



**DENISSE INOCHI
MUÑOZ FLORES** ²

Abogada por la PUCP con
especialidad en Derecho del
Trabajo y Seguridad Social

La facultad de fiscalización del empleador y el impacto en las nuevas tecnologías de la información y comunicación¹

La aparición de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el ámbito laboral han generado situaciones de conflicto entre el empleador y el trabajador debido a intereses opuestos. El empleador cuenta con medios informáticos³ para colocarlos a disposición del trabajador, a fin de coadyuvar en el desempeño de sus funciones; sin embargo, en la actualidad, también estarían siendo utilizados para fines personales.

Ahora bien, el uso indebido de los medios informáticos durante la jornada laboral podría ocasionar consecuencias negativas para el empleador, tales como afectar la productividad y rendimiento del trabajador, filtración de información confidencial y reservada, uso contrario a las buenas costumbres y otros. Frente a ello, nos preguntamos ¿qué puede hacer el empleador?, ¿cuál es el procedimiento que debería de seguir? y ¿cuáles son las sanciones aplicables para el trabajador?

En ese sentido, la presente nota busca determinar si el empleador puede o no ejercer su potestad fiscalizadora sobre los medios informáticos de su propiedad o, en su defecto, se debe garantizar el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador.

1. Alcance del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador

Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo X de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 17

¹ La presente nota ha sido elaborada sobre la base del artículo académico presentado para optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, de propiedad de la autora, publicado en el repositorio de tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/21957>.

² Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Cuenta con un título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y Seguridad Social y egresada de la maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, ambos por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Actualmente brinda servicio profesional para el análisis legal de documentos de gestión del empleo en la Unidad Funcional de Recursos Humanos de la Oficina de Administración de la Procuraduría General del Estado.

³ Para la presente nota, se debe entender por "medios informáticos" a los siguientes: servicio de internet, intranet, extranet, correo electrónico, redes sociales (Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn, WhatsApp y otras), páginas o portales web, mensajería instantánea, redes y cualquier otro medio análogo. Esta definición ha sido creada en base a la información provista en los Proyectos de Ley N° 4308/2010-CR, N° 4345/2010-PE, N° 2604/2013-CR y N° 3329/2013-CR.

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales precisan que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada o en su correspondencia.

Al respecto, es preciso mencionar que el Perú ha ratificado los tratados internacionales sobre derechos humanos, descritos en el párrafo anterior, por lo que -automáticamente- integran el bloque de constitucionalidad, conforme lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución).

Asimismo, en el ámbito nacional, el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra reconocido en el artículo 2.10 de la Constitución, la misma que dispone que las comunicaciones y documentos privados solo pueden ser abiertos o intervenidos por mandato motivado del juez. De ahí que, el bien constitucionalmente protegido es la libertad de las comunicaciones; es decir cualquier tipo de comunicación, sin considerar el medio utilizado o si su contenido es privado, reservado o íntimo⁴.

De acuerdo con Rubio et al. (2010), se entiende por “secreto” que el contenido de las comunicaciones o documento generado solo debe ser conocido por los interlocutores del proceso comunicativo, mientras que “inviolabilidad” hace alusión a que dicho proceso de comunicación se desarrolle sin alteración (pp. 213-214).

Por último, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 3599-2010-AA/TC⁵, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto de “expectativa de confidencialidad” para poder identificar cuando una comunicación privada se encuentra protegida por los alcances del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, cuyos elementos son los siguientes: (a) identificar que el medio empleado haya sido utilizado para dirigir la comunicación a una persona o grupo de personas en particular y (b) presumir que dicha comunicación se mantendrá en secreto o reservada.

2. Límites a la facultad de fiscalización del empleador

La legislación peruana no reconoce expresamente la facultad de fiscalización del empleador; sin embargo, esta atribución emana del poder de dirección, el cual a su vez tiene sustento en el derecho a la libertad de empresa.

Al respecto, la libertad de empresa se encuentra recogida en el artículo 59 de la Constitución e implica la gestión de la actividad empresarial por parte del empleador, para lo cual se vale del poder de dirección, el mismo que le permite organizar las labores del personal contratado. El artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, la LPCL) recoge las facultades que emanan del poder de dirección, tales como: organización, el empleador decide cómo se distribuyen y ejecutan las labores en la empresa; reglamentación, emisión de normas y reglamentos internos de obligatorio cumplimiento;

⁴ Cabe precisar que, el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones no configura una manifestación directa del derecho a la intimidad, pues se trata de derechos distintos. Si bien, el objeto de aquel podrá contener aspectos relacionados a la vida privada y familiar, no será forzosamente aplicable en todos los casos.

⁵ Lo señalado puede ser revisado en el fundamento 9 del voto del Magistrado Eto Cruz.

sanción, aplicación de medidas disciplinarias proporcionales al hecho o conducta cometida; y de modificación (o *ius variandi*), variaciones en el contrato de trabajo relacionadas a las modalidades laborales, turno, horario, entre otros (Boza, 2020, p. 31).

Por tanto, la facultad de fiscalización complementa a las facultades previamente señaladas, otorgándole al empleador la potestad para verificar, vigilar y controlar que las órdenes, normas y reglamentos dictados por la empresa sean cumplidos a cabalidad por los trabajadores. Por tanto, la aplicación de sanciones requiere que previamente se haya realizado un procedimiento de evaluación y determinación de la conducta infractora.

Ahora bien, es preciso destacar que las facultades del empleador antes señaladas no son absolutas, sino que se encuentran sujetas a límites. En lo que respecta a los límites internos, el empleador no puede extender su actuación a asuntos de índole personal del trabajador, restringiéndolo solo al ámbito laboral. Como segundo límite interno, derivado del propio artículo 9 de la LPCL, las decisiones y medidas que adopte el empleador deben ser razonables y objetivas, evitando actos de arbitrariedad en perjuicio del trabajador.

Por su parte, el límite externo se desprende del tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución, relacionado con la obligación del empleador de respetar los derechos fundamentales laborales del trabajador. No obstante, esta protección también se extiende a los derechos inespecíficos que convergen en una relación laboral⁶.

3. Delimitación jurisprudencial de la facultad de fiscalización sobre los medios informáticos

El Tribunal Constitucional ha señalado su posición, en reiteradas sentencias, sobre la facultad de fiscalización del empleador sobre el uso de los medios informáticos, en específico, de los correos electrónicos, redes sociales y servicio de mensajería instantánea.

Expediente	Hechos del caso	Criterio
1058-2004-AA/TC	El trabajador fue despedido por enviar material pornográfico mediante el correo electrónico (Lotus Notes) dentro del horario de trabajo. El empleador presentó una constatación notarial y la copia de los correos electrónicos.	El empleador no puede acceder al correo electrónico del trabajador, a pesar de ser un medio informático de su propiedad. Solo por orden judicial se puede acceder a su contenido, caso contrario, carecen de efecto legal por ser ilícitamente obtenidos.

⁶ Los derechos inespecíficos a los que se hace referencia son el derecho a la igualdad y no discriminación, a la libertad religiosa, honor, intimidad personal, dignidad, a la propia imagen, tutela judicial efectiva y libertad de información, que incluye al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

<p>4224-2009-AA/TC</p>	<p>La trabajadora fue despedida por proporcionar información de la empresa a un extrabajador mediante su correo electrónico personal (Hotmail.com) dentro del horario de trabajo. El empleador presentó copias legalizadas de los correos electrónicos.</p>	<p>El empleador no puede considerarse titular de las comunicaciones, a pesar de que el equipo de cómputo, utilizado para dicho fin, sea de su propiedad. Vulneró el debido procedimiento y los correos electrónicos obtenidos carecen de validez probatorio. (Prueba indebidamente obtenida)</p>
<p>3599-2010-AA/TC</p>	<p>La trabajadora fue despedida por usar el chat de la empresa (Net Send) para comunicaciones personales de contenido sexual, en términos indecorosos y vocabulario soez con su jefe inmediato. El empleador presentó copias legalizadas de las conversaciones sostenidas.</p>	<p>Las comunicaciones vía chat virtual también se encuentran protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y solo pueden ser intervenidas por mandato motivado del juez .</p> <p style="text-align: center;">7</p>
<p>5532-2014-AA/TC</p>	<p>La trabajadora fue despedida por enviar información falsa e inexacta mediante correo electrónico, perjudicando la imagen de la empresa. El empleador adjuntó los correos electrónicos en la carta de preaviso de despido.</p>	<p>Reitera la posición de la sentencia anterior e incorpora dentro del ámbito de protección al correo electrónico institucional .</p>
<p>4386-2017-AA/TC</p>	<p>El sindicato solicitó la reposición de su secretario, quien divulgó mediante el correo electrónico institucional, sin autorización, el estado de salud de un compañero. El empleador presentó un informe del Área de Sistemas y el contenido del correo.</p>	<p style="text-align: center;">8</p> <p>El empleador realizó el registro al correo electrónico del trabajador vulnerando el debido procedimiento. La empresa no pudo alegar la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador cuyo estado de salud fue expuesto, porque ya había sido hecho público por este.</p>
<p>0943-2016-PA/TC (Pleno 412/2020)</p>	<p>El trabajador fue despedido por haber solicitado a otra compañera las claves de acceso del sistema de logística de la empresa, a través de Facebook Messenger. El empleador tomó conocimiento porque dicho chat se encontraba abierto en el equipo de cómputo de la trabajadora.</p>	<p>El voto mayoritario no ha establecido un criterio sobre el tema de fondo, pronunciándose únicamente sobre aspectos procesales. No obstante, la posición minoritaria consideró que la red social es un medio de comunicación ajeno a la empresa y que no puede tener un tratamiento similar al de un correo institucional.</p>

⁷ Existieron votos discrepantes que precisaron que los medios informáticos entregados al trabajador no generan una expectativa de confidencialidad.

⁸ El voto singular de Ramos Núñez destacó la necesidad de contar con manuales sobre el uso correcto del correo electrónico institucional, el procedimiento de fiscalización y la tipificación de las faltas.

Por su parte, mediante la Casación N° 14614-2016-LIMA, la Corte Suprema de Justicia ha declarado que resulta inconstitucional que el empleador incorpore en el Reglamento Interno de Trabajo las siguientes disposiciones: (i) señalar cuáles medios informáticos son de su titularidad (tales como computadora, correo electrónico, chat o messenger, entre otros), (ii) reconocer la facultad de revisar el contenido de estos y (iii) prohibir a los trabajadores guardar archivos o información ajenas a sus funciones.

En ese sentido, podemos concluir que la posición jurisprudencial que se viene adoptando se basa en una interpretación garantista del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador, sin realizar la correcta identificación de la titularidad del medio informático. Asimismo, la única forma prevista para que el empleador pueda ejercer la fiscalización es mediante mandato motivado del juez, conforme al artículo 2.10 de la Constitución.

4. Conclusión

El uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación durante la jornada de trabajo estaría promoviendo la necesidad de que el legislador adapte la normativa laboral vigente, a fin de que permita al empleador realizar el control, supervisión y fiscalización de los medios informáticos que han sido entregados al trabajador para el cumplimiento de sus funciones, los mismos que deberían de ser usados únicamente para temas laborales.

Si bien es cierto que, la jurisprudencia ha intentado suplir la labor legislativa, aún persiste una inseguridad jurídica para el empleador respecto al procedimiento que debería seguir en caso necesite realizar una fiscalización a los medios informáticos de su titularidad, sin vulnerar el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador. Por lo tanto, sería conveniente que se impulse nuevamente su regulación⁹, con el propósito de evitar conflictos y delimitar los derechos y deberes de ambas partes.

⁹ A la fecha, se han promovido diversos Proyectos de Ley (N° 4308/2010-CR, N° 4345/2010-PE, N° 2604/2013-CR y N° 3329/2013-CR) que han pretendido implementar políticas de control y uso de los medios informáticos; sin embargo, estos fueron archivados sin mayor estudio por parte de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República.

Bibliografía

Doctrina e informes

Boza, G. (2020). Derecho del trabajo. Fondo Editorial PUCP.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2022). Perú: Tecnologías de Información y Comunicación en las Empresas, 2019. Encuesta Económica Anual 2020. <https://www.gob.pe/institucion/inei/informes-publicaciones/3892475-peru-tecnologias-de-informacion-y-comunicacion-en-las-empresas-2019>

Rubio, M., Eguiguren, F., y Bernales, E. (2010). Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución. Fondo Editorial PUCP.

Jurisprudencia

Casación N.º 14614-2016-Lima.

Sentencia del Expediente N.º 3599-2010-AA/TC.

Normas legales

Instrumentos internacionales

Convención Americana de Derechos Humanos

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Legislación nacional

Decreto Supremo N.º 003-97-TR, T.U.O del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral

Las personas interesadas en publicar en este boletín de opinión jurídica podrán enviar sus textos al correo electrónico cfc08@pge.gob.pe, indicando en el asunto "Envío de texto - Perspectivas"

Revisa la guía de autores [aquí](#).
Deja tus datos [aquí](#).