asesor (a):

Matos Zegarra, Mauricio

ORCID: 0000-0002-6552-5524

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DERECHO

TITULACIÓN CON TESIS

DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR

Arequipa, 13 de Abril del 2025

Dictamen: 010269-C-EPDD-2025

Visto el borrador del expediente 010269, presentado por:

2015801352 - RODRIGUEZ CARRASCO ANGELA TERESA

Titulado:

**LOS LÍMITES A LA FACULTAD DIRECTRIZ DEL EMPLEADOR EN EL MONITOREO DE
COMUNICACIONES A PARTIR DE LA UTILIZACIÓN DEL TEST DE PONDERACIÓN.**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

Título Profesional/Título de Segunda Especialidad/Grado Académico a optar:

ABOGADO

**46910101 - NALVARTE LOZADA JUAN CARLOS
DICTAMINADOR**



**71238129 - GONZALES ORTEGA BERLY
DICTAMINADOR**



Los límites a la facultad directriz del empleador en el monitoreo de comunicaciones a partir de la utilización del test de ponderación.

INFORME DE ORIGINALIDAD

23%

INDICE DE SIMILITUD

20%

FUENTES DE INTERNET

14%

PUBLICACIONES

9%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1 hdl.handle.net Fuente de Internet 2%

2 Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante 2%

3 tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet 1%

4 qdoc.tips Fuente de Internet 1%

5 tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet 1%

6 Submitted to Pontificia Universidad Católica del Perú Trabajo del estudiante 1%

7 dspace.unitru.edu.pe Fuente de Internet 1%

Dedicatoria



Agradecimiento



RESUMEN

La presente tesis abordará el conflicto de derechos que surge en el ámbito laboral cuando el empleador, en ejercicio de su poder de dirección, fiscaliza el uso del correo electrónico corporativo, entendiendo a este como un instrumento de trabajo. En este contexto, se examina a profundidad el derecho a la libertad de empresa del empleador, expresado en su poder de dirección, y el derecho a la privacidad del trabajador, considerando su interacción dentro de la relación laboral; así como también se desarrollará la tensión derivada de la colisión de ambos derechos.

El estudio analiza el vacío legal que actualmente existe al respecto y la necesidad de establecer un marco normativo que regule la fiscalización en un primer momento del correo electrónico corporativo pero plausible a ser extendida a todos aquellos mecanismos comunicativos que han sido proveídos por el empleador como instrumentos de trabajo, asegurando el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores sin menoscabar el poder de dirección del empleador. Para ello, se analiza la jurisprudencia nacional e internacional sobre los alcances del poder de dirección, en su expresión de poder de fiscalización, y sus límites frente a la protección de la privacidad en el entorno laboral.

Dado que actualmente no existe una norma específica sobre esta materia en el ordenamiento jurídico peruano, se examina el test de ponderación, utilizado por el Tribunal Constitucional como mecanismo fundamental para resolver conflictos de derechos fundamentales. Ello con la finalidad de determinar si el empleador tiene una facultad legítima para fiscalizar o monitorear el correo electrónico corporativo y, en caso afirmativo, qué requisitos y/o presupuestos deben cumplirse para garantizar que dicha fiscalización sea idónea, necesaria y proporcional.

Asimismo, se revisa los mecanismos establecidos por la jurisprudencia internacional para abordar este conflicto de derechos, especialmente el test Bărbulescu, establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como un criterio de referencia en la evaluación de la legalidad del monitoreo de las comunicaciones laborales. Se estudia su impacto y relación con el reconocido Test de Ponderación en la regulación de la fiscalización sobre herramientas de comunicación corporativa, con el objetivo de establecer estándares que garanticen un equilibrio entre los intereses del empleador y la protección de los derechos del trabajador.



Palabras claves:

Privacidad, Fiscalización, Relaciones Laborales.

ABSTRACT

This thesis examines the conflict of rights that arises in the workplace when an employer, in the exercise of their managerial authority, monitors the use of corporate email, recognizing it as a work tool. In this context, a comprehensive analysis is conducted on the employer's right to business freedom, manifested through their managerial authority, and the employee's right to privacy, considering their interaction within the employment relationship. Furthermore, the study explores the inherent tension resulting from the intersection of these rights.

The research highlights the existing legal vacuum in this area and the pressing need to establish a regulatory framework governing the surveillance of corporate email, with the potential for extension to all communication mechanisms provided by the employer as work tools. Such a framework must ensure the protection of fundamental labor rights while preserving the employer's prerogatives. To this end, both national and international jurisprudence are examined concerning the scope of managerial authority, particularly in its supervisory function, and its limitations in relation to privacy protection in the workplace.

Given the absence of specific regulation on this matter within the Peruvian legal system, this study evaluates the proportionality test, employed by the Constitutional Court as a fundamental mechanism for resolving conflicts between fundamental rights. The objective is to determine whether an employer possesses a legitimate authority to monitor or oversee corporate email and, if so, to establish the necessary conditions and criteria that must be met to ensure that such as the suitability, necessity, and proportionality in the narrow sense

Furthermore, this research reviews international jurisprudential mechanisms that address this conflict of rights, with particular emphasis on the Bărbulescu test, as developed by the European

Court of Human Rights, which serves as a benchmark for assessing the legality of workplace communication monitoring. The study examines its implications and correlation with the proportionality test, aiming to establish standards that ensure a fair equilibrium between the employer's managerial interests and the safeguarding of employees' fundamental rights.



Key words:

Privacy, Surveillance, Labour Relations.

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN	4
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN	13
CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	16
1. Descripción del problema	17
2. Hipótesis.....	19
3. Objetivos.....	19
CAPITULO II: PLANTEAMIENTO TEÓRICO	22
1. Estado del arte.....	22
2. Contrato de trabajo como fuente de la facultad directriz.....	24
2.1. Concepto.....	23
2.2. Facultad de dirección del empleador.....	29
2.2.1.Fundamentos de la facultad directriz.....	29
2.2.2. Contenido del poder de dirección.....	31
2.2.3. Definición del poder de dirección.....	35
2.2.4. Elementos del poder de dirección.....	38
2.2.4.1. Poder de dirección.....	38
2.2.4.1.1. Ius variandi.....	39
2.2.4.2. Poder de fiscalización.....	41
2.2.4.3. Poder de sanción.....	42
2.2.5. Manifestaciones del poder directriz.....	44

2.2.6. Alcances y límites.....	45
2.2.6.1. Buena fe.....	47
2.2.6.2. Razonabilidad.....	49
2.2.6.3. Proporcionalidad.....	51
2.2.6.4. Igualdad.....	53
2.3. Contenido esencial del poder directriz enmarcado en la jurisprudencia.....	56
2.3.1. Casación Laboral N.º 3939-2011: Respeto al uso del correo electrónico corporativo con fines sindicales.....	56
2.3.2. Exp. 12945-2013 RIPLEY: Respeto a la vulneración a la libertad de expresión en redes sociales.....	60
2.3.3. STC 2208-2017-PA/TC, Caso D'ONOFRIO: Respeto a la vulneración a la intimidad del trabajador a través de la videovigilancia laboral y al requerimiento probatorio de la vulneración alegada.....	62
3. Derechos del trabajador en colisión con el poder de dirección del empleador.....	64
3.1. Derecho a la privacidad.....	66
3.1.1. Derecho a la intimidad, privacidad y vida privada.....	69
3.1.2. Marco jurídico internacional y nacional.....	73
3.1.3. Ámbito de protección.....	75
3.1.4. Elementos del Derecho a la intimidad.....	77
3.1.5. Niveles de protección.....	78
3.1.5.1. Sphärentheorie: Teoría de la concetricidad de las esferas.....	78
3.1.5.2. Teoría de concetricidad de las esferas múltiple.....	81
3.1.5.3. Teoría distintiva de la esfera íntima y la esfera privada.....	84
3.1.5.4. Teoría del mosaico.....	86
3.1.5.5. Teoría del control de la interacción social en espacios privados.....	90

3.1.6. Alcances en el contexto peruano.....	91
3.2. Derecho a la inviolabilidad de comunicaciones.....	92
3.2.1. Características.....	93
3.2.2. Interacción con el Derecho a la intimidad y la Vida Privada.....	94
3.2.2.1. Análisis de la perspectiva jurisprudencial internacional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	96
3.3. La aparición de las TICS en las Relaciones Laborales.....	98
CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO	101
1. Enfoque	102
2. Nivel	102
3. Método de Investigación	103
4. Técnica	103
4.1. Instrumento	103
CAPITULO IV: HALLAZGOS Y RESULTADOS.....	104
4. Aplicación del test de ponderación en la fiscalización del monitoreo de comunicaciones mediante TICS.....	105
4.1. Concepto, origen y finalidad del test de proporcionalidad.....	105
4.2. Elementos del Test de Proporcionalidad.....	106
4.3. Proyectos de ley enfocados a brindar soluciones al conflicto de derecho.....	108
4.3.1. Proyecto de Ley 2604/2013- CR.....	109
4.3.2. Proyecto de Ley 3329/2013- CR.....	110
4.4. El test de ponderación en el ordenamiento jurídico peruano.....	112
4.4.1. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	112
4.4.2. Jurisprudencia internacional.....	114

4.4.2.1. Sistema Europeo de Derechos Humanos.....	114
4.4.2.1.1. Caso López Ribalda y otros vs. España.....	115
4.4.2.1.2. Caso Copland vs. Reino Unido.....	120
4.4.2.1.3. Caso Bărbulescu vs. Rumania.....	122
4.4.2.2. Jurisprudencia de altos tribunales de Europa.....	128
4.4.2.2.1. Caso Onof vs. Nikon.....	128
4.4.2.2.2. Franck Vs. Martin.....	120
4.4.3. Aplicación del test de ponderación.....	131
4.4.3.1. Análisis de la proporcionalidad de medidas de control de comunicaciones aplicadas por empleadores a la luz de la jurisprudencia peruana.....	131
4.4.4. Jurisprudencia nacional respecto al monitoreo de las comunicaciones.....	132
4.4.4.1. Sentencias del Tribunal Constitucional.....	132
4.4.4.1.1. Expediente N°1058-2004-AA/TC - Caso SERPOST	132
4.4.4.1.2. Expediente N°4224-2009-PA/TC - Caso CAJA MUNICIPAL DE AHORRO Y CRÉDITO DE TACNA S.A.....	137
4.4.4.1.3. Expediente N°03599-2010-PA/TC - Caso ESPINOZA CHUMO.....	139
4.4.4.1.4. Expediente N°05532-2014-PA/TC - Caso VIZQUERRA HOUHTON.....	142
4.4.4.1.4. Expediente N°00943-2016-PA/TC - Caso PAUCARJA MERCADO.....	144
4.4.4.1.5. Expediente N°04386-2017-PA/TC - Caso SINATRACAMAC.....	147
4.4.4.2. Sentencias del Poder Judicial.....	149
4.4.4.2.1. Casación Laboral 14614-2016-LIMA - Caso NESTLÉ.....	149
4.4.4.2.2. Expediente N°00474-2024 - Caso MAYTA CAMARENA	151

4.4.4.3. Hallazgos con relación al análisis de la proporcionalidad de medidas de control de comunicaciones.....	153
4.4.5. Requisitos para la fiscalización debida del correo electrónico corporativo.....	157
CONCLUSIONES.....	162
RECOMENDACIONES.....	174
REFERENCIAS.....	178



INTRODUCCIÓN

Actualmente, las tecnologías de la información y la comunicación —en adelante TICS— son utilizadas en distintas esferas y ámbitos de la persona, esto debido a que los recursos y equipos que ofrece, facilitan la administración e intercambio de la información. Bajo ese contexto, las TICS se emplean en el ámbito laboral como medio de comunicación interno, entre trabajadores, o externo, vinculando al personal de trabajo con clientes y/o terceros relacionados al giro del negocio.

Entre las herramientas proporcionadas por las TICs, destaca el correo electrónico, que, en su calidad de servicio de mensajería electrónica, inicialmente tuvo un propósito social de comunicación en internet. Sin embargo, en la actualidad, debido a su simplicidad, practicidad, eficiencia e inmediatez, ha logrado una aceptación progresiva en el entorno empresarial, consolidándose el correo institucional o corporativo como un recurso fundamental en las comunicaciones empresariales (Fasabri, 2023, párr. 4).

Por esta razón, los empleadores han incorporado las TICs en el ámbito laboral con el objetivo de optimizar procesos, como el de la comunicación. En consecuencia, las empresas han materializado este esfuerzo mediante la habilitación de plataformas de comunicación institucional, siendo el correo electrónico corporativo el medio más utilizado, y el primigenio, sin perjuicio de la existencia de otras alternativas disponibles en el mercado, los cuales, entenderemos, se deben regir bajo los estándares del correo electrónico corporativo. En este

sentido, resulta pertinente analizar el proceso de fiscalización al que puede estar sujeto este medio de comunicación.

Si bien la relación laboral impone al empleador una serie de obligaciones respecto de sus trabajadores, destaca principalmente su poder de dirección, una facultad con sustento constitucional en el principio de libertad de empresa, reconocido en el artículo 59° de la Constitución Política. Dicha facultad permite al empleador organizar su actividad empresarial y disponer la realización de actividades orientadas al cumplimiento de los fines de la empresa.

En este marco, el poder de dirección abarca tres facultades principales: i) el poder de dirección propiamente dicho; ii) el poder de fiscalización; y iii) la facultad de sancionar eventuales faltas cometidas por el trabajador. En consideración a los objetivos del presente estudio, el análisis se centrará en la facultad fiscalizadora del empleador, la cual le permite supervisar, monitorear, medir y/o verificar el cumplimiento de las labores encomendadas al trabajador; es así, que en la presente investigación nos referiremos a la fiscalización y al monitoreo como sinónimos.

Dado que el poder directriz del empleador se materializa, en parte, a través de la fiscalización laboral, resulta imprescindible que este cuente con habilitación legal para supervisar los medios de comunicación proporcionados a sus trabajadores, entre los cuales el más utilizado es el correo electrónico corporativo. En este contexto, el presente estudio no abordará la fiscalización del uso de instrumentos tradicionales de trabajo, sino específicamente la del correo electrónico, cuya complejidad radica en los procesos comunicativos y la información que involucra, lo que genera una evidente tensión con derechos fundamentales de los trabajadores, como el derecho a la intimidad.

De hecho, aun tratándose de un correo institucional, la relación laboral puede implicar la divulgación al empleador de información que el trabajador podría considerar sensible y de carácter estrictamente personal, y es que, no es fácticamente posible, al entrar a laborar, abandonar su ámbito social o el libre desenvolvimiento de su personalidad. En este escenario, surge un conflicto de derechos cuya resolución, en la jurisprudencia, suele abordarse mediante el test de ponderación. No obstante, debido a las particularidades de la relación laboral y al escaso desarrollo normativo respecto de las TICs, resulta fundamental analizar y concretar, de ser posible, las acciones que puede realizar el empleador para superar el test de ponderación y así, estar habilitado a realizar una debida fiscalización del correo electrónico corporativo.



CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Descripción del Problema

Actualmente, las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (en adelante "TICS") se encuentran en todos los ámbitos de la sociedad, sin excluir al ámbito laboral; en efecto, en la dinámica de la relación laboral, el trabajador puede hacer uso de las TIC's para comunicarse y viabilizar el cumplimiento del contrato de trabajo. Es en este contexto que encontramos al correo electrónico, el medio de comunicación electrónico básico, el cual, debido a su simpleza, practicidad, inmediatez y eficiencia generó una aceptación progresiva en el ámbito empresarial, implantando lo que actualmente conocemos como el correo electrónico institucional o corporativo.

El correo corporativo es un instrumento de trabajo que la empresa pone a disposición del trabajador para la prestación de sus servicios, esto es, para enviar y recibir correos relativos al trabajo, por lo que el uso extralaboral del mismo implicaría una utilización indebida del mismo, sea por acción o por omisión, por acción al estar destinando un instrumento de trabajo para fines no previstos por el empleador y por omisión al no ejercer sus labores en el periodo que destinó a sus comunicaciones interpersonales extralaborales. La posibilidad de infracción a sus obligaciones laborales conduce a que el empleador realice una fiscalización para posteriormente sancionar la conducta indebida, sin embargo, debido a que esta fiscalización involucra como objeto de revisión a las comunicaciones efectuadas por el trabajador, podría verse limitada por el Derecho a la intimidad y el Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que la relación laboral es una relación contractual de empresario-empleado, con derechos y obligaciones que rigen para ambas partes, esta

relación contiene los elementos de prestación personal, remuneración y subordinación. La subordinación es el propio poder directriz del empleador, la facultad de dirigir, sancionar y fiscalizar las actividades laborales ejercidas por el trabajador. En este orden de ideas, el empleador tendría la facultad de supervisar el buen uso o uso adecuado de las herramientas de trabajo otorgadas y a la vez, la facultad de sancionar tanto el uso indebido de las mismas.

Sin embargo, entendiendo la naturaleza comunicativa del correo electrónico corporativo, nos encontramos ante un factor limitativo, puesto que, la revisión (por un tercero, el empleador) de una comunicación entre dos personas: emisor y receptor del mensaje, aunque el medio haya sido otorgado por el empleador como herramienta de trabajo, podría vulnerar el Derecho al Secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones; ahora bien, dependiendo de la naturaleza íntima o personal de los mensajes, se podría además cuestionar una posible vulneración al Derecho a la intimidad personal y familiar, por lo que, en la presente investigación determinaremos cuando tal fiscalización es debida y cuando excede los límites del poder directriz del empleador.

Anteriormente, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, han manifestado que, la facultad fiscalizadora emanada del poder de dirección del empleador no es irrestricta. Además, indican que la propiedad del empleador de la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones no significa que pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de las comunicaciones que contienen. Por lo que, en consecuencia, el único medio de fiscalización adecuado sería una investigación de tipo judicial, tal como señalaría la propia Constitución, por tratarse de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones. Sin embargo, en pronunciamientos actuales, se ha señalado de

manera superficial que una fiscalización del correo electrónico del trabajador podría darse únicamente si se ha preavisado por escrito tal facultad al trabajador, injustificadamente no se ha permitido que dicha comunicación se de a través del Reglamento Interno de Trabajo.

Por lo que, actualmente, nos encontramos ante un sinfín de pronunciamientos diversos que no señalan de forma concreta como se debe ejercer la facultad de fiscalización del empleador en estos casos concretos. En ese sentido, es menester de la presente investigación, determinar una fórmula legal aplicable a los empleadores para la debida fiscalización de los correos electrónicos corporativos.

Por lo que, debemos partir de la premisa que evidentemente estaríamos frente a un conflicto de Derechos, por un lado, el Derecho constitucional a la libertad de empresa, el cual se hace tangible en este caso a través de la fiscalización laboral, y por otro lado el Derecho a la intimidad personal y familiar y el Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Ante un conflicto de Derechos, la teoría conflictivista de Derechos Fundamentales, nos ofrece el test de ponderación, el cual tiene la finalidad de determinar cuál es el Derecho que predomina en cada caso concreto. El test de ponderación, tal como señala Arce (2013), ha sido estructurado en tres niveles, idoneidad, necesidad y ponderación. Con base a lo señalado, nos resulta importante delimitar cómo se aplica el test de ponderación cuando el empleador considere necesario fiscalizar los correos electrónicos corporativos. Razón por la cual, lo que se procura a través de la presente investigación es definir en qué supuestos el empleador se encuentra habilitado legalmente para proceder con la fiscalización del correo electrónico corporativo. Evidentemente, la legalidad de fiscalización estará supeditada a que concurran los

requisitos del test de ponderación, siendo que, para tal efecto, se analizará las propuestas de tribunales extranjeros.

En suma, se pretende absolver cuándo se encuentra habilitado legalmente el empleador para poder ejecutar acciones fiscalizadoras sin que se consideren ilegales por vulnerar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, bajo los parámetros del test de proporcionalidad.

2. Hipótesis

Dado que, la fiscalización laboral de las comunicaciones se ve en conflicto con determinados derechos del trabajador, **es probable** que, a través de la aplicación del test de ponderación se encuentre una fórmula legal que habilite legalmente la fiscalización laboral de las comunicaciones.

3. Objetivos

3.1. Objetivo General

Delimitar, a partir de la aplicación del test de ponderación, bajo que presupuestos se configura habilitación legal del empleador a la fiscalización laboral de las comunicaciones

3.2. Objetivos Específicos

- Señalar y desarrollar los derechos en conflicto al analizar la fiscalización laboral de las comunicaciones.
- Realizar un análisis jurisprudencial y doctrinario sobre fiscalización de las comunicaciones y el poder directriz del empleador.

- Determinar la compatibilidad de criterios que existe entre los tribunales peruanos e internacionales respecto de la fiscalización laboral de las comunicaciones
- Delimitar las competencias, deficiencias y aplicabilidad del test de ponderación en el caso en concreto.





CAPITULO II: PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. Estado del arte

Puesto que, en la actualidad no existe jurisprudencia vinculante ni legislación alguna que delimite el método habilitador a la fiscalización laboral de las comunicaciones, es importante analizar si, el test de ponderación resulta idóneo para habilitar al empleador a realizar tal acción.

Asimismo, si bien en la actualidad existen tesis relativas, como la titulada “Análisis constitucional sobre la fiscalización del correo electrónico institucional por parte del empleador” realizada por Magdalena Rosalinda Núñez Palacios y la titulada “el derecho a la intimidad del trabajador frente al control empresarial de medios de comunicación digitales” realizado por Carlos Rodrigo Abarca Rubianes, la presente investigación no tiene como finalidad analizar la posible violación de derechos, sino analizar la viabilidad de empleo del test de proporcionalidad por el empleador como habilitador legal para realizar la fiscalización del correo electrónico corporativo, entendiendo que, nos encontramos ante una acción que contrapone el Derecho a la libertad de empresa del empleador con el Derecho a la inviolabilidad de comunicaciones y a la intimidad del trabajador.

Por lo que, a diferencia de las tesis mencionadas anteriormente, en la presente nos centraremos en analizar el test de ponderación y su aplicabilidad en el caso en concreto, al contrastarlo con los métodos habilitadores usados internacionalmente para realizar tal acción en específico.

2. Contrato de trabajo como fuente de la facultad directriz

2.1. Concepto

Nuestra legislación no define el contrato de trabajo de manera textual, lo cual puede ser un desacierto por parte de nuestros legisladores, puesto que, es la fuente de nacimiento de los derechos laborales y de seguridad social. Por ello, es necesario recurrir a normativa de carácter civil para identificar que entiende el legislador peruano por “contrato”, en ese sentido, se encuentra que el Código Civil de 1984 define al contrato como el “acuerdo de dos o más partes para crear, regular modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (Código Civil de Perú [C.C.], 1984, art.1351).

Sumado a ello, al buscar una definición específica de contrato de trabajo, únicamente se encuentra el artículo cuarto del Decreto Supremo 003-97-TR el cual enuncia lo siguiente: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”. (Decreto Supremo 003-97-TR, 1997, art.4).

Toyama (2015) señala que, la norma citada previamente supone la existencia de un acuerdo de voluntades, y que los “servicios subordinados” presuponen la facultad del empleador de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados por el trabajador. Por otra parte, Catillo, Morillo & Criollo (2022) definen a este como el acuerdo producto de la voluntad de las partes — específicamente, el trabajador, el cual es necesariamente una persona natural, y empleador— a través del cual el trabajador se obliga a poner a disposición del empleador su

propio trabajo, a cambio de una remuneración. Tal definición permite identificar los elementos del contrato en la normativa civil.

Igualmente, se resalta la inclusión implícita de un elemento adicional de “ajenidad” como característica del contrato de trabajo, esto quiere decir que, los servicios prestados no son por cuenta del empleador, puesto que son prestados por un tercero contratado, es decir, el trabajador, consecuentemente, una actividad ajena. Esta característica a la vez, genera que los riesgos en su totalidad sean asumidos por el empleador.

Al no existir previsión normativa sobre lo que se debe entender por un contrato de trabajo, es necesario recurrir a otras fuentes del derecho, como la jurisprudencia, a fin de tener una mejor aproximación. Al respecto, se tiene que, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N°0002-2010-PI/TC señala que, se entenderá por contrato de trabajo al acuerdo de voluntades por la cual el trabajador se compromete a prestar de forma personalísima sus servicios bajo una relación de subordinación a favor del empleador, el cual a su vez, se obliga a otorgarle el pago de una remuneración, generando como elementos esenciales i) la prestación personal, ii) la subordinación a cambio de una iii) remuneración (Tribunal Constitucional de Perú [TC], 2010, N.º 00002-2010-PI/TC) sin lugar a dudas, ello guarda concordancia con la definición de los autores señalados en párrafos precedentes.

Efectivamente, al concebir al contrato de trabajo como generador de obligaciones recíprocas, tendrá siempre a los mismos actores, vale decir, el trabajador y el empleador. Así las cosas, el trabajador siempre tendrá que ser una persona natural, empero, el empleador podrá ser tanto una persona natural como una persona jurídica; además que, el Estado podrá constituirse como empleador más no como trabajador.

En esa línea de ideas, entre las obligaciones reciprocas señaladas se encuentra la obligación del empleador de pagar una remuneración al trabajador, y la obligación de este de prestar sus servicios personales de forma subordinada a su empleador; por tanto, el objeto del contrato tendrá una doble naturaleza. De hecho, lo pactado en el contrato de trabajo goza de tal relevancia y protección jurídica que no puede ser modificado por una tercera persona o incluso el propio Estado, conforme indica el artículo 62 de nuestra Constitución Política.

Ahora bien, con relación a los elementos de una relación laboral, se encuentra en primer lugar, la prestación personal de servicios cuenta con desarrollo expreso en nuestra legislación, en esa línea, el Decreto Supremo 003-97-TR en su artículo 5° señala que, para que una prestación de servicios sea de índole laboral deberán ser prestados única y personalmente por el trabajador como persona natural. Ello permite colegir que, una tercera persona —sin importar su experticia en el servicio a prestar— no puede realizar las labores del trabajador, puesto que el contrato se ha celebrado únicamente entre él y el empleador, el cual ha decidido contratarlo por sus cualidades personales. En particular, Arce (2021) indica que, el carácter personal impide la sustitución del trabajador, y que en caso concurra esta, la prestación de servicios dejará de ser laboral.

En segundo lugar, se tiene como elemento de la relación laboral, a la remuneración, la cual al igual que la prestación personal se encuentra definida en nuestra legislación, siendo especificada como el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, pudiendo ser de carácter dinerario o en especies, siempre que sean de su libre disposición (Decreto Supremo 003-97-TR, 1997, art.6). De ahí que, la remuneración tenga una triple identidad, i) un carácter

contraprestativo por los servicios prestados ii) la dualidad de su materia sea monetaria o en especies y iii) de su libre disposición.

En tercer y último lugar, se tiene al elemento determinante de una relación laboral, es decir, la subordinación. La legislación peruana entiende a este elemento como la prestación de servicios del trabajador bajo dirección de su empleador, además de señalar que, este último tiene la potestad de normar reglamentariamente sus labores, establecer los lineamientos necesarios para su ejecución y sancionar disciplinariamente su incumplimiento, cumplimiento defectuoso o cualquier otra infracción, dentro de los límites de la razonabilidad (Decreto Supremo 003-97-TR, 1997, art.9).

Ermida & Hernández (2002) precisan que, la subordinación no se limita a la obligación del trabajador de prestar el servicio pactado, sino que la prestación ha de hacerse con sujeción personal al poder de dirección del empleador, ello generará una jerarquía en la cual el empleador se encuentra por encima del trabajador, escenario que no se advierte en ningún otro tipo de contrato.

A causa de ello, se postula que naturalmente, una relación laboral es una relación jurídica con déficit democrático, siendo que, el Estado trata de corregir este desbalance a través de la legislación, estableciendo parámetros mínimos irrenunciables a favor de la parte débil de la relación, es decir, el trabajador.

En consecuencia, el Estado proclama derechos laborales, cuya irrenunciabilidad e indisponibilidad surgen a partir de la legislación y de los convenios colectivos — acuerdos entre el trabajador y el empleador con fuerza normativa de ley— Aunado a ello,

considerando el elemento de “ajenidad” desarrollado en párrafos ut supra, nace la subordinación de la mano del poder de dirección respecto a la prestación personal de servicios.

En mérito a ello, Ferro (2019) destaca que, la subordinación y el poder de dirección o facultad directriz del empleador, constituyen dos caras de la misma moneda, sobre cuya base, dentro de ciertos límites, incluyendo los derechos irrenunciables del trabajador, el empleador tiene la potestad de dirigir, fiscalizar y sancionar las labores que realiza el trabajador.

2.2. Facultad de dirección del empleador

2.2.1. Fundamentos de la facultad directriz

En la actualidad no existe uniformidad de criterios con relación a los fundamentos de la facultad directriz o facultad de dirección del empleador, sin embargo, se identifican dos posiciones principales, cuya principal distinción es el contrato de trabajo. En primer lugar, se encuentra al fundamento exclusivo del contrato de trabajo—en adelante, la “posición exclusivista” — que postula como fundamento del poder de dirección al contrato de trabajo exclusiva y excluyentemente, puesto que el mismo constituye una manifestación de la subordinación.

En esa tesitura, Fernández (2019) indica que esta posición se sustenta en el argumento que, a partir del contrato de trabajo surge un poder que permite la especificación y adaptación continua del objeto de la prestación del trabajo, siendo este, el poder de dirección, por ello, distingue al poder de dirección de otras facultades organizativas, las cuales encuentran su justificación en el derecho a la libertad de empresa, y que no encuentran su justificación en el objeto de la prestación de trabajo, sino en requerimientos técnicos y organizativos.

En segundo lugar, se encuentra el fundamento heterónomo del poder de dirección, — en adelante, “posición heterónoma”— el cual plantea que el poder de dirección encuentra su fundamento tanto en el contrato de trabajo, como en nuestra legislación, principalmente en la Constitución Política.

En consecuencia, el contrato de trabajo se encargará de regular la relación del empleador con el trabajador en referencia a la prestación del servicio, no obstante, se agota en la misma. Por ende, no regula la conducta que debe tener el trabajador dentro de la empresa, con sus compañeros de trabajo o con otros terceros relacionados, así como tampoco señala los cuidados respectivos de seguridad, orden e higiene que se requieren, entre otras cuestiones. Por ello, establecer al contrato de trabajo como único fundamento del poder de dirección resultaría insuficiente, ya que además de ello, entran a tallar diversas normas que justifican el poder de dirección en su totalidad:

Si bien previamente se señaló la existencia del sustento constitucional del poder de dirección, es necesario señalar los artículos que dan origen a esta facultad, en primer término, destacan los artículos 58° y 59° de La Constitución Política del Perú, en los que se señala que “*la iniciativa privada es libre*” ello se traduce en el derecho de libertad de empresa.

De forma complementaria, se encuentra el inciso 17 del artículo 2°, el cual establece el derecho de toda persona a participar, en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación.

Aunado a ello, el artículo 59° de la Constitución precisa el deber del Estado de estimular la creación de riqueza y asegurar la libertad de trabajo y empresa, comercio e industria.

Empero, el propio artículo señala que el ejercicio de dichas libertades no deberá ser contrario a la moral, salud ni seguridad pública.

De conformidad con los artículos señalados, Ferro (2019) indica que, el poder de dirección encuentra justificación a nivel constitucional, debido a que, toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender una actividad con o sin fines de lucro en nuestro territorio nacional, para lo cual, como titular de tal actividad y en referencia al personal que se contrate para ejecutarla, el empleador gozará de múltiples facultades organizativas, reglamentarias, fiscalizadoras y sancionadoras que vendrían a ser parte del denominado poder de dirección.

Asimismo, cabe señalar que según Toyama (2015) el derecho de libertad de empresa es fuente de nacimiento del poder de dirección, en mérito al cual el empleador podrá dirigir el modo, forma y lugar de la prestación de servicios de los trabajadores.

Además del sustento constitucional esgrimido, Lizama P. & Lizama C. (2020) propone que además el poder de dirección se fundamenta en el derecho a la propiedad en los términos del artículo 60° de nuestra Constitución Política, dado que, el empleador compromete su patrimonio para desarrollar una actividad económica, por lo que necesita del poder directriz para la correcta gestión de la prestación de labores, disciplina, seguridad, orden, y buena imagen empresarial; evitando perjuicios a su propiedad.

Además del sustento constitucional a nivel interno, se puede traer a colación otros instrumentos, por ejemplo, la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, señala en su artículo 7° como derecho del empleador, el ejercicio de su poder de dirección con límite a los derechos constitucionales de sus trabajadores.

Asimismo, el Decreto Legislativo 728, Ley de fomento del empleo, señala como manifestaciones del poder directriz del empleador, la reglamentación normativa de labores — a través el Reglamento Interno de Trabajo¹ o RISST—la posibilidad de dictar órdenes y la facultad sancionadora ante cualquier infracción.

Con relación al Reglamento Interno de Trabajador —como expresión del poder de dirección en su facultad de reglamentar el trabajo—el Decreto Supremo N° 039-91-TR, señala que, el RIT determina las condiciones a las cuales deben sujetarse tanto los empleadores como los trabajadores, contemplando disposiciones sobre los derechos y obligaciones del trabajador, normas de armonía en relación laboral, normas de seguridad, higiene y salud en el trabajo, jornada, horario de trabajo, así como prevención de accidentes y riesgos profesionales.

Por otra parte, el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante RISST), como expresión del poder de dirección, será el instrumento con el que deben contar todas aquellas empresas con 20 o más trabajadores, el cual contiene la política de seguridad y salud en el trabajo, además de los estándares de seguridad y salud en las operaciones, servicios y actividades conexas.

2.2.2. Contenido del poder de dirección

Para definir el poder de dirección se debe, en primera instancia, definir que integra el poder de dirección, para así delimitar el ámbito de estudio.

¹ Por Resolución Suprema de agosto de 1956, se señala la obligación de los empleadores que tengan a su cargo 100 o más trabajadores tener un Reglamento Interno de Trabajo que señale las normas idóneas para fomentar y mantener la armonía entre los trabajadores y empleadores

No hay consenso en el sector doctrinario con relación a las facultades que integran el poder de dirección, sin embargo, entre esta divergencia de criterios se identifica dos posiciones predominantes, en términos de Fernández (2019) i) el contenido amplio del poder de dirección y ii) el contenido propio del poder de dirección.

i) Contenido propio del poder de dirección: Esta posición propone que, el *ius variandi*, control empresarial y poder disciplinario no son parte del poder de dirección, de igual forma, las facultades administrativas u organizativas, las cuales derivarían del derecho de libertad de empresa y no el poder de dirección per sé.

Fernández (2019) refiere que, el poder disciplinario, si bien contribuye a garantizar la efectividad del poder de dirección, al funcionar como consecuencia de la trasgresión o incumplimiento de disposiciones, sus objetivos son diferentes; mientras que, al poder de dirección le importa impartir ordenes, el poder disciplinario tiene como fin imponer sanciones, por lo que difieren su contenido, y objeto, únicamente, entra a tallar como *ultima ratio* tras un incumplimiento laboral, y este a su vez responde a los principios de tipicidad, razonabilidad, proporcionalidad, etc.

En referencia a las facultades de vigilancia y control, Fernández & Rodríguez R. (2016) precisan que no pertenecerían al poder de dirección, debido a que, es un mecanismo que corrobora el cumplimiento de las órdenes impartidas por el empleador, las cuales no tendrían poder impositivo de no contar el empleador con las facultades de vigilancia y control. Sin embargo, este poder de fiscalización (desglosado en la vigilancia y control) no se limita a ello, ya que, abarca la fiscalización de la prestación de trabajo conforme a los términos contractuales y conforme a la legislación vigente (principalmente de seguridad y salud en el trabajo). Por lo

que, el poder de fiscalización actuaría más allá del poder de dirección, no siendo una manifestación del mismo.

En referencia al *ius variandi*, Toyama (2016) postula que es la facultad del empleador de introducir cambios de manera unilateral en una relación laboral², y si bien se ha reconocido ampliamente por gran parte de doctrinarios que, el mismo forma parte del poder de dirección, esto no sería correcto según los defensores del contenido propio del dicho poder, puesto que, tal como señala Fernández (2019), existirían dos diferencias entre ambos poderes.

La primera diferencia sería el fundamento, debido a que el nacimiento del *ius variandi* no sería el contrato de trabajo (como el del poder de dirección) sino la legislación laboral que acepta su procedencia, teniendo vigencia únicamente bajo los parámetros que exige la norma; y como segunda diferencia se tiene que, el poder de dirección únicamente opera dentro del marco que establece el contrato de trabajo a manera de especificación, por el contrario el *ius variandi* provoca la modificación unilateral de las condiciones que ofrece el mismo contrato de trabajo.

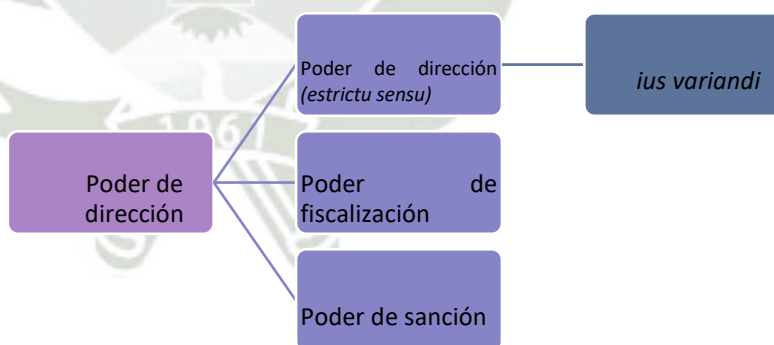
Finalmente, respecto a las facultades administrativas y organizativas laborales, esta posición indica que las mismas no operan para garantizar el correcto desarrollo del contrato, las mismas nacen a partir de derecho a la libertad de empresa y el derecho de propiedad, vinculadas a la gestión de la misma, por lo que, serían ejecutadas de forma previa al contrato de trabajo y al momento de su extinción (siendo principalmente la delimitación de la planilla

² Cabe mencionar que Jorge Toyama indica que, el *ius variandi* deriva del poder de dirección con el que cuenta el empleador, por lo que, si bien se usa su definición para lograr conceptualizar el *ius variandi*, la posición del autor sería conforme al contenido amplio del poder de dirección.

de trabajadores, las modalidades de contrato, remuneraciones y otros beneficios, y finalmente la extinción del contrato por causales no disciplinarias).

ii) Contenido amplio del poder de dirección: Esta concepción es aceptada de forma mayoritaria en la doctrina. Al respecto, Toyama (2016) indica que, el contrato de trabajo genera un vínculo de subordinación entre el trabajador y el empleador, por lo que, el primero estaría sujeto al poder de dirección del segundo. Es en este orden de ideas que, el empleador tiene la facultad de dirigir—incluyendo el *ius variandi*— fiscalizar y por ende sancionar al trabajador en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación laboral.

A continuación, se procede a desarrollar un organizador gráfico con los elementos que forman parte del poder de dirección, a efectos que, de manera ilustrativa, se explique el contenido del poder de dirección desde esta óptica amplia:



Fuente: elaboración propia

Habiendo desarrollado consideraciones generales como el contenido del poder de dirección y su justificación en el derecho laboral corresponde abordar propiamente la definición de este, a efectos de delimitar su alcance.

2.2.3. Definición del poder de dirección

De conformidad con lo desarrollado previamente, a partir del contrato de trabajo —sea en su enfoque exclusivista o heterónimo— se le reconoce al empleador un poder jurídico para dirigir y organizar la producción de su empresa conforme a sus intereses, dentro de un marco legal establecido. Este poder jurídico conocido como poder de dirección también es denominado “poder directriz”, “facultad directriz”, “poder de mando”, “potestad de mando” o “potestad de dirección”.

En esa línea, Luque (1999), al igual que autores precitados refiere que este poder derivar del derecho a la libertad de empresa y, cuya incidencia en la relación laboral, busca la adecuación de los recursos humanos³ a las necesidades de la empresa para consolidarla más competitiva.

³ Actualmente la doctrina no acepta la terminología recursos humanos, puesto que señala que los seres humanos no somos un recurso, por lo que prefiere la sustitución de esta terminología por “talento humano”, sin embargo, teniendo en cuenta que la cita es de 1999 se presume que aún no estaba actualizada esta corriente. Se ha decidido mantener el término para reforzar la finalidad utilitaria y económica de una empresa, sin embargo, se realiza la siguiente anotación para futuras consideraciones terminológicas.

De esa forma, tal como señalan García, De Lama & Quiroz (2016), en virtud del poder de dirección se le otorga al empleador el poder de subordinar jurídicamente al trabajador, manifestándose en el otorgamiento de órdenes, instrucciones o directrices con relación a su actividad laboral. Como corolario de ello, Pacheco-Zerga (2019) señala que, el poder de dirección debe ser ejercido bajo las reglas de la buena fe en todo tipo de contratos, sean de naturaleza determinada o indeterminada.

En efecto, como reconoce Toyama (2015) la legislación laboral reconoce a la subordinación como elemento esencial de un contrato de trabajo y es en la propia norma que se recogen los atributos de este poder que se manifiestan en la capacidad de dirigir, fiscalizar y eventualmente sancionar incumplimientos. Así las cosas, Toyama (2015), señala que el poder de dirección tiene tres características, es indelegable, complejo y no requiere especialización.

Al hacer referencia a que el poder de dirección es (i) indelegable, Toyama (2015) precisa que, de acuerdo a la normativa laboral no puede ser ejercido por alguien distinto al empleador, eso quiere decir que es de *uti singuli*. Sin embargo, la excepción a la regla que permite la delegación del poder de dirección se halla en la intermediación.

Por la (ii) complejidad del poder de dirección, Toyama (2015) precisa que es complejo al ser la conjunción de acciones para cada caso en concreto que requerirá la evaluación de factores relacionados con la empresa, el puesto del trabajador, para luego de ello ejercer el poder de dirección con razonabilidad, considerando la categoría laboral, las metas empresariales y aquellos aspectos de incidencia laboral que sean necesarios.

Al describir al poder de dirección como uno que (iii) no requiere especialización, Toyama (2015) destaca que ello es en razón a que la propia prestación del servicio por cuenta ajena permite determinar claramente al empleador como entidad determinada, a quien se le prestan los servicios y, en consecuencia, quien cuenta con los atributos propios de su facultad directriz.

Finalmente, sumado a los elementos desarrollados por el autor, se puede destacar una característica adicional, la cual es la unilateralidad, ello debido a que, el ejercicio del poder de dirección no requerirá un consentimiento por parte del trabajador, nace con el contrato de trabajo y se ejerce sin autorización, por sola calidad de empleador.

2.2.4. Elementos del poder de dirección

2.2.4.1. Poder de dirección

Ahora bien, habiendo desarrollado la definición del poder de dirección, corresponde analizar uno a uno los elementos que integran este. En primer lugar, el poder de dirección propiamente dicho o facultad de dirigir, ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional de Perú (2020) en la sentencia recaída en el expediente N.º 02208-2017-PA/TC—en adelante Caso D’Onofrio— manifiesta que la facultad directiva es la potestad de impartir órdenes al trabajador con la finalidad de que realice una adecuada prestación de servicios.

Dentro del poder de dirección en sentido estricto se encuentra la facultad de establecer unilateralmente la forma de distribución y ejecución de las labores en el centro de labores. Al respecto, Ferró (2019) señala que el empleador es el que decide el “qué, cuándo, cómo, dónde y con qué instrumentos” se han de realizar las actividades laborales, vale decir, cómo ha de

realizarse el trabajo cualitativa y cuantitativamente, además de delimitar el comportamiento que ha de tener el trabajador dentro de la empresa.

Como señala Fernández (2019), las disposiciones del empleador comprenderán de forma no exclusiva, indicaciones sobre el lugar de prestación laboral, el uso y fin de las herramientas de trabajo, la forma de ejecución de las labores, el horario de trabajo, además de ello, las normas de conducta a fin de asegurar un ambiente laboral propicio, que comprenderá disposiciones relativas al lenguaje que debe usarse con los compañeros de trabajo, el cuidado y aseo personal, normativa relativa a la prevención del acoso laboral, entre otras; con la finalidad de evitar conflictos entre los colaboradores que puedan dificultar el desempeño laboral.

En razón de ello, el empleador puede dictar y emitir las normas con carácter imperativo y de estricto cumplimiento que estime necesarias para la realización de las labores, estas normas podrán ser verbales o escritas en políticas internas, manuales de organización y funciones, reglamento interno de trabajo, reglamento de seguridad y salud en el trabajo, directivas, códigos de conducta, etcétera; todo ello con la finalidad de lograr la ejecución óptima de la prestación laboral y mantener la disciplina laboral.

2.2.4.1.1. Ius variandi

De acuerdo con Mangarelli (2013) el ius variandi deriva del poder de dirección y de organización de la empresa, además que, se desprende de la constante necesidad del empleador de adaptar sus metas empresariales a las necesidades del mercado, ya que como indica Ferro (2019) el no hacerlo afecta su capacidad de adaptación, su posibilidad de ser competitivo en el

mercado y su permanencia en el mismo. Por ello, a través del *ius variandi* se permite al empleador introducir cambios, modificar horarios, y la forma de prestación de las labores.

En efecto, en los términos del artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se faculta al empleador la introducción de cambios o modificaciones a los turnos, días y horas de trabajo, así como la forma y modalidad dentro de criterios de razonabilidad y las necesidades laborales. (Decreto Legislativo 728, art. 9).⁴

Sin embargo, la doctrina distingue dos tipos de *ius variandi*: (i) el *ius variandi* ordinario, que permite la modificación o adaptación de la prestación, pero referente a condiciones accesorias, secundarias o accidentales de la misma, usualmente referidos a la forma, manera o modo de realización de la prestación.

Por otro lado, se tiene al (ii) *ius variandi extraordinario*, que promueve modificaciones de las condiciones sustanciales de trabajo, las cuales según Boza (2016) comprenden la remuneración, la jornada, horario y turno de trabajo, el lugar de la prestación y la función desempeñada por el trabajador. Estas deberán estar sujetas, debido a su trascendencia, a mayores límites, puesto que su ejercicio desproporcionado puede vincularse al ejercicio de actos de hostilidad al trabajador. Por ello, debe observarse la radicalidad de la medida, es decir su proporcionalidad; su duración, de ser transitoria o definitiva; y su potencial perjuicio.

⁴ El artículo citado señala en una anotación lo siguiente “De conformidad con el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 013-2006-TR, publicado el 08 julio 2006, se precisa que el presente artículo no puede ser interpretado en el sentido que permita al empleador modificar unilateralmente el contenido de convenios colectivos previamente pactados, u obligar a negociarlos nuevamente, o afectar de cualquier otra manera la libertad sindical.”

En consecuencia, debido a la importancia y trascendencia de las modificaciones, tal como indica Irureta (2013), su duración será exclusivamente lo necesario y siempre y cuando no exceda los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, las necesidades de la empresa, seguir la vía regular para su modificación de ser sustanciales, es decir contar con la autorización del trabajador, sus representantes y Autoridad de Trabajo competente, ello con el fin de garantizar la protección de los trabajadores sin distar de los intereses de la empresa.

2.2.4.2. Poder de fiscalización

Al igual que el primer elemento, el Tribunal Constitucional en el Caso D'Onofrio definió la facultad fiscalizadora como aquella que tiene como finalidad supervisar el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato de trabajo. De modo tal que, la fiscalización según Mangarelli (2013) comprende el derecho de vigilar y controlar el cumplimiento debido de las órdenes que se desprenden de la facultad directriz del empleador.

En el mismo sentido, en referencia a los bienes de propiedad de la empresa y otros controles, el autor señala que el empleador tiene el derecho a controlar el uso de los bienes de su propiedad que son cedidos en uso al trabajador para el desempeño de su trabajo, por lo que, el trabajador tiene el deber de utilizar los bienes cedidos únicamente para el fin para el cual se le contrató.

El empresario, para valorar la ejecución de la prestación laboral y comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los trabajadores debe hacer uso de los medios necesarios —dentro de los límites legales —en virtud de su poder de fiscalización. En

ese orden de ideas, Vergara (2010) indica que, esta valoración comprende la observación conductual de los trabajadores en relación con la prestación de servicios y sus circunstancias de tiempo y lugar de trabajo, y con los aspectos relacionados a la propia prestación, los cuales varían dependiendo de la empresa, actividades y las labores del trabajador.

Para efectuar estas labores de fiscalización es necesario el uso de mecanismos de supervisión, al respecto el propio Tribunal Constitucional (2020) en el caso D'Onofrio ha reconocido al empresario la potestad para elegir los mecanismos de fiscalización que estime pertinentes, siempre y cuando no se configure una intromisión irrazonable en los derechos de sus trabajadores.

2.2.4.3. Poder de sanción

Finalmente, el poder de dirección comprende a una facultad sancionadora, que será eventual, es decir, si luego de dirigir y fiscalizar se advirtiere una irregularidad o incumplimiento, de ahí que, Pacheco-Zerga (2012) afirme que, si el poder de dirección no estuviese acompañado del poder disciplinario, sería únicamente un poder moral, no tendría efecto disuasivo y no habría consecuencias jurídicas ante el incumplimiento.

Es por ese motivo que, junto a la potestad de normar reglamentariamente las labores y dirigir a través de ordenes su ejecución el artículo 9 de la LPCL faculta la posibilidad de sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. Así, Toyama (2009) señala que las

formas en la cual la potestad sancionadora puede confluir son múltiples, de menor a mayor intensidad, conforme el siguiente detalle: (i) amonestación, (ii) suspensión y (iii) despido.

(i) La amonestación puede ser verbal o escrita⁵, siendo que, se asocia a la sanción verbal implica con un acto de menor gravedad en comparación con la sanción escrita; esta tiene como finalidad que el trabajador remedie su conducta o mejore su capacidad en el trabajo, además que, sirve para sentar antecedentes y representa una advertencia para evitar el incumplimiento, cumplimiento deficiente o la conducta apercebida.

En segundo lugar, se tiene (ii) la suspensión de labores sin goce de haber, sanción que genera un perjuicio económico directo para el trabajador e indirecto para el empleador, siendo por ello una sanción de mayor gravedad que las amonestaciones, si bien la legislación no señala las circunstancias bajo las cuales se permite la interposición de esta sanción, es debido a que esta se encuentra a discreción del empleador para lo cual deberá establecer políticas empresariales al respecto, los cuales deberán responder a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Finalmente, encontramos al (iii) despido, la resolución del vínculo laboral, debido a que esta es la sanción más lesiva y gravosa para el trabajador, el legislador únicamente permite este cuando se incurra en una “causa justa de despido” relacionada con su capacidad o

⁵ Es relevante indicar que, nuestra legislación requiere la aplicación de sanciones disciplinarias de amonestaciones escritas y suspensiones para que proceda el despido por impuntualidad reiterada. Citamos el Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, inciso h del artículo 25: “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.”

conducta, estando dentro de las causas relacionadas a la conducta la comisión de falta grave, delimitada en el artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

En mérito a lo señalado, el Tribunal Constitucional (2020) en el Caso D'Onofrio definió a la facultad disciplinaria como aquella que se ve expresada en la facultad que tiene el empleador de sancionar las acciones u omisiones que signifiquen el incumplimiento de las labores encomendadas o actos de indisciplina en el trabajo.

2.2.5. Manifestaciones del poder directriz

Dicho lo anterior y luego de abordar uno a uno los elementos del poder de dirección, corresponde desarrollar las manifestaciones de este poder como atributo del empleador. Al respecto, Toyama (2015) señala que este poder de dirección se manifiesta principalmente en las siguientes acciones:

(a) Contratación: El empleador puede seleccionar al trabajador que considere más conveniente o beneficioso para ser parte de su empresa, asimismo, puede determinar el puesto de trabajo que ocupará y clasificar a este como trabajador de confianza o dirección, empleador u obrero, etcétera.

(b) Organización: A través de esta acción, el empleador organiza la prestación de servicios del trabajador, de esa forma, Ferró (2019), precisa que es a través de esta facultad que el empleador establece de forma unilateral la forma en la cual se deberán distribuir y ejecutar las labores en la empresa, ello debido a que, el empleador es el encargado de decidir el “que, cuando, como, donde y con que” se realiza la prestación laboral.

(c) Reglamentación: A través de esta facultad el empleador se encuentra autorizado de dictar y emitir las normas imperativas que considere necesarias para la realización de la prestación laboral, las cuales, tal como indica Ferró (2019), pueden ser verbales, pero suelen plasmarse por escrito, principalmente, en el Reglamento Interno de Trabajo.

(d) Modificación de la prestación: Una empresa requiere adaptarse al mercado acorde las nuevas exigencias que el transcurso del tiempo exija, para sobrevivir o crecer, esto debido a la política, las tendencias, nuevas regulaciones, normativa o variaciones en la economía, la no modificación podría afectar su posibilidad de competencia y sostenibilidad en el mercado. Bajo dicho argumento, el empleador puede ir adaptando la prestación de trabajo —más no el contrato de trabajo— a las nuevas necesidades del mercado, es en definitiva el *ius variandi*, que como señala Ermida (1989) es facultativa, además de los elementos desarrollados en párrafos precedentes.

(e) Apreciación de conductas individuales: Esta sería es la manifestación más relevante para la presente investigación, puesto que esta consta de aquellas evaluaciones que realiza el empleador sobre las conductas del trabajador, con fines de fiscalización de las labores, como labores de control, videovigilancia.

(f) Aplicación de sanciones: Esta manifestación está regida por el poder disciplinario desarrollado ampliamente en acápites anteriores a la presente investigación.

2.2.6. Alcances y límites

Si bien la legislación laboral reconoce el poder de dirección del empleador y sus atribuciones, por otra parte, el artículo 23 de nuestra Constitución Política señala claramente

que ninguna relación laboral puede limitar derechos constitucionales, ni afectar o desconocer la dignidad del trabajador, claro está, que este poder no es absoluto, sino que es sujeto de restricciones.

No obstante, como bien señala Mangarelli (2013) Constitución no es la única fuente de los límites del poder de dirección, puesto que los mismos se desprenden también del contenido del contrato de trabajo, nuestra legislación, convenios colectivos y tratados internacionales en derechos humanos. Por ello, el empleador debe armonizar el ejercicio del poder de dirección con los derechos del trabajador.

En ese marco, cabe precisar que, numerosos países cuentan con acciones de tutela de derechos fundamentales que funcionan como limitación al ejercicio abusivo del poder de dirección, así, por ejemplo, en Perú se tiene el proceso de Amparo ante una acción u omisión del empleador que pueda afectar derechos fundamentales. Al respecto, Neves Mujica (1997) indica que hay dos tipos de límites del poder de dirección:

(i) Límite respecto al desarrollo de la labor: Si bien, en el contrato de trabajo se indica específicamente la labor para la cual el trabajador ha sido contratado, el trabajador no estaría a total disposición del empleador para cumplir cualquier actividad, a cualquier momento del día, todos los días y en el lugar que este indique, puesto que, deberá respetarse el horario, periodicidad y jornada previamente pactados.

(ii) Límite relativo a los derechos fundamentales del trabajador: El autor reafirma que, las directrices dadas en el marco de una relación laboral no pueden vulnerar los derechos fundamentales del trabajador. Sin perjuicio, que hay derechos especialmente susceptibles de

verse afectados en una relación laboral —como el derecho a la vida e integridad personal— atendiendo el objeto de la presente investigación, claramente se hará especialmente al derecho a la intimidad en párrafos posteriores.

Bajo tal consideración, corresponde abordar los límites a los que se encuentra sujeto el empleador para ejercer debidamente su poder de dirección. Para lo cual Mangarelli (2013) señala aquellos criterios generales que un juez debe tener en consideración para limitar el poder de dirección del empleador.

2.2.6.1. Buena fe

La Corte Suprema en la Casación Laboral N.º 19461-2019 LIMA señala que la buena fe en el ámbito laboral, es un principio base del ordenamiento jurídico peruano que sirva de guía, directriz y pauta para las partes de un contrato, las cuales en el presente caso serían el empleador y el trabajador.

Este principio, se concreta en el deber mutuo de obrar de buena fe, en esa línea, Pacheco-Zerga (2015) lo define como la disposición personal de realizar las prestaciones que han sido asumidas voluntariamente por ambas partes, con honradez, integridad y rectitud en la ejecución, confiando en la otra parte, lo que excluiría el engaño y cualquier alteración al equilibrio de una buena relación laboral, con aplicación transversal a todas las áreas del derecho, como la manifestación más importante de la responsabilidad objetiva por la conducta negocial.

En ese sentido, el contrato de trabajo se compone de obligaciones de carácter objetivo y subjetivo. Al respecto, Toyama (2015) refiere que las obligaciones objetivas comprenden la debida prestación de labores por parte del trabajador y el pago oportuno de la remuneración por parte del empleador, mientras que, las obligaciones subjetivas conforman el ámbito ético de una relación laboral.

Aunado a ello, cabe señalar que, la buena fe se sustenta en el respeto debido a la dignidad humana, puesto que la instrumentalización de la parte contraria para beneficio propio constituye una falta de probidad. Bajo tal tesitura, el derecho laboral impulsa el respeto a la dignidad humana ya que, de conformidad con el artículo 22 de nuestra Carta Magna, el trabajo es un medio de realización de la persona,

Por tales razones, el concebir a la persona humana como instrumento laboral es una idea contraria a la Constitución Política del Perú, la cual, en su artículo primigenio, señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, siendo la persona un fin en sí mismo y no un medio para conseguir un fin, como una mayor productividad.

Siendo la buena fe un principio que irradia todo el ordenamiento jurídico peruano, de acuerdo con Pacheco-Zerga (2015) su fin es lograr lo materialmente justo en las relaciones jurídicas, y superar la formalidad. Por tanto, se puede afirmar que, la buena fe contiene las manifestaciones de lealtad, respeto, honradez, probidad y confianza en todos los ámbitos de la conducta laboral.

Sin lugar a dudas, atendiendo a su naturaleza de principio, su contenido exige una evaluación razonable y proporcional dentro de un contexto específico, no existiendo una regla de aplicación general. Por ello, las obligaciones derivadas del principio de buena fe seguirán vigentes incluso cuando la relación laboral se encuentra suspendida.

Por ejemplo, un trabajador en sus vacaciones no podrá develar secretos empresariales a la competencia, a pesar de existir una suspensión imperfecta de trabajo o suspensión perfecta producto del ejercicio del poder disciplinario del empleador. En suma, la buena fe laboral es un derecho y deber para ambas partes, por lo que, el empleador debe tener respeto, confianza y consideración a sus trabajadores.

2.2.6.2. Razonabilidad

De conformidad con el artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral el poder de dirección tendrá como límite la razonabilidad. En ese sentido, cabe precisar que, la naturaleza del principio de razonabilidad es de carácter cualitativo y tal como señala Irureta (2020) subsume tres grandes criterios, (i) de justificación, (ii) de aceptabilidad o consenso, y (iii) de respeto al procedimiento. Así, el autor ejemplifica los criterios de la siguiente forma: El despido como materia de justificación, tendrá como materia de aceptabilidad o consenso, reglas contra la discriminación y el respeto al procedimiento de sanción al hostigamiento sexual laboral.

Con ello, tal como indica Irureta (2020) los poderes del empleador no serían absolutos, puesto que son poderes relativos, funcionales y ejercidos dentro del contexto particular de la

relación laboral, por lo que, deben guardar conexión directa con el cargo o función desempeñada por el trabajador, de ese modo, la razonabilidad exigiría un uso coherente y conforme parámetros constitucionales.

Sin perjuicio de ello, su ejercicio no debe limitar arbitrariamente el poder de dirección, por ello, el principio de razonabilidad exige que, su ejercicio se sustente en motivaciones objetivas que tengan como finalidad las cubrir las necesidades del centro de trabajo y no en razones subjetivas del empleador.

En consecuencia, la razonabilidad obliga al empleador a evaluar el ejercicio de su poder de dirección, en todas sus manifestaciones, evitando llevarlo a cabo con una finalidad irregular o con motivos ilícitos. De hecho, tal como señala Mangarelli (2013) si bien no se requiere que el empleador justifique las instrucciones que imparte, si se requiere que exista una justificación.

Por ello, considerando el artículo 23 de nuestra Constitución Política, que proscribe la afectación a derechos constitucionales y la dignidad del trabajador producto de una relación laboral, guarda relación a lo señalado por autores como Irureta (2020) quien indica que, la razonabilidad exige que el poder de dirección sea ejercido bajo los parámetros y facultades que la Constitución y la legislación laboral le otorga.

Es en este sentido que, entendiendo la razonabilidad como límite al poder de dirección, genera que este no sea irrestricto, sino que debe respetar las garantías constitucionales del trabajador, lo cual implica una no afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Es así que, la razonabilidad implica que el ejercicio del poder de dirección del empleador se vea encuadrado en el reconocimiento infranqueable del contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador y en la no comisión de actos que carezcan de una debida justificación.

2.2.6.3. Proporcionalidad

Podría entenderse al principio de proporcionalidad como una extensión al principio de razonabilidad, sin embargo, si bien estos principios se relacionan, difieren en su contenido, así, al hacer referencia al principio de razonabilidad se hará referencia a delimitar si existe una justificación respetuosa de los derechos fundamentales del trabajador, a diferencia del principio de proporcionalidad, que busca evaluar de forma especialmente cuantitativa la correlación entre la expresión del poder de dirección y el impacto al trabajador, es decir un estudio entre la medida adoptada y el fin perseguido.

Por tanto, la proporcionalidad en sentido estricto tiene una directriz distinta a la razonabilidad, estableciéndose como un mecanismo idóneo cuyo fin es evitar intromisiones arbitrarias —o, desproporcionales— en la esfera de los derechos fundamentales por parte del empleador.

Bajo tal premisa, es posible señalar que la relación entre el principio de razonabilidad y proporcionalidad es la de género a especie, dado que, para hacer un control íntegro del ejercicio razonable del poder de dirección se evalúa la proporcionalidad del mismo, de ahí que, su finalidad sea dictaminar si determinada medida o actuación es o no la más adecuada, midiéndose la “intensidad” de la misma conforme al fin perseguido.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló en la sentencia recaída en el expediente N° 2192-2004-AA/TC que, el principio de razonabilidad exige una valoración del resultado del razonamiento del juzgador plasmado en una decisión, para la cual, es necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad (Tribunal Constitucional de Perú, 2004).

Bajo ese contexto, en la actualidad se identifican instrumentos de medición a fin de analizar la proporcionalidad, principalmente respecto al poder disciplinario del empleador. Así, la jurisprudencia y doctrina se han encargado de enmarcar y delimitar los instrumentos de medida que han de corresponder a la gravedad de la sanción otorgada.

En ese orden de ideas, según Manrique (2010) al ejercer la potestad sancionadora, el empleador debe evaluar (i) el hecho en sí, considerando la gravedad de la acción u omisión del trabajador; (ii) la culpabilidad del trabajador con el objeto de calificar si el hecho se cometió de forma dolosa, por un descuido o por la conjunción de factores externos, considerando la predictibilidad y evitabilidad del hecho; (iii) los principios y bienes jurídicos comprometidos, debido a que, tendrá mayor gravedad las faltas que atenten el respeto a otra persona por ejemplo; (iv) las consecuencias, sean de carácter económico, moral, físico, etc.; y (v) los antecedentes del trabajador.

En consecuencia, si de la conjunción de elementos señalados la falta cometida por el trabajador se subsume en la medida: leve, la sanción no podrá ser otra que una de la misma medida: leve.⁶ A esta correlación se le llama proporcionalidad.

⁶ Se entiende de forma general que las unidades de medida utilizadas son: leve, mediana y grave. Asimismo, en lo que respecta a las sanciones disciplinarias establecidas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, estas son tres: amonestación, suspensión sin goce de haber y despido, correspondiendo de manera correlativa a las tres unidades de medida descritas.

2.2.6.4. Igualdad

La igualdad reúne la naturaleza de principio y derecho, como tal es de aplicación transversal en todo nuestro ordenamiento jurídico, desde el plano constitucional, legal e infra legal. En primer término, es necesario traer a colación el desarrollo constitucional de este principio-derecho; así, se tiene el artículo 2 de nuestra Constitución Política que señala el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, prohibiendo la discriminación “por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier otra índole (...)” (Constitución Política de Perú de 1993 [C.P.], art. 2.2).

En consonancia con tal precepto, el artículo 26 de nuestra Carta Magna precisa en su inciso 1 que toda relación laboral deberá respetar diversos principios, incluyendo el de igualdad de oportunidades sin discriminación alguna. En ese orden, en virtud del principio de igualdad las personas tienen derecho a no padecer de un trato diferenciado y sin justificación objetiva y razonable, por razones ideológicas, políticas, de género, posición económica, religiosas, etc.

Dicho principio propone el trato igualitario de las personas que se encuentren en iguales condiciones jurídicas, de ahí que Toyama (2009) señale que la aplicación del principio de igualdad en el área laboral comprenda el tratar igual a los “iguales”, es decir a las personas que se encuentran en circunstancias idénticas.

De conformidad con lo desarrollado, se podría concluir que, el derecho a la igualdad generaría el principio de no discriminación, empero, Rodríguez F. & Quispe (2009) señalan que no existe una identidad entre ambos conceptos, siendo figuras distintas, por lo que el

derecho a no ser discriminado se relaciona con la sanción del trato desigual que tiene como motivo prohibido la afectación a la dignidad humana.

En esa línea de ideas, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 008-2005-PI/TC señaló que la discriminación se acredita por dos tipos de acciones, una de naturaleza directa y otra de forma indirecta. La acción directa se da cuando la propia conducta del empleador entabla una distinción basándose en una razón contraria a la Constitución, vale decir, un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad (Tribunal Constitucional de Perú, 2005) verbigracia, la negativa de acceso al trabajo fundada en un móvil discriminatorio por la posición política de la persona.

Por otro lado, se encuentra la discriminación por acción indirecta, que es aquella que se da cuando la propia conducta del empleador forja una distinción discrecional antojadiza del empleador revestida con un velo de legalidad, cuya intención es en intrínseco discriminatoria para uno o más trabajadores (Tribunal Constitucional de Perú, 2005) Así, por ejemplo una conducta de esa naturaleza podría ser la evaluación de conocimientos del trabajador de una materia que no tiene relación alguna con la actividad laboral que realizará.

Por dichas consideraciones, el Tribunal Constitucional de Perú (2005) precisa que la discriminación puede darse: (i) en las circunstancias de diferenciación arbitraria durante la postulación a un empleo; (ii) en circunstancias de diferenciación arbitraria durante la relación laboral, ya sea durante el otorgamiento de beneficios laborales, o ascensos, así como la imposición de sanciones.

La importancia del principio de igualdad es innegable, y un claro ejemplo de cómo este irradia la legislación laboral se encuentra en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en la cual sanciona con nulidad todo aquel despido con móvil discriminatorio, es decir cuando este tenga como motivo: (a) la afiliación sindical o participación en actividades sindicales; (b) actuar, haber actuado en representación de los trabajadores o ser candidato a ello; (c) por represalia, tras presentar queja o ser parte de un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes; (d) la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole⁷ y (e) la gestación dentro del periodo pre o post parto.⁸

Si bien del artículo 29 de la LCPL contempla un inciso expreso que establece la nulidad del despido cuando se sustente en razón discriminatoria, tal como señalan Rodríguez F. & Quispe (2009), se debe considerar que, su texto original es anterior a la Constitución de 1993, amparándose, por lo tanto, en el marco de la Constitución Política de 1979⁹, y con dicho sustento se pretendería invocar dicho inciso como uno numerus clausus.

Sin embargo, la Corte Suprema a través de la Casación N° 2386-2005-Callao recalcó que el despido nulo se da por discriminación basada no solo en los motivos enumerados, sino que también por motivos “de cualquier otra índole” generado por el trato desigual que deviene

⁷ (*) Literal modificado por la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 diciembre 2012

⁸ (*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27185, publicada el 19-10-99

⁹ “Artículo 2. Toda persona tiene derecho: (...)2.- A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón.”

en discriminación, habilitando al trabajador el solicitar la reposición laboral; a partir de tal pronunciamiento no se puede interpretar el artículo 29 de la LPCL de forma restrictiva, sino por el contrario, interpretarla como discriminación todo aquel supuesto de diferenciación carente de una justificación objetiva.

2.3. Contenido esencial del poder directriz enmarcado en la jurisprudencia

a. Casación Laboral N.º 3939-2011: Respecto al uso del correo electrónico corporativo con fines sindicales

El referido caso sometió a conocimiento de la Corte Suprema, los hechos en torno a un grupo de trabajadores que fueron sancionados por utilizar el correo electrónico institucional con fines sindicales, esto es, para fines ajenos a su función laboral, teniendo en consideración que su uso solo era permitido para tales fines de conformidad con su Reglamento Interno de Trabajo, ante ello, los afectados interpusieron una demanda por la vulneración de la libertad sindical.

En dicho proceso, los trabajadores señalaron que, con base al artículo 28 de la Constitución, el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, consecuentemente, garantiza la libertad sindical, en ese sentido, alegaron que SUNAT, al restringir el uso del correo electrónico institucional creó una maniobra antisindical cuya finalidad encubierta era reprimir y reducir el accionar sindical, al eliminar e incluso sancionar el uso de la única efectiva vía de comunicación entre los trabajadores y las organizaciones sindicales a nivel local y nacional, estaría afectando y/o vulnerando la libertad sindical de los trabajadores.

Por tales razones, SUNAT desarrollo su estrategia de defensa indicando que el no uso del correo electrónico corporativo no limitaría el efectivo ejercicio de la libertad sindical, pues este es una herramienta de trabajo y en consecuencia su uso se supeditaba a fines laborales e institucionales.

Luego de la valoración de los argumentos, la Corte Suprema de Justicia (2007) señaló inicialmente que, los jueces laborales deben interpretar las invocaciones normativas señaladas por las partes de forma amplia de conformidad con el ordenamiento jurídico interno, especialmente bajo el marco que establece nuestra Constitución Política por ser una norma de contenido jurídico vinculante para el sector público, privado y la sociedad en sí misma. De ahí que, el análisis de la autoridad judicial deba considerar el precepto del artículo 23 de la Constitución Política que reza que ninguna relación laboral puede restringir derechos o la dignidad del personal.

En la sentencia de casación se concluyó que los juzgados de primera y segunda instancia que fallaron a favor de la entidad, violaron el deber de motivación al considerar como razón suficiente la previsión, en directiva de la entidad, de la prohibición de uso del correo corporativo para difusión de contenido sindical. Así, el Tribunal recordó que, al amparo del derecho de libertad sindical, el sindicato realizar libremente sus funciones sin injerencia de terceros o acto externo que lo afecte, protegiendo prioritariamente las actividades sindicales.

De igual forma, se hizo referencia al Tribunal Constitucional Español que en sentencia N.º 281/2005 del 07 de noviembre de 2005, consideró al correo electrónico corporativo como medio de comunicación eficaz en el ámbito laboral, y que su uso por el sindicato no desarmoniza la finalidad para la cual fue creado —transmitir información laboral— siendo

que, su negativa de uso al sindicato es incompatible con la efectividad del derecho fundamental a la libertad sindical.

En razón de ello, se concluyó que a través del correo electrónico corporativo la comunicación de la información de contenido sindical se puede hacer de forma eficaz y armónica, y que, la negativa a la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa, como el correo electrónico corporativo, es incompatible con el derecho fundamental a la libertad sindical.

Considerando el caso expuesto, es manifiesta la tensión entre los derechos a la libertad de empresa y el derecho a la libertad sindical, dado que el derecho a la libertad de empresa se ve reflejado en el caso objeto de análisis en la habilitación del correo institucional para uso únicamente relativo al debido desarrollo de las actividades laborales de los trabajadores.

Mientras que, el derecho a la libertad sindical se ve expresado en la facultad que los sindicatos tienen de comunicarse, organizarse, funcionar libremente y desarrollar sus actividades sin injerencias o actos externos que lo afecten, derecho que no solo está reconocido por la constitución como se explicó en párrafos precedentes, sino también por el Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación.

Al respecto, Jiménez, Ramírez & Charre (2022) indican que, frente a este conflicto de derechos se puede concluir en sintonía con la Corte Suprema que, si bien el correo institucional es un instrumento tecnológico otorgado por el empleador para una mejor gestión de las actividades laborales de los trabajadores, su uso debe encontrarse en el marco de la buena fe laboral, evitando perjudicarse entre sí.

La prohibición de uso del correo electrónico corporativo para fines sindicales será razonable siempre y cuando medie una motivación suficiente, por lo que, considerando que, en el caso en concreto la prohibición no tenía justificación más allá de una política empresarial, esta no era razonable.

Asimismo, la prohibición justificada no debe limitar irracionalmente el ejercicio de la libertad sindical, puesto que, hay múltiples medios a través de los cuales los sindicatos pueden comunicarse y/o difundir material sindical.

Sin perjuicio de ello, los autores, señalan que, sería más útil para el sindicato gestionar su propio medio de comunicación, puesto que, el correo electrónico corporativo, al ser un instrumento de trabajo otorgado por el empleador, es plausible de fiscalización, lo que puede ser contra productivo a sus intereses colectivos.

Esto es principalmente relevante para el presente trabajo de investigación, debido a que, como indican Jiménez et al (2022) las fiscalizaciones en el ámbito laboral deben limitarse a las gestiones del trabajador relacionadas con la empresa, y en consecuencia, abstenerse de prescindir de las garantías del secreto de las comunicaciones, por lo cual las fiscalizaciones deben ser (i) justificadas, (ii) proporcionales y (iii) razonables, de ahí que, deban realizarse de forma extraordinaria y de no existir un medio menos gravoso de comprobación de un actuar indebido por el trabajador.

Ahora bien, considerando los hechos del caso previamente expuesto, permite hacer las siguientes preguntas ¿Este requerimiento aplica únicamente cuando estamos frente al derecho a la sindicalización? ¿El trabajador podría hacer uso de este mecanismo para sus

comunicaciones interpersonales no laborales? ¿Para limitar este último supuesto el empleador debe también justificar tal restricción? Son preguntas que se abordarán a lo largo de la presente investigación.

b. Exp. 12945-2013 RIPLEY: Respecto a la vulneración a la libertad de expresión en redes sociales

La sentencia en mención aborda el caso de un trabajador que habría sido despedido por publicar en su perfil de Facebook: i) una fotografía del personal de dirección con la descripción “Oye Norberto y si en vez de decir crecer, crecer, crecer, decimos que hay que pagar, pagar, pagar”; ii) Una imagen falsa donde se observaba a personal directivo de la empresa acompañado de dos personajes de la farándula peruana, en el cual se observarían viñetas de diálogo de las dos personas del espectáculo recriminando al personal de dirección; iii) una imagen de una nota con la palabra “incompetente”, poniendo en la descripción de la imagen “¿A quién se le cayó la tarjeta?, ¿En qué oficina puedo dejarla?”.

Razones por las cuales, el empleador le habría imputado la falta grave contemplada en el inciso a) del artículo 25 del D.S. 003-97-TR¹⁰, puesto que tales expresiones habrían quebrantado la buena fe laboral; asimismo, se imputó que se habría dado una vulneración al Reglamento Interno de Trabajo y aunado a ello, se imputó la comisión de falta grave

¹⁰ (...) 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. (...)

contemplada en el inciso f), referido al faltamiento de palabra, en agravio del empleador y/o sus representantes y/u otros trabajadores.¹¹

El presente caso resulta de especial importancia puesto que los juzgados, tanto de primera como de segunda instancia, analizaron la evidente tensión entre los derechos a la libertad en contraposición con el poder de dirección emanado del derecho a libertad de empresa. De ese modo, en primera instancia se declaró fundada la demanda, estableciendo que el despido fue nulo, esto bajo el argumento que la injuria no se habría dado, puesto que, un requisito de la misma, es que las ofensas sean proferidas de forma directa por el trabajador y el *animus injuriandi* del mismo, únicamente poniéndose en manifiesto la deuda que se sostenía.

Sin embargo, la sentencia fue revocada por la Sala de Apelación, teniendo en consideración que la cuenta de la demandante era de carácter público, por lo que no existiría una vulneración al derecho a la intimidad del trabajador y además que, en el Reglamento Interno de Trabajo de Ripley se habría prohibido expresamente perjudicar la imagen de la compañía, por lo que, efectivamente, habría incumplido con lo indicado en esta fuente de obligaciones laborales, cometiendo una falta grave.

Cabe destacar que, la presente sentencia plantea la interrogante sobre si una plataforma social, una red social, tal como Facebook, pueda servir como espacio de comisión de faltas graves laborales, tales como la injuria. Sin embargo, debe tenerse en consideración el amplio

¹¹ (...) 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 (...)

desarrollo en torno a la libertad de expresión y la preminente protección que le otorga el ordenamiento jurídico interno y la comunidad internacional.

c. STC 2208-2017-PA/TC, Caso D'ONOFRIO: Respecto a la vulneración a la intimidad del trabajador a través de la videovigilancia laboral y al requerimiento probatorio de la vulneración alegada.

En el presente caso, el Tribunal Constitucional peruano resolvió con relación a la demanda de amparo interpuesta por el sindicato de obreros de D'Onofrio, en contra de Nestlé Perú S.A., al solicitar no se lleve a cabo la instalación de que permitiría ubicar redes de videocámaras, ello bajo el argumento que tal medida buscaría tener un control absoluto durante la jornada de trabajo, lo cual, invocaban, afectaría sus derechos a la intimidad personal, dignidad y salud psicológica.

La empresa demandada señaló, respecto al fondo del asunto, que, la medida era impulsada en uso de su poder de dirección y con la finalidad de resguardar la seguridad de los trabajadores, por lo que, la ubicación de las videocámaras sería en áreas de “tránsito público”, donde no se realizan actividades personales o íntimas, a su vez, agregó que las cámaras únicamente contarían con video y no con audio, por lo que la privacidad de las comunicaciones de los trabajadores no se vería vulnerada.

Producto de tales argumentos, el Tribunal Constitucional señaló con relación a la presunta violación a la salud de los trabajadores, que, muy al contrario de lo que se invocaba, el uso adecuado de la tecnología emergente ayudaba a preservar la seguridad y salud de los trabajadores de diversas maneras, como previniendo accidentes de trabajo, evitando/

analizando incidentes de producción o seguridad, verificando que las rutas de evacuación se encuentren despejadas, etcétera; por lo que, la medida de seguridad no constituiría un peligro para la salud de los trabajadores, por el contrario, la empresa estaría cumpliendo con su deber de prevención de accidentes y prevención de riesgos.

Asimismo, se resaltó que, otro motivo para la instalación de las videocámaras era el de verificar y garantizar la debida elaboración de sus productos, como, por ejemplo, verificar la falla en caso existan reclamos por cuerpos extraños en sus productos, en particular, las videocámaras se instalarían en áreas visibles en zona de producción, sin pretender ocultar estas herramientas de videovigilancia, además que no serían instaladas en ambientes íntimos o reservados para los trabajadores, por el contrario, serían instaladas en áreas de libre tránsito para el personal autorizado.

Por ello, se reafirmó que el empleador, en uso de parte de su poder de dirección y fiscalización está facultado a utilizar los mecanismos que considere apropiados para la supervisión de la actividad laboral, siempre que no vulnere los derechos de los trabajadores, siendo que, en el presente caso no se habría acreditado una vulneración al derecho a la intimidad, dignidad o salud de los mismos, concluyendo que, la implementación de videovigilancia laboral estaría justificada.

Sin perjuicio de lo importante que resulta el presente caso, cabe destacar que, ante la falta de suficiente argumentación de la alegada violación a los derechos a la dignidad, salud y principalmente para la materia de investigación de la presente tesis, la intimidad, no ha permitido hacer un verdadero análisis de contraposición de derechos.

De igual forma, resulta importante analizar el uso de la videovigilancia oculta ante indicios de irregularidades del trabajador en la empresa, tal como se ha realizado en jurisprudencia comparada, como el caso López Ribalda II en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que el empleador puede hacer uso de la videovigilancia oculta siempre que exista acreditada sospecha razonable de irregularidades por parte de su personal, las cuales tendrían como consecuencia directa el menoscabo en la actividad empresarial del empleador.

En suma, es claro que, el poder de dirección del empleador en sus tres manifestaciones plantea cuestiones jurídicas de especial discusión, aspectos que por la extensión y objeto de estudio del presente trabajo no pueden ser abordadas a detalle, con lo cual corresponde analizar los alcances del derecho a la intimidad de cara a la presente investigación.

3. Derechos del trabajador en colisión con el poder de dirección del empleador

De conformidad con el desarrollo del capítulo anterior, queda claro que el derecho a la libertad de empresa se encuentra presente en la dinámica de las relaciones laborales, y en mérito a ello, el empleador podrá organizar y gestionar autónomamente sus actividades económicas, con sujeción al marco legal y respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los trabajadores, ello de acuerdo con lo estipulado en el artículo 59 de nuestra Constitución Política; por ello, se puede afirmar que el poder de dirección tiene como limitación extrínseca su coexistencia y colisión con otros derechos.

Al respecto, Toyama (2009) sostiene que el derecho de libertad de empresa —aunque esencial para el desarrollo económico— debe guardar relación con la dignidad del trabajador, precisando que, la protección de los derechos del trabajador no solo se limita a su esfera

material, sino también a su esfera personal, lo que implica una consideración necesaria de su privacidad en el ámbito laboral, máxime, cuando la protección de datos relacionados a la intimidad personal y familiar son un derecho constitucionalmente protegido por los incisos 5 y 6 del artículo 2 de nuestra Constitución Política.

Por ello, el legislador, ha dotado de desarrollo legal al tratamiento de datos personales a través de la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733, que entre las situaciones jurídicas que tutela, brinda directrices aplicables al respeto de las comunicaciones. La referida norma destaca la importancia de obtener el consentimiento previo, libre e informado del titular de los datos cuando estos sean tratados, ello se traduce en la obligación del empleador de informar adecuadamente cualquier medida de supervisión que implique el tratamiento de datos personales de sus trabajadores.

En ese orden de ideas, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, reconoce que, si bien los empleadores tienen la facultad de supervisar el uso de los recursos tecnológicos en el lugar de trabajo, dicha supervisión debe estar justificada por un interés legítimo y de manera proporcional, bajo ese contexto, el principio proporcionalidad es fundamental para evitar que la vigilancia se convierta en una práctica arbitraria que comprometa el derecho a la intimidad del trabajador.

Tal principio cobra relevancia al reconocer a la persona como una entidad social, lo que imposibilita separar totalmente la vida personal del ámbito profesional, principalmente, porque la interacción humana en el trabajo da origen a vínculos interpersonales en el ámbito laboral, al ser uno de los espacios donde la persona pasa gran parte de su día a día. Por ello es

ilusorio pretender implantar una brecha entre la naturaleza social del ser humano de su entorno laboral.

Así, es común que, en el ámbito laboral se compartan momentos de esparcimiento y recreación con el objeto de afianzar un buen ambiente laboral, se comunique información privada o familiar a fin de obtener orientación por compañeros y colegas. En ese sentido, por más que una comunicación sea de carácter sea institucional, tendrá impregnada matices de la propia personalidad e individualidad, al ser esta una expresión del libre desarrollo de la personalidad; derecho continente del derecho a la vida privada; que entre sus garantías contempla la inviolabilidad de las comunicaciones.

Por todas dichas consideraciones, el presente capítulo desarrollará cada uno de dichos derechos, analizando sus diferencias, su concepción a nivel interno e internacional, así como su aplicación a la jurisprudencia.

3.1. Derecho a la Privacidad

El interés jurídico de la protección de la privacidad como derecho, se remonta hace ciento treinta años aproximadamente en Estados Unidos, ello en un contexto de surgimiento de nuevas tecnologías como la cámara fotográfica y el teléfono, y el temor por lo intrusivo que podrían ser tales herramientas al utilizarlas, por lo que se hablaba del “derecho a ser dejado solo” de la cuarta enmienda de la Constitución Estadounidense, protegiendo a la persona de

cualquier intromisión injustificada como decomisos arbitrarios, sin importar los medios utilizados.¹²

Brandeis & Warren (1890) identificaron la necesidad de establecer una máxima que tutele la privacidad del individuo frente a la injerencia de la prensa o terceros que empleen dispositivos de grabación y/o comunicación para la reproducción de imágenes o sonidos, tal necesidad dio origen al derecho a la privacidad, que otorgaría al titular de la información el poder de decidir qué pensamientos, sentimientos y emociones podrían ser divulgados, tal esfuerzo académico se vio reflejado en su ensayo “The Right to Privacy” (Saldaña, 2012).

Los precitados autores afirmaron que, el derecho a la privacidad es una garantía básica de toda persona, cuya finalidad es asegurar que la información sobre la vida personal de un individuo no sea difundida sin su consentimiento, debido a que, su revelación soslayando tal requisito, menoscaba el núcleo de la personalidad, buscando que a través del derecho a la privacidad se proteja la integridad psicológica de la persona, la cual podría verse afectada ante la información privada revelada sin consentimiento, generando un dolor incluso mayor que el físico.

Sin embargo, desde su concepción inicial el derecho a la privacidad fue planteado en estricto respeto del derecho de libertad de expresión, que habilitaba a medios de prensa y comunicación a difundir toda aquella información que deba ser conocida por gozar de interés

¹² Right to be let alone

público, vale decir, este derecho de privacidad tampoco es absoluto al admitir restricciones como la libertad de expresión.

Ante la manifiesta tensión de estos derechos, los autores propusieron que el poder de decisión del titular de la información personal abarcaba la discrecionalidad en decidir qué información se mantenía en privado y cuál comunicar, pudiendo plantear límites en la difusión de la información. Como resalta Saldaña (2012), el artículo de Warren y Brandeis fue de tal relevancia que desde dicho momento fue pieza clave en la resolución de asuntos judiciales, como el caso *Schuyler vs. Curtis* de 1891.

Sin embargo, recién en el año 1905 el Tribunal Supremo de Georgia en la sentencia del caso *Pavesich*, fue el primer juzgado en adoptar literalmente la doctrina de Warren y Brandeis, reconociendo el derecho a la privacidad en el marco del “Common Law”, como aspecto evolutivo del “Right to be Let alone” o derecho a ser dejado solo.

De conformidad con Saldaña (2012) Brandeis fue un visionario al manifestar que, los derechos protegidos en el marco de la carta magna estadounidense debían proteger no solo a situaciones jurídicas actuales sino a futuros y eventuales escenarios; esto quiere decir, la vocación de tutela de un derecho debía ser aplicable ante el uso de nuevas tecnologías, inexistentes al momento de la regulación normativa.

De hecho, su vanguardismo se evidenció al formular un voto disidente en la sentencia del caso *Olmstead vs. Estados Unidos* del año 1928 recalando a que, “algún día” se desarrollarían métodos a través de los cuales, sin la necesidad de “remover papeles en cajones secretos” se podría revelar los acontecimientos más íntimos del hogar. Tal voto planteó la

necesidad de interpretar de forma abierta, dinámica e integral la cuarta enmienda constitucional estadounidense, brindando soluciones a problemas que en aquel tiempo aún no tenían tal calidad, pero que actualmente lo son.

Conforme destaca Saldaña (2012) el voto disidente en mención dilucidó la necesidad de proteger a la persona contra la invasión a su privacidad, empero, no es hasta el año 1967 a través del caso Katz vs. Estados Unidos, donde se dictaminó que el espionaje electrónico constituía inequívocamente una violación al derecho protegido en la cuarta enmienda, ello dio lugar al reconocimiento del derecho a la privacidad informativa¹³ en la sentencia el caso Whalen vs. Roe (Saldaña,2012).

De ahí que, Prosser (1960) haya perfilado la teoría, diferenciando cuatro manifestaciones de la afectación del derecho a la privacidad de toda persona, principalmente: (i) por la intrusión en la privacidad individual; (ii) la divulgación de hechos privados a la esfera pública; (iii) la desacreditación ante el escrutinio público y; (v) la apropiación de elementos individuales de la personalidad.

En suma, queda claro, que la noción jurídica de privacidad reconoce el poder de control del titular de información personal a determinar el cómo, qué y quiénes conocen información de su vida privada y familiar.

3.1.1. Derecho a la intimidad, privacidad y vida privada

¹³ Constitutional right to informational privacy

El estudio del derecho a la intimidad, requiere una diferenciación inicialmente no jurídica con relación al término privacidad, para ello se recurrirá a la semántica como punto de partida. En ese sentido, la Real Academia Española (s.f) entiende por intimidad a la “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia” (Real Academia Española, s.f.), por otro lado, define la privacidad como el “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”. (Real Academia Española, s.f.).

De una lectura de las definiciones proporcionadas por la RAE, se podría colegir que, la privacidad sería el vehículo de protección a la intimidad de la persona ante cualquier tipo de injerencia externa, siendo naturalmente complementarios e interdependientes, e incluso pudiendo referirse a ellos como sinónimos, dependiendo del contexto.

Al respecto, Quiroz (2016) indica que, el ámbito privado de una persona está conformado por todas aquellas acciones propias, siendo esta la única habilitada a decidir sobre estas; además, la comprensión de esta dimensión de la persona implica el aceptar el ejercicio de su libertad en pleno ejercicio de su autonomía personal acorde su proyecto de vida, sin que nadie pueda cuestionar o inmiscuirse sin su autorización.

Conforme señala Quiroz (2016) esta esfera privada, se conforma por los pensamientos, sentimientos y hechos de la vida personalísima del individuo, tales como la identidad individual, la salud, las ideas religiosas, ideología política, orientación sexual de la persona y toda aquella información sensible; por consiguiente, el bien jurídico titulado por el derecho a la intimidad es el derecho a la vida privada contra injerencias de terceros ajenos al titular.

En ese orden de ideas, Jiménez (2012) delimita la intimidad como antónimo de publicidad, es decir, todo lo relacionado a la esfera personal del individuo, como el hogar, la familia, relaciones interpersonales, religión, ideas políticas, salud, sexualidad, economía, etc.

Ahora bien, Sanz (2018) indica que, el concepto privacidad, se basa en la potestad de la persona de estar sola y no ser vista o escuchada por terceros; mientras que, la intimidad abarca el estado de estrecha relación personal con terceros— haciendo hincapié en que por ello a las relaciones sexuales también se las llama encuentros íntimos, lo que no sucede con la privacidad— abarcando también la personalidad del ser humano, sus ideas o tendencias sexuales, políticas, sus ideales, estando más fuera del alcance del interés público que del ámbito privado de la persona.

En esa línea, el Tribunal Constitucional (2012) recordó que definió el derecho a la intimidad en la sentencia recaída en el expediente 6712-2005-HC/TC, como la facultad jurídica de toda persona de limitar cualquier interferencia en su vida privada o familiar, debido a que, en este espacio privado el individuo lleva a cabo las actividades que considera oportunas para su recogimiento personal, por tanto, esta es un área protegida de accesos externos, que permite impedir cualquier intromisión que altere la reserva, la soledad o el aislamiento de la persona, he ahí que radica su importancia, dado que asegura el resguardo del libre desarrollo de la personalidad con independencia del ámbito social, generando un espacio prácticamente infranqueable con base a este principio.

Efectivamente, el espacio íntimo permite a la persona construir en libertad su identidad, desarrollar sus convicciones más profundas, disfrutar de sus preferencias, hábitos, placeres, manías, miedos, temores fobias, además que, es en este ámbito donde puede cultivar sus

afectos, fortalecer lazos familiares, establecer vínculos sociales cercanos, y vivir sus emociones sin restricciones, en libertad.

Aunado a ello, el ámbito de la vida privada permite al individuo desenvolverse con un margen razonable de libertad en sus relaciones sociales, actividades profesionales, gestiones financieras y otros aspectos de su vida, lejos de la presión de normas morales externas, así, de conformidad con el Tribunal Constitucional (2016) en la sentencia recaída en el expediente N.º 03485-2012-PA/TC, la vida privada aleja al individuo de la mirada pública la cual cuestiona y juzga, sin escrutinio, y que en determinados escenarios es un juicio que esclaviza al destinatario.

El Tribunal Constitucional de Perú (2014) en la sentencia recaída en el expediente N.º 01839-2012-PHD/TC, indicó que, el poder jurídico que tiene cada persona de rechazar intrusiones ilegítimas en su vida íntima o familiar, se manifiesta en el requisito de autorización del titular, para la difusión de cualquier tipo de información de carácter íntimo.

Asimismo, se indicó que, en razón a la indivisibilidad de los derechos, el derecho a la intimidad irradia sus efectos hacia otros derechos fundamentales, como (i) el derecho de acceso a la información pública; (ii) derecho de acceso a información sistematizada por terceros; (iii) derecho a la inviolabilidad de domicilio; (iv) derecho a la información y (v) derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

Con base a esta estrecha relación entre el derecho a la intimidad y otros derechos, entre ellos, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, adquiere especial relevancia en la presente investigación considerando que, el correo

electrónico corporativo es un medio de comunicación sujeto a fiscalización del empleador, por lo que resulta necesario desarrollar el marco normativo aplicable.

3.1.2. Marco jurídico internacional y nacional

a. Sistema Universal

El derecho a la intimidad, tiene desarrollo normativo nacional e internacional, verbigracia, así, en el Sistema Universal, este derecho se encuentra contemplado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en los siguientes términos: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación” (Organización de Naciones Unidas [ONU], 1948, art. 12) generando la obligación internacional de proteger legalmente a la persona de tales injerencias o ataques, tal disposición es replicada en similares términos por el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

b. Sistema Europeo

Ahora bien, con relación a derecho comparado y sistemas regionales de protección de Derechos Humanos, se identifica que la comunidad europea contempla en el artículo 8 de su Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y correspondencia. Bajo ese contexto, su Convenio en materia de derechos humanos irradia el ordenamiento jurídico de diversos estados de dicho continente conforme el siguiente detalle:

En España, su texto constitucional precisa que, toda aquella normativa relativa a los derechos fundamentales se debe interpretar de conformidad con la Declaración Universal de

los Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales sobre los mismos, dentro de los cuales se encuentra el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En ese sentido, el artículo 18 de su Carta Constitucional contempla el derecho a la intimidad personal y familiar.

Por otro lado, Italia regula el denominado “*diritto allá riservatezza*”¹⁴, el cual de acuerdo con Cardaci (1999) se sustenta en el artículo 8 del CEDH, y comprende el derecho de tener secretos, aspectos, comportamientos actos relativos y reservados a la esfera íntima de la persona; construido a partir del derecho a ser dejados solos, desarrollado por el common law en la doctrina norteamericana, tal como se indicó previamente.

Mientras tanto, Francia contempla el “*Droit a la vie privee o privaticé*”¹⁵, como atributo de los derechos de la personalidad, cuya base se encuentra en el Código de Napoleón, el cual considera el derecho a la privacidad como parte inherente del derecho natural, reconociendo consecuentemente el derecho a la inviolabilidad de domicilio y de las comunicaciones.

c. Sistema Interamericano

Ahora bien, en lo concerniente al Sistema Interamericano de protección de Derecho Humanos se tiene que, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus incisos 2 y 3 replica en términos idénticos a los de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho a la vida privada y familiar.

¹⁴ Traducido de forma literal del italiano al español es el derecho a la reserva/ confidencialidad/ discreción.

¹⁵ Traducido de forma literal del francés al español es el derecho a la vida privada o a la privacidad

d. Ordenamiento peruano

Esta previsión normativa internacional es replicada en nuestro ordenamiento jurídico interno, así, se tiene que el inciso 6.A del artículo 2 contempla el derecho de toda persona a que “los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar” (Constitución Política del Perú [CPP], 1993, art. 2).

Además, el inciso 7 del artículo 2, desarrolla el derecho a la honra, la buena reputación, la intimidad personal y familiar, a la voz e imagen propias, siendo que, toda aquella persona por afirmaciones lesivas o inexactas tiene derecho a la rectificación, en forma gratuita, inmediata y proporcional en cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades específicas que se puedan generar.

Habiendo sintetizado la previsión normativa de dicho derecho en distintos niveles, corresponde estudiar el ámbito de protección del derecho

3.1.3. Ámbito de protección

Conforme quedó establecido en párrafos ut supra, el derecho a la vida privada, sienta sus bases en el “Right to be Alone”¹⁶, siendo el concepto base y preliminar; compuesto por los datos, hechos o situaciones desconocidas para la comunidad, que, a pesar de ser verdaderos, están reservados para el conocimiento de uno mismo y —en algunos casos— de un grupo

¹⁶ Derecho a ser dejado solo

reducido de personas, en el ámbito financiero, legal, médico, ante lo cual la información deberá ser debidamente resguardada por el secreto profesional.

Por ello, el derecho a la intimidad tiene como ámbito de acción el aislamiento de terceros de todos aquellos aspectos del desarrollo interno de la persona, mientras que, el ámbito de protección comprende la garantía de tutela de aquellos aspectos que, de difundirse, significarían un riesgo para la tranquilidad, integridad y seguridad, tanto familiar como personal. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano, explica que el Derecho a la intimidad presenta dos ámbitos de defensa:

(i) La defensa a la intimidad personal: relacionada con aquellos aspectos físicos y mentales, relativos al desarrollo interno de la persona, en reserva para sí, verbigracia, procesos de pensamiento, opinión, salud física y psicológica, orientación sexual, entre otros. Por ello, sus características son: el ser subjetiva, cultural y temporal, debido a que, su carácter de íntimo se supedita a la conciencia de si la persona lo considera o no como íntimo y si de tener tal categoría, por cuánto tiempo y espacio lo mantendrá como tal.

(ii) La defensa a la intimidad familiar: Se refiere a preservar en la esfera del grupo familiar aquellos aspectos de desarrollo que involucran únicamente a esta, verbigracia: secretos familiares, responsabilidad en labores de cuidado de otro familiar o el domicilio, entre otros. Al igual que la intimidad personal, corresponde exclusivamente a la familia delimitar aquello que resulta interno para ella, siendo determinantes factores como el espacio, tiempo y cultura en el cual se encuentren.

Con base a ello, se aprecia que, la intimidad en nuestro ordenamiento interno, es objeto de protección jurídica al constituir esta la esfera más privada e interna del individuo, erigiéndose como la antítesis de la publicidad, salvo que, voluntariamente el interesado comparta esta información con un grupo de personas selectas, como una actividad recreativa personalísima.

En conclusión, la diferencia entre la intimidad, privacidad y publicidad radica en la accesibilidad de lo conocido en esas esferas, siendo lo íntimo aquello totalmente inaccesible para terceros, lo público lo contrario a ello; y la privacidad tendrá accesibilidad restringida y variará dependiendo de la decisión del individuo.

3.1.4. Elementos del Derecho a la intimidad

Según lo señalado por Sanz (2018) la intimidad comprende elementos muy abstractos, subjetivos y etéreos, que varían de persona en persona, sin perjuicio de ello, es posible identificar ciertos elementos en común:

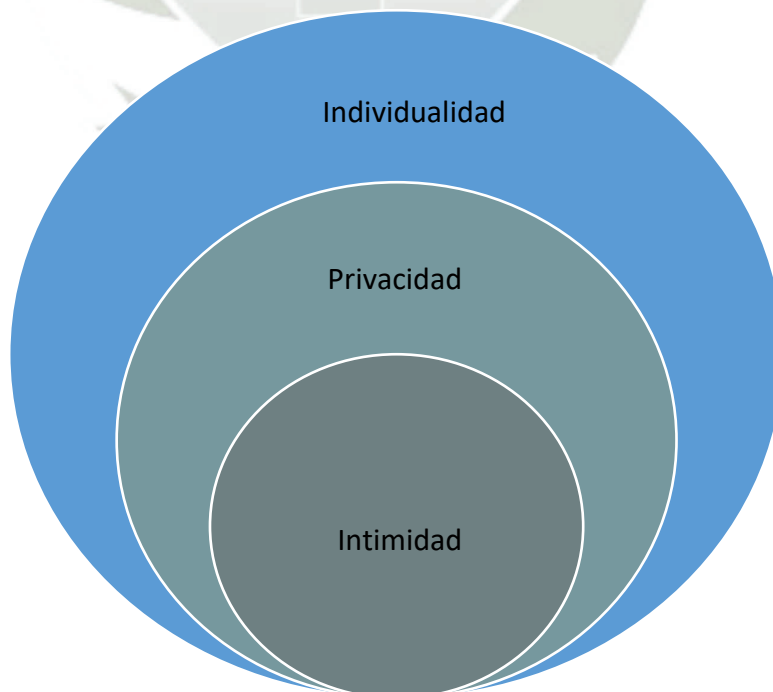
(i) profunda, ya que es la esfera más interna de la persona, con su psique, ideales, convicciones y creencias; (ii) tiene valor total, incuestionable e inviolable, de incumbencia exclusiva del individuo; (iii) es impenetrable ante terceras personas o el propio Estado; (iv) restricción de acceso que solo puede ser permitido con el consentimiento del titular; (v) espacio de ejercicio pleno de la autonomía.

De igual forma, el autor indica con relación a lo que ha salido de la esfera de la intimidad por decisión de la persona, que esto se expresará a través de acciones o actividades, que develen el consentimiento de dar a conocer la información a terceros, mientras que, por el interés público se harán conocidos hechos prescindiendo del consentimiento de este, primando el interés de la sociedad en conocer la información que sea comunicada.

3.1.5. Niveles de protección

El derecho a la intimidad y a vida privada, es altamente subjetivo y abarca una amplia gama de conductas, pensamientos, ideas, documentos, plataformas, etcétera; no tiene una doctrina única sobre el nivel en el cual debe estar protegido, es así que, se advierten múltiples teorías como se procede a desarrollar:

a. Sphärentheorie: Teoría de la concetricidad de las esferas



Fuente: Elaboración Propia

Esta teoría concibe al derecho a la intimidad como una entidad incluida dentro de tres esferas, siendo cada una ellas más cercana a la privacidad e intimidad de la persona, así, mientras la esfera esté más cerca al núcleo, más cercano a lo íntimo estará y, mientras más alejada del núcleo, más público será; su nivel de protección varía según su naturaleza y el contexto en el cual se encuentra la persona, en consecuencia, esta teoría explica cómo el derecho a la privacidad no es un concepto homogéneo, sino que abarca diferentes niveles de protección dependiendo de la naturaleza de la información y el ámbito en el que se divulga.

Polo (2022) indica que, la esfera más externa, está relacionada a los ámbitos del honor, la imagen personal y la buena reputación, por ser la faceta más externa y que se encuentra más expuesta al público exterior, es decir, una audiencia más amplia. En este ámbito, la protección de la privacidad es más limitada, ya que incluye datos que, por su naturaleza, son accesibles al público en general, sumado a que, la persona puede compartir deliberadamente información sobre su vida profesional, su imagen pública y otros detalles menos sensibles de su vida cotidiana.

Esta esfera se ha visto seriamente impactada por el desarrollo de las TICS que permiten, la exposición masiva de información propia a terceros en internet, por ello el autor precitado, destaca que esta es la última esfera que divide la intimidad de la vida pública, protegiendo todos aquellos atributos que hacen a una persona alguien particular.

En segundo término, Polo (2022) destaca que se tiene a la esfera de la privacidad, la cual abarca todas aquellas ideas, opiniones y características de la personalidad que el sujeto comparte con un grupo determinado de personas de su elección, y por decisión propia, además que, abarca la vida personal y familiar, corresponde a aspectos que, si bien son personales, en ciertos contextos pueden ser revelados o compartidos de manera controlada, como las relaciones familiares, los datos personales básicos o detalles de su vida social cercana.

Esta esfera está protegida, pero el individuo tiene un control más amplio sobre cómo y con quién compartir esta información, por lo que, es conocida por terceros escrupulosamente selectos y de vínculo estrecho con el individuo, esto es, la familia, pareja, amigos muy cercanos, entre otros; dependiendo, de la discrecionalidad de la persona, pero sin llegar a ser de acceso al público. (Polo, 2022)

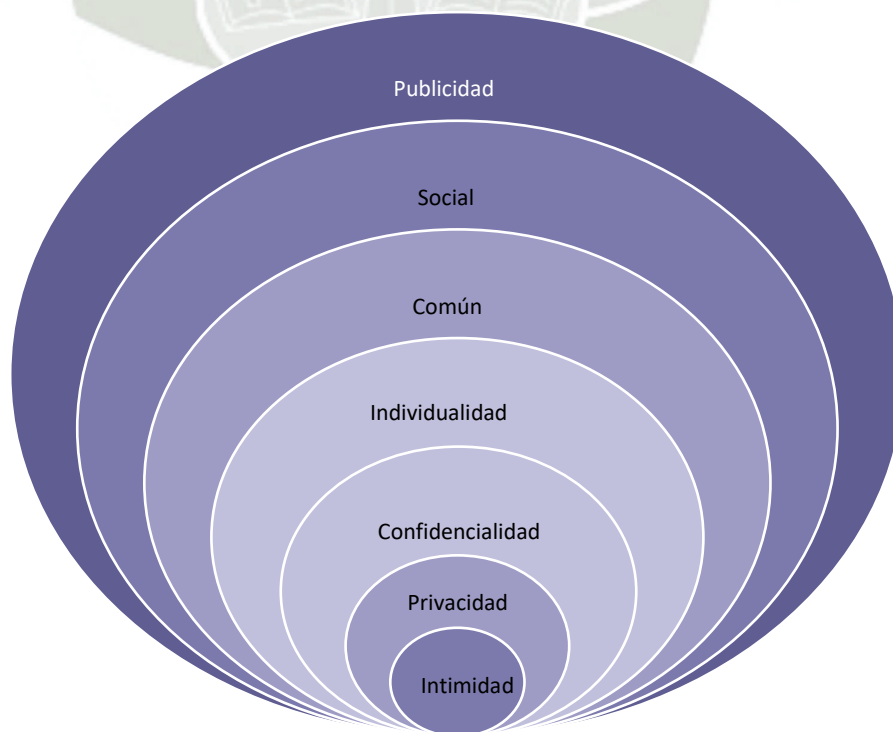
Finalmente, se encuentra la esfera relativa a la intimidad, la cual está conformada por aquellos pensamientos, ideas, comportamientos, actitudes, sentimientos y experiencias profundas, que no desean ser compartidas con terceros, es decir, de reserva para sí mismo. En el núcleo de estas esferas se encuentran los aspectos más privados de la persona, y, por lo tanto, no debe ser accesible para terceros sin el consentimiento explícito de esta, de ahí que, Polo (2022) sostenga que esta esfera es afectada cuando se conocen hechos o noticias que debían permanecer ocultas e ignoradas por todos.

La teoría desarrollada, ofrece un modelo útil para comprender la complejidad inherente al derecho a la privacidad, al reconocer que no todas las áreas de la intimidad requieren el mismo nivel de protección, por ello, este enfoque permite encontrar un equilibrio entre la salvaguarda de la privacidad y otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión o

el acceso a la información, adaptándose a las particularidades de cada situación, a su vez, subraya la relevancia en que las personas mantengan el control sobre la información que eligen compartir, conforme a los diferentes grados de privacidad, más aún, cuando la teoría reconoce que (i) la privacidad será variable dependiendo la esfera y su cercanía a la intimidad; (ii) serán niveles interdependientes entre sí; y (iii) el control, ya que, la persona tendrá el poder de decidir qué información compartir y con quién hacerlo.

b. Teoría de concentricidad de las esferas múltiple

Esta teoría es atribuida a Hubmann y tuvo una amplia aceptación por la comunidad jurídica, incluyendo al Tribunal Constitucional Alemán, al ser aplicado en tutela de los derechos de la personalidad por su íntima relación con la dignidad de la persona; es así que, la teoría se desarrolló y perfeccionó, siendo que, uno de esos principales avances fue realizado por Seidel (1972) quien identificó más esferas a las inicialmente desarrolladas.



Fuente: Elaboración Propia

La teoría de las esferas múltiples de privacidad de Seidel (1972) describe la gestión de la privacidad de las personas en distintos contextos sociales a través de esferas, este postulado expande la teoría de Hubmann de 1967 en 7 esferas concéntricas, reflejando diferentes niveles de exposición de la información que el individuo maneja y controla dependiendo del entorno, las relaciones, la interacción y el tipo de información a compartir, ello conforme el siguiente detalle:

(i) Esfera pública: Esta se refiere a los aspectos públicos de la vida de una persona, por lo que, la privacidad es inexistente o mínima, dado que la información es accesible sin restricción, ya sea por decisión de la persona o por la naturaleza pública de la información; un claro ejemplo de esto serían las declaraciones que brinda una figura pública o mediática en televisión nacional o en sus redes sociales, siempre que sean de acceso público y no restringido.

(ii) Esfera social: Esta se relaciona con la vida que el individuo comparte con un círculo social amplio—amistades, colegas — en consecuencia, la información es más restringida que la comprendida en la esfera pública, pero menos accesible que aquella de la esfera íntima o confidencial, un claro ejemplo de este nivel es aquella información relacionada a “pasatiempos o hobbies”

(iii) Esfera común: Este nivel comprende aquella información compartida en actividades colectivas o comunitarias, es decir, destinado a una agrupación de personas determinada, sin alcanza un conocimiento público o de gran alcance, siendo por ello un ámbito

delimitado, verbigracia, el dar una opinión en un foro o participar en un colectivo social donde se comparten vivencias, pensamientos e información.

(iv) Esfera individual: Esta se relaciona a los aspectos personales que individualizan a una persona, ya sean deseos, creencias o proyectos, de esa forma, sin ser información privada esta no logra alcance público, puesto que, no tiene un destinatario concreto, sino que se conoce en la medida que uno entra en contacto con el sujeto, por ejemplo, la pertenencia a una religión, la cantidad de mascotas, gustos musicales, entre otros.

(v) Esfera confidencial: Compuesta por la información que una persona decide compartir con un grupo selecto de individuos, generalmente de confianza, lo que la diferencia de la anterior esfera, debido a que, esto será producto de la cuidadosa selección de las personas con las que se comparte ciertos aspectos de su vida, bajo la premisa de confidencialidad, verbigracia, la adquisición de un bien, proyectos patrimoniales, estado de salud.

(vi) Esfera privada: Abarca los aspectos privados de la vida de una persona, quien maneja la información con un alto grado de control, por ello, esta información está referida a aquellos pensamientos y emociones relativos a cuestiones más sensibles que esferas previas, véase, información sobre relaciones familiares o amorosas, problemas personales, decisiones íntimas, decisiones de trayectoria de vida, información que no se compartiría fácilmente con personas ajenas al círculo cercano.

(vii) Esfera íntima: Esta esfera es la más privada, ya que, se encuentra relacionada con los aspectos más personales y profundos de la vida de un individuo, con datos que solo tiene

solo para sí, ello, en los términos propuestos por Hubmann (1967) conforme se expuso en la teoría previa, vale decir, lo secreto, reservado para sí mismo.

c. Teoría distintiva de la esfera íntima y la esfera privada

Esta teoría, esgrimida por Garzón Valdés (2004) diferencia la intimidad de la privacidad, de manera contraria a las anteriormente estudiadas las cuales implican que una abarca la otra. El autor indica que, el ámbito íntimo de las personas está compuesto por todos aquellos pensamientos en su estado más trasparente, natural, puro; lugar donde no se encuentra presente la represión de ningún tipo, donde lo no expresado está.

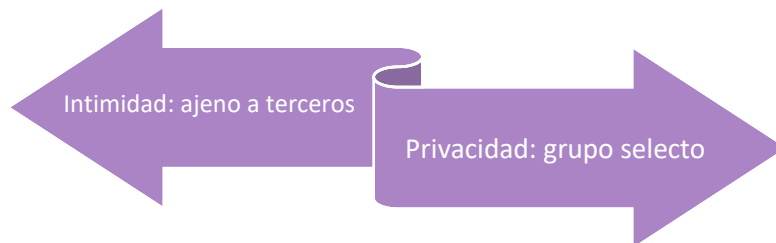
Sin embargo, este ámbito no sería únicamente etéreo, puesto que, es espacio para aquellas acciones cuya realización no implica la intervención de terceros, así como tampoco tiene incidencia alguna en los mismos (tal es así que, muchas veces la sola presencia de terceros es o sería desagradable). Es así que, en este espacio, la persona ejerce total soberanía, siendo el espacio natural de pleno ejercicio de la autonomía personal. Por lo que, la intimidad estaría recubierta por un velo de total opacidad, el cual solo podría ser levantado por el individuo. Por lo que, este espacio escapa de toda valoración sujeta a la moralidad de terceros. Es en el ámbito íntimo además donde se lleva a cabo el proceso de elaboración de ideas o planes de acción, por lo que, una posible violación a la intimidad podría suponer una interrupción a este proceso; es de tal cuidado este proceso que su sola inmersión en lo privado causaría una interrupción, y ni que decir de una inmersión de información de carácter íntimo en el ámbito público; además tenemos que tener en cuenta que usualmente estos pensamientos, ideas de acción, estados de

ánimo, son transitorios y no se concretan, por lo que no llegan a tener relevancia alguna para terceros.

Mientras que, la privacidad sería ese ámbito donde encontramos preferencias y deseos del individuo el cual estaría reservado a ciertas situaciones, grupos de personas, relaciones interpersonales; cuya selección de participantes estaría únicamente bajo la decisión del individuo, sus límites (privado-público) dependen del contexto social y cultural de cada individuo y contexto en el cual se desarrolla. En este ámbito se aceptan reglas de convivencia

Es así que, por ejemplo, la esfera privada de la presidenta de la nación se encuentra más reducida que la mía propia; tal es así que, por ejemplo, en el llamado “Caso Rinoplastia” la presidenta fue cuestionada por someterse a una cirugía plástica la cual la habría llevado a ausentarse de sus funciones sin comunicarlo al país, la necesidad de publicidad de una actividad privada tal como lo es una cirugía recae en la esfera de lo público al ella desempeñar un cargo político, la publicidad de sus actos (al tener incidencia en el desarrollo –o falta de tal- de sus funciones) se convierte en un elemento esencial del estado de derecho, el poder político siempre ha de permanecer en la esfera de lo público; lo privado cuando se vuelve poder deberá estar sometido a la publicidad.

Por lo que, estas definiciones no varían, sino que se expanden o reducen en cuanto al ámbito basándonos en el marco normativo aceptado. Es así que el autor, establece las analogías de secreto con lo íntimo, valioso con lo privado y publicidad con lo político; complementándose entre sí:



Fuente: Elaboración Propia

En el mismo sentido, esta teoría plantea dos razones de la regulación jurídica del Derecho a la Privacidad, que serían:

- I. El temor a la dependencia informativa a causa del escrutinio público de comportamientos privados
- II. La no afectación de la autonomía individual

d. Teoría del mosaico

La teoría propuesta y desarrollado a lo largo de los años por Eberle, y Schimmel, y en años más recientes por Pozen (2005), relativiza el concepto de publicidad, al sustentarse en el rol del receptor de la información y no en la naturaleza o relevancia del contenido, con base a ello, cierta información puede ser catalogada como “pública” para un grupo de personas mientras que, será privada si se cambian los sujetos destinatarios de la información.

Verbigracia, una persona sometida a un proceso judicial de cambio de nombre invocando daño moral por su nombre primigenio, escenario en el cual, pese a dicho cambio, todas aquellas personas que la conocieron antes de ello tienen conocimiento de su nombre de nacimiento.

Esta no parece ser información íntima que merezca un tratamiento de protección especial, sin embargo, dado que el sujeto de tal información la considera subjetivamente dentro de su ámbito de privacidad, por su relación con un pasado sensible, esta se considera dentro de la esfera privada de la persona.

Ahora bien, la teoría recibe el nombre de mosaico, debido a que, postula que hay datos personales que por sí solos no constituyen información privada, e incluso que cada fragmento de información es pequeño e inofensivo por sí solo, sin embargo, al combinarse forman una imagen más clara y detallada sobre esta persona, revelando aspectos de su vida privada que, por separado, no serían evidentes.

Así, esta teoría se manifiesta como una suerte de labor de investigador que recoge pequeñas piezas de información, como el conocer el horario de entrada y salida de una persona, su actividad física fuera del trabajo, la adquisición de productos específicos en el supermercado, información sobre su círculo familiar, número de mascotas; tal información por sí misma no informa algo revelador.

Empero, permite construir el perfil de la persona al analizarla en conjunto como su interés por su apariencia física, restricciones alimenticias, hábitos de consumo, su relación familiar, vida social. Efectivamente, se llama teoría del mosaico, puesto que, las losetas de un mosaico no muestran nada de manera individual; no obstante, al unir las adquieren un significado.

La referida teoría adquiere especial relevancia en el marco del acelerado avance del internet y la tecnología que se vive actualmente, ello debido a que, constantemente los usuarios

de internet comparten datos personales en este espacio, como los intereses que tienen al momento de adquirir un producto en línea, el consumo de contenido que tienen, los pensamientos que son publicados en redes sociales, las ubicaciones, fotografías, datos que por sí mismos no dicen mucho, pero en conjunto dan un perfil detallado del usuario.

Esto podría sonar ilusorio, por lo invasivo que resultaría, sin embargo, el tratamiento de datos personales violando la intimidad personal tiene un caso emblemático de 2018 en el mediático caso de Cambridge Analytica, más conocido como “Caso Facebook” el cual ilustra perfectamente la vulneración al derecho a la intimidad y al uso indebido de datos personales de millones de usuarios.

En ese sentido, el año 2018 se hizo de conocimiento público, que la empresa Cambridge Analytica, dedicada a consultoría política, accedió de manera ilegal a la información personal de aproximadamente 90 millones de usuarios de Facebook sin su consentimiento expreso (Cadwalladr & Graham-Harrison, 2018).

El acceso que denominarían “irregular” se produjo a través de una aplicación de trivia llamada “This is your digital life” desarrollada por Aleksandr Kogan de la Universidad de Cambridge, la cual recolectaba datos de los usuarios que participaban en el cuestionario, y a su vez obtenía información de sus contactos en la red social sin su conocimiento ni consentimiento (González, 2019).

Los datos personales de los usuarios que llenaron los cuestionarios fueron empleados irregularmente para crear perfiles psicológicos detallados con fines políticos, lo que permitió a Cambridge Analytica utilizar la información para diseñar estrategias personalizadas de

difusión de anuncios políticos, con la finalidad de influenciar en las elecciones presidenciales de Estados Unidos del año 2016 (Cadwalladr & Graham-Harrison, 2018), ello como una clara vulneración de su derecho a la autodeterminación informativa, tratamiento de datos personal y, principalmente para la presente investigación, su derecho a la privacidad.

El escándalo tuvo consecuencias significativas para las partes involucradas, incluyendo a Facebook, que fuera multada con 5 mil millones de dólares por la Federal Trade Commission (FTC) de Estados Unidos por violar las leyes de privacidad (Frier, 2019). Con base a todo ello, Facebook implementó una serie de reformas en sus políticas, incluidas medidas más estrictas sobre el acceso de aplicaciones de terceros a los datos de los usuarios (González, 2019).

Aunado a ello, el referido caso propició que, en varios países se iniciaran investigaciones y se intensificara la discusión sobre la necesidad de regulaciones más estrictas sobre la privacidad y la protección de datos personales en plataformas digitales, ello considerando que, los hechos del caso subrayaron la importancia de impulsar el debido tratamiento de datos personales en el marco de la era digital, donde la información personal puede ser fácilmente recolectada, almacenada, compartida y utilizada para fines distintos a aquellos para los cuales decidió el propietario de la misma, en directa contravención a su derecho a la intimidad. Ello, a su vez, resaltó la urgencia de garantizar que los usuarios tengan control sobre sus datos y que las plataformas sociales operen bajo normas claras y transparentes que protejan su privacidad.

En suma, la falta de un control adecuado sobre la recopilación y el uso de información personal puede tener repercusiones no solo sobre la privacidad individual, sino también sobre

el derecho a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad, como se ha observado en el presente caso.

e. Teoría del control de la interacción social en espacios privados

Esta teoría desarrollada por Goffman en el año 1959 señala que, la privacidad comprende el espacio donde se efectúen determinadas actividades, dado que, el individuo tiene mayor control sobre las interacciones sociales en espacios privados, y tiene el poder de regular quien está presente, la materia de discusión y el comportamiento; estos espacios se denominan “backstage”, de manera similar a lo que sucede tras bambalinas en una obra teatral.

En contraposición a dicha zona, se encuentra el “frontstage” espacio en el cual se proyecta cierta imagen que debe ser acorde a lo socialmente aceptable, verbigracia, una obra teatral donde la interpretación del actor o actriz es acorde al público objetivo acorde a la normas y expectativas del público.

Ello a diferencia del “backstage” donde se puede actuar de manera auténtica, sin presión social, controlando las interacciones sociales y la información que se comparte. El ejemplo ideal sería el hogar, ya que, cada individuo tiene el control total sobre las interacciones con su familia o amigos cercanos, un comportamiento informal que ejecuta, los pensamientos, ideas, ideales que comparte; o de igual forma en un espacio laboral de interacción del personal interno, exceptuando los espacios de atención al público, debido a que, la convivencia con trabajadores puede ser un punto de encuentro e interacción.

El control que se tiene sobre la interacción social en espacios privados es considerado fundamental para Goffman (1959) porque permite hacer esta distinción entre los espacios “frontstage” y “backstage”.

3.1.6. Alcances en el contexto peruano

Ahora bien, la multiplicidad de teorías y ámbitos de protección al momento de conceptualizar el derecho a la intimidad es disímil, sin hallar uniformidad, por ello, es necesario recurrir al máximo intérprete de la Constitución en aras de identificar como el Tribunal Constitucional entiende el derecho a la vida privada, así, se encuentra la sentencia recaída en el expediente N.º 6712-2005-HC/TC que indica que, el derecho y principio reconocido es la vida privada, y, la intimidad, es uno de sus derechos-regla, ello de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del entonces Código Procesal Constitucional que reconocían la interpretación conforme tratados internacionales en materia de derechos humanos (Tribunal Constitucional de Perú, 2005).

En razón de ello, el Tribunal Constitucional dejó establecido en la sentencia recaída en el expediente N.º 1797-2002-HD/TC que, la vida privada es aquel ámbito del ser humano en el cual tiene la capacidad de desarrollarse y fomentar libremente su personalidad, en un (i) ámbito positivo, que comprende el espacio en el que se crea la identidad propia para proyectarse a la sociedad y el (ii) ámbito negativo que comprende la posibilidad de excluir a los demás de este espacio, evitando que se inmiscuyan, por ser un ámbito estrictamente personal (Tribunal Constitucional de Perú, 2003).

Por ello, se reafirma que la vida privada es un derecho fundamental, que engloba la intimidad, de conformidad con la teoría de la concetricidad de las esferas de Hubmann estudiada en el acápite previo, siendo así, dicho derecho goza de protección particular al tener el ser infranqueable, mientras que, la vida privada si incluye un ámbito que admite algunas intervenciones, que son parte de la autodeterminación informativa, esto es, el material en bruto, aún no perfeccionado lo suficiente (y tal vez, nunca lo sea) para alcanzar la publicidad.

3.2. Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones

El Derecho al secreto de las comunicaciones es uno de los derechos más estudiados por nuestra doctrina y jurisprudencia nacional, teniendo casos emblemáticos de suma relevancia política, como el caso de los “Petroaudios” —el cual tuvo como consecuencia un cambio de gabinete ministerial en el gobierno del Expresidente Alan García — o el caso de los “Vladivideos”.

Este derecho se encuentra estipulado en el inciso 10 del artículo 2 de Nuestra Constitución que reconoce el derecho de toda persona al “secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados” (Constitución Política del Perú [CCP], 1993, art.2) Bajo ese contexto, el precepto constitucional señala que solo se podrá incautar, interceptar o intervenir las comunicaciones y medios análogos por mandato motivado de la autoridad judicial siempre y cuando observe las garantías procesales establecidas legalmente; además quedará en secreto aquellos asuntos que sean ajenos al objeto de la intervención.

Por ende, nuestra Constitución señala que no tendrá efecto legal, el documento privado obtenido en violación de los preceptos señalados previamente. Claramente, tal protección no es

absoluta, puesto a que permite que la autoridad competente de acuerdo a ley puede inspeccionar o fiscalizar libros, comprobantes, documentos contables y administrativos.

Tal disposición constitucional, es replicada por el artículo 16 del Código Civil, que señala la prohibición de interceptar o publicar sin consentimiento del autor o destinatario la “correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar” (Código Civil de Perú [CCP], 1984, art.16).

En consecuencia, la publicación de memorias sean personales o familiares necesitarán la autorización del autor, o de sus herederos de estar muerto este, y de no existir consenso, la autoridad judicial decidirá, tal prohibición póstuma solo comprende el plazo de cincuenta años desde la muerte del autor.

3.2.1. Características

Habiendo señalado la regulación normativa del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones en Perú, corresponde desarrollar las características de este derecho, que, de conformidad con el Tribunal Constitucional de Perú (2003) en la sentencia recaída en el expediente N.º |2863-2002-AA/TC son: (i) la bilateralidad o pluralidad de partes, al requerir como mínimo un emisor y receptor al ser un acto comunicativa; (ii) la oponibilidad, es decir se opone a la intervención de terceros ajenos al proceso de comunicación —emisor y receptor— incluyendo a entidades pública (Tribunal Constitucional, 2003)

(iii) Composición integral, protege además del mensaje comunicado los detalles que no son de interés de terceros, como la aplicación, el horario, su duración; (iv) formalidad, debido

a que comprende todo el contenido de la comunicación no distinguiendo a diferencia de la intimidad de lo que es privado o no. (Tribunal Constitucional de Perú, 2003).

3.2.2. Interacción con el Derecho a la intimidad y a la Vida Privada

La doctrina difiere respecto a si el derecho al secreto de las comunicaciones es parte, o no, del derecho a la intimidad y a la vida privada, en mérito a ello, corresponde evaluar en el presente acápite, lo que se entiende por el Derecho a la Intimidad, Privacidad y su interacción con el Derecho de Inviolabilidad de Comunicaciones.

Tal como se desarrolló en acápites previos, la intimidad abarca la esfera más exclusiva del ser humano, en la cual se encuentran sus más reservadas opiniones, ideas, ideologías, preferencias, pensamientos, etc., siendo que dicho ámbito es de acceso propio del individuo, por lo que, dicho derecho se ve trasgredido cuando personas externas lo hacen; mientras que la privacidad es aquel círculo selecto de personas, de mayor confianza, con quienes compartimos aquellas opiniones, ideas, sentimientos, actitudes, que ya han pasado por el proceso de intimación propio, listas para conocer el mundo exterior, sin embargo, limitándose a un grupo selecto, lo que llamaríamos autodeterminación informativa; la naturaleza de la información, en ambos casos es personalísima, resultado aún no listo para estar bajo el ojo del escrutinio público, expuesto ante únicamente un grupo privado.

Bajo tal premisa, se puede desprender que, no toda naturaleza de la comunicación será de carácter privado, siendo posible la afectación del secreto de las comunicaciones sin vulnerarse el derecho a la privacidad, verbigracia, correspondencia a un familiar con información académica personal que no constituye información sensible, es conocida por un

tercero, ello afectaría el secreto de comunicaciones mas no el derecho a la privacidad; lo mismo sucede en sentido contrario, por ejemplo el contenido de un diario personal no tiene la intención de comunicar un mensaje a un receptor, pues solo alberga pensamientos y vivencias personales, no obstante, si fuese conocido por alguien ajeno al autor, sin su consentimiento, claramente impactaría su derecho a la intimidad mas no su derecho a la inviolabilidad de comunicaciones.

En ese orden de ideas, Abad (2012) es acertado al señalar que, si bien usualmente al vulnerarse las comunicaciones se vulnera el derecho a la privacidad y viceversa, ello no sucede siempre, existiendo la improbable más no inexistente posibilidad de que se vulnere uno sin vulnerarse el otro, aspecto que para la presente investigación resulta de gran relevancia.

Sin embargo, debemos también tener en consideración, que si bien el derecho a la intimidad y privacidad contemplan el contenido de la información, una de sus características más importantes es la autodeterminación informativa, por lo que, es relevante tanto la naturaleza de la información como la decisión personal de con quien compartirla.

Es así que, la Corte IDH (2009) nos explica en el Caso Tristán Donoso C/. Panamá, que el artículo 11 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos prohíbe toda intromisión arbitraria o abusiva en la vida privada del individuo, por parte de terceros o incluso el Estado, encontrándose las comunicaciones incluidas dentro del ámbito de protección del Derecho a la vida privada, derecho que en la presente investigación entendemos como Derecho a la Privacidad.

Por lo que, concluimos que el Derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones, se erige en nuestro sistema jurídico como un mecanismo de protección del Derecho a la

Privacidad, siendo parte de su contenido y con el objetivo de garantizar la autodeterminación informativa. Es así que, en la presente investigación se tratará el Derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones como una forma de manifestación del Derecho a la Privacidad, siendo este último el que realmente atañe el fondo de materia de investigación.

3.2.2.1. Análisis de la perspectiva jurisprudencial internacional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Conforme se desarrolló en párrafos previos, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, contempla el derecho a la vida privada y familiar. Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] (2023a) ha recordado que el referido artículo proscribiera toda injerencia arbitraria en la vida privada de las personas, que comprende distintos niveles o espacios de tutela, como los domicilios o correspondencia

Por tanto, la Corte IDH (2023a) ha destacado que la privacidad es inmune a las invasiones abusivas por parte de terceros o autoridades públicas, salvo sea una limitación prevista en la ley, persiga un fin legítimo y siga los requisitos de un test de proporcionalidad en el marco de una sociedad democrática.

Además, en el caso *Manuela vs. El Salvador*, la Corte IDH (2021) precisó que la vida privada comprende la manera en que la persona se percibe y como decide proyectarse a los demás, siendo una condición indispensable al desarrollo de la libre personalidad. Así, en el caso *Olivera Fuentes vs. Perú*, la Corte IDH (2023b) señaló que el derecho a la vida privada abarca

conceptos más allá de la privacidad comprendiendo además aspectos relacionados al ejercicio del desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que, la Corte IDH en el caso *Escher y otros vs. Brasil* precisó que, a pesar que las conversaciones telefónicas no se encuentran protegidas de forma taxativa en el texto del artículo 11 de la Convención Americana —que consagra el derecho a la vida privada— se trata de una forma de comunicación comprendida en el ámbito de protección de dicho derecho.

En el caso precitado la Corte IDH (2009) destacó que, el artículo 11 no solo tutela el contenido de las conversaciones entre privados sino también la información y detalles complementarios a esta, como la hora, duración, medio, etc.; siendo que, el Tribunal Interamericano asocia la protección de comunicaciones como un derecho contenido en el derecho a la protección a la vida privada, ya que el espectro del derecho busca impedir que personas ajenas a los interlocutores conozcan el contenido de la comunicación y detalles propios del proceso comunicativo.

Incluso en la reciente sentencia del caso *Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo [CAJAR] vs. Colombia* de 2023 y que fuera notificada el 2024, recalcó que, en el marco de labores de inteligencia de órganos públicos la protección de la labor de abogados alcanza la inviolabilidad de comunicaciones con sus patrocinados y su lugar, equipos de trabajo, y todo medio de comunicación ejercido para su función profesional, ello claro está en un contexto de labores de inteligencia que difieren al poder de dirección que ejerce el empleador sobre las herramientas institucionales sujetas de fiscalización.

En suma, habiendo brindado tales esbozos queda establecido el alcance del derecho a la intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones desde una perspectiva nacional e internacional.

3.3. La aparición de las TICS en las Relaciones Laborales

La aparición de las TICS ha revolucionado las relaciones laborales, creando nuevos escenarios y desafíos para el mundo del trabajo, dejando atrás lo que conocíamos como dinámicas tradicionales en estas relaciones. Esta revolución no ha modificado únicamente la manera de organización del trabajo, puesto que también ha influenciado en la interacción en los entornos laborales, apareciendo nuevos escenarios con retos significativos para nuestros jueces, legisladores y, principalmente, empleadores.

La primera gran aparición de las TICS en el mundo del trabajo la vimos a partir de 2010 con la masificación del internet, la automatización de labores y especialmente, la aparición de la inteligencia artificial. Y es ahí donde aparece una de las herramientas más relevantes en el mundo laboral para el manejo comunicacional interno y externo, y este es, el correo electrónico corporativo (el cual de forma posterior evolucionaría a otras plataformas de mensajería instantánea o de videoconferencia). El correo electrónico corporativo usualmente suele diferenciarse a simple vista del correo electrónico personal por el dominio del mismo, esto es, por ejemplo, al laborar en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, se otorga el correo electrónico corporativo con la siguiente estructura:

Inicial del nombre y apellido + “@trabajo.gob.pe”

Por lo que, en mi caso fue: arodriguez@trabajo.gob.pe

Esto, se diferencia de mi correo electrónico personal, el cual tiene el dominio @gmail.com (debido a que personalmente escogió Google como servidor de mensajería instantánea), encontrando en el mercado a otros dominios como: @yahoo.com, @hotmail.com, @outlook.com; entre otras.

La tendencia a la digitalización empresarial ha sido creciente en las últimas dos décadas, sin embargo, es a partir del confinamiento de 2021, al cual nos vimos obligados a respetar a raíz de la aparición del COVID-19, que el uso de las TICS en las relaciones laborales se intensifica, esto debido a la falta de presencialidad en las oficinas, barrera que, únicamente la tecnología podía eliminar.

El correo electrónico corporativo tiene múltiples características que hacen atractivo su uso para aquellas empresas que desean aumentar su productividad y competitividad, dentro de las cuales encontramos:

a. Inmediatez: No requiere el tiempo de ir presencialmente a otra oficina a comunicarle algo a un compañero de trabajo, o a otra sede de la empresa a trasladar determinada información, a través del correo electrónico las comunicaciones se dan de forma inmediata sin necesidad de la presencialidad.

b. Asincronía: No es necesario que el receptor del correo esté disponible en el preciso momento de emisión del mensaje para que le llegue la información (como podría suceder en el caso de las llamadas telefónicas), por lo que facilita la comunicación en diferentes horarios, evitando a la vez, la interrupción de otras tareas.

c. Seguridad: Los correos electrónicos corporativos usualmente son brindados a las empresas con una garantía de encriptación y firewalls, para proteger tanto de no perder la información que contienen, como ante posibles intromisiones de terceros.

d. Organización: Al establecer un único mecanismo de comunicación dentro de la empresa, se puede controlar más por el usuario el flujo de información, no teniendo otra vía no hay la posibilidad de información recibida y no revisada.

e. Integración con más TICS: Tanto Outlook como Gmail tienen la posibilidad de integrarse con: calendarios digitales, herramientas de almacenamiento en la nube, aplicaciones de videoconferencias, entre otras; para facilitar la automatización empresarial.

f. Branding: Al usar como dominio el nombre de la empresa, el grupo empresarial, o alguna palabra o acrónimo característica de la misma, fortalece la imagen de la marca frente a los *stakeholders*, además da la seguridad de que nos estamos comunicando con un miembro de la organización y no una persona ajena.

Sin perjuicio de ello, es menester mencionar que, el correo electrónico corporativo no es el único medio de comunicación que se usa en la actualidad en las organizaciones empresariales, sin embargo, fue el primero; en la actualidad encontramos otros como: WhatsApp, Instagram, Telegram, Facebook Messenger, entre otros; TICS que, en concreto, cumplen con la misma función que el correo electrónico corporativo, esto es, transmitir información empresarial dentro y fuera de la misma como ejercicio de las actividades laborales enmarcadas en un contrato de trabajo, siendo un instrumento puesto a disposición por el empleador al trabajador para la realización de tales. Por lo que, su regulación, límites y alcances

se deben entender bajo los mismos parámetros que marca el correo electrónico corporativo, siendo el más usado en la actualidad en las relaciones laborales.





CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO

1. Enfoque

La investigación será desarrollada bajo el enfoque cualitativo, puesto que, éste es el que mejor se adapta a las características y necesidades de la investigación, ello es concordante con lo postulado por Aranzamendi Lino citado por Nizama V. & Nizama C. (2020) que señalan que la investigación cualitativa busca describir y comprender una situación o fenómeno, que lo diferencia de la investigación cualitativa que busca la cuantificación, predicción y control. Así, el conocimiento será construido y no descubierto.

La presente investigación tuvo un enfoque cualitativo, dado que, con base a la investigación realizada, se proporcionaron razones, explicaciones y argumentos, que permitieron determinar la aplicación del principio de proporcionalidad en la fiscalización de comunicaciones del trabajador en mérito al poder de fiscalización del empleador.

2. Nivel

El presente trabajo tiene nivel explicativo y propositivo, debido a que, se orienta en la explicación del por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta junto con proponer una postura. Así, en primer lugar, se busca el entendimiento del fenómeno a ser investigado para luego mediante el nivel propositivo entender que la realidad jurídica no es siempre correcta por lo que amerita correcciones o mejoras. (Tantaleán, 2015).

En ese sentido, la presente investigación se orienta a determinar cómo el empleador puede emplear medidas de control de comunicaciones de su trabajador en armonía con el principio de proporcionalidad y los derechos de su trabajador.

3. Método de Investigación

El método de investigación del presente trabajo es compuesto ya que, emplea el (i) derecho comparado de Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos y altos tribunales de otros países a fin de entender la práctica comparada en torno a las medidas de control y fiscalización de comunicaciones de personal del centro de trabajo, finalmente, la investigación es (ii) dogmática jurídica, debido a que, será necesario el entendimiento del poder de dirección del empleador amparado en el derecho de libertad de empresa el cual a través de medidas de control de comunicaciones impulsadas por el empleador pueden entrar en colisión con el derecho de inviolabilidad de comunicaciones y privacidad del trabajador, para lo cual será necesario entender la aplicación del test de ponderación o proporcionalidad.

4. Técnica

La técnica empleada para el recojo de información fue el fichaje, técnica caracterizada por la recopilación de ideas, opiniones y sucesos de las fuentes consultadas, o juicio del investigador que sean producto de dicha consulta, sumado a ello, se considera la técnica de observación documental para el análisis de normatividad vigente, jurisprudencia internacional y comparada junto al estudio de la doctrina.

4.1. Instrumento

El instrumento empleado fueron las fichas de observación documental para el procesamiento de la información de fuentes del derecho internacional y comparado, jurisprudencia de tribunales regionales y altos tribunales de sede interna y legislación.



CAPITULO IV: HALLAZGOS Y RESULTADOS

4. Aplicación del test de ponderación en la fiscalización del monitoreo de comunicaciones mediante TICS

4.1. Concepto, Origen y Finalidad del test de proporcionalidad

Burga Coronel (2011) precisa que el principio de proporcionalidad surge desde una perspectiva conflictivista de los derechos fundamentales, vale decir, el entender que los derechos pueden entrar en conflicto entre sí en su realidad práctica, frente a ello surge la necesidad de identificar criterios para asegurar la primacía de un derecho sobre otro.

De conformidad con Rodríguez M. (2017) el origen del principio de proporcionalidad tal como lo entendemos se remonta al derecho administrativo alemán en el siglo XIX, inicialmente como límite a la arbitrariedad de la actuación administrativa, para que luego “una vez instaurada la jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional lo amplió como límites a todos los poderes públicos” (Rodríguez M., 2017, p.128).

Otros autores como Mamani Condori, Choquehuanca Calcina, Ochatoma Paravicino, & Humpiri Núñez (2023). precisan que la noción de proporcionalidad surgió en Estados Unidos entre 1882 y 1914 como soporte para tutelar derechos fundamentales transformando este en un principio constitucional de protección. Incluso, Blume Fortini (2022) precisa que, el principio de proporcionalidad es un principio del Estado de Derecho en contextos de democracia.

En ese contexto, las medidas que ejerza el poder con el ciudadano o se discutan en la relación entre privados plantearán usualmente conflicto entre derechos para lo cual se deberá emplear un test de proporcionalidad o “balancing test” para determinar en un caso en concreto que derecho puede tener más “peso” frente al otro (Burga Coronel, 2011).

En concreto, se asocia a este mecanismo de solución al principio de proporcionalidad o ponderación, que requiere la graduación de la intensidad de una medida que tendrá impacto en un derecho para que el sacrificio no sea innecesario ni exceda los límites de lo razonable, para tal fin. deberá concurrir tres sub principios de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto. (Mamani Condori et al, 2023).

4.2. Elementos del Test de Proporcionalidad

De acuerdo con el planteamiento del test de proporcionalidad, este cuenta con tres elementos, (i) la idoneidad; (ii) necesidad y (iii) proporcionalidad en sentido estricto. Así las cosas, Landa Arroyo (2021) sintetiza el análisis de los tres sub principios conforme el siguiente detalle:

En ese sentido, al realizar el estudio del elemento de (i) idoneidad “se debe determinar si el medio empleado es idóneo o adecuado para lograr la finalidad y el objetivo propuesto (relación medio-fin) como justificación de la medida diferenciadora” (Landa Arroyo, 2021, p.95) esto quiere decir que este primer nivel comporta que la finalidad perseguida sea legítima y en consecuencia la medida controvertida tenga relación directa con el fin perseguido, de tener una finalidad distinta el estudio no superará este primer elemento.

En segundo lugar, al analizar el elemento de (ii) necesidad “se debe determinar si no existen medidas alternativas igual de idóneas para lograr el fin propuesto” (Landa Arroyo, 2021, p.95) y que además lesione en menor intensidad la prohibición de la discriminación.

Finalmente, con relación al elemento de (iii) proporcionalidad en sentido estricto, Landa Arroyo (2021) destaca que comporta aplicar la técnica de ponderación a fin de establecer si el grado de intervención en uno de los derechos se encuentra justificado por el grado de realización del principio o derecho que se le opone en el caso, eso quiere decir que, mientras mayor sea la afectación del derecho mayor deberá ser el beneficio que se obtenga en favor del otro.

Ahora bien, con motivo de la presente investigación la tensión que se plantea en el presente caso es la que resulta por la tensión entre los derechos de libertad de empresa materializada en el poder de dirección —que se expresa en medidas como el control de las comunicaciones del trabajador a fin de verificar el adecuado uso de las herramientas tecnológicas puestas a su disposición — respecto a la injerencia que representa el control de herramientas tecnológicas al derecho a la inviolabilidad de comunicaciones del trabajador.

Es así que, en la presente tesis tomaremos como base que, el objetivo del empleador es legítimo, dado que busca garantizar el buen uso de los recursos empresariales evitando su uso indebido, siendo la productividad uno de los principales fines del Derecho a la Libertad de Empresa, ejerciendo, su facultad de fiscalización en el marco de ejercicio de tal. Ahora bien, al analizar casos mas específicos podríamos encontrarnos con que la legitimidad varía, por ejemplo, en el caso de una filtración de datos (en ese caso el fin legítimo sería la protección de la seguridad de la información de la empresa), en caso de acoso u hostigamiento sexual laboral

(en ese caso el fin legítimo será proteger los derechos fundamentales de otros trabajadores), en el caso de una mala representación de la empresa (en ese caso el fin legítimo será proteger la imagen de la empresa), etcétera.

Por lo que, al analizar en primer lugar la idoneidad, nos preguntaremos: ¿La medida realmente contribuye a lograr el objetivo del empleador?, al analizar la necesidad nos preguntaremos ¿Existe una medida menos restrictiva que logre el mismo resultado? Y finalmente, al analizar la proporcionalidad nos preguntaremos ¿El beneficio supera la afectación al derecho?

4.3. Proyectos de Ley enfocados a brindar soluciones al conflicto de derechos

Conforme se expuso en párrafos precedentes, actualmente, no existe ley específica que regule el uso de medios informáticos en el centro laboral, a fin de atender la tensión de derechos entre el poder de fiscalización del empleador y el derecho a la privacidad del trabajador.

Sin embargo, el año 2014 el Congreso de la República de Perú emitió un pre dictamen sobre dos proyectos de ley que buscaban atender normativamente la problemática que se proceden a desarrollar. Sin perjuicio que estos fueron archivados por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República (Muñoz Flores, 2024, p.14), es necesario tener en cuenta su contenido y propuesta a fin de identificar la tendencia del legislador.

4.3.1. Proyecto de Ley 2604/2013- CR

El proyecto denominado “Ley que regula el uso de los medios informáticos de comunicación en centros laborales” fue presentado por el Grupo Solidaridad Nacional por iniciativa del congresista José Luna; el referido proyecto consta de 4 artículos y dos disposiciones complementarias finales.

El primer artículo del precitado proyecto establecía como objeto de la norma la regulación del uso de medios informáticos que sean proporcionados por el empleador en el centro laboral público o privado, ello a fin de asegurar el adecuado uso de medios informáticos y desarrollo de labores en horario laboral sin distar de la protección del derecho de los trabajadores a su intimidad de inviolabilidad de comunicaciones.

Así, en los términos del artículo 2° del proyecto de ley por medio informático se entendería toda aquella herramienta que se usa por medio de internet o intranet, vale decir, correo electrónico, redes sociales, páginas web y mensajería instantánea. En ese marco, el artículo 3° señaló que el uso de estos medios sería establecido de conformidad con las políticas de uso que señale el empleador, pudiendo establecer restricciones a determinadas direcciones web u otro medio informático, debiendo precisar el medio de control y las sanciones que correspondan, pudiendo acceder al registro de páginas web, siempre y cuando sea puesto en conocimiento del trabajador.

Finalmente, en el 4° artículo se estableció que el límite a la facultad de supervisión impide acceder al contenido de comunicaciones del correo electrónico o mensajería instantánea,

salvo autorización judicial o expresa del trabajador, de igual forma se prohibía la extracción de datos personales sin consentimiento.

Con relación a las disposiciones complementarias establecían disposiciones sobre la reglamentación y la incorporación de la norma en centros de trabajo públicos o privados, la cual debería ser mediante el Reglamento Interno de Trabajo o documento que haga sus veces.

En suma, se identifica que, el proyecto de ley analizado buscaba hacer suyo el criterio del Tribunal Constitucional, sin embargo, se advierte un vacío al solo establecer la prohibición con relación al correo electrónico y mensajería instantánea, ello considerando que años posteriores se determinó que las redes sociales son un medio privado de comunicación.

4.3.2. Proyecto de Ley 3329/2013- CR

El proyecto signado como “Ley de uso de medios informáticos en el sector de trabajo” fue iniciativa del congresista Carlos Tubino Arias y presentado por el Grupo Parlamentario de Fuerza Popular.

El referido proyecto constaba de seis artículos y dos disposiciones finales complementarias. Con relación al artículo 1° que señalaba el objeto de la ley es similar al del proyecto 2604/2013; sin embargo, el artículo 2° establece una definición más acertada de lo que debe entenderse por medios informáticos para la comunicación, precisando que estos serán los instrumentos de comunicación provistos por el empleador, que comprende el internet, intranet, correo electrónico, redes sociales y medios análogos, tal fórmula es acorde a los avances de internet que es un medio siempre en evolución.

Con relación a la política de uso de medios informáticos el artículo 3° proponía la posibilidad de regularlo mediante el contrato de trabajo, convenios colectivos, el reglamento interno de trabajo, directiva o memorando interno, debiendo ser notificado previamente para el ejercicio de facultades de control, este artículo resulta desfavorable al trabajador ya que, se permitiría la regulación del uso de medios informáticos más allá del reglamento interno de trabajo que es un medio idóneo y que otorga mayor seguridad jurídica.

Por otro lado, acertadamente el artículo 4° establece que ante la falta de política de uso de medios informáticos o de no lograr acreditar la recepción se presumirá que el uso de los medios tiene carácter ilimitado, siempre que sea acorde a la buena fe laboral y no sea un uso desproporcionado. Empero, el artículo 5° tiene un texto que pareciera entrar en contradicción con el anterior artículo, ya que, precisa que todos los medios informáticos provistos por el empleador son titularidad suya.

Por último, el sexto artículo señala que la facultad de control permite al empleador limitar el acceso y prohibir el ingreso a determinadas páginas web, sin embargo, no podrá violar comunicaciones privadas, salvo autorización expresa o judicial, esto es acertado ya que, reputa como privado todo lo que contenga información de ese tipo, a diferencia del proyecto 2604/2013, que solo calificaba privado lo contenido en correo electrónico y mensajería instantánea.

Por otro lado, las disposiciones finales contenían precisiones sobre la reglamentación y la vigencia de la ley. Como se puede apreciar, este segundo proyecto contaba un enfoque más garantista al empleador, permitiendo que toda aquella disposición no prevista sea

analizada desde la perspectiva de la buena fe laboral que es un aspecto que permitiría invocar su quebrantamiento.

4.4. El test de ponderación en el ordenamiento jurídico peruano

Considerando el alcance de la presente investigación, es necesario tener establecido la aplicación del test de proporcionalidad en el derecho interno en especial, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que es el máximo intérprete de la Constitución y quien ha brindado mayores alcances en torno al tema.

4.4.1. En la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

De conformidad con el Tribunal Constitucional (2003) en la sentencia recaída en el expediente N°010-2002-AI/TC el principio de proporcionalidad “es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución” (Tribunal Constitucional de Perú, 2003, fundamento 195). Siendo así, aplicable para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona.

Ahora, de una revisión del artículo 200 de la Constitución Política de Perú, se identifica que el último párrafo de dicho artículo precisa que la interposición de cualquier acción de garantía constitucional —amparo, habeas corpus, habeas data, etc. —siempre que tengan

relación con la restricción o suspensión de derechos impulsarán a que la autoridad judicial analice la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo.

En esa misma línea el Tribunal Constitucional (2006) precisó en la sentencia recaída en el expediente N°012-2006-PI/TC que, el principio de proporcionalidad como mecanismo de control, implica que su afectación estará directamente relacionada con la afectación de un derecho fundamental o bien constitucional, por lo que, si una medida afecta el principio de proporcionalidad afecta principalmente al derecho o bien comprometido con la medida.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional (2008) en la sentencia recaída en el expediente N°579-2008-PA/TC precisó que, luego de identificar un fin legítimo en la intervención de derechos a efectos de determinar la proporcionalidad de dicha medida es necesario realizar un estudio bajo tres subprincipios, el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Con relación al elemento de (i) idoneidad, el Tribunal Constitucional de Perú (2008) señaló que se estudia “si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar” (Tribunal Constitucional de Perú, 2008, fundamento 25) vale decir el análisis si el medio es adecuado para lograr el objetivo, si la medida erige criterios objetivos y lógicos. Así, solo si se supera el primer elemento corresponde analizar la (ii) necesidad de la medida que, en términos del Tribunal Constitucional “verificar si existen medios alternativos al adoptado” (Tribunal Constitucional, 2008, fundamento 25) en consecuencia, la comparación de medios permitirá determinar si el medio elegido con el que se interviene el derecho es preferible a los hipotéticos medios que hubiesen permitido alcanzar el mismo fin.

Por último, el examen del elemento de (iii) proporcionalidad en sentido estricto, siempre y cuando la medida haya superado los anteriores pasos donde se ponderará considerando que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Tribunal Constitucional de Perú, 2008, fundamento 25)

Ahora, habiendo precisado los elementos del test de proporcionalidad, corresponde desarrollar los antecedentes de la (i) jurisprudencia internacional y posteriormente, (ii) un grupo de siete casos del ordenamiento jurídico peruano, los cuales serán sometidos a análisis a efectos de (iii) estudiar la medida de control de comunicaciones ejercida por el empleador respecto del trabajador, ello con la finalidad de analizar en el apartado final la proporcionalidad de la medida aplicada.

4.4.2. Jurisprudencia internacional

Considerando que, la fiscalización de comunicaciones plantea diversos desafíos para la comunidad jurídica a nivel nacional y en el plano internacional, resulta necesario recurrir a la jurisprudencia de altos tribunales regionales en derechos humanos o altas Cortes de diversos países a fin de construir un panorama más claro en torno a la materia objeto de estudio.

4.4.2.1. Sistema Europeo de Derechos Humanos

En el seno del Tribunal de Estrasburgo se identifica una serie de fallos que han abordado la tensión que surge entre el derecho a la intimidad y la fiscalización de comunicaciones en el trabajo, conforme se procede a detallar:

a. Caso López Ribalda y otros vs. España

En el presente caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) conoció a través de su Gran Sala dos demandas interpuestas por cinco personas de nacionalidad española en contra de dicho Estado, en ese contexto, las presuntas víctimas invocaron la violación de su derecho a la vida privada protegido por el artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un debido proceso señalado por el artículo 6° del mismo instrumento, ello debido a que, su empleador los despidió sustentando tal acción en material de videovigilancia, lo que afectaría su derecho a la vida privada.

Además, se invocó la afectación del derecho al debido proceso, puesto que, (i) los tribunales nacionales habían admitido como medio probatorio en el proceso el material de videovigilancia; además que (ii) tres de los cinco denunciantes señalaron que, los tribunales nacionales admitieron los acuerdos de conciliación firmados con su empleador. Las demandas fueron interpuestas por separado, sin embargo, fueron acumuladas por la Tercera Sección del Tribunal, declaradas por la Sala competente, parcialmente admisibles y concluyendo la responsabilidad internacional de España por la violación del artículo 8 y la no violación del artículo 6. Por ello, el Gobierno solicitó que, el caso sea elevado a la Gran Sala.

Al realizar el análisis de la presunta vulneración del derecho a la vida privada, el TEDH (2019) partió de la premisa que el concepto de vida privada abarcaba aspectos de la identidad física y social de la persona, especialmente, su identidad personal como lo relacionado al nombre o fotografía de un individuo, vale decir, dicho derecho no solo protege el círculo interior de la persona contra injerencias de terceros sino que además protege su derecho a una vida

social privada, es decir, la posibilidad de relacionarse y generar vínculos con el mundo exterior, sin excluir las actividades profesionales o actividades en un contexto público.

En consecuencia, debe considerarse distintos elementos al analizar si una medida aplicada fuera del hogar o en locales privados afectan el derecho a la vida privada considerando que la persona realiza actividades con conocimiento que estas son o pueden ser registradas públicamente, en ese sentido, el TEDH (2019) recordó que, en término del Convenio la vigilancia actos por dispositivos audiovisuales en un espacio público no constituye en sí misma una injerencia a la vida privada, sin embargo, pueden generarse consideraciones en debate si el registro es permanente de una persona en concreto.

En mérito a ello, la persona tiene derecho a la protección de su propia imagen, como atributo de su personalidad, pudiendo negarse a la publicación, grabación y conservación de su imagen por parte de otro (TEDH, 2019, p.46) para tal fin, deberá determinarse si la persona era el objetivo de la herramienta de seguimiento o si el procesamiento de tales datos personales sobrepasa la finalidad que justificó su implementación.

En ese marco, el Tribunal precisó que los demandantes fueron objeto de videovigilancia por su empleador en su lugar de trabajo, un supermercado, durante diez días, con ubicación de cámaras que se ubicaban en la zona de cajas del supermercado y alrededores, así tres de ellos pudieron ser filmados al trabajar detrás de cajas durante todo su horario laboral, mientras dos de ellos fueron filmados al pasar por dicha zona. Se tiene además que, la razón de la instalación de cámaras fue el descuadre contable que se tenía, por lo que, instaló cámaras tanto expuestas (entrada y salida del supermercado) como ocultas (mostradores de pago), informando a los trabajadores únicamente sobre las expuestas, para dilucidar que sucedía, mencionándoles de las

sospechas de hurto. Tras ello, se descubrió que un grupo de trabajadoras, las demandantes, eran las causantes del descuadre contable (por hurto, al sustraer y ayudar en la sustracción de bienes del supermercado a terceras personas sin el debido pago), por lo que se procedió a iniciar un procedimiento de despido en su contra.

Con relación a (i) la expectativa de protección de la vida privada, o expectativa de privacidad, que tenían los trabajadores, se identificó que si bien las presuntas víctimas trabajaban en un supermercado, un espacio abierto al público, que no era íntimo o privado, al ser una fuente de procesamiento sistemática y permanente exigía que, la medida sea acorde a la legislación interna la cual obligaba al responsable de videovigilancia a que toda grabación, incluyendo la de un espacio público, debía ser informado previamente a las personas vigiladas por el sistema. Así, en el caso en concreto, los trabajadores fueron informados oportunamente de la instalación de cámaras en las zonas de ingreso y salida del supermercado lo que generó una expectativa razonable de que toda medida de videovigilancia sería informada previamente por su empleador.

Así las cosas, el TEDH recordó que, el derecho a la vida privada no solo establece la obligación negativa del Estado de abstenerse a injerir arbitrariamente en la vida privada de las personas, sino que además genera obligaciones positivas como asegurar el respeto a la vida privada en la interacción entre privados, por ello considerando que el empleador era una empresa privada, debía analizarse la responsabilidad internacional de España desde una perspectiva de las obligaciones positivas, especialmente para estudiar el equilibrio de los intereses privados y públicos en controversia, máxime considerando que el Estado goza de margen de apreciación para cumplir la medida positiva que regule la interacción de privados,

es decir, discrecionalidad para asegurar el derecho siempre y cuando la medida sea compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En esa línea, el artículo 8 da discreción a los Estados de promulgar o no legislación específica sobre videovigilancia, sin embargo, en la sentencia del caso *Bărbulescu* se establecieron una serie de requisitos para el control de correspondencia y comunicaciones de trabajadores, conforme el siguiente detalle:

(i) notificación previa, por parte del empleador al trabajador, si bien no hay medio específico de acuerdo a condiciones fácticas la notificación deber ser clara sobre la naturaleza de la vigilancia y antes de su aplicación; (ii) alcance de la vigilancia del empleador y nivel de intrusión en vida privada del trabajador, para lo cual debe considerarse el nivel de privacidad en la zona de vigilancia y las limitaciones de tiempo y espacio, así como las personas con acceso a los resultados; (iii) razones legítimas que justifiquen la vigilancia y alcance, que deberá ser ofrecido por el empleador, y mientras más intrusiva sea, justificación de mayor peso requerirá; (iv) necesidad de la medida, es decir evaluar si era posible establece un sistema de vigilancia menos intrusivo que el empleador considerando el objetivo perseguido; (v) consecuencias de la vigilancia en el trabajador sometido a esta; (vi) el ofrecimiento de medidas apropiadas que permitan al trabajador, informarse adecuadamente, la declaración de la medida e incluso la posibilidad de presentar una denuncia.

En un interesante análisis, la Gran Sala concluyó que no existió violación al derecho a la vida privada, considerando que la notificación previa del empleador informando la instalación del sistema de vigilancia escondida en lugares de acceso público como lo eran las cajas del supermercado, hubiera sido contraproducente a la finalidad legítima detrás de la

medida, a saber, grandes pérdidas económicas que sufrió el empleador en los últimos meses por robos y, que además tenía la fundada sospecha que estos serían cometidos por varios empleados.

En ese sentido, la finalidad era legítima al buscar identificar a los responsables de este acto en perjuicio de la empresa y más aun considerando la particularidad del caso que implicaba a más de un trabajador, es decir, una razón de suficiente peso que permitió prescindir la notificación previa. Aunado a ello, la duración del sistema de videovigilancia escondida no fue más allá de lo estrictamente necesario, dado que, fueron solo diez días hasta el momento en el que se identificó a los responsables de las pérdidas económicas de la empresa (únicamente el tiempo necesario), además que si se había comunicado de la instalación de cámaras visibles al ingreso y salida del local.

Igualmente, resaltó que, la privacidad esperada en un ambiente abierto al público es diferente a la privacidad esperada de, por ejemplo, los servicios higiénicos o un lactario; lugares que, por su naturaleza, se justificaría una mayor protección o incluso prohibición de videovigilancia.

De la misma manera, el TEDH nos indica que, si bien la comunicación de la videovigilancia puede afectar el fin legítimo de la misma, siempre es necesaria; en el presente caso se dio, comunicando a los trabajadores de la recopilación de datos, por lo que tenían conocimiento de la existencia de las cámaras, lo cual bastó para superar este requisito; la necesidad de comunicar de la ubicación de las videocámaras ocultas habría resultado una sobre exigencia que llegaría a impedir el fin legítimo del empleador.

Finalmente, el Tribunal Europeo coincidió con el análisis de tribunales en sede interna que además reconocieron que las presuntas víctimas contaban con recursos para tutelar y reparar las invocadas afectaciones al tratamiento de datos personales, recursos que decidieron no agotar.

b. Caso Copland vs. Reino Unido

El presente caso sometió a conocimiento del Tribunal de Estrasburgo la demanda interpuesta por la señora Lynette Copland contra Reino Unido quien fuera trabajadora en un centro de educación superior desde 1991, siendo que, en el año 1999 durante varios meses sus llamadas telefónicas, correo electrónico y conexiones a internet en su centro laboral fueron puestos a vigilancia por incitación del vicepresidente de la institución, por tales consideraciones acudió a instancia internacional alegando la violación de su derecho a la vida privada contemplado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su derecho a un recurso efectivo del artículo 13 del mismo tratado.

Al analizar la alegada vulneración al derecho a la vida privada, el Tribunal precisó que al ser el centro educativo un organismo público, sus acciones comprometían la responsabilidad internacional del Estado y la demanda sería analizada desde la perspectiva de la obligación negativa del artículo 8, vale decir, la obligación del Estado de abstenerse de tener injerencia en la vida privada y correspondencia de la recurrente.

En primer lugar, el TEDH (2007) precisó que las llamadas telefónicas que emanaban del centro laboral junto con los correos electrónicos enviados desde el puesto de trabajo y el uso que se realizó del internet, son aspectos protegidos por el derecho a la vida privada y

correspondencia; no estando limitado el Derecho a la Privacidad al ámbito más íntimo del ser humano – como lo sería su hogar, algún club privado, domicilios de familia o amistades– sino, que la misma se extiende a toda manifestación de la misma, dentro de las cuales encontramos a las relaciones laborales, ergo, el lugar de trabajo; por ende, la trabajadora al no ser advertida que sus llamadas, correos electrónicos y conexiones a internet serían vigiladas, podía conferirles razonablemente el carácter de privado, existiendo, una no desvirtuada presunción de privacidad. De igual manera, se analizó que, la fiscalización no se dio en mérito a un fin legítimo, no había sospecha sobre alguna falta o irregularidad que genere un perjuicio al empleador, por el contrario, fue dada por motivos eminentemente personales por decisión unilateral de un director de la institución.

En consecuencia, sin perjuicio que los datos recolectados no fueron divulgados ni utilizados en contra de la señora Copland, su sola colecta y conservación sin conocimiento de la accionante, constituyó una injerencia a su derecho a la vida privada y correspondencia en los términos del artículo 8 del Convenio. Aunado a ello, el Tribunal destacó que dicha injerencia no estaba prevista por ley, de conformidad con el artículo 8.2 del Convenio, por lo cual concluyó que existió una violación al derecho a la vida privada de la víctima.

Sin perjuicio de ello, el TEDH (2007) señaló que, la vigilancia de los medios de comunicación otorgados por el empleador pueda ser necesario en una sociedad democrático en algunos casos, siempre y cuando medie un fin legítimo, sin embargo, en el presente caso era manifiesta la injerencia en el derecho de la vida privada de la denunciante.

Esta sentencia, para la presente investigación revierte especial importancia, puesto que es la primera en vislumbrar:

1. Un problema nuevo: Las nuevas tecnologías, como escenario de conflicto de derechos, el Derecho de Fiscalización del empleador y el Derecho a la Privacidad del trabajador.

2. Esbozo de solución: La sentencia, establece pautas para que el empleador ejerza el poder de fiscalización a las comunicaciones, de manera somera y reduciéndose al caso en concreto (acciones que debió realizar y no hizo el empleador), las cuales son tanto la necesidad de informar al trabajador de la posibilidad de fiscalización, como de establecer un protocolo para tal (e igualmente, informar del mismo); para así eliminar la expectativa de privacidad. Y, que toda intromisión a las comunicaciones del trabajador debe realizarse bajo los parámetros del test de ponderación, esto es, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

c. Caso Bărbulescu vs. Rumania

Continuando con el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se encuentra la sentencia de fecha 05 de septiembre de 2017, que sometió a conocimiento del alto tribunal la demanda interpuesta por el señor Bogdan Mihai Bărbulescu en contra del Estado de Rumania alegando la violación de su derecho a la vida privada contemplado en el artículo 8 del Convenio, en razón que su empleador rescindió su contrato de trabajo luego de monitorizar sus comunicaciones de Yahoo! Messenger y en consecuencia imputarle una infracción al reglamento interno de la empresa por el uso personal de recursos de la empresa, además al no revocar el despido en sede judicial señaló que el Estado no protegió este derecho en el fuero jurisdiccional.

Los hechos, en el presente caso, revisten especial relevancia; sucede que, cuando el señor Bărbulescu ingresa a laborar (2004) su empleador le solicita crearse un correo electrónico en la plataforma Yahoo! Messenger para absolver las consultas de los clientes, posteriormente (2006) el empleador hace de conocimiento del trabajador el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa, el cual refiere que, el uso de la computadora debe ser limitado a los fines de la empresa. Tras ello (03 de julio de 2007) se distribuyó un comunicado a todos los trabajadores, indicando que, la jornada laboral debe ser usada para tratar asuntos relativos al trabajo, no a fines personales, por lo que no se debe usar los instrumentos de trabajo (computadora, internet o fax) para fines ajenos a tal, en ese sentido, que la empresa tiene el deber de supervisar el trabajo de los empleados, estando su conducta monitoreada sujeta a sanción. Igualmente, se informó en tal comunicado, que una trabajadora fue despedida por cometer tales actos, y se insta a los demás trabajadores a no cometer los mismos errores.

Durante el periodo comprendido del 5 al 12 de julio de 2007, el empleador fiscalizo tanto el contenido de los mensajes emitidos y recibidos por el correo del señor Bărbulescu, como sus destinatarios. En un primer momento (13 de julio) se citó al trabajador para que explique las razones del uso en demasía del internet de la compañía, para lo cual se le brindó un cuadro comparativo con el tiempo de uso de sus compañeros y el suyo, ante lo cual el refirió que todo uso de internet versaba sobre temas relativos a la compañía. El mismo día, horas más tarde, se le citó para cuestionarlo sobre el uso del correo electrónico con fines privados, adjuntando cuarenta y cinco páginas de transcripciones literales del trabajador, de naturaleza personal, que habría sostenido desde su cuenta Yahoo! con su hermano y su prometida. Posterior a ello, se procede a desvincular de la empresa al trabajador.

En primer término, quedó sentado que, el análisis del caso sería desde la perspectiva de las obligaciones positivas del Estado, debido a que, al ser una empresa privada, este no era un hecho directamente atribuible al Estado por infringir su deber de abstención sino respecto a las medidas adoptadas para garantizar el derecho en la interacción entre privado, sin embargo, el TEDH (2017) destacó que las reglas aplicables debían tener en cuenta que el contexto de los hechos se desarrollaba en una relación laboral, es decir, una relación con propias normas jurídicas que difieren de las normas aplicables a las relaciones entre individuos, más aun, considerando el margen de negociación que detenta el contrato de trabajo.

En ese sentido, el Tribunal de Estrasburgo precisó que, sin perjuicio de la discrecionalidad de los Estados para regular internamente el control del empresario sobre las comunicaciones electrónicas de su personal, tal margen de apreciación, no puede ser ilimitado, dado que, se debe asegurar que las medidas tengan garantías adecuadas y suficientes que eviten el abuso del derecho con relación al poder de dirección del empleador.

En ese sentido, el presente caso como se señaló en la sentencia del caso López Ribalda desarrolló los factores a considerar en la fiscalización de comunicaciones, nos referimos a; (i) la notificación previa y clara de la medida; (ii) el alcance y grado de la medida; (iii) la razón legítima que justifique la medida; (iv) la necesidad de la medida; (v) las consecuencias del control para el trabajador sometido a este; (vi) el otorgamiento de garantías adecuadas, y que el Estado prevea un recurso interno para analizar la validez y legalidad de la medida en sede interna, todo ello considerando la confianza y buena fe que debe irradiar la relación laboral.

En cuanto al factor (i), el TEDH (2017) nos indicó que, si bien se le había notificado el RIT, el mismo no contenía el alcance y la naturaleza de la posibilidad de monitorización por

parte del empleador, accediendo al contenido de los mensajes, por lo que, tal notificación, al ser imprecisa y vaga, no logra romper la expectativa de privacidad del trabajador. Del contenido de la sentencia se sustrae que, esta comunicación debe ser clara, inequívoca y expresa, referida específicamente a la posibilidad de acceder al contenido literal de los mensajes, solo así se podrá romper la expectativa de privacidad del trabajador, el cual, bajo la idea errónea –en el presente caso- que sus comunicaciones las conoce únicamente él y el destinatario de las mismas, emite y recibe información de carácter privado.

En lo relativo al factor (ii), el TEDH (2017) manifestó que, este es referido, en el monitoreo a las comunicaciones, al alcance de monitorización empresarial y el grado de intromisión en la privacidad del empleado. Manifiesta, que es importante distinguir entre el control del flujo de comunicaciones de la supervisión de su contenido; esto es, es diferente fiscalizar cuantas horas un trabajador dedica a revisar/responder el correo electrónico corporativo, con cuantas personas habla, si las personas con quienes habla pertenecen o no a la organización empresarial; que, fiscalizar el contenido mismo de las comunicaciones, los mensajes, tanto los que se envían como los que se reciben.

En el caso en concreto, los tribunales de primera y segunda instancia omitieron su análisis, sin embargo, de las pruebas del caso, sustrae que el empleador habría tenido acceso en tiempo real a todas las conversaciones, destinatarios y contenido de las mismas, registrándolas en su totalidad durante todo el periodo de monitorización.

En cuanto al tercer factor (iii), el TEDH indica que, este se refiere a la transmisión de las razones legítimas para justificar la fiscalización de las comunicaciones y acceso a su contenido, entendiendo que, la fiscalización al contenido de los correos electrónicos (o

cualquier plataforma de comunicación) es más invasiva, por lo que requerirá una justificación más ponderada.

En referencia al caso del Sr. Bărbulescu, el TEDH manifiesta lo mismo que en análisis del factor previo, cataloga de estricto el control que habría realizado el empleador, por lo que la justificación de “evitar daños a los sistemas informáticos de la empresa” o la “revelación de secretos industriales/ laborales” resultan supuestos, puesto que no hay evidencia concreta de las acciones del demandante.

El que resulta más interesante, pero a la vez más difícil de concretizar, es el cuarto factor (iv) este es, analizar si existió la posibilidad de establecer una fiscalización menos invasiva, por lo que, en cada caso en concreto, se debe cuestionar si existe un método y medida menos intrusiva que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del trabajador que pudiese lograr el objetivo perseguido por el empleador. Este factor no habría sido analizado ni por el tribunal de primera, ni por el de segunda instancia.

A la vez, encontramos el factor (v), el cual está referido a las consecuencias de la fiscalización para el trabajador sometido a la misma y, si el empleador uso los resultados de la fiscalización para alcanzar la finalidad declarada de la medida. Al respecto, el TEDH manifiesta que los tribunales no habrían tenido este factor en consideración, y que, el demandante habría obtenido la sanción más severa contemplada en el ordenamiento laboral, esto es, el despido.

Tras ello, tenemos el factor (vi), referido a analizar si se habrían otorgado las garantías adecuadas al trabajador, dentro de las cuales se encuentra de manera principal que, el empleador, no pueda acceder al contenido de las conversaciones del trabajador en tiempo real

(exceptuando aquellos casos en los cuales se haya efectuado una debida notificación de esta posibilidad, tal como desarrollamos en el inciso i, lo cual si rompería la expectativa de privacidad). Esta garantía vela específicamente por el no quebrantamiento de la privacidad de las comunicaciones del trabajador. Al respecto, el TEDH, en el caso Bărbulescu, sostuvo que no se habría probado que los empleadores, de forma previa a la convocatoria del trabajador para expresar las razones de su uso elevado de internet, habrían o no accedido al contenido de las comunicaciones del mismo; ni en qué etapa del caso se habría realizado tal intromisión,

Este factor, a la vez, tiene un segundo requerimiento, el cual recae en la obligación que tiene el estado de poner a disposición del trabajador un mecanismo en el cual se verifique que, el monitoreo a las comunicaciones por parte del empleador, se dio en garantía de los factores antes mencionados, para determinar la legalidad de la medida. Es específicamente en esta parte del inciso último que, a partir de la presente sentencia el TEDH establece una obligación nueva para los Estados.

Con base a ello, el TEDH (2017) declaró la violación del derecho a la vida privada del denunciante, debido a que, los tribunales en sede interna, no consideraron que el monitoreo de las comunicaciones de Yahoo! Messenger nunca le fue notificado al recurrente, no se evaluó la existencia de medidas menos lesivas para el ejercicio del control, y no se acreditó que se haya informado el alcance o naturaleza del poder de supervisión que gozaba el empleador, además que nunca justificaron las razones para el uso de la monitorización de dicho medio, por todo ello se determinó la violación del derecho a la vida privada del señor Bărbulescu.

4.4.2.2. Jurisprudencia de altos tribunales de Europa

Conforme se señaló al inicio del presente capítulo, continuando con el análisis de jurisprudencia de otras jurisdicciones, corresponde analizar sentencias de altos tribunales de países de Europa que, tienen como referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que a estándares en materia de derechos respecta.

a. Caso Onof vs. Nikon

El presente caso, resuelto el año 2001 por la Sala Social de la Corte de Casación de Francia, sometió a esta instancia los hechos en torno al señor Onof quien fuera contratado por la empresa Nikon en el año 1991 como ingeniero jefe de departamento de fotografía, así, en el marco de su relación laboral celebró en 1992 un acuerdo de confidencialidad que prohibía revelar información comunicada por “Nikon Corporation” y “Nikon Europe”. Empero, en el año 1995 se despidió al trabajador por falta grave, en particular, atribuyendo el uso de material tecnológico para realizar una actividad paralela en horario laboral con equipos puestos a disposición por la empresa, para fines estrictamente laborales. El empleador, tuvo conocimiento de tales hechos al revisar el computador (de propiedad de la empresa) que había puesto a disposición del empleador y abrir una carpeta que tenía el título de “personal”, la cual contenía correspondencia del trabajador.

En dicha sentencia, se discutió el despido del señor Onof, casando y anulando la sentencia de Apelación debido a que, el empleador no podía violar el secreto de la correspondencia a fin de conocer los mensajes enviados por el personal, incluso si estos se realizan gracias a una herramienta informática puesta a disposición por el centro de trabajo para

finés profesionales e incluso si el empleador prohíbe el uso no profesional del equipo, máxime cuando la carpeta que controló el empleador tenía la denominación de “personal”, una propuesta garantista al trabajador pero calificada por autores como Matos Zegarra (2015) como una solución radical al problema, al ser una prohibición a toda forma de control de los mensajes del trabajador.

Algunos autores han mencionado que, tal vez la solución al límite de la fiscalización de la correspondencia del trabajador usando medios informáticos de propiedad del empleador, podría ser el catalogarlos como “personal”, como se da en el presente caso; pudiendo el empleador fiscalizar toda comunicación realizada con sus medios informáticos a excepción de aquellas que el trabajador denomine como personales, sin embargo, esto significa un riesgo muy grande, y es que el trabajador podría dar esta calificación al íntegro de sus comunicaciones, sin que todas realmente merezcan tal protección, resultando una fórmula inútil.

Además, la presente sentencia resulta especialmente relevante puesto que, imposibilita al empleador la fiscalización total de la correspondencia del trabajador, teniendo en consideración que, dentro del ámbito laboral los trabajadores siguen ejerciendo el libre desarrollo de su personalidad, tal vez en menor medida que en una reunión o evento social, pero en definitiva la facultad social de la persona no puede ser eliminada en su totalidad, estando dentro de nuestra naturaleza.

b. Franck Vs. Martin

Considerando la controversia desatada con el anterior fallo, el año 2008, se expidió la presente sentencia, que resolvió el recurso de casación interpuesto por el señor Franck, quien

fue trabajador de la empresa Martin desde julio de 1091 en calidad de ingeniero para posteriormente ser promovido a responsable de producción y control informático, en ese contexto, el 24 de febrero de 2004 fue despedido por falta grave por la empresa, quien en ausencia del trabajador inspeccionó el disco duro de su computador revisando las conexiones a sitios de internet ajenos al trabajo, cabe resaltar que la correspondencia no fue analizada, únicamente el historial de internet.

La Corte de Casación, difiriendo del criterio jurisprudencial del caso Nikon, señaló que las conexiones a internet que sean realizadas por el trabajador en jornada laboral a través de una herramienta tecnológica proporcionada por el empleador para fines laborales se presumen que son de estricto carácter profesional, siendo posible inspeccionarlas incluso sin advertencia previa o notificación. La sentencia anuló únicamente el extremo de la sentencia recurrida que se declaraba incompetente para resolver una pretensión de indemnización de daños y perjuicio, sin embargo, confirmó los criterios de la sentencia recurrida en el extremo a la vida privada, un caso especialmente interesante.

Esta sentencia resulta relevante al distinguir la correspondencia del empleador del historial de la computadora, puesto que establece que toda conexión a internet efectuada por el empleador en horario laboral se presume de carácter profesional, estando habilitado el empleador para su fiscalización; por lo que emerge este requisito para la fiscalización de las comunicaciones: que tales sean realizados dentro de la jornada de trabajo.

4.4.3. Aplicación del test de ponderación

Continuando con la investigación resulta necesario analizar los aspectos de aplicación del test de ponderación en el conflicto de derechos, máxime considerando que, en la presente investigación tal aspecto resulta sustancial, debido a que, el control de comunicaciones por parte del empleador planteará la tensión entre los derechos a la vida privada frente al derecho de libertad de empresa del empleador que se manifiesta en su poder de dirección. Para ello, se procederá a desarrollar como entiende y aplica la jurisprudencia los elementos que integran el test, a saber, (i) la idoneidad, (ii) necesidad y (iii) proporcionalidad de una medida.

4.4.3.1. Análisis de la proporcionalidad de medidas de control de comunicaciones aplicadas por empleadores a la luz de la jurisprudencia peruana

Conforme quedó establecido en párrafos previos, el test de proporcionalidad requiere el estudio en tres elementos de una medida que ponga en tensión dos derechos, se hace referencia a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, por ello, considerando que, a la fecha no hay criterio uniforme o claro en la jurisprudencia para abordar esta tensión de derechos, se procederá a identificar en la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Peruano y la Corte Suprema de Justicia las medidas de control de comunicaciones, y si estas de ser sometidas a un test de proporcionalidad podrían superar lo elementos para ser una buena práctica a ser promovida en los empleadores del país.

4.4.4. Jurisprudencia nacional respecto al monitoreo de las comunicaciones

4.4.4.1. Sentencias del Tribunal Constitucional

Conforme señala Blume Fortini (2006) “el Tribunal Constitucional peruano garantiza la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y la primacía normativa de la Constitución” (p.205) por ello, continuando con el desarrollo de la presente investigación es necesario recurrir en primer término a los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en la materia.

i) Expediente N°1058-2004-AA/TC – Caso SERPOST

a) Hechos del caso

El caso es de especial cuidado, puesto que se trata de un trabajador, el Sr. García, que ostentaba el cargo de Jefe de Auditoría Interna de SERPOST; el cual envía al Sr. Arévalo (también trabajador de la empresa) correos electrónicos con contenido pornográfico.

Ahora bien, debemos mencionar que, el correo electrónico fue proporcionado por la empresa SERPOST a los trabajadores en una INTRANET, esto es, una red informática privada/ exclusiva/ cerrada para los empleados de la empresa, diferente de internet debido a su acceso restringido. Surge de forma posterior en la cronología del correo electrónico a los correos electrónicos corporativos, esto es, aquellos que tienen su dominio “@nombredelaempresa.com”, con plataformas como Microsoft Exchange, Gmail, Hotmail, etcétera. Esto será desarrollado en el capítulo siguiente a mayor profundidad, sin embargo, es importante subrayar esta diferencia, dado que a pesar que estamos ante una plataforma similar, tiene características diferentes a la que actualmente conocemos como el correo electrónico

corporativo; principalmente que la INTRANET funciona en un espacio físico delimitado y únicamente en las computadoras conecta.

	Internet	Intranet
Alcance	Global (accesible en todo el mundo)	Local (limitado al espacio físico de una organización)
Accesibilidad	Pública (cualquier persona puede acceder)	Restringida (solo usuarios autorizados)
Finalidad	Comunicación global, acceso a información externa.	Comunicación interna, recursos organizacionales, administración institucional.
Ejemplo	Correos electrónicos	Red interna de una empresa,

	<p>corporativos con dominio: Gmail, Hotmail, Yahoo!, etcétera.</p> <p>“@trabajo.gob.pe” (dominio del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, exclusivo para sus trabajadores)</p>	<p>portal de empleados.</p>
--	---	-----------------------------

Es en este sentido que, en este caso la comunicación se da en su totalidad en una plataforma institucional, y por total nos referimos a que fueron enviados y recibidos dentro de la INTRANET de la empresa SERPOST.

Además, Los mensajes fueron descubiertos por el Subgerente de Recursos Humanos, en un contexto particular, debido a que la computadora INTRANET que contenía tal mensajería, asignada primigeniamente al receptor de los correos se le fue reasignada, encontrando en consecuencia, correos electrónicos en la bandeja (ahora suya) de contenido pornográfico, los cuales provenían de la computadora del Sr. García.

El Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia de fecha 18 de agosto de 2004 resolvió el recurso extraordinario interpuesto por Rafael Francisco García Mendoza contra sentencia de vista que revocó la sentencia de primera instancia declaró improcedente una acción de amparo contra SERPOST S.A. toda vez que, el recurrente fue despedido mediante carta de fecha 21 de junio de 2002 al habersele imputado la comisión de una falta grave en los términos del inciso a) y c) del artículo 25° del TUO del Decreto Legislativo N°728 al imputarle que en horario laboral se habría constatado el envío de material pornográfico en el sistema de comunicación electrónica interna, es decir, intranet, lo que denotaría falta de idoneidad y capacidad para el cargo quebrantando la buena fe laboral; y, haciendo uso indebido de los bienes y servicios del empleador; por otro lado, el demandante señaló que se afectó su derecho a la defensa al impedir su ingreso al centro de trabajo.

Conforme señaló el propio Tribunal Constitucional en el fundamento 9) ni la carta de imputación de cargos o carta de despido precisaron como se efectuó el acopio de las pruebas concretas en las que se respaldaba para incriminar al recurrente, catalogándolo de “cuestionable”, ya que afectó su derecho de defensa, además que resultaba contradictorio señalar que se realizó una constatación notarial en la computadora de un tercero que no era destinatario del correo, que solo daba cuenta de la existencia de los correos pornográficos emitidos desde la computadora del recurrente a un trabajador sin verificar debidamente si la remisión efectivamente provenía de la máquina asignada al trabajador despedido.

Sumado a que posteriormente se impidió el ingreso al centro de labores, lo que fue una lesión a su derecho de defensa y que incluso pudo dilucidar la manipulación de medios electrónicos, por lo que, al pretender amparar tal abuso del derecho invocando el poder de

dirección resulta contrario al derecho de inviolabilidad de comunicaciones, por tales motivos, se declaró la demanda fundada y se ordenó la reposición del trabajador por considerar nulo el despido.

b) Análisis de la proporcionalidad de la medida

En ese sentido corresponde realizar el análisis de la medida en el caso en concreto que se puede sintetizar como (i) la revisión del correo electrónico de un trabajador A sin su consentimiento, desde el computador de un trabajador B, no destinatario de los correos, realizando una constatación notarial sin investigar los hechos imputados, es una medida (a) idónea, ya que es una medida que permite el ejercicio del poder de dirección del empleador en su faceta de facultad fiscalizadora en todo el equipo asignado a su personal, y para verificar si es que, efectivamente, el trabajador al cual se le asignó tal computadora y correo electrónico habría enviado dicho material, para en consecuencia, poder iniciar el debido procedimiento sancionador; sin embargo (b) no es necesaria, ya que viola la privacidad del trabajador A sin corroborar la autenticidad de los correos o si efectivamente fueron remitidos desde su computador, pudiendo ser una medida menos lesiva la constatación del hecho denunciado en el computador del emisor y destinatario del correo para generar convicción de la comisión de la falta; por tanto, (c) no es proporcional en sentido estricto, ya que, la injerencia en el derecho a la vida privada no se ve justificado por el solo ejercicio del poder de dirección, sumado a que no existía una debida tipificación de la conducta infractora.

**ii) Expediente N°4224-2009-PA/TC – Caso CAJA MUNICIPAL DE AHORRO Y
CRÉDITO DE TACNA S.A**

a) Hechos del caso

La presente sentencia resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por Angelina Huamaní Vargas contra la resolución de segunda instancia que declaró improcedente el recurso de amparo presentado contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Tacna S.A., entidad que despidió a la demandante quien era jefa del Órgano de Control Interno luego de sostener comunicaciones con un extrabajador vía correo electrónico revelando información confidencial y dañando el honor del Presidente de Directorio, tales hechos fueron puestos en conocimiento por el Procurador Anticorrupción de Tacna luego que “detectara” la falta.

Ahora bien, la demanda fue declarada fundada por vulnerar el derecho a la defensa de la ex trabajadora al no observador el debido procedimiento previo al despido, ya que, el empleador invocó flagrancia en el acto pese a que, se comunicó de los hechos el 17 de abril de 2007 respecto a correos del 19 de febrero al 12 de abril de 2007, lo que no eximía al empleador de asegurar la debida imputación de cargos y correspondiente ejercicio del derecho de defensa por medio de sus descargos.

Aunado a ello, conforme se destaca en fundamentos 15,16 y 17 de la sentencia, en el caso obraban copias legalizadas de correos electrónicos personales de la plataforma Hotmail que habrían configurada la falta, sin embargo, como destacó el Tribunal Constitucional, si bien el dispositivo por el que se enviaron los correos era institucional eso no permitía arrogarse la

titularidad de las documentaciones y comunicaciones realizadas, ello considerando que eran cuentas privadas.

Por lo que, al tomar conocimiento del presunto uso desproporcionado del correo en horario laboral debía iniciarse la investigación judicial correspondiente asegurando las garantías de inviolabilidad de comunicaciones, considerando que fueron medios obtenidos ilícitamente, ya que se tuvo acceso a cuentas privadas de correo electrónico.

b) Análisis de la proporcionalidad de la medida

Ahora, el análisis de la proporcionalidad de la medida en cuestión es (ii) el control de comunicaciones de un correo electrónico personal respecto a comunicaciones entabladas en horario laboral con equipo de trabajo. Respecto a la (a) idoneidad, a la luz del test de proporcionalidad, la medida de control no cumple con la finalidad perseguida de manera legítima, ya que, nunca se notificó previamente a los trabajadores la posibilidad de fiscalizar cuentas personales utilizadas en máquinas institucionales, debido a que, se encuentran tuteladas por la inviolabilidad de las comunicaciones, se tuvo el acceso ilícito a cuentas de carácter privado de trabajadores, que claramente vulneran el derecho a la privacidad de la trabajadora por realizarse sin su consentimiento y de forma evidentemente irregular en violación directa de su derecho a la intimidad, por tanto, al no ser un medida idónea, no corresponde analizar la (b) necesidad ni (c) proporcionalidad en sentido estricto, ya que, ni siquiera se supera el primer elemento del test.

iii) Expediente N°3599-2010-PA/TC – Caso ESPINOZA CHUMO

a) Hechos del caso

La presente sentencia resolvió el recurso de amparo interpuesto por María Espinoza Chumo contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos S.A., entidad que despidió a la demandante por inobservar el Reglamento Interno de Trabajo, incumplir con las obligaciones laborales y utilizar de forma indebida los bienes del empleador, esto a raíz que, la empresa para habría proveído a la demandante de un servicio de mensajería instantánea para el ejercicio de sus labores de trabajo, sin embargo, tras una fiscalización, el empleador habría encontrado conversaciones de carácter personal con otro trabajador de la empresa, además haciendo uso de un lenguaje eminentemente inapropiado, no alineado a los valores y buenas costumbres de la empresa.

La demandante, solicita se declare su despido fraudulento, al indicar que ella fue la receptora de la mayoría de mensajes más no la emisora; y, por otro lado, solicita se declare el despido nulo por inconstitucional, esto debido a que alega se habría violado su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Este caso es de especial importancia dado que el mismo recoge seis votos singulares, evidenciando que no hay uniformidad de criterios relativa al caso materia de análisis, y resaltando que, existe una colisión de derechos.

En primer lugar, hay diferencias entre los magistrados respecto a la naturaleza del correo electrónico corporativo, por un lado, se indica que el mismo tiene la naturaleza de instrumento de trabajo y por el otro, de medio de comunicación. El magistrado Mesía Ramírez indica que,

de considerarse instrumento de trabajo entonces su fiscalización y monitoreo sería plausible, sin embargo, de ser considerado como medio de comunicación estaría dentro del ámbito de protección del Derecho a la Inviolabilidad de las comunicaciones; argumento bajo el cual decide declarar fundada la demanda de amparo. Sin embargo, tanto el magistrado Eto Cruz, Como el magistrado Álvarez Miranda y Urviola Hani, indican que el correo electrónico corporativo constituye eminentemente un instrumento de trabajo, pero interpretan esta categorización de manera distinta; en primer lugar, tanto Eto Cruz como Álvarez Miranda desarrollan la expectativa de privacidad.

La expectativa de privacidad, acorde a los votos singulares de los magistrados previamente mencionados, tiene dos elementos:

- a. La utilización de un medio específico para emitir una comunicación a un particular o un grupo definido privado de participantes.
- b. Que el medio elegido para la realización de la comunicación se asuma como secreto o privado

Siendo ello así, el magistrado Álvarez Miranda indica “lo privado, como es obvio, debe quedar en tal ámbito.”, sin embargo, las cuentas electrónicas corporativas, bajo ninguna circunstancia podrían considerarse privadas, puesto que son de naturaleza laboral, proporcionadas por el empleador como herramientas de trabajo, para usos estrictamente laborales, por lo que no contempla la existencia de expectativa de privacidad en las comunicaciones en una plataforma de mensajería interna de la empresa. Criterio que comparte el magistrado Urviola Hani.

De forma diferente, el magistrado Eto Cruz, desarrolla indicando que evidentemente, una plataforma comunicativa otorgada por el empleador no se podría asumir como privada, por lo que no contraría con la garantía de confidencialidad que tiene el segundo elemento de la expectativa de privacidad, sin embargo, el hábito social generalizado de tolerancia de uso de medios de comunicación de la empresa de forma privada, podría generar esta expectativa razonable de privacidad, por lo que requiere e incide en la importancia de una política por escrito respecto al uso exclusivamente laboral de los recursos comunicativos de la empresa y que plasme la facultad de monitoreo necesaria para fiscalizar el uso adecuado de los mismos; únicamente cuando el empleador guarde tales recaudos, evitara generar algún tipo de expectativa de privacidad, no encontrándose tales comunicaciones protegidas por el Derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones. En el caso en concreto, tales recaudos no se habrían tenido, por lo que no se habría eliminado toda expectativa de privacidad, únicamente pudiendo develarse las comunicaciones por mandato judicial.

b) Análisis de la proporcionalidad de la medida

Ahora, el análisis de la proporcionalidad de la medida en cuestión es (iii) el control de una plataforma de comunicación institucional entre dos compañeros de trabajo sin aviso de monitoreo previo. Respecto a la (a) idoneidad, a la luz del test de proporcionalidad, la medida de control es idónea al ser ejercida sobre una plataforma comunicativa otorgada por el empleador, siendo una herramienta de trabajo, de naturaleza laboral y no privada; (b) con relación a la idoneidad a la forma de control que fue sin consentimiento previo, sin comunicación de explícita de la facultad, posibilidad y/o mecanismo de monitoreo de tal comunicación, por lo que existían medidas menos lesivas y garantistas del derecho a la

inviolabilidad de comunicaciones, ello sin perjuicio que tales acciones si bien menos lesivas hubieran demandado mayor tiempo y mayores recursos (es, en este elemento en el cual se analiza si efectivamente existió, o no, una expectativa razonable de privacidad, la cual en el presente caso, existió, puesto que suscribimos el razonamiento del magistrado Eto Cruz, a pesar que, es eminentemente una herramienta de trabajo, se ha difuminado en la actualidad el uso privado o laboral de los instrumentos de trabajo, especialmente de aquellos que sean también medios de comunicación, por lo que, es deber del empleador emitir políticas certeras previas a la fiscalización o incluso entrega de tales bienes, sobre su uso y posibilidad de monitoreo, impidiendo se forme cualquier expectativa de privacidad); (c) por tanto la medida no justificaba en sentido proporcionalmente estricto la injerencia del derecho a la vida privada amparándose en el derecho de libertad de empresa.

iv) Expediente N°05532-2014-PA/TC – Caso VIZQUERRA HOUHTON

a) Hechos del caso

Prosiguiendo con el análisis de sentencias en el quehacer jurisprudencial del Tribunal Constitucional Peruano, se encuentra la sentencia que resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por Laura Visquerra Houghton contra la sentencia de vista que declaró improcedente un recurso de amparo presentado contra la empresa Cencosud Perú S.A. alegando un despido arbitrario, debido a que, en estado de gravidez y en su calidad de asistente de personal remitió a través de su correo institucional reclamos laborales a E. Wong S.A., una de las empresas clientes de su empleadora.

En primera instancia se declaró infundada una excepción de incompetencia por razón de materia planteada por la empleadora e improcedente la demanda por carecer de etapa probatoria, decisión confirmada en sentencia de vista.

Algo particularmente interesante es que la sentencia en su fundamento 5,6 y 7 reitera su criterio que toda acceso o interceptación de comunicaciones como en el correo electrónico solo puede ser en una investigación judicial, en armonía con el precepto constitucional del inciso 10 artículo 2 de la Constitución, declarando en consecuencia inconstitucional los registros de correos electrónicos, pese a que estos fueran correos institucionales; ello significa un retroceso al avance (parcial) que se había tenido con el caso Espinoza Chumo, analizado en el acápite precedente.

b) Análisis de la proporcionalidad de la medida

Ahora bien, con relación al examen de proporcionalidad de la medida, esta es (iii) el control del correo institucional de un trabajador ante la comunicación de irregularidades con dicho medio de comunicación corporativo; con relación a la (a) idoneidad, efectivamente, la facultad fiscalizadora del empleador es legal y constitucionalmente asegurada, por tanto, hay una relación de medio a fin el control de la comunicación del correo institucional del trabajador, siempre que se considere la comisión de una irregularidad; (b) con relación a la idoneidad a la forma de control que fue sin consentimiento previo y sin investigación judicial, claramente denota que fue una medida carente de necesidad ya que existían medidas menos lesivas y garantistas del derecho a la inviolabilidad de comunicaciones, ello sin perjuicio que tales acciones si bien menos lesivas hubieran demandado mayor tiempo; (c) por tanto la medida no

justificaba en sentido proporcionalmente estricto la injerencia del derecho a la vida privada amparándose en el derecho de libertad de empresa.

v. Expediente N°00943-2016-PA/TC – Caso PAUCARJA MERCADO

a. Hechos del caso

Continuando con el quehacer jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Perú, corresponde analizar la proporcionalidad de la medida en la sentencia del presente caso. Así, se sometió a competencia del máximo intérprete de la Constitución el recurso de agravio constitucional interpuesto por Marco Antonio Paucaraja Mercado contra Emapa Huaral S.A. empresa que despidió al demandante imputándole dos faltas graves entre ellas, el presuntamente haber manipulado información reservada sin autorización de la empresa, hecho que fue puesto en conocimiento por el jefe de Logística quien revisó una conversación de la red social Facebook entre su asistente y el demandante.

Sin perjuicio que la sentencia fue declarada improcedente, lo destacable con relación a la inviolabilidad de comunicaciones radica en que, la sentencia del Tribunal Constitucional hizo suyos, en el voto singular del magistrado ponente Espinoza-Saldaña Barrera, suscrito por Blume Fortini y Ramos Núñez, los requisitos desarrollados por el TEDH en el caso Bărbulescu, tal como se desprende en el fundamento 24 en adelante, eso conllevó a que el Tribunal reconozca la facultad de fiscalización del correo electrónico institucional del empleador si previamente se ha comunicado al trabajador la posibilidad de monitoreo de sus comunicaciones en dicho medio, esto modificando el criterio previamente establecido sobre la necesidad de

judicialización de la intervención, siendo una intervención que no deberá exceder la proporcionalidad y razonabilidad.

El máximo intérprete de la constitución resalta el impacto de las TICS en las relaciones laborales, naciendo la necesidad de realizar un análisis relativo a:

- a. La barrera limitativa del uso personal de los bienes informáticos de la empresa
- b. La legitimidad de la fiscalización, monitoreo y vigilancia de tales

Se observa que, el uso inadecuado puede ser perjudicial para la empresa dado que el trabajador no estaría efectuando una prestación efectiva de trabajo, distrayéndose en asuntos eminentemente personales, o incluso, si tales comunicaciones involucran a sus compañeros, estaría proliferando la distracción; por otro lado, el uso inadecuado podría revestir mayor gravedad al existir la posibilidad de que, usando tal, se pueda filtrar información confidencial, cometer actos delictivos, afectar la imagen institucional, etcétera.

Siendo ello así, el interprete constitucional establece que, en base a la sentencia que hace suya de la Gran Sala del TEDH, se puede abstraer tres criterios para determinar si el empleador se encuentra legitimado o no para monitorear las comunicaciones de los trabajadores:

- a. El trabajador debe ser informado de forma clara y previa de las medidas de fiscalización y monitoreo, su alcance y no únicamente de la facultad propia del empleador.
- b. Se debe optar por la medida menos intrusiva a la vida personal y familiar del empleado.

- c. Se debe acreditar la existencia de motivos concretos previos al control que justifiquen la necesidad y procedencia del mismo. (este requisito, no se vió contemplado en el análisis realizado por los magistrados en el caso ESPINOZA CHUMO)
- d. La fiscalización debe ser realizada (e implementada conforme los requisitos previos) de forma previa al inicio del proceso disciplinario, siendo inválido iniciar tal procedimiento y luego identificar los hechos que lo sustenten.

Por lo que, el Tribunal Constitucional reconoce la facultad del empleador de monitorear las comunicaciones institucionales siempre que se haya informado previamente de la posibilidad de fiscalización y de las condiciones de uso del medio de comunicación. Además, se invoca a respetar y hacer uso del test de ponderación para la evaluación de la imposición de medidas.

Igualmente, considera importante remarcar que, únicamente al existir una prohibición de forma absoluta del uso personal de los medios de comunicación otorgados por el empleador, es que se posibilita la habilitación de implementación de medidas de control; esto es, no existiendo una expectativa de privacidad.

Sin embargo, considerando que Facebook es una red social que no es propiedad del empleador, forma parte de la esfera privada del trabajador así se ingrese a través de un equipo tecnológico del lugar de trabajo, además que la falta imputada fue concluyente en la comisión de esta sin verificar un verdadero daño y con una clara violación el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones.

b) Análisis de la proporcionalidad de la medida

Ahora, corresponde analizar la proporcionalidad de la medida de control de comunicaciones en el presente caso, a saber (iv) la revisión de una comunicación entre personal a través de una red social, como Facebook, realizada con equipos del lugar de trabajo en horario laboral. En primer lugar, con relación al elemento de (a) idoneidad de la medida, se identifica que no hay una relación entre el poder de fiscalización del empleador respecto a la injerencia a la privacidad de un trabajador revisando una red social privada de un trabajador suyo, incluso si se entabla una comunicación por dicho medio en un equipo informático asignado por este e incluso si es una conversación entre sus trabajadores que tienen una relación de subordinación respecto a su empleador, caso contrario, fuese un correo institucional cuya fiscalización y monitoreo fue previamente informado al trabajador existiendo previsibilidad de la injerencia; por tanto, no corresponde analizar la (b) necesidad y (c) proporcionalidad en sentido estricto al no superar el primer elemento del test.

v) Expediente N°04386-2017-PA/TC - SINATRACAMAC

Finalmente, como última sentencia del Tribunal Constitucional sometida a análisis, se tiene la presente resolución que resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura SAC (SINATRACAMAC) contra la sentencia de vista que declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta en favor del señor Edward Antonio Muñoz Salazar, secretario de organización del referido sindicato.

Sin perjuicio de la improcedencia de la sentencia de vista por existir un proceso paralelo por el despido en cuestión, debe considerarse que en el presente caso se controversió la existencia o no de violación al derecho de inviolabilidad de comunicaciones, debido a que al beneficiario del amparo se le imputó la comisión de dos faltas graves, por usar indebidamente los equipos de cómputo y correo interno para fines distintos a los del trabajo y afectar presuntamente la imagen del empleador y un compañero al divulgar información sensible como era el estado de salud de un compañero sin la autorización pertinente.

En particular, al analizar la presunta vulneración al derecho a la inviolabilidad de comunicaciones, el Tribunal Constitucional concluyó que el registro de correos electrónicos enviados e 5 de marzo de 2016 por el trabajador despedido fueron obtenidos en violación del derecho de inviolabilidad de comunicaciones, además que las comunicaciones cuestionadas eran para realizar una colecta para un compañero cuyo estado de salud era de conocimiento de todo el personal de CMAC Piura. En consecuencia, se declaró fundada la demanda de amparo y nulo el despido.

En el caso en estudio la medida sujeta a análisis es (v) el registro de correo de electrónicos mediante la separación y conservación de copias del contenido de correos internos sin consentimiento del trabajador ni investigación judicial. En ese sentido, con relación a la (a) idoneidad de la medida que, es el ejercicio del poder de fiscalización ante una presunta queja de uso del correo institucional para fines ajenos a los laborales con la intervención del correo electrónico del trabajador tiene un fin legítimo, sin embargo (b) la necesidad de la medida en el presente caso no se acreditó, en particular porque no se desprendió la firma de un consentimiento previo para el control de herramientas institucionales y ante la ausencia expresa

de ello no se procedió a la investigación de los hechos en instancia judicial, esto quiere decir, que existían medidas menos lesivas al derecho a la inviolabilidad de comunicaciones del trabajador que hubiesen cumplido con el fin perseguido sin generar una lesión como la ocurrida en el presente caso; por lo tanto, la medida de control de comunicaciones en el presente caso no corresponde analizar el elemento de proporcionalidad en sentido estricto al no superar el elemento de necesidad.

4.4.4.2. Sentencias del Poder Judicial

i) Casación Laboral 14614-2016-LIMA – Caso NESTLÉ

a) Hechos del caso

En el presente caso, la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por Nestlé Perú S.A. contra la sentencia de vista emitida en el marco del proceso ordinario laboral seguido por el Sindicato Único Nacional de Trabajadores de la referida empresa que impugnaba el reglamento interno de trabajo.

Sin perjuicio de las causales invocadas en esta instancia, es necesario avocarse al estudio de aquella causal declarada procedente en la sentencia y con directa relación al objeto de la investigación, es decir, la presunta interpretación errónea de los numerales 6) y 10) del artículo 2° de la Constitución Política con relación a los artículos 44° y 45° del Reglamento Interno de la Empresa que señalaban como propietario a Nestlé Perú S.A. de las computadoras, incluyendo las cuentas de correo electrónico, páginas web, programas e información de las mismas.

Asimismo, el artículo 45° que también era controvertido habilitaba al empleador a revisar el contenido del correo. Al respecto, la Sala de la Corte Suprema trajo a colación la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N°1058-2004-AA-TC que, conforme se ha desarrollado previamente al momento de los hechos contenía el estándar estricto de inviolabilidad de comunicaciones siendo solo posible la investigación del contenido de los correos electrónicos con intervención de autoridad judicial.

De hecho, en el fundamento décimo octavo la Sala de la Corte Suprema concluyó que lo regulado en los artículos 44° y 45° del Reglamento Interno de la empresa era un exceso del empleador que colisionaba con las normas constitucionales que protegían el derecho a inviolabilidad de las comunicaciones, y en consecuencia se declaró infundado el recurso de casación.

b) Análisis de la Proporcionalidad de la medida

Ahora bien, continuando con la ya desarrollada práctica de analizar la proporcionalidad de la medida corresponde estudiar (vi) la modificación del Reglamento Interno de Trabajo a fin de habilitar al empleador el control del correo electrónico, programas, páginas web, información y todo contenido albergado en las tecnologías proporcionadas al trabajador.

Con relación a la (a) idoneidad de la medida, efectivamente se identifica una relación de medio empleado al fin perseguido, debido a que, una herramienta útil para la adecuada fiscalización de comunicaciones empresariales es la tipificación de la conducta del empleador en su Reglamento Interno que lo habilite a ello, ello sin perjuicio que, al momento de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, es decir el año 2017, aún solo se contemplaba la

investigación judicial como única medida ya que la posibilidad de implementar el estándar de Bărbulescu recién fue reconocido el año 2020;

(b) sin embargo, con relación a la necesidad de la medida, debe advertirse que, en el caso objeto de análisis el empleador pretendía tener poder de fiscalización sobre todo aquello que obre en el computador asignado, eso a todas luces es una medida desproporcional, dado que, incluso el estándar del caso Bărbulescu y en la sentencia recaída en el expediente N°00943-2016-PA/TC se reconoció la posibilidad de fiscalizar previo aviso el correo corporativo o empresarial, ya que otras plataformas como redes sociales de carácter privado o correos electrónicos privados se encuentran protegidos por la privacidad de comunicaciones, en ese sentido, la medida del presente caso no es necesaria, ya que es en extremo lesiva, al pretender permitir al empleador el acceso irrestricto a cualquier comunicación generada en el computador de la empresa, por tanto, una medida menos lesiva hubiese sido limitar tal control y monitoreo única y exclusivamente al correo corporativo o aquel aplicativo propiedad del empleador en el que se tengan comunicaciones oficiales; siendo ello así, no corresponde analizar la (c) proporcionalidad en sentido estricto, ya que al no adoptar la medida menos lesiva se genera un perjuicio injustificado al derecho a la vida privada e inviolabilidad de comunicaciones del trabajador.

ii) Expediente N°00474-2024

a) Hechos del caso – Caso MAYTA CAMARENA

Como último caso sometido a estudio para la presente investigación se tiene la sentencia de Vista N°0512-2024 de fecha 21 de agosto de 2024 que resolvió el recurso de apelación

interpuesto por la demandante, Erika Mayta Camarena contra la Universidad Privada de Huancayo Franklin Roosevelt S.A.C. conforme se expuso previamente el despido de la demandante se fundamentó en el uso del WhatsApp Web en computadora asignada de la empleadora para actividades personales ajenas al trabajo, ello luego que el jefe de informática de tecnología de información y comunicación monitoreara el contenido de la conversación.

Al respecto, la sentencia revocó la sentencia de primera instancia y declaró fundada la demanda por vulnerar el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones, debido a que la prueba que sustentó el despido era prueba prohibida, además que se realizó un desarrollo del precedente Bărbulescu del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y criterios del Tribunal Constitucional como la recaída en la sentencia Expediente N° 00943-2016-PA/TC, debido a que se accedió al contenido de comunicación privada de la demandante con terceros sin su consentimiento ni autorización judicial.

b) Análisis de la proporcionalidad de la medida

Por ende, siguiendo la práctica en los anteriores casos corresponde analizar a la luz del test de proporcionalidad la medida de control de comunicaciones en el presente caso, a saber, (vi) el control de comunicaciones en una red social en su versión Web que sea realizada en un equipo tecnológico asignado por el empleador. Respecto a la (a) idoneidad de la medida esta no guarda relación al fin perseguido, ya que, si bien un fin constitucionalmente protegido es el ejercicio del poder de fiscalización del empleador, no es idóneo el pretender monitorear una red social privada que no es de carácter corporativo sin contar con el consentimiento de la trabajadora ni intervención judicial, por tanto no corresponde establecer (b) la necesidad ni (c)

proporcionalidad en sentido estricto, ya que, la medida de por sí emplea un medio ilegítimo que no guarda relación con un fin constitucionalmente perseguido.

4.4.4.3. Hallazgos con relación al análisis de la proporcionalidad de medidas de control de comunicaciones

Como resumen de los casos sometidos a análisis con relación a su proporcionalidad, es posible elaborar el siguiente cuadro, que permite identificar —en el estudio de la proporcionalidad de la medida— en que paso del test, las medidas no superan la suficiencia del elemento. Ello conforme se detalla a continuación:

Expediente	Medida sometida al Test	Es idónea	Es necesaria	Es proporcional en sentido estricto	Es una medida proporcional
Exp. N°1058-2004-AA/TC	Revisión del correo electrónico de un trabajador A sin su consentimiento, desde el computador de un trabajador B, no destinatario de los correos, realizando una constatación notarial sin investigar los hechos imputados	SI	NO	-	NO

Exp. N°4224 -2009- PA/TC	Control de comunicaciones de un correo electrónico personal (privado) entabladas en horario laboral con equipo de trabajo	No	-	-	No
Exp. N°3599 -2010- PA/TC	El control de una plataforma de comunicación institucional entre dos compañeros de trabajo, sin aviso de monitoreo previo.	Si	No	-	No
Exp. N°0553 2-2014- PA/TC	El control del correo institucional de un trabajador ante la comunicación de irregularidades con dicho medio de comunicación corporativo	Si	No	-	No
Exp. N°0094 3-2016- PA/TC	Revisión de una comunicación entre personal a través de una red social, como Facebook, realizada con equipos del lugar de trabajo en horario laboral.	No	-	-	No

<p>Exp. N°0438 6-2017- PA/TC</p>	<p>Registro de correo de electrónicos mediante la separación y conservación de copias del contenido de correos internos sin consentimiento del trabajador ni investigación judicial</p>	<p>Si</p>	<p>No</p>	<p>-</p>	<p>No</p>
<p>Cas. Lab. 14614- 2016- LIMA</p>	<p>La modificación del Reglamento Interno de Trabajo a fin de habilitar al empleador el control del correo electrónico, programas, páginas web, información y todo contenido albergado en las tecnologías proporcionadas al trabajador.</p>	<p>Si</p>	<p>No</p>	<p>-</p>	<p>No</p>
<p>SV N°0512 -2024.</p>	<p>Control de comunicaciones en una red social en su versión Web que sea realizada en un equipo</p>	<p>No</p>	<p>-</p>	<p>-</p>	<p>No</p>

	tecnológico asignado por el empleador				
--	--	--	--	--	--

Fuente: Elaboración Propia

Como se advierte, de las siete medidas sometidas a análisis, cuatro de estas superaron el criterio de idoneidad mas no el de necesidad, al existir un fin legítimo, una medida adecuada al fin, pero a su vez tener medidas menos lesivas al derecho que no fueron empleadas y en consecuencia tornaron desproporcional el control de comunicaciones, mientras que, de las siete medidas, tres no fueron idóneas y en consecuencia no existía medio adecuado para la persecución de un fin constitucionalmente legítimo.

En suma, de las medidas que no superaron el elemento de idoneidad, de haber adoptado un medio adecuado en concordancia al fin legítimo, es decir, medidas que no impliquen fiscalización de redes sociales privadas, correos personales, hubiera permitido el estudio de la necesidad de las medidas de control. Asimismo, en los cuatro casos que no superaron el elemento de necesidad lo hubieran logrado de haber adoptado medidas menos gravosas que aseguren el respeto al consentimiento del trabajador o el debido proceso con una investigación judicial de los hechos. De haber superado el segundo elemento, hubiese sido posible el estudio del elemento de proporcionalidad en sentido estricto, sin embargo, ninguno de los siete casos estudiados arribó a tal puerto y, en consecuencia, no justificaban la intervención en el principio de proporcionalidad.

4.4.5. Requisitos para la fiscalización debida del correo electrónico corporativo

De una revisión de la jurisprudencia internacional y nacional se identifican principalmente los siguientes errores:

(i) **Asumir la propiedad de todos los medios informáticos de un equipo tecnológico asignado por el empleador**, debemos partir de la premisa que, el correo electrónico personal y el correo electrónico corporativo se deben regular y entender de manera diferente; el primero es creado por el trabajador, cuyos fines confieren únicamente a él, usualmente tienen un dominio común, el cual bajo ninguna circunstancia puede ser monitoreado o fiscalizado por el empleador; por otro lado encontramos el correo electrónico corporativo, el cual es puesto a disposición del trabajador por el empleador, cuyos fines son relativos a su actividad laboral.

Ahora bien, el correo electrónico personal, no estaría plausible de fiscalización, puesto que si bien el equipo (computadora, celular, laptop, etcétera) proporcionado puede ser titularidad de la empresa, ello no hace dueño al empleador de toda la información que ahí obre, verbigracia, la interacción de un trabajador en un correo electrónico privado y ajeno al correo institucional no habilita al empleador a tener acceso a este al encontrarse tutelado por el derecho de privacidad e inviolabilidad de comunicaciones, lo propio con el uso de redes sociales y mensajería instantánea como WhatsApp.

Por lo que, como primer requisito, encontraríamos que el correo electrónico a fiscalizar, sea de carácter corporativo; esto se podría ampliar a todo tipo de comunicaciones del trabajador, la plataforma usada para tales debe tener carácter de corporativo para considerarse un instrumento de trabajo.

A la vez, una medida idónea para evitar una tensión de derechos es la restricción de aquellas páginas que no tengan relación con el rubro de la empresa, por ejemplo, redes sociales, y otros aplicativos que no sean necesarios para el desarrollo de las funciones.

(ii) La ausencia de la debida tipificación en el Reglamento Interno de Trabajo el uso de medios informáticos; el empleador en aras de ir en consonancia con los avances tecnológicos actuales debe prever adecuadamente las restricciones y limitaciones al uso de medios informáticos en el trabajo, ello a fin que, al imputar la comisión de una falta, esta sea con un suficiente grado de especificidad en conformidad al principio de tipicidad.

El empleador debe tipificar la prohibición de uso del correo electrónico corporativo para fines personales, así como también prever en el Reglamento Interno de Trabajo la posibilidad de fiscalizarlo ante algún indicio o sospecha de mal uso de este instrumento de trabajo, dándole tratamiento desde el inicio como tal, esto es, instrumento de trabajo.

(iii) Establecer el mecanismo de fiscalización de forma clara y precisa de forma previa a la entrega del instrumento de trabajo

Una de las razones por las cuales en el caso Bărbulescu se falló a favor del trabajador es que, no se determinó si la fiscalización al correo electrónico corporativo se había dado antes o después de la prohibición clara y expresa de su uso para fines personales. Es así que, resulta importante en extremo que, además de la inclusión de tal prohibición en el RIT, de forma previa a la entrega de accesos de este instrumento de trabajo al trabajador, el empleador le haga entrega de un manual de uso, en el cual se encuentre delimitado:

- c. Que el correo electrónico corporativo es un instrumento de trabajo

- d. Que, como instrumento de trabajo, es propiedad del empleador
- e. Cómo se debe usar el correo electrónico corporativo, a que actividades se encuentra limitado (ejemplo: comunicar las promociones de la empresa a los clientes, contactar con proveedores, comunicaciones internas de la empresa, etcétera)
- f. Que, el empleador se encuentra facultado a fiscalizar el contenido de los correos, los destinatarios y el tiempo de uso del mismo.
- g. Que, se encuentra eminentemente prohibido hacer uso del correo electrónico corporativo para fines personales.
- h. El protocolo de fiscalización.

(iii) El control de comunicaciones realizado sin debidas garantías; al momento de realizar la fiscalización de medios informáticos, además de la debida diligencia en la notificación previa del instrumento que regule el uso de medios informáticos (sea en un protocolo, reglamento interno de trabajo) en fecha cierta y previa, el control de los medios informáticos deberá tener de preferencia un protocolo específico y contar con participación de personal como un perito informático o notario, ello a fin de evitar la contaminación de medios probatorios y una investigación estrictamente necesaria y razonable, claramente, siempre y cuando exista la previsibilidad de este tipo de control.

Este mecanismo de fiscalización debe ser comunicado al trabajador de forma previa a la entrega de accesos al correo electrónico corporativo.

Ejemplo de protocolo: Ante la detección de una posible falta, se eliminará el acceso del trabajador al correo electrónico corporativo y se procederá a convocar al área de

recursos humanos, para que, en presencia de notario público y de forma grabada, se proceda a inspeccionar el contenido de los correos emitidos/ recepcionados, los destinatarios y el momento de emisión.

(iv) El estudio de la necesidad de la medida, de manera previa a un control de comunicaciones valorar la existencia de alternativas hipotéticas a la que se pretende impulsar, y de existir medida más favorable a los derechos del trabajador y que permitan alcanzar el objetivo, preferir está a la medida inicialmente propuesta. Ante la sospecha de una falta, y habiendo cumplido con los requisitos expuestos de forma previa, es necesario limitar la inspección del correo electrónico corporativo a lo estrictamente necesario. Por lo que, si, por ejemplo, la finalidad de la inspección es únicamente determinar si el trabajador ha estado teniendo comunicaciones sociales no relacionadas a su ejercicio profesional, la inspección se deberá limitar a extraer los contactos con los cuales se ha comunicado, siendo suficiente para corroborar si se ha comunicado o no con personas ajenas a la empresa y pertenecientes a su círculo social.

En el mismo sentido, si se sospecha de un caso de competencia desleal en el cual el trabajador le haya estado brindando información de la empresa a la competencia, será necesaria únicamente la revisión del contenido de los mensajes con la competencia, no con el resto de personas con las cuales se ha comunicado haciendo uso del correo electrónico corporativo.

(v) **Dar la oportunidad al trabajador de aceptar la falta antes de la fiscalización de sus comunicaciones**, es recomendable, previo al monitoreo de las comunicaciones del trabajador, expresarle que se sospecha de actividad irregular en s correo electrónico corporativo, por lo que, se recomienda se le brinda la oportunidad de aceptar el mal uso de tal antes de iniciar una fiscalización.

La mayoría de empleadores puede estar en contra del presente requisito aludiendo que, el trabajador podría verse advertido y ante tal hecho proceder a eliminar todo tipo de comunicaciones, sin embargo, esto tiene una solución simple, de forma previa a la oportunidad de aceptación de la falta y a la fiscalización de las comunicaciones, se puede restringir el acceso del trabajador al correo electrónico corporativo, preservando así la evidencia en caso resulte necesario iniciar una fiscalización.

CONCLUSIONES

- El contrato de trabajo se erige como un generador obligaciones recíprocas entre sus dos inmutables suscriptores, el empleador y el trabajador, siendo el documento originario de una relación laboral; los elementos por excelencia de una relación laboral son: la prestación personal de servicios, la remuneración y la subordinación, siendo esta última la característica propia de laboralidad, este elemento es referido a la prestación de servicios del trabajador bajo la dirección del empleador, por ello es que, en el marco de este elemento que nace el poder de dirección del empleador.
- El poder de dirección del empleador encuentra su justificación en nuestra misma Carta Magna, la cual estipula y garantiza la libertad de empresa, entendiendo que, en aras de garantizar tal, es que el empleador puede dirigir el modo, forma y lugar de la prestación de servicios de los trabajadores. Dentro de la teoría amplia del poder de dirección, la cual es la más acogida por la doctrina y es en la que hemos basado la presente investigación, encontramos tres vertientes, el poder de dirección *strictu sensu*, el poder de sanción y el poder de fiscalización.
- Es, en ejercicio del poder de fiscalización, que el empleador tiene la facultad de supervisar, vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato de trabajo, así como de monitorear el uso de los bienes de su propiedad que son cedidos al trabajador para el desarrollo de sus labores, eligiendo los mecanismos de fiscalización que considere adecuados.

- Ahora bien, la facultad directriz del empleador no es ilimitada, tal como lo establece de manera tajante nuestra Constitución Política, toda relación laboral debe respetar los derechos fundamentales del trabajador, garantizando su dignidad; por lo que, el poder de dirección está sujeto a restricciones.
- Es así, que encontramos un escenario plausible de conflictos de derechos, entre el Derecho a la Libertad de Empresa del empleador y los derechos fundamentales del trabajador. Por ello, recurrimos a la jurisprudencia para abordar en la práctica los límites esgrimidos por nuestros jueces en relación al ejercicio del poder de dirección, dentro de los ejemplos desarrollados se encuentra el caso SUNAT , en el cual se observa un conflicto entre el Derecho a la Libertad de Empresa y el Derecho de Sindicalización, y se concluye que, toda medida esgrimida en ejercicio del poder de dirección limitante del Derecho de Sindicalización deberán cumplir con los principios de justificación, proporcionalidad y razonabilidad.

De igual manera, desarrollamos el caso RIPLEY , en el cual se aborda el conflicto entre el Derecho a la Libertad de Empresa y el Derecho a la Libertad de expresión del trabajador, al haber hecho uso de sus redes sociales para proferir improperios contra su empleador; en el cual se estableció que el despido efectuado fue válido debido a que, la red social del trabajador era de acceso público y además que tal conducta se encontraba prohibida en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa. Este caso resultó de especial importancia para nuestra investigación, puesto que, reconoce a las TICs como nuevo espacio de comisión de faltas laborales, estableciendo dos requisitos para su fiscalización: libre acceso y tipicidad de la falta.

Tras ello, analizamos también el caso D'Onofrio el cual desarrolló el conflicto entre la facultad directriz del empleador y el Derecho a la Intimidad del trabajador, al instalarse cámaras de videovigilancia en el establecimiento; en el que, se estableció que, la medida estuvo justificada dado que tenía como fin garantizar la calidad de los productos y, velar por la salud y seguridad de los trabajadores; erigiéndose otro requisito que permita al empleador superar un conflicto de derechos, este es, el fin legítimo de la medida.

- A través de la jurisprudencia analizada, vimos como el Derecho a la Libertad de Empresa en su expresión de poder de dirección podía resultar en conflicto con diferentes derechos, tales como, el Derecho a la Sindicalización, a la Libertad de Expresión y, el que más nos interesó en la presente investigación, el Derecho a la Intimidad; y es que, el entorno laboral es un espacio social donde la vida personal y profesional definitivamente se entrelazan, al pasar largas horas diarias conviviendo con otras personas en el trabajo resultaría inverosímil exigir al trabajador que ingrese a laborar sin los atributos propios de su personalidad dejando de lado su ámbito social; lo cual, exige un equilibrio entre el control empresarial y el respeto a la autonomía del trabajador.
- Por lo que, entendiendo el Derecho Constitucional en base al cual se erige el poder de dirección; es necesario entender el derecho con el cual se conflictuaría en el presente caso, este es, el Derecho a la Intimidad.

La doctrina difiere respecto a los conceptos de Derecho a la Intimidad, Derecho a la Privacidad y Derecho a la Vida Privada, y como se entrelazan o relacionan entre sí –

o si es que no lo hacen. Sin embargo, a la luz de nuestro Tribunal Constitucional y organismos internacionales, el Derecho a la Privacidad y el Derecho a la Vida Privada constituyen uno solo, siendo sinónimos; mientras que, el Derecho a la Intimidad es parte de tal. La intimidad vendría a ser la esfera más exclusiva del ser humano, en el cual se encuentran sus opiniones, ideas, ideologías, preferencias, pensamientos en bruto, de acceso exclusivo al individuo, y es que, nos referimos a este conjunto de conceptos en bruto porque aún no han pasado por el proceso necesario para exteriorizarse, el proceso de intimación propio, una vez pasen ese proceso y decida el individuo que tales ideas/pensamientos/actitudes están lo suficientemente refinadas para empezar a conocer el mundo exterior, es que pasan a ser parte de nuestra privacidad, formando parte del círculo de tal las personas de mayor confianza (familiares, amistades cercanas, incluso colegas, dependiendo de cada persona) que han sido estrictamente seleccionadas para conocer esa información, por lo que, es de carácter privado, limitada al conocimiento por tales personas y no terceros, a esto llamamos autodeterminación informativa.

- Ahora bien, el un Derecho que se ve relacionado con el Derecho a la Privacidad es el Derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones, el cual se ha erigido en nuestro sistema jurídico y a entendimiento de nuestro máximo intérprete de la Constitución como un mecanismo de protección al Derecho a la Privacidad, siendo parte de su contenido y con el objetivo de garantizar la no vulneración a la autodeterminación informativa.

Es así que, la privacidad es inmune a las intromisiones por terceros (incluso por parte del Estado), pero como todo derecho, este también tiene límites, y el Derecho la Privacidad encuentra su límite en aquella intromisión prevista en la ley, que persiga un fin legítimo y que siga los requisitos del test de ponderación.

- Ahora bien, las TICS en las relaciones laborales han transformado significativamente la dinámica del trabajo, redefiniendo tanto la organización empresarial como la interacción en una relación laboral entre empleadores, trabajadores y otros stakeholders. En este contexto, el correo electrónico corporativo ha emergido como una herramienta de trabajo esencial para la gestión y comunicación en el ámbito laboral, facilitando la inmediatez, la seguridad e interacción, siendo el primer mecanismo conocido de comunicación corporativa y el más usado en la actualidad, mas no el único. El uso extendido las TICS ha generado nuevas interrogantes jurídicas y desafíos regulatorios, particularmente en lo que respecta a la delimitación entre el ejercicio del poder de dirección del empleador y el derecho a la privacidad del trabajador.
- Así, el análisis de los límites y alcances de la supervisión empresarial sobre las comunicaciones electrónicas en el marco de la relación de trabajo resulta indispensable para comprender cómo las TIC, además de potenciar la eficiencia organizacional, pueden incidir en los derechos fundamentales de los trabajadores.
- En la actualidad no existe ley específica encargada de regular el uso de medios informáticos en el centro laboral, por lo que la tensión de derechos sigue desatendida, sin embargo, resaltamos los esfuerzos infructuosos de los Proyectos de Ley

2604/2013- CR y 3329/2013- CR; los cuales diferían en detalles mínimos, sin embargo ambos buscaban establecer dos requisitos para la fiscalización del correo electrónico corporativo: que el uso de tal se regule a través del Reglamento Interno de Trabajo o del contrato mismo y que, el trabajador de autorización expresa para la revisión del contenido de la mensajería.

- Por lo que, en la presente investigación procedimos a analizar tanto pronunciamientos jurisprudenciales internacionales como nacionales, para poder entender más como las TICS han revolucionado el mundo laboral, y descubrir cómo superar el conflicto de derechos que se presenta en la fiscalización y monitoreo de tales; teniendo en cuenta, a lo largo de la presente tesis, que, el mecanismo que usa en la actualidad nuestro Tribunal Constitucional para resolver conflictos entre derechos es el test de proporcionalidad.
- Resultó bastante relevante analizar la jurisprudencia internacional, puesto que, se encuentra en demasía adelantada a la jurisprudencia peruana en cuanto al reconocimiento del conflicto de derechos entre la privacidad y el poder de dirección del empleador al monitorear las comunicaciones emitidas al hacer uso de un instrumento de trabajo, dentro de las cuales destacan dos en particular emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso López Rivalda, el cual es pionero en abordar este conflicto de derechos en el caso de la videovigilancia laboral y, el caso Bărbulescu .
- El caso Bărbulescu aborda este conflicto en específico y establece un test especial para precisar la legalidad del monitoreo de las comunicaciones, el cual es

posteriormente denominado por la doctrina como el Test Bărbulescu , este comprende seis factores: (i) la notificación previa y clara de la medida; (ii) el alcance y grado de la medida; (iii) la razón legítima que justifique la medida; (iv) la necesidad de la medida; (v) las consecuencias del control para el trabajador sometido a este; (vi) el otorgamiento de garantías adecuadas, (dentro de esta última, el TEDH insta a los estados a prever un recurso interno para analizar la validez y legalidad de la medida), todo ello considerando la confianza y buena fe que debe irradiar la relación laboral.

- Tras ello, procedemos a hacer un análisis de la jurisprudencia peruana, aplicando el test por excelencia para resolver conflictos de derechos, este es, el test de ponderación; para lo cual evaluamos que, el fin sea constitucionalmente legítimo y que la medida cumpla con los caracteres de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En cuanto al fin legítimo, este se encontraría en garantizar el Derecho a la Libertad de Empresa, expresado en el poder de dirección del empleador, en su manifestación de poder de fiscalización; por lo que, una vez teniendo este presupuesto, analizamos cada uno de los caracteres del test en cada caso en concreto.
- En algunos casos, la idoneidad si fue superada, puesto que, la medida era adecuada para conseguir el objetivo propuesto, esto varió dentro de las sentencias entre: detectar competencia desleal, la comisión de un delito o la comisión de una falta grave. Esta medida, se ve incorporada en el tercer factor del test Bărbulescu, el cual exige que exista una razón legítima que justifique la medida, esto es, una correspondencia o correlación entre la medida y el fin que se quiere alcanzar. Cabe

mencionar que, es relevante que el test Bărbulescu haya incorporado la palabra “legítima”, puesto que de tal se desprende que requiere el mismo prerequisite del test de ponderación, que el fin sea constitucionalmente legítimo, presupuesto que sí se da por cumplido.

- En segundo lugar, encontramos la alternativa en la cual los casos fallaron, esto es, la necesidad, y esta es muy probablemente la razón por la cual el test Bărbulescu haya incorporado tantos factores relativos a tal. Encontramos: el primer factor, el cual exige que se haya notificado de la medida de forma previa y clara; la determinación del alcance y grado de la medida; la imposibilidad de realizar una fiscalización menos invasiva o más garantista del derecho a la privacidad del trabajador; y finalmente, el otorgamiento de garantías adecuadas (el cual a su vez, exige que los estados de la unión europea contar con un mecanismo a través del cual el trabajador pueda corroborar que se garantizaron los demás factores del test de ponderación).
- Finalmente encontramos la proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que no se elimine completamente al otro principio en conflicto, que el núcleo duro del derecho a la privacidad, y que, de tal emanen más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el otro valor en conflicto; el test Bărbulescu prevé también este punto al requerir se delimiten las consecuencias de la medida de monitoreo elegida y el otorgamiento garantías adecuadas. Siendo esto así, este punto se supera únicamente cuando se logra romper la llamada expectativa de privacidad, protegiendo así, toda comunicación que el trabajador pueda considerar privado, y a

la vez, garantizando el ejercicio de fiscalización del empleador, siendo este el último paso para superar el test de ponderación.

- Igualmente, resaltamos dos intentos del máximo interprete de la constitución para llenar este vacío legal, sin embargo, enmarcados en únicamente votos singulares; en primer lugar tenemos el caso ESPINOZA CHUMO en el que se desarrolla por primera vez la expectativa de privacidad como limitante a la fiscalización de comunicaciones, sin embargo, contemplando la posibilidad de eliminación de la misma para poder reconocer al correo electrónico corporativo como instrumento de trabajo superando el hábito social generalizado de tolerancia de uso de los medios de comunicaciones del empleador para fines privados; esgrimiéndose requisitos: Que se haya informado previamente de la posibilidad de monitoreo/ fiscalización o supervisión del correo electrónico corporativo a través de una política específica para los medios informáticos que el empleador otorga en calidad de instrumentos de trabajo y que se informe de los alcances de la fiscalización; todo esto siempre enmarcado bajo el presupuesto que se trate del correo electrónico corporativo, no existiendo, bajo ningún ángulo la posibilidad de fiscalizar el correo electrónico personal del trabajador.
- El segundo intento está recogido en el voto en minoría del caso PAUCARJA MERCADO, en el cual, el máximo interprete de la Constitución hace suyo el criterio recogido en el Caso Bărbulescu, indicando que, para que no exista expectativa de privacidad y sea legítima la fiscalización del correo electrónico corporativo deben concurrir los siguientes requisitos: i) El trabajador debe ser informado previamente

de forma clara sobre las medidas de fiscalización/ monitoreo/ supervisión de la plataforma de comunicación, además del alcance de las mismas; ii) Se debe optar por la medida menos intrusiva a la vida personal y familiar (vemos que, este requisito es sustraído del elemento necesidad del test de ponderación y adaptado al caso en concreto), iii) Se requiere acreditar motivos concretos previos al control que justifiquen el mismo (este requisito tal como el anterior, es sustraído del test de ponderación y aplicado al caso en concreto, siendo parte del elemento idoneidad; se ve por primera vez, dado que no se desarrolla en el análisis realizado por el Tribunal Constitucional en el caso ESPINOZA CHUNZA); iv) La implementación de la fiscalización debe ser previa al inicio del proceso disciplinario.

- Es, en base a ello que concluimos que efectivamente, existe la posibilidad de superar el test de ponderación, sin embargo, tal acción requiere de máxima diligencia del empleador.
- En primer lugar, se requiere un motivo para iniciar tal diligencia, un indicio de sospecha que el trabajador esté incurriendo en una falta grave siendo el mecanismo de tal falta el correo electrónico corporativo, para que el factor idoneidad sea superado.
- En segundo lugar, para superar el elemento necesidad, se requiere más de una acción de parte del empleador; empezando por identificar al correo electrónico como un instrumento de trabajo y no confundir al mismo con un correo personal el cual ha sido abierto en algún objeto de propiedad de la empresa, siguiendo con tipificar en el Reglamento Interno de Trabajo de forma clara y expresa la prohibición de usar el

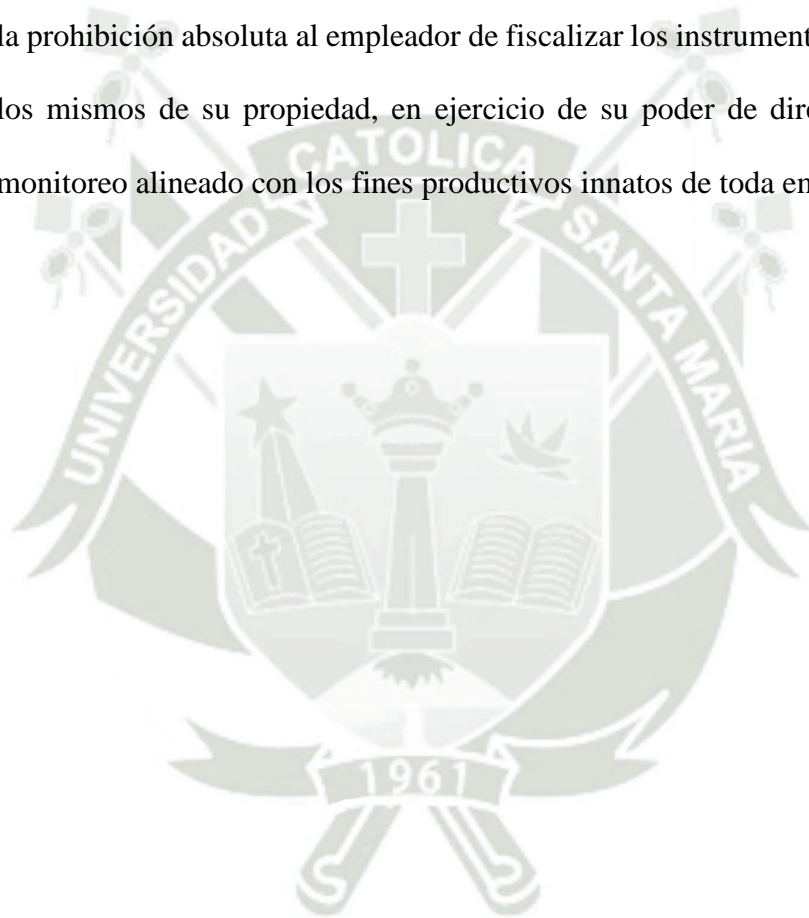
correo electrónico corporativo para fijes ajenos a los laborales y a la vez, la posibilidad de fiscalización de tales por parte del empleador.

Aunado a ello, se recomienda, para eliminar toda expectativa de privacidad, se entregue una guía detallada de uso de forma previa a la entrega de accesos del correo electrónico corporativo, además de elaborar un mecanismo de fiscalización específico, el cual contenga un debido procedimiento de monitoreo de las comunicaciones.

Además, se requiere se elija, la forma menos invasiva de fiscalización, procurando la presencia de un notario o perito, para no contaminar las comunicaciones, estando en última ratio la posibilidad de fiscalizar el contenido de las comunicaciones, prefiriendo (dependiendo del caso y de la idoneidad de la medida) fiscalizar los usuarios con los que se ha comunicado o las horas en los cuales las comunicaciones se han dado.

- Finalmente, el elemento proporcionalidad en sentido estricto requerirá que siempre subsista el núcleo duro del derecho a la privacidad, por lo que, eliminando toda expectativa de privacidad del correo electrónico corporativo al realizar las acciones previas mencionadas, se puede garantizar la subsistencia de este núcleo duro, afectando de forma mínima el derecho a la privacidad del trabajador y garantizando el ejercicio del poder de dirección del empleador, en ejercicio de su Derecho a la Libertad de empresa.

- Por lo que, se concluye que si existe la posibilidad de realizar una fiscalización del correo electrónico corporativo legítima que supere el test de ponderación; interpretar que el empleador se encuentra absolutamente prohibido de tal implicaría un abuso del derecho por parte de los trabajadores, al existir un vacío legal sobre la fiscalización de las comunicaciones en el ámbito laboral. Por lo que, sería irrazonable la prohibición absoluta al empleador de fiscalizar los instrumentos de trabajo, siendo los mismos de su propiedad, en ejercicio de su poder de dirección y estando tal monitoreo alineado con los fines productivos innatos de toda empresa.



RECOMENDACIONES

- Para evitar el vacío normativo generado y la incertidumbre de los empleadores ante la posibilidad de fiscalizar las comunicaciones dadas a través de instrumentos de trabajo, ante la irrupción innegable de las TICs, es necesario instar a nuestros legisladores a promulgar una regulación específica la cual contenga criterios claros para el uso de tecnologías en el entorno laboral; se han estudiado dos propuestas al respecto, siendo ambas infructuosas. En el mismo sentido, se recomendaría que para la elaboración de tales textos normativos se tenga en consideración la jurisprudencia internacional al respecto, en específico, el caso Bărbulescu y López Ribalda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siendo que ambos desarrollan de forma específica este conflicto de derechos en el ámbito laboral.
- Se recomienda, a la vez, promover la capacitación continua de empleadores y trabajadores por el Ministerio de Trabajo en cuanto a sus derechos, tanto de fiscalización como del respeto de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral, incluyendo el Derecho a la Privacidad. Para que así, se eviten las fiscalizaciones indebidas a las comunicaciones del trabajador y las malas calificaciones de los instrumentos de comunicación personal (correo electrónico personal) como instrumentos de trabajo. Igualmente, capacitaciones específicas en cuanto a cómo eliminar la expectativa de privacidad del correo electrónico corporativo, siendo este el paso inicial para contemplar otras plataformas de comunicación corporativa que existen y que muy posiblemente se generen aún más a futuro.

- Es fundamental, que los empleadores realicen todo acto previo que tenga como finalidad eliminar la expectativa de privacidad para así poder realizar una legítima fiscalización del correo electrónico corporativo que supere el test de ponderación, para así evitar procesos judiciales que conlleven a indemnizaciones y dañan la buena fe laboral.
- Dentro de estos actos previos se recomienda que, el correo electrónico corporativo además de ser proporcionado por el empleador (característica indispensable para que sea un correo electrónico corporativo y no personal), tenga dominio de la empresa “@empresa.com”, para así evitar confusiones y sentar la idea que el uso del mismo se encuentra restringido a actividades laborales.
- En el mismo sentido, es crucial que se dé una comunicación clara, previa y certera de la naturaleza de instrumento de trabajo que ostenta el correo electrónico corporativo, además de la posibilidad de fiscalización del mismo y los alcances de tal fiscalización.
- Se recomienda a los empleadores, elaborar un manual de uso del correo electrónico corporativo, capacitando además a los trabajadores de su correcto uso, limitando el mismo a actividades de la empresa, de forma previa a la entrega de los accesos.
- De igual manera, es importante que el empleador tenga previsto, estipulado y tipificado un procedimiento y/o mecanismo específico de monitoreo de las comunicaciones del empleador, y que le comunique tal al trabajador. Además, se recomienda incorporar procesos de supervisión imparciales, como podría ser la intervención de notarios públicos o peritos informáticos, para así garantizar el debido proceso en el proceso de imputación de faltas.

- Es indispensable para el empleador, elegir la medida menos gravosa para el trabajador para la finalidad prevista, la cual muchas veces no será la inspección del contenido de los mensajes del correo electrónico corporativo, bastando con verificar los destinatarios del correo y/o el momento en el cual se enviaron los correos.
- Igualmente, se recomienda a los órganos jurisdiccionales, que al analizar el presente conflicto de derechos contemplen en momento actual tecnológico en el que vivimos, estando abiertos a la adopción de posturas acordes a la jurisprudencia internacional, procurando su imparcialidad y de forma garantista velar tanto por el Derecho a la Privacidad del trabajador como por el Derecho a la Libertad de Empresa del empleador, el cual se ve expresado en su facultad de fiscalización a sus instrumentos de trabajo, estando bajo el entendimiento que el correo institucional es uno de ellos. Siendo esto así, no se prohíba de forma liminar toda forma de fiscalización a tales comunicaciones, lo cual ampararía un abuso de derecho, al existir un vacío legal.



Referencias Bibliográficas

Arce (2021). *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias*. Palestra editores.

Blume Fortini, (2006). *El amparo informático*. Ius et Praxis, (36-37), 205-219.

Blume Fortini (2022). *La Corrupción en Perú y su Enfrentamiento en Clave Constitucional*. Universidad Autónoma de México Editores, (pp. 265-299).

Boza (2016). *La modificación unilateral del contrato de trabajo por iniciativa del empleador*. In Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (pp. 693-723).

Burga Coronel (2011). *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Gaceta constitucional, 47,253-267.

Cadwalladr & Graham-Harrison (2018). *The Cambridge Analytica files: The story of the data scandal that helped Donald Trump win*. The Guardian. <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-files-facebook>

Cardaci (1999) *Il diritto alla riservatezza in Italia*. [http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter dictum/Card1.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/Card1.htm)

Congreso de la República (14 de marzo de 2014) Proyecto de ley N°3329/2013-CR, Proyecto de ley “Ley de uso de medios informáticos en el centro de trabajo”

Congreso de la República de Perú (03 de septiembre de 2013) Proyecto de Ley N°2604/2013-CR, Proyecto de Ley “Ley que regula el uso de los medios informáticos de comunicación en centros laborales”

Congreso de la República de Perú (03 de julio de 2011) Ley de Protección de Datos Personales, Ley N.°29733.

Consejo de Europa (04 de noviembre de 1950) Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de enero de 2009) Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (02 de noviembre de 2021) Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 441.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (04 de febrero de 2023) Caso Olivera Fuentes Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 484.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (18 de octubre de 2023) Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 506.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (6 de Julio de 2009) Caaso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 200.

Cortes Generales en sesión plenaria del Congreso de Diputados y Senado (31 de octubre de 1978) Constitución Española.

De Las Casas (2013). El correo electrónico otorgado por el empleador. *Advocatus*, (028), 395-407. <https://doi.org/10.26439/advocatus2013.n028.4215>

Ermida & Hernandez (2002). *Crítica a la Subordinación Parte I*. Revista Laboral Chilena, 66.

Ermida (1989). *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador: contenido y límites del " jus variandi", derechos del trabajador, tratamiento legislativo y jurisprudencial*. Editorial Hammurabi.

Fasabri (2023) *Correos Corporativos: la herramienta clave en la comunicación empresarial*. <https://www.fasabri.com/blog/marketing/correos-corporativos-herramienta-clave-en-comunicacion-empresarial/>

Fernández A., & Rodríguez R. (2016). *Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral es España*. *Labour & Law Issues*, 2(1), I-44.

Fernández T. (2019). *Configuración del poder de dirección del empleador: denominación, naturaleza jurídica, fundamento y contenido*. *Revista de derecho (Concepción)*, 87(245), 51-97. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100051>

Fernández T. (2019). *Configuración del poder de dirección del empleador: denominación, naturaleza jurídica, fundamento y contenido*. *Revista de derecho (Concepción)*, 87(245), 51-97. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100051>

Ferro (2019). *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Fondo Editorial PUCP.

Frei (2019). *Facebook agrees to \$5 billion settlement with FTC over privacy violations*. Bloomberg. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-07-24/facebook-FTC-settlement>

García, De Lama & Quiroz (2016). *Manual de Contratación Laboral análisis legal, doctrinario y jurisprudencial*. Lima. Gaceta Jurídica.

Garzón Valdés (2004). *Lo íntimo, lo privado y lo público*. In Problemas contemporáneos de la libertad de expresión (pp. 39-66). Porrúa.

Goffman (1959). *The Presentation of Self in Everyday Life*. Doubleday.

González (2019). *La protección de datos personales en redes sociales: El caso Cambridge Analytica y Facebook*. Revista de Derecho Digital, 22(2), 45-60.

Hubmann (1967) *Das Persönlichkeitsrecht, 2ª edición (2. Auflage)*, Böhlau Verlag, Colonia (Köln).

Irureta (2013). *El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa*. Estudios constitucionales, 11(2), 369-424. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200010>

Irureta (2020). *El principio de razonabilidad laboral. Los límites a las potestades del empleador en el Derecho del Trabajo chileno*. Ius et Praxis, 26(2), 1-31. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200001>

Jiménez, Ramírez & Charre (2022). *El ejercicio del poder de dirección del empleador y sus límites frente a los derechos de los trabajadores*. *Giuristi: Revista De Derecho Corporativo*, 3(5), 29–51. <https://doi.org/10.46631/Giuristi.2022.v3n5.04>

Landa Arroyo (2021). *El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú*. *Estudios constitucionales*, 19(2), 71-101.

Lizama P. & Lizama C. (2020). *El Derecho del Trabajo y la Economía Colaborativa*. *Derecho & Sociedad*, (53), 207-219. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21801>

Luque (1999) *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Editorial Bosch, Barcelona.

Mamani Condori, Choquehuanca Calcina, Ochatoma Paravicino, & Humpiri Núñez (2023). *Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional peruana*. *Revista Universidad y Sociedad*, 15(2), 675-684.

Mangarelli, (2013). *Derechos del empleador a la organización y dirección de la empresa, y límites*. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4(8), 13-27.

Manrique (2010). *¿Cómo se está aplicando los principios Labores en el Perú?: un enfoque teórico-jurisprudencial*.

Matos Zegarra (2015) *El control de las Comunicaciones Electrónicas por parte del Empleador. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis. (1) pp. 473-484.

Muñoz Flores (2024) *La facultad de fiscalización del empleador y el impacto en las nuevas tecnologías de la información y comunicación*. Perspectivas en la Defensa Jurídica del Estado (2) pp. 10-15.

Neves Mujica (1997). *Introducción al Derecho del Trabajo*. ARA Editores.

Nizama V. & Nizama C. (2020). El enfoque cualitativo en la investigación jurídica, proyecto de investigación cualitativa y seminario de tesis. *Vox juris*, 38(2), 69-90.

Organización de las Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948) Declaración Universal de Derechos Humanos.

Organización de las Naciones Unidas (16 de diciembre de 1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacheco-Zerga (2019). *Los elementos esenciales del contrato de trabajo*. *Revista De Derecho*, 13(1), 29–54. Recuperado a partir de <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1562>

Pacheco-Zerga (2012). Los elementos esenciales del contrato de trabajo. *Revista de Derecho*, 13(1), 29-54.

Pacheco-Zerga (2015). *Los principios del Derecho del Trabajo*. En J. Zavala (Ed.), Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis, (pp. 589-607). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Poder Judicial del Perú (13 de noviembre de 2015) Sentencia en Expediente 12945-2013-0-1801-JR-LA-11.

Polo (2022). Privacidad, intimidad y protección de datos: una mirada estadounidense y europea. *Derechos y Libertades*: 47, 2, 2022, 307-338.

Pozen (2005) The Mosaic Theory, National Security, and the Freedom of Information Act. Recuperado a partir de https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/573

Presidencia de la República (21 de marzo de 1997) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral [Decreto Supremo 003-97-TR].

Presidencia de la República de Perú (14 de noviembre de 1984) Código Civil Peruano. Decreto Legislativo 295

Presidencia de la República de Perú (24 de julio de 1984) Código Civil peruano, promulgado mediante Decreto Legislativo N.º295.

Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín (21 de agosto de 2024) Sentencia de Vista N°0512-2024 en el Expediente 00474-2024-0-1501-JR-LA-03.

Quiroz (2016). El Hábeas Data, protección al derecho a la información y a la autodeterminación informativa. *Letras (Lima)*, 87(126), 23-27. Recuperado en 26 de noviembre de 2024, de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2071-50722016000200002&lng=es&tlng=es .

Real Academia Española (s.f.) Diccionario de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/intimidad>

Rodríguez M. (2017). *Origen y tratamiento constitucional del principio de proporcionalidad en Colombia*. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 9(18), 125-148.

Rodríguez, F., & Quispe, G. (2009). *La extinción del contrato de trabajo: causales, requisitos y consecuencias*.

Sanz (2018). Delimitación de las esferas de la vida privada, privacidad e intimidad, frente al ámbito de lo público. *T&S Transparencia & Sociedad*, 127.

Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (26 de abril de 2007) Casación N° 2386-2005-Callao.

Sala Social de la Corte de Casación de Francia (02 de octubre de 2001) caso MX vs. Nikon. Asunto No. 99-42.942.

Saldaña (2012). «The right to privacy»: la génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, el centenario legado de Warren y Brandeis. *Revista de Derecho Político*, (85), 195–239. <https://doi.org/10.5944/rdp.85.2012.10723>.

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2021) Casación Laboral N.º 19461-2019 Lima

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Arequipa (10 de marzo de 2017) Casación Laboral N.º 14614-2016.

Solana, (2017). *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado. Alemania, Reino Unido, Polonia, Portugal y Argentina* (L. M. Méndez & P. N.-C. Contreras, Eds.; 1st ed.). Dykinson, S.L.
<http://www.jstor.org/stable/j.ctt1qghf0x>

Tribunal Constitucional de Perú (14 de julio de 2020) Sentencia recaída en el expediente N.º00943-2016-PA/TC

Suprema Corte de los Estados Unidos de América (1928) Case *Olmstead v. United States* 277 U.S. 438, 473 (Brandeis, J., dissenting)

Tantaleán (2015). El alcance de las investigaciones jurídicas. *Derecho y cambio social*, 12(41), 20.

Tovama (2009). *Derechos laborales ante empleadores ideológicos. Derechos fundamentales e ideario empresarial*. Fondo Editorial de la PUCP.

Toyama (2015). *El derecho individual del trabajo en el Perú*. Gaceta jurídica.

Toyama (2009). El despido disciplinario en el Perú. *IUS ET VERITAS*, 19(38), 120-154. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12196>

Toyama (2016) *Modificación de condiciones de trabajo: una mirada desde la jurisprudencia laboral y una propuesta*, VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: SPDTSS, pp. 515-530.

Toyama (2015). *El Derecho Individual De Trabajo En El Perú - Un Enfoque Teórico Práctico*. Gaceta Jurídica. (Pp.481-483)

Tribunal Constitucional de Perú (03 de enero de 2003) Sentencia recaída en el expediente N°010-2002-AI/TC.

Tribunal Constitucional de Perú (05 de junio de 2008) Sentencia recaída en el expediente N°579-2008-PA/TC.

Tribunal Constitucional de Perú (09 de diciembre de 2014) Sentencia en el expediente N.°01839-2012-PHG/TC.

Tribunal Constitucional de Perú (10 de marzo de 2016) Sentencia recaída en el expediente N.°03485-2012-PA/TC.

Tribunal Constitucional de Perú (11 de octubre de 2004) Sentencia recaída en EXP. N.° 2192-2004-AA /TC.

Tribunal Constitucional de Perú (12 de agosto de 2005) Sentencia recaída en el expediente Exp. N° 008-2005-PI/TC.

Tribunal Constitucional de Perú (15 de diciembre de 2006) Sentencia recaída en el expediente N°012-2006-PI/TC.

Tribunal Constitucional de Perú (17 de octubre de 2005) Sentencia recaída en el expediente N.°6712-2005-HC/TC

Tribunal Constitucional de Perú (19 de julio de 2011) Sentencia recaída en el expediente N°04224-2009-PA/TC

Tribunal Constitucional de Perú (22 de febrero de 2017) Sentencia recaída en el expediente N°05532-PA/TC.

Tribunal Constitucional de Perú (25 de setiembre de 2020) Sentencia N°599/2020, recaída en EXP. N.° 02208-2017-PA/TC.

Tribunal Constitucional de Perú (27 de octubre de 2020) Sentencia recaída en el Expediente N°04386-2017-PA/TC

Tribunal Constitucional de Perú (29 de enero de 2003) Sentencia recaída en el expediente N.°2863-2002-AA/TC

Tribunal Constitucional de Perú (29 de enero de 2023) Sentencia recaída en el Expediente N.° 1797-2002-HD/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (07 de setiembre de 2010) Sentencia Expediente N.º 00002-2010-PI/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (18 de agosto de 2004) Sentencia recaída en el expediente N.º 1058-2004-AA/TC.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (03 de abril de 2007) Caso Copland vs. Reino Unido. Asunto. Demanda n.º 62617/00

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (05 de setiembre de 2017) Caso Bărbulescu vs. Rumania. Demanda n.º 61496/08)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (17 de octubre de 2019) Asunto López Ribalda Y Otros Contra España (Demandas n.º 1874/13 y 8567/13).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (17 de octubre de 2019) Caso López Ribalda y otros vs. España. Demandas n.º 1874/13 y 8567/13

Seidel U. (1972) *Datenbanken und Datenschutz, Schmidt*, Colonia (Köln).

Vergara (2010). *Poder directivo y nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Una acentuación de la facultad de control*. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1(1), 29-50.