

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social

**“La fiscalización del empleador sobre el empleo de las herramientas digitales
otorgadas durante la relación laboral: una perspectiva constitucional y
laboral”**

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Autora

Joselyn Maria Chunga Anton

Asesor

Victor Renato Sarzo Tamayo


Lima, 2022

Informe de Similitud

Yo, SARZO TAMAYO, VICTOR RENATO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “La fiscalización del empleador sobre el empleo de las herramientas digitales otorgadas durante la relación laboral: una perspectiva constitucional y laboral” de la autora CHUNGA ANTON, JOSELYN MARIA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 20%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y el trabajo académico, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 01 de marzo de 2023

SARZO TAMAYO, VICTOR RENATO	
DNI:42488342	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0001-5358-3703	

RESUMEN

En las relaciones de trabajo se utiliza frecuentemente herramientas digitales para el cumplimiento de las labores, por ello, el empleador entrega en uso a los trabajadores herramientas digitales de comunicación de su propiedad para el ejercicio de sus labores; sin embargo, algunas veces estas son utilizadas para fines diferentes a los que se otorgaron, generando conflictos en la relación laboral.

Los empleadores deben establecer reglas claras para el uso de las herramientas de su propiedad, señalando así los usos adecuados e inadecuados, además de las formas de fiscalización de ellas, sin vulnerar los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores, respetando los límites que establece la legislación

La finalidad del presente trabajo de investigación es analizar los derechos fundamentales involucrados y señalar cuáles son los límites del empleador y también del trabajador. Para ello, se analizarán los derechos involucrados, las características de las herramientas digitales, la modulación de los derechos dentro de la relación laboral y se brindará una perspectiva desde la experiencia extranjera.

Finalmente se estudiará un caso particular sobre el mismo tema aplicado a los funcionarios públicos y se brindarán recomendaciones para una fiscalización eficaz dentro de los límites legales.

Palabras clave: intimidad, secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, facultad de fiscalización, herramientas digitales

ABSTRACT

In labor relations, digital tools are frequently used for the fulfillment of the tasks, therefore, the employer provides workers with digital communication tools of their property for the exercise of their tasks; However, sometimes these are used for purposes other than those granted, generating conflicts in the employment relationship.

Employers must establish clear rules for the use of the tools they own, thus indicating the appropriate and inappropriate uses, in addition to the forms of control of them, without violating the fundamental rights to privacy and secrecy and the inviolability of workers' communications, respecting the limits established by legislation.

The purpose of this research work is to analyze the fundamental rights involved and point out what are the limits of the employer and of the worker. To this end, the rights involved, the characteristics of digital tools, the modulation of rights within the employment relationship will be analyzed and a perspective from foreign experience will be provided.

Finally, a particular case on the same subject applied to public officials will be studied and recommendations will be provided for effective control within legal limits.

Keywords: privacy, secrecy and the inviolability of communications, power of control, digital tools

Contenido

2. Declaración jurada de autenticidad	2
3. Introducción	6
4. Sección 1: Los derechos inespecíficos en juego y la modulación de sus alcances en el marco de una relación laboral	7
3.1. El derecho a la intimidad	9
5. Artículo 2.-.....	10
6. Artículo 2.-.....	10
7. Artículo 2.-.....	12
8. Artículo 23.-.....	21
9. Sección 2: La fiscalización de las herramientas digitales otorgadas por el empleador	22
3.2. Características de las herramientas digitales	23
3.2.1. Propiedad de las herramientas digitales ¿Es posible, y hasta qué nivel, despersonalizar el empleo de éstas?	23
10. Artículo 87.- Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.....	26
3.2.2. Regulación del uso de las herramientas digitales.....	28
3.3. Límites a la fiscalización de las herramientas digitales	29
3.4. Un caso particular, los derechos inespecíficos del trabajador frente a quien no es su empleador: el acceso ciudadano al contenido de las herramientas digitales del servidor público	31
13. Artículo 4.- Servidor público	32
14. Sección 3: recomendaciones para la reglamentación del uso y fiscalización de las herramientas digitales otorgadas por el empleador de la empresa privada.....	35
15. Conclusiones.....	37
16. Bibliografía.....	39
17. Fuentes bibliográficas	39
18. Legislación.....	40
19. Jurisprudencia.....	40

3. Introducción

Las relaciones de trabajo actual implican la utilización de diversas herramientas tecnológicas que usualmente, son otorgadas por el empleador. Diversas herramientas digitales físicas como celulares, laptops, computadoras, tablets, entre otros, así como soportes electrónicos tales como correo electrónico, mensajería instantánea, redes sociales corporativas, etc., son de uso habitual en la relación de trabajo para el cumplimiento de las labores ordenadas por el empleador.

En el Perú, de acuerdo con lo indicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020, p. 9), más de la mitad del personal ocupado total contratado en empresas utiliza internet en su jornada laboral usual, una cifra similar señaló que hacía uso de computadoras durante su semana laboral. Ello indica que es usual el uso de dichas herramientas dentro de las relaciones laborales.

El uso constante de las mencionadas herramientas digitales podría generar inconvenientes sobre su adecuada utilización, específicamente sobre si el trabajador puede utilizar dichas herramientas con fines personales no relacionados con sus labores. El uso inadecuado podría generar perjuicios al empleador, que podría verse afectado por diversos motivos, como por ejemplo por la exposición de su información confidencial mediante herramientas digitales utilizadas por los trabajadores.

Asimismo, en caso de que el empleador realice una intervención de las herramientas digitales de su propiedad, podría afectar el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores. Por ello, es necesario que se establezcan criterios claros sobre el uso adecuado e inadecuado de las herramientas en mención, así como cuáles son los límites de fiscalización del empleador, es decir hasta donde podrá fiscalizar sin afectar los derechos fundamentales de los trabajadores con su intromisión.

Es necesario analizar los derechos de ambas partes dentro de la relación laboral de modo que se establezcan los límites de ambas partes y se conozca

el sustento jurídico para poder realizar una intervención a las comunicaciones o no realizarla. En ese sentido, el presente informe pretende abordar los derechos del trabajador a la intimidad e inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones, así como la facultad de fiscalización del empleador; en esta línea se abordará el artículo 23 de la Constitución Política del Perú, y se realizará una interpretación de este, con fines de explicar la modulación de derechos del trabajador dentro de una relación laboral.

Una vez definidos los derechos de ambas partes y entendiendo sus características dentro de la relación laboral se procederá al desarrollo de los rasgos principales de las herramientas digitales otorgadas en el marco de la relación laboral, para luego analizar los límites a la fiscalización del empleador sobre dichas herramientas, en ese sentido, se conocerá hasta que punto el empleador puede realizar la fiscalización sin afectar derechos fundamentales del trabajador.

Asimismo, se conocerá un caso particular de los derechos inespecíficos del trabajador cuando es un servidor público y se analizará cómo los derechos de acceso a la información y el interés ciudadano priman sobre su derecho a la intimidad, sin desprotegerlo completamente.

Por último, se extenderán algunas recomendaciones al empleador privado para que realice la fiscalización de herramientas digitales de su propiedad que ha entregado en uso al trabajador sin afectar sus derechos fundamentales y de forma adecuada de modo que pueda evitar contingencias futuras por acciones inadecuadas o arbitrarias.

4. Sección 1: Los derechos inespecíficos en juego y la modulación de sus alcances en el marco de una relación laboral

Los derechos fundamentales son aquellos derechos de los que gozan todas las personas solo por su condición de tal. Dichos derechos son relevantes para el desarrollo integral de cada persona, Landa señala que los derechos fundamentales comprenden una serie de diversos derechos que permiten el

desarrollo de la personalidad, pero también son derechos que son la base de la sociedad y del Estado, por lo que su cumplimiento debe ser garantizado por este, haciendo uso de los medios que tiene en su poder (2017:2).

La Constitución Política del Perú reconoce derechos fundamentales que son aplicables a cualquier persona, por otro lado, la normativa nacional reconoce derechos que son aplicables a un grupo específico de personas por su condición de trabajadores, al primer grupo se le denomina derechos inespecíficos y al segundo, derechos específicos. Es importante resaltar qué ocurre con los derechos inespecíficos cuando una persona pasa a integrar una relación laboral y por tanto empieza a ostentar los derechos específicos, cuando a su vez por su condición de persona goza también de los derechos inespecíficos.

Sobre este punto se pronuncia Paredes (2015:7), quien señala que los derechos fundamentales inespecíficos son “aquellos que el trabajador ejerza en calidad de trabajador-ciudadano. Es decir, aquellos que el trabajador cargará consigo dentro de una empresa”, son entonces aquellos derechos que la persona tiene antes de iniciar una relación laboral y que continuará teniendo durante la vigencia de esta.

Al respecto, Blancas Bustamante señala la misma concepción, sin embargo, indica una precisión y señala que no todos los derechos pueden ser incluidos dentro de la denominación derechos fundamentales inespecíficos, en ese sentido indica que solo serán catalogados como tales aquellos que “pueden desplegarse en el ámbito de la relación laboral o se pueden ver afectados por el ejercicio del poder de dirección del empleador” (2013, 91). Consideramos relevante la aclaración, en el sentido de que existen derechos fundamentales de la persona que no tienen relevancia dentro de la relación laboral en tanto que esta no afecta su libre ejercicio.

La importancia de los derechos inespecíficos de las personas dentro de una relación laboral es indiscutible, al estar dentro de una relación desigual y en la que el trabajador no tiene el mismo poder que el empleador, es importante

dejar en claro que hay derechos del trabajador que el empleador deberá respetar. Al respecto, Toyama (2009, p.29) señala que “por los derechos inespecíficos se limita el poder de dirección del empleador dado que ya no podría dictar órdenes que atenten contra los derechos no laborales de los trabajadores y éstos podrían cuestionarla válidamente”.

Habiendo explicado los derechos inespecíficos de los trabajadores, es necesario señalar que dichos derechos no son absolutos, ya que al ingresar a una relación laboral los trabajadores aceptan someterse al poder de dirección del empleador, por lo que dichos derechos se ven de alguna forma limitados y deben adecuarse a las obligaciones laborales.

Al respecto, los límites que se imponen a estos derechos deben ser razonables y deberán tener justificación válida. En ese sentido se pronuncia Abad al indicar que los derechos fundamentales no tienen un carácter absoluto, pues los mismos se encuentran sujetos a determinados límites razonables que deberán encontrarse adecuadamente justificados (1992, p. 8). En la misma línea se pronuncia Delgado, al indicar que el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores puede ser adecuado en función a las obligaciones laborales que asume el trabajador, dicha autora indica que deberán coexistir los derechos fundamentales con otras exigencias jurídicas laborales (2020, p. 15) las exigencias a las que hace referencia son aquellas a las que un trabajador se somete al inicio de una relación laboral.

En el caso en concreto, los derechos fundamentales del trabajador que se pueden ver afectados en el marco de la fiscalización de las herramientas digitales otorgadas por el empleador son los relacionados a la intimidad y al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, los cuales se observan en contraposición con la facultad de fiscalización del empleador. Explicaremos los mencionados derechos para comprender su contenido esencial y sus posibles limitaciones.

3.1. El derecho a la intimidad

En primer lugar, iniciaremos con la explicación del derecho a la intimidad; en nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra recogido en la constitución como derecho fundamental de la persona, conforme al inciso 6 del artículo 2 de la Constitución. Asimismo, el inciso 7 del mismo artículo señala que los servicios informáticos no deben suministrar informaciones que afecten la intimidad personal y familiar de la persona.

5. Artículo 2.-

(...)

6. “Toda persona tiene derecho: A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (...).”

6. Artículo 2.-

(...)

7. “Toda persona tiene derecho: Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley (...).”

Asimismo, el mencionado derecho se encuentra establecido en el artículo 14 del Código Civil en el cual se señala que “la intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”.

El contenido esencial del derecho a la intimidad implica dos aspectos, primero mantener reservados ciertos aspectos de la vida personal frente a terceros y segundo decidir qué aspectos de la vida personal serán conocidos por terceras personas y cuáles no. Rudas indica que la intimidad es un derecho de carácter e interpretación compleja y propone que sea entendida como “una garantía particular y espacio existencial impedido de sufrir intrusiones o investigaciones no deseadas o autorizadas concernientes a la vida íntima” (2010, p. 102). Acoge dentro de esta concepción ambos aspectos que integran el contenido esencial del mencionado derecho.

Sobre la aplicación de este derecho dentro de la relación laboral, De las Casas indica que el derecho a la intimidad implica que los aspectos propios de la esfera íntima de una persona (o de un trabajador, cuando nos encontramos dentro de una relación laboral) no puedan ser puestos en conocimiento o comunicados a nadie, ya sea a la opinión pública o a un grupo determinado de personas (entre los que podrían encontrarse otros trabajadores) (2010, p. 212).

De la definición de este derecho podemos observar que la intimidad protege cierta información que la persona desea mantener en reserva, sobre esta información es importante entender que no toda información de una persona podrá ser considerada íntima y, por tanto, protegida con este derecho; en ese sentido, habrá información de la persona que por sus características tendrá la posibilidad de ser conocida por otras personas. Sobre esta información no íntima se pronuncia Ruda, al señalar que la intimidad implica la protección de elementos cuantitativos de una persona, que le permiten desarrollar su personalidad, por lo que no todo elemento personal de una persona será considerado de su intimidad. Datos como dirección, estado civil, número telefónico, historial de actividades de consumo no pertenecerán estrictamente a la intimidad de la persona sino a su privacidad, que son dos cosas diferentes (2010, p. 106).

Habiendo definido el derecho de la intimidad y establecido su contenido mínimo pasaremos a explicar cómo podría verse afectado en el marco de una relación laboral. De este modo, es muy común hoy en día que el empleador otorgue a sus trabajadores equipos informáticos (sean computadoras, laptops, celulares o tablets) para la realización de sus actividades cotidianas. Asimismo, es usual que establezcan un dominio privado de comunicación interna, para lo que crean correos institucionales, además de utilizar otro tipo de comunicaciones como aplicaciones de mensajería instantánea interna. Entendiendo que el empleador es el propietario de los equipos y de los medios de comunicación internos, ello le facultaría que fiscalice las herramientas otorgadas.

De acuerdo con lo señalado, podría ocurrir que en el caso del poder de fiscalización del empleador a los medios de comunicación y soportes electrónicos que él mismo proporciona a sus trabajadores se genere alguna vulneración al derecho de la intimidad del trabajador, en la medida de que en el desarrollo de la fiscalización se conozcan aspectos personales de su vida que no desea compartir con terceros. Por ello, habrá que establecer límites claros al ejercicio del poder de fiscalización en el contenido de las comunicaciones del trabajador.

2.2. El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones

En segundo lugar, hemos comentado que la fiscalización que podría realizar el empleador podría encontrarse en conflicto con el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones que ostenta el trabajador, el mismo que guarda estrecha relación con el derecho a la intimidad. Este derecho se encuentra comprendido en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política del Perú en el que se señala lo siguiente.

7. Artículo 2.-

(...)

10. "Toda persona tiene derecho: Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

En cuanto al derecho del secreto e inviolabilidad de comunicaciones, este derecho se puede dividir en dos partes, la primera es el secreto, es decir se espera que nadie pueda conocer la información de la comunicación mientras que los interlocutores no lo autoricen y la segunda es la inviolabilidad que implica que nadie debe acceder al proceso comunicativo en sí mismo sin contar con la respectiva autorización.

Rubio define el mencionado derecho en los siguientes términos “Por secreto se debe entender que el contenido de las comunicaciones o de los papeles privados de una persona sólo puede ser conocido por ella y aquella o aquellas otras con las cuales deseó comunicarse. El secreto de una comunicación de dos personas pertenece a las dos y exclusivamente a ellas (1999, p. 281). Mientras que sobre la inviolabilidad indica que esta “consiste en que las comunicaciones no pueden ser intervenidas, esto es, las cartas interceptadas, las ondas electromagnéticas estorbadas con transmisiones que las hagan inútiles para la comunicación; los teléfonos intervenidos, etc. La inviolabilidad no tiene que ver con el contenido sino con el proceso mismo de la comunicación o con la sustracción de los documentos privados” (Rubio, 1999, p. 283).

Sobre este derecho, Alva (2017, p.4) señala que “resulta evidente que dicho derecho se verá vulnerado cuando existe una intervención o interferencia en el proceso de comunicativo por parte de terceros ajenos, sin ser relevante dilucidar si el mensaje de dicha comunicación pertenece o no al ámbito de la intimidad personal o familiar del afectado; en tanto bastará que dicha injerencia sea hecha por un tercero ajeno para que exista una intervención lesiva del mismo derecho”. Para la autora, no importará el contenido del mensaje, el derecho se verá vulnerado con la simple intromisión de un tercero en el proceso comunicativo.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido, al señalar que el contenido esencial del derecho que nos ocupa es inherente a la comunicación en sí misma sin tener en cuenta el grado de su privacidad, intimidad o reserva. Señalan que las comunicaciones tienen carácter de confidencial o reservado no por su contenido íntimo, sino por su carácter de privado entre los interlocutores.

Además del contenido de las comunicaciones, en el análisis de este derecho también es importante conocer el medio por el cual se emitió esta comunicación, ya que esto nos permitirá saber si era un medio sobre el cual ninguna persona podría intervenir o si es un medio de propiedad ajena o de

características por las que no se puede esperar razonablemente la no intervención de terceros.

Sobre este tema se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N.º 03599-2010-PA/TC sobre la expectativa de confidencialidad, sobre ella señalan que será importante el tipo de medio que se utiliza para establecer la comunicación ya que “recibirá la calidad de privado no por el hecho de ser propiedad de uno de los participantes en la comunicación, sino por las características intrínsecas de dicho medio y por las condiciones bajo las cuales se utiliza”. Entonces, hay que analizar el tipo de medio de comunicación que uno utiliza y el contexto en el que lo hace para determinar si existía realmente esta expectativa de confidencialidad o si por el contrario la persona que realiza esta comunicación sabe que no será razonablemente confidencial.

Corresponde entonces analizar cómo se puede ver afectado este derecho en el marco de una relación laboral. Como hemos comentado en la sección alusiva al derecho a la intimidad, mediante la entrega de herramientas digitales el empleador adquiere esta facultad de fiscalización de ellos, por tanto, podría intervenir en el contenido de las comunicaciones que los trabajadores cursen en uso de las herramientas proporcionadas.

La Constitución establece un límite a la injerencia de terceros en las comunicaciones de particulares e indica que solo podrán ser intervenidas las comunicaciones si existe un mandato motivado del juez. Sin embargo, estando en una relación laboral en la que el trabajador acepta adecuar sus derechos para el adecuado cumplimiento de sus labores, es necesario replantear la facultad de fiscalización del empleador sobre las herramientas digitales otorgadas, ya que, a primera vista, estaría impedido de realizar dicha fiscalización.

2.3 La relación laboral como escenario particular de configuración del ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador: la facultad de fiscalización del empleador.

Como hemos señalado previamente, el trabajador cuenta con derechos inespecíficos, como persona que no deberán ser vulnerados dentro de una relación laboral. Dentro de esta relación, el empleador tiene también derechos y facultades, cuenta con el poder de dirección que implica las facultades de organizarse, dictar órdenes y verificar el cumplimiento de estas.

Las facultades previamente mencionadas se encuentran establecidas implícitamente en el derecho a la libertad de empresa, reconocido constitucionalmente; así el artículo 59 de la Constitución señala expresamente:

“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas (...)”

Sobre el reconocimiento constitucional del poder de dirección señala Valdés del Re (2010) que el hecho de que la constitución reconozca la libertad de empresa implica el reconocimiento del poder de dirección, el cual se define como el conjunto de facultades que caracterizan su posición en la relación laboral. Indica que la libertad de empresa se proyecta en el contrato de trabajo a través de las facultades y poderes de los que goza el empleador (p. 97). El empleador, entonces, ejerce su derecho a la libertad de empresa mediante el ejercicio del poder de dirección.

Del mismo modo, el poder de dirección se encuentra reconocido en el artículo 9¹ del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Legislativo N° 728 (en adelante, “LPCL”), el cual señala que el empleador está facultado a ejercer la facultad de dirección

¹ “Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”

frente a las labores del trabajador quien se encuentra en la obligación de cumplirlas.

De acuerdo con Blancas Bustamante el poder de dirección implica “un haz de facultades de diversa índole, todas las cuales tienen por función garantizar la organización y la eficiencia de la empresa, para que aquel realice su fin económico”, del mismo modo, el autor sostiene que este poder comprende a las facultades normativas, ordenadora, de control y vigilancia, de adaptación y disciplinaria (pg.100).

Nos interesa para efectos de este trabajo la facultad de fiscalización del empleador que es aquella en la que este puede monitorear el uso de herramientas digitales. Esta facultad fiscalizadora o de control implica que el empleador pueda fiscalizar el adecuado cumplimiento de las labores del trabajador; la mencionada fiscalización no se hará solo en el nivel productivo, para garantizar la calidad o volumen del trabajo, sino en todos los aspectos que al empleador le conciernen para lograr una adecuada relación de trabajo, siempre bajo los límites de lo razonable.

Sobre la facultad de fiscalizar soportes electrónicos de propiedad del empleador se ha pronunciado Castello (2017) que señala la importancia de la facultad de fiscalización y delimita sus alcances, el mencionado autor señala que dicha facultad no se limita solo a controlar las órdenes dictadas por el empleador, sino que también se extiende a lo relacionado con el cumplimiento de las obligaciones a las que se somete el trabajador al inicio de la relación laboral. En ese sentido indica que mediante la potestad de control y fiscalización el empleador verifica si el trabajador ha cumplido con sus deberes y obligaciones, indica que el control alcanza no solamente la forma en que se realiza el trabajo (el curso de ejecución de los servicios), sino también la obra o resultado de este y la forma en que se utilizan las herramientas, recursos y medios que el empleador confía al trabajador para el cumplimiento del trabajo (p. 2).

Existen diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los cuales ha señalado que para poder intervenir cualquier comunicación privada de un trabajador el empleador debe seguir un proceso judicial y solo con un pronunciamiento favorable podrá intervenir las comunicaciones privadas del trabajador. En ese sentido, se ve minimizada la facultad de fiscalización del empleador, limitando la intervención del empleador a la obtención de un pronunciamiento judicial, sin determinar los grados de fiscalización o intervención que podrían darse sin afectar los derechos fundamentales de intimidad y secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador.

Para evidenciar lo anteriormente señalado hemos preparado el siguiente cuadro que recoge los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el que se evidencia la línea argumental que ha seguido dicha institución para pronunciarse en contra de la fiscalización de las comunicaciones de los trabajadores.

Sentencia	Tema sobre el que versa la sentencia	Pronunciamiento del Tribunal Constitucional
<p style="text-align: center;">Expediente N.º 1058-2004-AA/TC (16/09/2004)</p>	<p>El trabajador fue despedido por la empresa Servicios Postales del Perú S.A. por presuntamente haber utilizado de forma indebida el correo electrónico para enviar y material pornográfico dentro del horario de trabajo. Las pruebas presentadas por la empresa para el proceso de despido por comisión de falta grave recaían en la constatación notarial y la copia de los correos electrónicos enviados por el trabajador en el que se adjuntaba el material antes descrito, a los que el empleador accedió sin estar en la presencia del</p>	<p>El TC indicó que la empresa no puede considerar de dominio absoluto los correos electrónicos que otorga a sus trabajadores para el desempeño de sus funciones debido a la existencia de límites y garantías constitucionales que se deben respetar (artículo 2.10 y artículo 23). Indicaron que solo por orden judicial el empleador podría acceder al contenido de los correos y que si se obtuvieron sin esta no tienen efecto legal por ser obtenidos de forma ilícita.</p>

	trabajador y sin seguir el procedimiento debido.	
Expediente N.º 4224-2009-AA/TC (01/08/2011)	La trabajadora fue despedida por presuntamente haber utilizado bienes de su empleador (computadora y correo electrónico) para proporcionar información institucional a un extrabajador desde un servidor de Hotmail.com (cuenta privada de la trabajadora) a un servidor de Mibanco.com.pe del extrabajador. La emplazada adjuntó como medios de prueba copias legalizadas de los correos electrónicos del 19 de febrero al 12 de abril de 2007 y otros documentos.	La entidad no puede considerarse titular de las comunicaciones y documentos del trabajador, a pesar de que la fuente o el soporte de éstas le pertenezcan. Se vulneró el debido procedimiento, porque en el expediente no había autorización de los titulares de las cuentas personales y la única forma de acreditar cómo se obtuvieron las copias de los correos electrónicos es mediante investigación judicial, por tanto, las pruebas son ilícitas y no se pueden utilizar.
Expediente N.º 3599-2010-AA/TC (23/04/2012)	La trabajadora fue despedida por presuntamente haber utilizado el sistema de mensajería instantánea interno proveído por la empresa para comunicaciones personales de contenido sexual y vocabulario soez con su jefe inmediato. Para el despido, la empresa presentó copias legalizadas de las conversaciones sostenidas desde noviembre de 2009 a enero 2010.	El voto mayoritario afirmó que las comunicaciones de chat de la empresa también se encuentran protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y solo pueden ser intervenidas por mandato motivado del juez, caso contrario carecen de efecto legal. Señalan que el poder fiscalizador o disciplinario no faculta al empleador acceder o interceptar el contenido de los mensajes de correo electrónico, conversaciones de la mensajería interna privada brindada a los

		<p>trabajadores.</p> <p>En este caso se presentaron votos singulares que señalaron que las herramientas de trabajo entregadas por el empleador no generan una verdadera expectativa de confidencialidad, como sí lo hacen las cuentas privadas de los trabajadores.</p>
<p>Expediente N.º 0114 2011-AA/TC (23/04/2012)</p>	<p>En un periodo en que se encontraba con licencia médica el trabajador fue despedido por utilizar el servicio de mensajería instantánea interna de la empresa para realizar conversaciones de índole sexual y con vocabulario inapropiado con una trabajadora de la misma empresa. Como prueba para el proceso de despido la empresa presentó copias legalizadas de las conversaciones sostenidas desde noviembre de 2009 a enero 2010.</p>	<p>Este caso se acumuló con el anterior, por tanto, el pronunciamiento es el mismo que el indicado en el expediente anterior.</p>
<p>Expediente N.º 5532-2014-AA/TC (22/08/2018)</p>	<p>La trabajadora utilizó el correo electrónico institucional para indicar que en los establecimientos de la empresa en que trabajaba estaban ocurriendo incidentes en los que se estaban llevando a niños, la empresa consideró que esto se encontraba afectando su imagen. En el proceso, la empresa indicó que no se había vulnerado el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones de la</p>	<p>Se señala que el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones también protege el correo electrónico entregado por el empleador; por lo que, los correos en cuestión fueron obtenidos violando el mandato constitucional.</p> <p>En un voto singular se señala la necesidad de manuales, protocolos y código de ética sobre el uso del correo electrónico institucional, la posibilidad de fiscalización del empleador y su tipificación</p>

	<p>trabajadora ya que ella misma habría presentado como prueba los correos electrónicos; sin embargo, dicha posición no se comprobó en el proceso.</p>	<p>como falta.</p>
<p>Expediente N° 00943-2016-PA/TC (21/09/2020)</p>	<p>El empleador accedió a las conversaciones de la red social Facebook del extrabajador, en las que encontró que este le comunicaba a una compañera que haría uso del sistema informático interno para beneficiarla. El empleador despidió al trabajador por comisión de falta grave.</p>	<p>El Tribunal se pronuncia de forma deficiente, ya que la sentencia declara la improcedencia del recurso de agravio constitucional; sin embargo, los votos en minoría señalan que debería ser posible la fiscalización de las herramientas digitales del empleador siempre y cuando se sigan criterios claros establecidos previamente a la fiscalización en documentos, señalan que el Facebook no es una herramienta del empleador, como sí lo podría ser el correo electrónico institucional.</p>
<p>Expediente N.º 4386-2017-AA/TC (31/01/2021)</p>	<p>SINATRACMAC solicitó la reposición de su secretario de Organización, quien fue despedido ya que supuestamente había utilizado de forma indebida el equipo de cómputo y el correo electrónico institucional para divulgar, sin autorización, el estado de salud de un compañero de trabajo. La empresa presentó como medios probatorios el contenido del correo el cual obtuvo ya que el área de sistemas intervino el correo electrónico.</p>	<p>El registro al correo electrónico del trabajador sindicalizado fue realizado sin prever el procedimiento previsto en la Constitución, vulnerándose el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.</p>

De lo que se ha señalado en la tabla precedente podemos observar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en contra de que el empleador pueda realizar fiscalizaciones a las herramientas digitales que otorga al trabajador para la realización de sus funciones. El Tribunal indica que para que se realice una fiscalización de dichas herramientas debe seguirse el procedimiento establecido constitucionalmente, además indican que las pruebas de faltas graves cometidas obtenidas de fiscalizaciones que no sigan dicho procedimiento devienen en ilegales y por tanto no pueden ser utilizadas.

Atendiendo a la información señalada cabe preguntarnos si los derechos fundamentales del trabajador son una limitación total a las facultades del empleador dentro de una relación laboral. Para resolver dicha interrogante es relevante hacer referencia al artículo 23 de la Constitución que señala

8. Artículo 23.-

(...)

“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. (...)

El mencionado artículo recoge lo que algunos autores denominan los derechos inespecíficos del trabajador, concepto al que previamente hemos hecho alusión; al respecto, coincidimos en que el citado artículo hace referencia directa a los derechos que el trabajador ostenta al inicio de la relación laboral y que persistirán durante la vigencia de esta, sin embargo, no consideramos que el artículo sea una carta abierta al trabajador para que invocando sus derechos fundamentales pueda desconocer las facultades del empleador y que al ingresar a una relación laboral debe adecuar su conducta de forma que sea coincidente con los objetivos del empleador.

Si bien el artículo 23 de la constitución no es un artículo meramente declarativo es importante recalcar que tampoco le brinda absoluta protección al trabajador para realizar las actividades que considere oportunas, actuando en contra de los principios y ordenes que le imparta el empleador. Este artículo constituye una prohibición expresa al empleador para desconocer los derechos del trabajador y ejercer abusivamente sus facultades sin algún límite, pero implica

también un compromiso del trabajador de adecuar su comportamiento para una adecuada relación laboral.

Lo anterior ocurre debido a que los derechos de los trabajadores se adecúan dentro de la relación laboral, sin que ello signifique una reducción de derechos constitucionales, hay un tratamiento especial de los derechos fundamentales dentro de una relación jurídica laboral, que se sustenta de acuerdo con Ugarte (2000, p.10) en el elemento de subordinación.

Ugarte (2000, p.12) señala además que “la vigencia relativa o "matizada" de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, específicamente en la relación laboral, importa la admisión de restricciones o limitaciones adicionales a dichos derechos, que en otros contextos, fuera de dicha relación, serían inadmisibles jurídicamente, justificadas en todo caso, como acabamos de ver, en la existencia de una colisión de derechos fundamentales entre las partes”. En esa línea de ideas, como se ha señalado previamente, debido a que la facultad de fiscalización surge del derecho fundamental de libertad de empresa constitucionalmente reconocida se contrapone directamente con los derechos fundamentales de intimidad y secreto y a la inviolabilidad de comunicaciones, por lo que deberán adecuarse y ceder frente a una razonable fiscalización de las herramientas digitales de propiedad del empleador.

Recalcamos entonces que cuando un trabajador decide iniciar una relación laboral acepta el deber de obediencia correspondiente, lo que garantiza la subordinación, elemento fundamental que caracteriza la relación laboral; por tanto, en ejercicio del derecho a la intimidad y al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones el trabajador no puede pretender utilizar las herramientas de forma inadecuada sin que el empleador realice una fiscalización adecuada y razonable, sobre la cual comentaremos en el siguiente apartado.

9. Sección 2: La fiscalización de las herramientas digitales otorgadas por el empleador

Como hemos indicado, el empleador otorga una serie de elementos digitales a los trabajadores para el desarrollo de sus labores, las cuales pueden ser utilizadas de forma indebida generando perjuicios al empleador. Explicaremos las principales características de las herramientas digitales y la fiscalización que el empleador aplica sobre ellas.

3.2. Características de las herramientas digitales

Las herramientas digitales son diversas, desde herramientas tecnológicas físicas que otorga el empleador como computadoras, teléfonos o tablets, hasta tecnologías de la información como mensajería instantánea interna, redes sociales corporativas, correo electrónico institucional, entre otras.

En cuanto a las herramientas tecnológicas físicas es usual que el empleador tenga una mayor facultad de fiscalización o mayores posibilidades de restringir el uso que se le da a dichas herramientas. Los bloqueos de ciertas categorías de páginas web en la navegación o las copias de historiales de navegación son algunos ejemplos de la facultad de fiscalización que ejerce el empleador en las herramientas digitales físicas.

Para las tecnologías de la información la fiscalización es distinta a la anteriormente mencionada. El empleador puede optar por supervisar los elementos externos de los contenidos enviados, fiscalizar el tiempo que las personas emplean en cada una de las aplicaciones digitales, y en algunos casos realizar la intervención de los contenidos enviados.

Para la realización de la fiscalización de las herramientas digitales nos preguntaremos inicialmente quién es el propietario de las herramientas, y en caso de que la respuesta sea el empleador surge la siguiente interrogante, ¿el solo hecho de ser propietario lo faculta a realizar cualquier tipo de fiscalización?, sobre ello comentaremos a continuación.

3.2.1. Propiedad de las herramientas digitales ¿Es posible, y hasta qué nivel, despersonalizar el empleo de éstas?

Iniciaremos determinando la propiedad de las herramientas tecnológicas; de acuerdo con el Código Civil el artículo 923 “la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”. Asimismo, de acuerdo con Avendaño, la propiedad se debe entender en términos civiles como el poder jurídico que permite usar, disponer y reivindicar un bien, y constitucionalmente se debe entender como una titularidad que comprende todos los derechos patrimoniales que tiene una persona sobre un bien (2017, p. 62).

No hay duda de que las herramientas digitales que entrega el empleador al trabajador son adquiridas por el primero, quien las entrega en uso al trabajador durante la vigencia de la relación laboral, tanto las físicas como las electrónicas. Es más sencillo comprobar la propiedad de los bienes físicos que entrega el empleador al trabajador en uso, sin embargo, esta labor se complica cuando las herramientas son digitales y no existe una comprobación certera de la adquisición o los gastos que el empleador pueda tener en mantenimiento o mejoras.

Sin embargo, en el caso de las herramientas digitales hay ciertos aspectos que nos indican quien es el propietario de estas. Uno de estos aspectos es el dominio que ostentan las herramientas digitales como el correo electrónico institucional y la mensajería instantánea interna, es usual que tengan un distintivo de las herramientas personales y este es el nombre de la empresa incluido en la herramienta digital, asimismo, en las redes sociales internas existen distintivos de que dichas redes le pertenecen al empleador.

Otro indicio de la propiedad del empleador es que el uso de las herramientas se realiza de forma interna, dentro de las instalaciones de la empresa. De ese modo, las herramientas digitales solo están disponibles en los equipos que otorga el empleador, dentro de las instalaciones de este, durante la jornada laboral. Existirían complicaciones cuando se permite el uso externo de dichas herramientas, como cuando se realiza teletrabajo, sin embargo, este no es el uso habitual.

Si bien podemos determinar que el empleador es el propietario de las herramientas digitales otorgadas al trabajador, el tiempo que permanece el trabajador utilizando dichas herramientas podría inducir al trabajador a considerar que las herramientas pueden llegar a ser de uso personal. En ese sentido, hay autores que consideran que no es posible restringir el uso personal de las herramientas digitales al trabajador.

Acorde a lo anterior se pronuncia De las Casas (2013. p. 399), quien indica que no se puede restringir completamente el uso de las herramientas de trabajo para uso personal, de modo que siempre en el horario de trabajo puede ocurrir algún motivo que justifique la comunicación entre el trabajador y su entorno personal. Asimismo, se pronuncia también Del Rey (2005, p. 224), al indicar que el correo electrónico constituye un hecho social, y que es parte de la comunicación cotidiana del trabajador. Ambos autores coinciden en que este uso personal es posible mientras que no sea abusivo, consideramos que puede realizarse en cuanto no impida la realización habitual del trabajo.

La postura contraria es asumida por Larrea, quien indica que, aunque el empleador puede tolerar el uso personal y social de las herramientas que proporciona a su trabajador, este uso es inadecuado. Señala que la tolerancia no implica que se genere un derecho del trabajador para que haga uso social de las herramientas que le brinda su empleador (2007, p. 221). En ese sentido, para la citada autora, las herramientas son solo brindadas para un fin laboral y por tanto su uso personal estaría completamente restringido.

Teniendo en cuenta que los mencionados textos han sido escritos hace más de 10 años y la evolución que ha tenido la tecnología en dicho periodo de tiempo, consideramos que la urgencia de comunicación entre el trabajador y su entorno puede ser realizada mediante sus propios soportes electrónicos y herramientas digitales, de modo que no sería completamente necesaria la utilización de aquellos que son de propiedad del empleador. A pesar de lo indicado, es importante recalcar que prohibir completamente el uso personal es un ideal

complicado de realizar ya que los trabajadores pueden utilizar los soportes del empleador para su uso cotidiano.

Por lo anteriormente señalado un uso completamente laboral es complicado de asegurar, sin embargo, el hecho de que actualmente el trabajador pueda utilizar sus propios medios para comunicarse y realizar sus actividades privadas, hace más factible que el empleador tenga la facultad de fiscalizar los soportes que él le brinda a sus trabajadores ya que no será la práctica común que las herramientas de propiedad del empleador sean utilizadas para fines personales. Es por ello, que somos de la opinión de que siempre que el empleador les comunique a sus trabajadores la existencia de protocolos de fiscalización y explique detalladamente cómo estos se llevarán a cabo, se encuentra facultado realizar las fiscalizaciones que considere pertinentes para garantizar una adecuada relación laboral en términos productivos o de garantizar un adecuado ambiente de trabajo.

Sobre esta facultad de fiscalización con un aviso previo del empleador ya se regula en España; en ese sentido, la Ley Orgánica de Protección de datos personales 3/2018 señala lo siguiente.

10. Artículo 87.- Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.

(...)

“1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.

11. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.

12. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.

El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se

establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados.

Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado”

La legislación española es bastante clara, inicialmente reconoce la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores, de modo que estos no quedan desprotegidos o su derecho se ve minimizado. En segundo lugar, faculta al empleador a que pueda acceder al contenido de las comunicaciones realizadas en los medios de su propiedad que él mismo proporciona al trabajador para que puedan controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y garantizar el funcionamiento óptimo de los equipos (se otorga el acceso en uso de la facultad fiscalizadora derivada del poder de dirección). Por último, la ley indica que los empleadores deben establecer la regulación del uso de las herramientas digitales, en la cual se respete la protección a la intimidad.

La legislación a la que se ha hecho referencia plantea que es necesaria una regulación previa del uso correcto para que el empleador acceda al contenido de las comunicaciones, del mismo modo se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos humanos en la sentencia del expediente N° 61496/08, que ha señalado criterios para que el empleador pueda acceder a las comunicaciones generadas desde las herramientas de su propiedad utilizadas por el trabajador. El Tribunal establece cuatro criterios, el primero es la comunicación previa al trabajador informándole de las posibles medidas de fiscalización y sus alcances, el segundo es la proporcionalidad de la actuación del empleador, el tercero es que el empleador debe tener motivos concretos que justifiquen la necesidad del control y, por último, señalan que antes de iniciar algún procedimiento disciplinario se deberá realizar la medida de fiscalización.

De la normativa y jurisprudencia señalada podemos indicar que una regulación adecuadamente establecida permite al trabajador conocer los usos adecuados e inadecuados y permite que no se genere en ellos una falsa expectativa de

confidencialidad. Es así que desde el inicio de la relación laboral los trabajadores toman conocimiento de que el empleador podría fiscalizar las herramientas que le entrega de considerarlo necesario y siempre que haya una justificación, debido a que necesite revisar el estado óptimo de sus herramientas o en caso de que detecte algún mal uso que le pudiera generar perjuicio. La regulación debe tener ciertas características mínimas que permitan que no se afecten los derechos de intimidad e inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones, pero sigan siendo eficaces para lograr los fines esperados.

3.2.2. Regulación del uso de las herramientas digitales

El empleador para reglamentar sus actividades internas puede valerse de diferentes documentos, como son las políticas internas, el reglamento interno de trabajo, manuales, directivas, entre otros. Está claro que para que sus documentos de regulación internos sean válidos deberán atenerse a la regulación legal vigente, es decir que no podrán afectar los derechos de los trabajadores de forma irrazonable, sin que ello implique que exista una limitación razonable.

En orden a lo indicado, el empleador puede valerse de las herramientas mencionadas para regular la posible fiscalización de las herramientas digitales brindadas al trabajador; es así como en ellas el empleador debe establecer de forma clara cuales son los usos adecuados de este, es decir debe indicar para qué efectos se deben utilizar las herramientas digitales brindadas y los límites del uso personal. Además de ello, en caso de que se regule la intervención del correo electrónico personal por parte del empleador, debe quedar claro en qué forma se realizará dicha intervención, ya que será posible fiscalizar ciertos aspectos del correo electrónico, pero no el contenido de este.

Por lo anteriormente señalado, lo recomendable y que consideramos que debe contener la regulación de herramientas digitales es el adecuado uso y los límites de la fiscalización; efectivamente, como fue señalado en una

investigación previa de autoría propia, lo que se puede fiscalizar en las comunicaciones de los trabajadores realizadas son los elementos externos de la comunicación, tales como el asunto, el destinatario y el nombre y peso de los archivos adjuntos. Los mencionados elementos externos son un claro indicador del uso adecuado o inadecuado de las herramientas digitales, y el hecho de fiscalizar tales elementos no implica la invalidación de una prueba, como sí ocurriría en caso de que el empleador intervenga el contenido de las comunicaciones cursadas mediante las herramientas digitales otorgadas por el empleador.

3.3. Límites a la fiscalización de las herramientas digitales

Para establecer los límites a los que el empleador podrá llegar en la fiscalización de las herramientas digitales brindadas al trabajador en el marco de una relación laboral es importante tener en cuenta que hay derechos en contraposición, en este caso está por un lado la intimidad y el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador y por otro lado la facultad de fiscalización que tiene el empleador en orden a su poder de dirección, que como se ha señalado anteriormente, proviene de la libertad de empresa que tiene el empleador.

Para poder determinar los mencionados límites debemos remitirnos al artículo 23 de la Constitución Política del Perú, anteriormente citado que señala la irrenunciabilidad de derechos dentro de una relación laboral; si bien es cierto, la relación laboral no puede desconocer los derechos humanos de los trabajadores, se espera que estos sean modulados dentro de una relación laboral. Consideramos que el mencionado artículo es uno que debe entenderse como regulador de ambas partes de la relación laboral, es decir que si bien el empleador es la parte que tiene mayor poder en la relación y es a quien directamente se ordena respetar los derechos fundamentales del trabajador, también existe un deber del trabajador de someterse a los lineamientos e instrucciones del empleador, dentro de los límites establecidos.

Es así como el artículo 23 de la constitución delimita los alcances de los derechos constitucionales dentro de una relación laboral; y, si bien no se refiere concretamente a algún derecho en particular se debe entender como un marco general que indica al trabajador hasta dónde podrá disfrutar sus derechos fundamentales, del mismo modo que le indica al empleador hasta donde podrá desplegar sus facultades.

Sobre el particular, Carlos Blancas se ha pronunciado, partiendo desde la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y específicamente entre el trabajador y el empleador, indicando que se encuentran vigentes los derechos fundamentales de la persona dentro de la relación laboral en tanto los derechos fundamentales no solo deben hacerse valer por el ciudadano ante el Estado, sino que adquieren relevancia en el seno de la relación laboral jurídica en la que el empleador requiere una limitación a su poder, que deberá ser limitado no solo por los derechos laborales del trabajador, sino por los derechos fundamentales no laborales del mismo (2013, p. 89).

Luego de la premisa de la eficacia de los derechos fundamentales dentro de la relación laboral, Blancas (2011, p. 98) acude a explicar la misma; es así como señala que dentro de ella el trabajador se subordina a las órdenes del empleador, y al hacerlo no solo se obliga a cumplir con las labores encomendadas, sino que se encuentra sujeto a la fiscalización y posible sanción por parte del empleador. Como previamente señalábamos, el trabajador se ha sometido al poder de dirección del empleador, quien en uso de dicho poder podrá ejercer las diversas facultades que le correspondan para lograr el desarrollo eficaz de su actividad económica.

Entonces, de lo señalado se puede desprender que se podrían encontrar en una confrontación directa los derechos fundamentales del trabajador y la libertad de empresa del empleador, manifestada en el poder de dirección y por tanto en las facultades de fiscalización, organización y de dar órdenes a los trabajadores. Al ser derechos de índole constitucional la primacía de uno o de otro deberá resolverse mediante una ponderación, en la que se indique qué derecho deberá primar.

Volviendo al artículo 23 de la constitución, este hace directa referencia a los derechos fundamentales del trabajador ante los que el empleador puede incidir, es decir sobre los que podría tener alguna injerencia en el ejercicio de su poder de dirección. En el marco del informe que nos ocupa nos centraremos en los derechos a la intimidad y al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones que pueden verse efectivamente afectados por el ejercicio de la facultad de fiscalización que el empleador puede realizar en las herramientas tecnológicas y digitales durante la vigencia de la relación laboral.

Como indicamos con anterioridad al citar la normativa, el ordenamiento jurídico específicamente sobre el tema de la intervención a las comunicaciones privadas señala que solo podrán ser conocidas por terceros si existe de por medio un mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Sin embargo, debemos considerar si dentro de una relación laboral es razonable restringir la fiscalización de las herramientas digitales al empleador, aun cuando se esté realizando un uso indebido de estas que podría generar perjuicio al empleador.

Así como el ordenamiento jurídico prohíbe al empleador el acceso al contenido de las herramientas digitales de su propiedad, debido a que contienen comunicaciones de los trabajadores que se consideran privadas, también debe extender al trabajador la obligación de la realización de un uso diligente de las mismas. Por ello, mediante el uso de regulación interna el empleador debe indicar el uso adecuado de las herramientas digitales y la forma en que se efectuará la fiscalización, debido a que de ningún modo puede entenderse que debido a que el trabajador tiene derecho a la intimidad y al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones podrá usar las herramientas de propiedad del empleador para los fines que considere convenientes sin limitaciones.

- 3.4. Un caso particular, los derechos inespecíficos del trabajador frente a quien no es su empleador: el acceso ciudadano al contenido de las herramientas digitales del servidor público

Hemos considerado relevante explicar este caso debido a que implica una particularidad a todo lo que se ha señalado previamente, ya que de acuerdo a los pronunciamientos de diversos órganos administrativos los funcionarios públicos tienen el deber de otorgar al ciudadano el acceso a sus comunicaciones, realizadas mediante las herramientas que les proporciona el Estado.

Para iniciar esta sección consideramos conveniente realizar una pequeña definición de funcionario público; el funcionario público es aquel trabajador que presta servicios para la administración estatal. La ley N° 27815 nos brinda un concepto amplio de lo que es un funcionario público y es el que utilizaremos para efectos de esta investigación; en ese sentido, el artículo 4 de la ley señala lo siguiente.

13. Artículo 4.- Servidor público
(...)

“4.1 Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado.
4.2 Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto. (...)”

Esta definición amplia señala que el funcionario o servidor público es aquel que brinda servicios a las entidades de la administración pública sin importar su cargo, funciones o régimen de contratación. No realizaremos distinciones sobre dichas características, en ese sentido, para explicar el caso del acceso a las herramientas digitales de los funcionarios nos remitiremos al reglamento de la ley de transparencia y acceso a la información pública y a pronunciamientos y documentos de autoridades administrativas, como la Autoridad Nacional De

Transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

En primer lugar, el reglamento de la ley de transparencia y acceso a la información pública señala en su artículo 16-A que la información que se encuentre en correos electrónicos o en aplicaciones de mensajería instantánea de los funcionarios públicos no es de acceso público. Este artículo es bastante claro y señala desde un inicio la prohibición del acceso ciudadano a las comunicaciones generadas por herramientas digitales de propiedad estatal; sin embargo, los pronunciamientos de las autoridades administrativas han generado una interpretación distinta y han señalado que las comunicaciones provenientes de estas herramientas digitales sí son de acceso público, por tanto existe la obligación de entregar a los ciudadanos que requieran esta información lo solicitado.

Los pronunciamientos de las autoridades administrativas que son contrarios a lo que se establece en el reglamento se señalan a continuación. Inicialmente, la Autoridad Nacional De Transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos emitió una opinión de carácter vinculante sobre la interpretación del mencionado artículo 16-A, es así que en la opinión consultiva N° 051-2018-DGTAIPDP señalan que para la interpretación de dicho artículo es necesario acudir a los principios jurídicos de la administración pública en materia de transparencia y acceso a la información pública; por ello en aplicación del principio de publicidad, transparencia y el principio de máxima divulgación la norma se debe interpretar de modo que no suponga la exclusión de toda información contenida en dichas herramientas sino que sólo implicará la exclusión de cierta información, que sería aquella directamente relacionada con la intimidad del servidor público.

La autoridad anteriormente mencionada también señaló que hay un procedimiento para solicitar la información contenida en dichas herramientas digitales, la cual deberá seguirse para que se entregue la información solicitada. Se indica también que existe una dificultad que es la examinación ver las herramientas electrónicas para determinar qué aspectos pertenecen a la

intimidad del trabajador, señalan que esto se podría solucionar con la entrega parcial de la información y mediante la evaluación de si la información contenida en la herramienta es pública o no.

Asimismo, hemos considerado relevante señalar el criterio del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2021 p. 9) sobre el tema; es así como en la resolución de primera sala N° 000582-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA en el marco de un caso sobre solicitud de correos electrónicos de un expresidente de la nación señala que “toda persona al momento de ingresar a laborar como funcionario del despacho presidencial tiene conocimiento que la información almacenada en los aplicativos institucionales constituye herramienta de trabajo para ejercicio de sus funciones públicas y por tanto tiene naturaleza pública y le resultará aplicable el principio de publicidad de la información”.

En el mencionado pronunciamiento el tribunal indica que la calidad de este funcionario público implica una mayor publicidad de la información y debería implicar la mayor transparencia de un funcionario público en el país, por lo que declara otorgar el acceso completo a la información solicitada sin tener en consideración lo mencionado por la Autoridad Nacional de Transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

De acuerdo con lo señalado por ambas autoridades consideramos que los pronunciamientos no son concordantes y podrían generar dificultades al momento de que las autoridades administrativas deben decidir si entregar o no la información solicitada por los ciudadanos. Lo recomendable en estos casos sería contar con áreas especializadas que se dediquen a la entrega de este tipo de información y que puedan evaluar si es que la información que se está solicitando es pública o si su entrega podría generar la afectación del derecho a la intimidad y al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones de los funcionarios públicos.

En ese sentido lo ideal sería contar con un oficial de datos o una oficina especializada de datos personales para que evalúen la información que

contiene cada documento, de modo que es solo un área especializada que tiene acceso a este documento y en caso contenga información íntima del funcionario público no será conocida por otras personas. otra opción podría ser contar con un documento de lineamientos generales para toda la administración pública en el cual se establezca cuál es la información pública y cuál es la información privada del funcionario, así como que contenga el procedimiento para la entrega de la información; para un adecuado funcionamiento lo óptimo sería contar con ambas opciones.

Consideramos que es necesario contar con lo indicado para que las autoridades administrativas no tengan que pronunciarse respecto al caso por caso por cada solicitud recibida, sino que tengan una guía o una autoridad competente que pueda decidir sobre la entrega de la información.

14. Sección 3: recomendaciones para la reglamentación del uso y fiscalización de las herramientas digitales otorgadas por el empleador de la empresa privada

Con lo señalado en el desarrollo del trabajo de investigación podemos realizar algunas recomendaciones a los empleadores de la empresa privada de modo que al momento de fiscalizar las herramientas digitales de su propiedad que se encuentran en uso de los trabajadores, no vulneren los derechos fundamentales de intimidad y al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores y sea una fiscalización eficaz.

En ese sentido la primera recomendación sería contar con un documento interno ya sea política, reglamento o lineamiento donde se indique la siguiente información:

- De modo enunciativo se debe señalar cuáles son las herramientas digitales que se otorgan a los trabajadores, sean estas herramientas digitales físicas como computadoras, tablets, celulares, laptops o herramientas electrónicas tales como correo electrónico institucional mensajería instantánea, redes sociales institucionales, u otros que

podrían existir dentro de la empresa. Es importante recalcar que la lista se toma a modo de ejemplo y que no excluye cualquier otro tipo de herramienta de propiedad del empleador que pueda ser entregada a los trabajadores en el marco de la relación laboral.

- Los usos adecuados de las herramientas digitales que se entregan al inicio o durante la relación laboral. Este documento debe contener específicamente las prohibiciones de usos personales, la prohibición del envío de información confidencial de la empresa mediante dichas herramientas, los usos permitidos y las situaciones excepcionales en las que se permitirá el uso personal de las herramientas de trabajo de propiedad del empleador. el empleador debe tomar en cuenta que debe ser razonable en los usos prohibidos y permitidos teniendo en cuenta que por la naturaleza humana de cada trabajador es imposible prohibir totalmente el uso personal; pero sí se debe dejar en claro que este uso es excepcional y que ello no impide que el empleador pueda fiscalizar dichas herramientas aún si el trabajador alega una falsa expectativa de confidencialidad.
- Debe contener la forma en la que se realizará la fiscalización de las herramientas digitales. Ya que en nuestro ordenamiento jurídico se prohíbe el acceso al contenido de las comunicaciones emitidas por el trabajador a excepción de contar con una orden judicial o con la expresa autorización de dicho trabajador este es el límite para la fiscalización; es decir que el empleador no podrá acceder al contenido de las comunicaciones, sino que deberá fiscalizar otros elementos que le permitan constatar un uso inadecuado de acuerdo a los usos inadecuados que ha señalado previamente.
- Los mencionados otros elementos fiscalizables podrían ser los elementos externos de las comunicaciones realizadas mediante herramientas digitales, tales como el asunto del correo electrónico los destinatarios la frecuencia de envío de los correos electrónicos y los nombres de los anexos, de corresponder. se debe evitar acceder al

contenido ya que ello invalidaría cualquier prueba que evidencie un uso inadecuado de las herramientas digitales; en ese sentido, sí se pretende iniciar un procedimiento disciplinario al trabajador por haber realizado un uso inadecuado de las herramientas digitales y se utiliza como medio probatorio algún documento que incluya el contenido de la comunicación realizada mediante las herramientas digitales el procedimiento devendría en inválido y no se podría sancionar al trabajador por la falta cometida.

- Para la fiscalización de los elementos ya señalados el empleador debe contar con un área especializada, de modo que se evite que la comunicación del empleador sea conocida por más personas de las estrictamente necesarias y pueda generarse una vulneración a los derechos fundamentales del trabajador.
- El empleador debe contar con la constancia de que el trabajador recibió el documento interno que contenga todos estos detalles de modo que no pueda alegar desconocimiento de lo indicado previamente.

15. Conclusiones

A lo largo del desarrollo del presente trabajo de investigación académica se ha señalado que el empleador es el propietario de las herramientas digitales que otorga al trabajador durante la vigencia de la relación laboral; asimismo, las mencionadas herramientas pueden tener un uso adecuado o inadecuado de acuerdo con los lineamientos que el empleador establezca.

En ese sentido, mediante diversas herramientas de regulación, el empleador debe señalar cuáles son los usos permitidos y prohibidos de estas herramientas, también deberá explicar cuál será el procedimiento de fiscalización que se seguirá para detectar un uso inadecuado de las herramientas digitales es decir un incumplimiento de la obligación del uso adecuado señalada por el empleador.

La fiscalización en nuestro país no puede implicar el acceso al contenido de las comunicaciones realizadas mediante las herramientas digitales de propiedad del empleador debido a que esto es una prohibición constitucional. Sin perjuicio de ello, normativa y jurisprudencia extranjera se viene pronunciando a favor del acceso al contenido de dichas comunicaciones, el cual bajo nuestra perspectiva es adecuado siempre que el trabajador no tenga una expectativa de confidencialidad que se haya podido generar por omisión del empleador.

Es decir que si el empleador desde un inicio deja claro los usos permitidos prohibidos y las situaciones excepcionales en las que se puede generar un uso personal no generará una expectativa de confidencialidad en los trabajadores y por tanto no habría mayor inconveniente en acceder al contenido ya que no debería contener información íntima de los trabajadores. repetimos que esto es algo que consideramos debería ocurrir pero que en la actualidad en nuestro país es inconstitucional.

Un caso particular que hemos podido observar es el de los funcionarios públicos, en el que se ha señalado una de las recomendaciones que se ha indicado en este trabajo de investigación; es decir que se pueda acceder a elementos periféricos de las comunicaciones generadas mediante herramientas digitales sin afectar el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones. A pesar de ello hemos podido observar en un pronunciamiento contrario del tribunal de transparencia en el caso específico del expresidente Martín Vizcarra en el que se indica que un funcionario público tiene conocimiento de que sus comunicaciones son públicas y por tanto no tiene una expectativa de confidencialidad por lo que se puede acceder al contenido de sus comunicaciones.

Bajo nuestra perspectiva, esa falta de expectativa de confidencialidad bien podría extenderse a los trabajadores del ámbito privado; siempre que, como ya se señaló, se les indique desde el inicio de la relación laboral que existe la posibilidad de fiscalizar por parte del empleador y quede establecido que las herramientas otorgadas no son para uso personal y este solamente se puede realizar de manera excepcional.

16. Bibliografía

17. Fuentes bibliográficas

Autoridad Nacional De Transparencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018) Opinión Consultiva N° 051-2018-DGTAIPDP

Abad, S. (1992). Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar». Revista Thémis, (21)

Avendaño, F. y Avendaño J. (2017) Derechos Reales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Blancas, C (2013) Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo

Castello, A. (2017) Aplicación en la empresa de las nuevas tecnologías: límites del poder de control del empleador.

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

Del Rey, S y Luque Parra (2005). *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*. Editorial La Ley.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020). Perú: Tecnologías de información y comunicación en las empresas, 2018. Encuesta económica anual 2019.

https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1815/libro.pdf

Landa, C. (2017). Los derechos fundamentales. Fondo Editorial de la Pontificia universidad Católica del Perú.

Paredes, A. Los derechos inespecíficos de los trabajadores y el principio de proporcionalidad. Tesis para optar por el grado de Magíster. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Toyama, J (2003) Modificación de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia.

Toyama, J. (2009). *Derechos laborales ante empleadores ideológicos*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/174257/Derechos%20laborales%20ante%20empleadores%20ideol%C3%B3gicos.pdf?sequence=1>

Ugarte, J (2000) El derecho a la intimidad y la relación laboral. Boletín oficial dirección del trabajo

18. Legislación

Constitución Política del Perú

Decreto Supremo N° 072-2003-PCM Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Ley N.° 27815, mediante la cual se aprueba el Código de Ética de Función Pública

Ley 3/2018 Ley Orgánica de protección de datos personales de España

19. Jurisprudencia

Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Resolución de Primera Sala N° 000582-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA

