

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



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

**El deber de protección del empleador sobre los datos
personales en las relaciones laborales entre trabajadores**

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

Autor:

Evander Henry Jeffery Ramírez Rondán

Asesor:

Luis Enrique Mendoza Choque

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, MENDOZA CHOQUE, LUIS ENRIQUE, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “El deber de protección del empleador sobre los datos personales en las relaciones laborales entre trabajadores”, del autor(a) RAMIREZ RONDAN, EVANDER HENRY JEFFERY, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 26%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2023.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 19 de febrero del 2024

MENDOZA CHOQUE, LUIS ENRIQUE	
DNI: 40967258	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4576-4608	

RESUMEN

El deber de protección del empleador no solo pasa por resguardar por aquellas actividades que se realicen bajo las órdenes, sino que también abarca sobre todas las acciones mediante las cuales por las labores que este realice para su empleador. Aquí destaca la responsabilidad del empleador en garantizar la privacidad y seguridad de la información del trabajador cuando el *hard core* o por las actividades de la empresa está tenga las que trabajar con información personal de los trabajadores.

Este deber de protección de los datos de los trabajadores abarcan diversos aspectos, como, por ejemplo, recolección, acopiamiento y manipulación adecuada de información. Acciones que debe asumir el empleador, para lo cual debe implementar todas las medidas necesarias y suficientes, para que la información financiera, de salud o de otra índole no afecten a los trabajadores. Para cumplir con esta finalidad lo primero que debe de realizar el empleador hacia todos los trabajadores es la comunicación de sensibilidad e importancia de los derechos que protege el principio de autodeterminación informativa, también tomando acciones tecnológicas lo suficientemente idóneas, para que no se violen estos derechos, y solo podrán tomarse acciones de las más graves por el empleador si es que ha cumplido con las dos condiciones anteriores.

Palabras clave

Datos sensibles, Datos personales, Deber de protección

ABSTRACT

The employer's duty of protection not only involves safeguarding activities carried out under orders but also extends to all actions performed by the worker in the course of their duties for the employer. This underscores the employer's responsibility to ensure the privacy and security of the worker's information, especially when the nature of the company's activities involves handling personal information of the workers.

This duty of protecting workers' data covers various aspects such as the collection, storage, and proper handling of information. The employer must take necessary and sufficient measures to prevent financial, health, or other types of information from negatively affecting the workers. To achieve this, the employer must first communicate the sensitivity and importance of the rights protected by the principle of informational self-determination to all workers. Additionally, the employer should implement technologically suitable actions to prevent the violation of these rights. Only in the most severe cases, and after meeting the aforementioned conditions, can the employer take serious actions.

Keywords

Sensitive data, Personal data, Duty of protección

ÍNDICE

Introducción.....	0
1. Derecho a la Protección de Datos Personales.....	1
1.1. Antecedentes históricos y normativos.....	1
1.2. Definición de datos personales.....	5
1.3. Diferencia entre datos sensibles y datos personales.....	7
2. Derecho a la Intimidad.....	10
2.1. Derecho a la Intimidad en la jurisprudencia y la legislación.....	10
2.2. Contenido constitucional del Derecho a la Intimidad.....	12
2.3. Relación de datos personales y sensibles con otros derechos.....	15
2.3.1. Relación con el Derecho al honor y a la buena reputación.....	16
2.3.2. Relación con el Derecho a la igualdad y no discriminación.....	17
2.3.3. Relación con el derecho al secreto bancario.....	18
2.4. Consecuencias de la afectación del derecho a la protección de datos personales.....	20
3. El poder de dirección y el deber de prevención del empleador.....	21
3.1. El poder de dirección del empleador.....	21
3.1.1 El contenido del poder de dirección del empleador	23
3.1.2. El deber de protección del empleador.....	27
3.1.3. ¿El deber de protección del empleador es de medios o de resultados?..	28
4. Conclusiones.....	32
5. Bibliografía.....	33

INTRODUCCIÓN

El derecho de protección de datos personales en el contexto actual es un tema de mucho cuidado por el cual la información de todos se encuentra en un peligro patente de ser visible por innumerables personas soslayando la finalidad para la que fueron destinadas, peligro que independientemente pueda ser en todos los campos, pero más aún en la arena del derecho laboral.

Las leyes que de manera directa protegen esta información han desarrollado mucha teoría en frente del ciberespacio con responsabilidad empresarial con relación a los consumidores y del empleador hacia sus trabajadores, pero el desarrollo no se ha conformado en relación con los pares de un mismo trabajo, vale decir protección frente a los mismos trabajadores que desarrollan actividades en correspondencia con datos personales. Como, por ejemplo, saludes, datos de familiares, reputación financiera, entre otros.

La doctrina ha desarrollado un número significativo en relación del poder de dirección del empleador que no puede interferir sobre derechos fundamentales del trabajador sin que medie una causa justa, pero no hubo un desarrollo de las consecuencias ni de las sanciones que puede realizar el empleador cuando otros trabajadores irrumpen los bancos de datos e información de sus compañeros.

El presente trabajo solo se enfoca en el deber de protección del empleador de los datos personales de los trabajadores en las relaciones frente a sus compañeros y las consecuencias que acarrea incumplir con este derecho. En primer lugar se abordará, el contenido del derecho de Protección de Datos Personales y su importancia, las diferencias entre datos personales con datos sensibles; para que luego se aborde el poder del empleador y el deber de protección de este el papel que debe jugar el empleador como guardián y dueño de la información que se le confiere para resguardar, y por último que acciones debe realizar el empleador para la protección y que sanción se debe de aplicar a el (los) trabajador(es) cuando incumplan con las con lo indicado por la patronal.

1. Derecho a la Protección de Datos Personales

1.1. Antecedentes históricos y normativos

El primer momento que la historia jurídica empieza a reconocer lo que ahora se entiende como el derecho a la protección de datos personales o el derecho a la autodeterminación informativa¹, es la propuesta en un artículo de la universidad de Harvard titulada «*The Right to Privacy*» publicada en 1890 escrito por Samuel Warren y Louis Brandeis, cuyo cuestionamiento está enfocado en la invención de la fotografía y la difusión de la información a través de los periódicos, que evidentemente influyeron en la divulgación de noticias (Clímaco Valiente, 2012) (Pendás, 1995).

La preocupación que tuvieron estos dos autores, era precisamente la misma que actualmente se tiene que es el mal uso de las herramientas tecnológicas, ahora más desarrolladas que antes, y que estas pueden ocasionar daños al usarlas o al simple hecho de fisgonear información personal sin que medio consentimiento alguno del titular.

El título del artículo traducida al español es «*El derecho a la intimidad*», que defendían la siguiente frase “*The right to be let alone*” que haciendo una traducción propia se puede entender como el derecho a estar solo, en el referido artículo los autores al espectro personal que puede y debe ser dirigido únicamente por sus titulares, que en aquel momento ya no se hacían tan sacros. Si bien es cierto este artículo fue escrito para la protección de aspectos relacionados con el derecho a la intimidad, pero si la doctrina considera un antecedente importante del derecho a la protección de datos personales habiendo una vinculación entre ambos derechos porque su simple descubrimiento genera transgresión a derechos.

La IV enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 que de manera literal dice lo siguiente «El derecho de los habitantes de que

¹ Denominación que también es utilizada para referirse al mismo derecho como podemos encontrarla en la STC n.º 4739-2007-PDH/TC, y en el presente trabajo nos referiremos a estas dos denominaciones de manera indistinta pero cuyo contenido de protección es el mismo.

sus personas, domicilios, papeles se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable [...]» prescribía ya el derecho a la intimidad, pero el enfoque jurisprudencial solo estaba limitado al domicilio, es decir que no era entendido como ahora se hace de una interpretación extensa y real. Evidentemente ningún derecho es absoluto entonces si había hechos que ameritaban la interferencia del Estado si era factible la incursión del gobierno para la interferencia de esa información.

Aquí un ejemplo de la jurisprudencia que se desarrollaba en el país del norte. Durante el siglo XX eran entendidos de manera literal estos aspectos protegidos por ellos como por ejemplo en el caso *Olmstead versus The United State*, que el caso versaba sobre el registro tomado de conversaciones telefónicas, donde los jueces refirieron que la cuarta enmienda solo está dirigida a la prohibición de cosas materiales, que evidentemente no incluían receptación de comunicaciones, y no consideraron una afectación a la privacidad a esta información, defendiendo una interpretación estrictamente literal. (Nieves Saldaña, 2011)

Por el momento se afirma que el derecho a la protección de datos personales no tenía una definición taxativamente constitucional por dos razones. Primero, porque no se conocían las consecuencias de las nuevas tecnologías y segundo porque se entendía una estrecha vinculación con el derecho a la intimidad. Es que recién a partir de la segunda mitad del siglo XX, los tribunales norteamericanos empezaron a brindarle una mayor importancia a este derecho de forma independiente.

«Brandeis denuncia la potencial invasión estatal de la esfera privada por avanzados dispositivos de reproducción o grabación» (Nieves Saldaña, 2011, pág. 285), razón por la cual afino con la mayoría de la doctrina que el trabajo de este jurista es quien inició con la división de los dos derechos (intimidad y autodeterminación informativa).

El ámbito de protección está muy ligada a la información que se deposita en bancos de datos, que su intromisión puede generar un menoscabo a los derechos de sus titulares. Aunque hasta ahora Estados Unidos solamente

entiende que esta protección solamente obliga al gobierno a la no intromisión, pero no es una obligación de particulares. (Nieves Saldaña, 2011)

Una norma de carácter internacional de cuya exegesis se puede deducir ambos derechos². El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que literalmente expresa «*[n]adie 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*». Dicho dispositivo se ponía a la vanguardia de lo que posteriormente se avecinaba a llegar y que era elemental para amparar a la persona en su interacción con la tecnología.

La doctrina realiza un comentario acertado en relación a la concepción de lo que intenta proteger el artículo 12 mencionado en el párrafo anterior y para ello (Eguiguren Praeli, 2004, pág. 141), realiza esa distinción a través de las cargas estatales y la define de la siguiente manera.

Un paso importante en la evolución y ampliación del concepto del derecho a la intimidad, lo constituye la expansión de su ámbito tradicional de protección, concebido como una *libertad negativa* para los demás (prohibición de la intrusión o injerencia de terceros) para abarcar también una dimensión de “*libertad positiva*”, entendida como el control del titular de los aspectos considerados privados o íntimos y de decidir con autonomía sobre éstos.

Con esta aclaración que nos otorga el profesor Eguiguren, se puede entender mejor el artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que tiene el mismo tenor que el artículo 12 de la DUDH. Aunado a ello, «*merece especial mención la Ley Federal de Protección de Datos de Alemania, del 27 de enero de 1977 cuyas disposiciones no solo rigen para las entidades públicas sino también para las empresas privadas dedicadas a estas actividades*» (Eguiguren Praeli, 2004, pág. 147), encontrando el contenido real del derecho a la protección de datos personales.

En Gran Bretaña, existieron dos hitos que marcaron el inicio de la protección de datos personales, el primero es «*en el Younger Report de 1972 y el Data Protection Act de 1984, que enuncia [...] principios que ha de guiar su*

² Derecho a la intimidad y la protección de datos personales.

interpretación» (Eguiguren Praeli, 2004, pág. 148). Entre estos dos hechos en la Unión Europea que luego fue derogada para que entrase en vigencia el *Data Protection Act 1998*, que más adelante fue modificado por el *Data Protection Act* del año 2018, el segundo adecuó esos principios a las evoluciones tecnológicas que ya se vivían en Europa sobre la base de la Directiva 95/46/CE, siendo el resultado la obligación de la Unión Europea a alinear su legislación a estas normas.

En la Constitución Española de 1978, regulada por el artículo 18 numeral 4 que a la letra dice lo siguiente «*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*». Se observa la protección sesgada solamente al ámbito de la informática, pero en la Ley Orgánica 5/1992 de fecha 29 de octubre de 1992 titulada «Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal» es donde refieren que los datos personales no solo tienen un tráfico digital, también es importante referir que expresamente incluían a las entidades privadas que acopiaban o registraban esa información, se debe de advertir que esta norma para la actualidad ya está derogada.

En América Latina, Brasil en su Constitución Política de 1988, nos indica sobre este derecho en el artículo 5 numeral X y que a través del Habeas Data se puede solicitar al estado la protección de este derecho y eso se desprende del numeral «[...]para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registro o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público», siendo el primer dispositivo en América Latina en establecer un procedimiento para su resguardo y rectificación que estaban contenidos en los bancos de datos.

Con una breve lectura se puede colegir que la importancia de los datos personales empezó a tener relevancia y a ser considerado como un derecho independiente de la intimidad por la revolución tecnológica que se evidenció en la segunda mitad del siglo XX, dándole la importancia de protección y regulación que ya para ese momento era necesaria, en primer lugar, en los países donde se desarrollaban estos avances tecnológicos, y que luego se fueron expandiendo hasta esta parte del continente.

En el Perú, solamente podemos afirmar y quizá repetir lo que otros autores ya han abordado y es que de manera indirecta existía una protección a este nuevo derecho en la Constitución de 1993 en el artículo 2 prescribe lo siguiente «*Toda persona tiene derecho: 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar*», la Constitución anterior no lo desarrollaba por eso también podemos decir que ese es el primer antecedente en el Perú, (Eguiguren Praeli, 1997).

Posteriormente en el año 2011 de manera complementaria se promulgó la ley 29733 «Ley de protección de datos personales» y que recién en el año 2013 se promulgó el Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales mediante el Decreto Supremo n.º 003-2013-JUS. Normas que meridianamente fueron acertadas para el tiempo y los propósitos que intentaron proteger.

Menciono meridianamente porque para aquel momento ya existían entidades, como por ejemplo el RENIEC en Perú ya guardaban datos de las personas y así lo establece en la ley orgánica de esta entidad como funciones; como también los bancos guardaban datos de sus clientes para que los próximos productos puedan otorgarse con mayor facilidad o para la suscripción de los contratos que se realizaban. Otro ejemplo son los bancos de datos de las entidades de salud que almacenaban de sus pacientes.

Ahora bien, se ha considerado por modificar el reglamento de la LPDP, supone un avance frente al vigente reglamento, y es necesario porque desde el 2013 que entró en vigencia ha pasado casi una década con una norma estática donde se han generado muchos vacíos por la tecnología la hizo obsoleta como por ejemplo los datos que son vertidos en empresas extranjeras de diferente índole y que con simples pasos del celular pueden acopiar la información que requieran.

1.2. Definición de datos personales

Cuando se hace una lectura del artículo 2 numeral 6 de la Constitución, por interpretación podemos deducir que el derecho a la privacidad al que se

refiere es diferente al que se establece en el numeral 7 del mismo artículo, entonces son dos derechos diferentes que deben de ser protegidos, y por ello su resguardo es diferente. La ley n.º 29733 «Ley de Protección de Datos Personales» en adelante, **la Ley** y el Reglamento de la Ley «Decreto Supremo 003-2013-JUS», en adelante **el Reglamento** disgregan está del derecho a la intimidad y es considerado como otro derecho fundamental a la Protección de Datos Personales, que si bien es cierto son diferentes derechos, pero su génesis es la misma y que confluyen de varios puntos.

Antes de seguir, se debe primero determinar cuál es la finalidad u objetivo que entidades públicas o privadas tengan datos personales. Son varios los objetivos por los cuales se recopila este tipo de información. Por ejemplo, para una adecuada o mejora de la prestación de servicios, investigación y generar protección de riesgos para futuros eventos, así también puede ser utilizada para realización de marketing, pero siempre bajo en amparo del conceso del titular y sin desviar la finalidad para la que fueron acopiadas.

El derecho de Protección de Datos Personales, también es conocido como el derecho a la Autodeterminación Informativa³, siendo sinónimos en la doctrina y para el TC este derecho consiste en:

«las facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos [...] se busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos. [...] busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen».

Como la doctrina indica no se debe confundir este derecho con la intimidad, que, aunque protejan la privacidad y el honor de la persona, este derecho implica un ámbito aparte de protección, lo que se desprende es que este derecho no solo se limita a la protección sino también se extiende a la modificación, supresión, exhibición o cualquier otra forma que considere

³ Exp. n.º 4739-20007-PHD/TC f.j. 2.

conveniente el titular o los titulares de los datos, cuando estos deciden ceder a un banco de datos.

Ahora bien, (Nahabetián Brunet, 2012) menciona que *«también alcanza a aquellos datos personales públicos que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, al poder de disposición de afectarlos»*, entendiendo que ese es el tenor que generalmente tiene la información personal cedida a un banco de datos. Sin hacer una distinción entre los dos conceptos del derecho a la autodeterminación de la información y la intimidad, es decir los datos personales y los datos sensibles.

El Nuevo Código Procesal Constitucional en el artículo 59, establece las acciones que se pueden realizar para amparar los datos personales y datos sensibles que se encuentran en los bancos de datos, donde sí se puede evidenciar una clara intención de protegerlos por parte del Estado. Se puede complementar y quizá aclarar que estos datos también pueden ser de acceso patente, y a serlos las personas pueden utilizarlos, para objetivos diferentes a los propósitos que se han señalado y así de manera indirecta exista una inminente afectación de otros derechos, por ejemplo, el derecho a la igualdad (Nahabetián Brunet, 2012).

1.3. Diferencias entre datos sensibles y datos personales

De la lectura de la Ley y el Reglamento, podemos extraer las definiciones de estos dos conceptos, pero estas son muy escuetas y en la medida de lo posible intentan diferenciarlas. Para la definición de los datos personales el Reglamento establece que *«Es aquella información numérica, alfabética, gráfica, fotografía, acústica, sobre hábitos personales, o de cualquier otro tipo concerniente a las personas naturales que las **identifica o hace identificables**⁴ a través de medio que puedan ser razonablemente utilizados»*. Lo que nos pretende indicar el dispositivo legal es que estos datos pueden ser nombres, apellidos, fotografías, historiales crediticios, historias clínicas, entre otros que las personas tienen, y que lo hacen identificables. Sin embargo, dentro de este concepto también pueden

⁴ Negrita agregada.

entenderse los datos sensibles, porque una fotografía o un hábito personal puede ser considerado para el titular como información sensible.

Ahora bien, para la definición de datos sensibles la Ley otorga una definición que se transcribe a continuación que son «*los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular, datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o la vida sexual*». El Reglamento de la Ley también intenta ampliar su contenido de la siguiente manera:

Es **aquella información**⁵ relativa a datos personales referidos a las características físicas, morales o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos personales que corresponden a la esfera más íntima, la información relativa a la salud física o mental u otras análogas que afecten su intimidad.

Pero las definiciones de los datos sensibles no encuentran una clara distinción del otro concepto que ofrece la norma en relación a los datos personales, porque puede encajar esta definición en el primer concepto ya que las dos definiciones intentan proteger información que es propiedad de las personas, pero por su naturaleza fue cedida a terceras personas que la tienen almacenadas.

Si quisiéramos diferenciarlos, la única distinción que se puede observar un concepto sobre otro está relacionado a la finalidad que contiene esta información y que está ligado a la intimidad o a la esfera más privada de la persona. No obstante, esto puede complicar aún más la diferencia entre estos dos conceptos y agregar un elemento más a este que es la subjetividad ¿Qué podemos entender por la intimidad de una persona?, ¿la intimidad es subjetiva u objetiva? Porque mientras que para algunos vulnerar su intimidad puede ser –es un ejemplo probablemente exagerando– que tengan información de quienes son sus padres, para otras solo podría formar parte de sus datos personales sin injerencia al derecho a la intimidad.

⁵ Negrita agregada.

La doctrina, también entiende del mismo modo que la norma el concepto de datos sensibles, por ejemplo, para (Nahabetián Brunet, 2012) «son aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada», pero dicho concepto puede ser utilizado también como definición de datos personales. Una de las normas que precedió con su importancia sobre estos temas es el Convenio 108 del Consejo de Europa que no se atrevió a diferenciarlos, por eso solamente enmarcan la definición de datos personales ambas situaciones⁶.

Por el momento, la diferencia que podemos encontrar entre los datos personales y los datos sensibles es que el primero se entiende solamente dentro del derecho a la autodeterminación informativa, y el segundo su génesis parte de este derecho, pero comparte estrechamente contenido que linda con el derecho a la intimidad, pero esta información necesariamente tiene un aspecto subjetivo, como se intentó plasmar en el diagrama de *Venn*



⁶ Artículo 2. Definiciones

A efectos del presente convenio:

- a) “Datos de carácter personal” significa cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable (“persona concernida”); [...]

Que, a pesar de formar parte de su aspecto más esencial, y haber sido cedidos a un tercero, esto deben de ser cautelados con el mayor recelo posible. No restándole importancia a los datos personales ya que para algunas personas, esos datos también pueden considerarse dentro de la otra categoría, por considerarlos subjetivos.

2. El Derecho a la Intimidad

2.1. El Derecho a la Intimidad en la jurisprudencia y la legislación

Cuando se empezó a desarrollar los antecedentes del Derecho a la autodeterminación informativa se indicó que tuvo su génesis desde el artículo «*The Right to Privacy*» publicado por Samuel Warren y Louis Brandeis, como el origen indirecto de ese derecho, pero de manera directa es un antecedente del derecho a la intimidad, y el profesor Eguiguren acierta con ello y dice que «*[p]osteriormente el derecho a la intimidad ha dado lugar a otros nuevos derechos, también ya autónomos, como la protección de datos personales frente a la utilización por sistemas informáticos*». (Eguiguren Praeli, 2004, pág 78)

Si pretendemos buscar una definición de este derecho en la legislación peruana, la Constitución de manera expresa no lo dice, el Código Civil de 1984 en el artículo 14 hace una breve referencia a este derecho precisando lo siguiente «*[l]a 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 conyúge, desendientes, ascendientes o hermanos, exluyentemente y en este orden*». Más allá de que la información brindada se debe tener una manifestación expresa para la divulgación de los datos y que no importa si la persona haya fallecido todavía mantiene su intimidad. Esa protección es incluso para la información del causante, es importante resaltar porque sus herederos se pueden ver perjudicados por algún dato, referencia o circunstancia que en vida pudo realizar, y el fin del contenido de este artículo es que solo se revele con un consentimiento expreso de sus herederos o

causahabientes, siempre y cuando se respete el orden que el mismo artículo precisa.

El Diccionario de la Real Academia Española, define a este derecho como la «*zona espiritual intimida y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia*», aunque el concepto es etereo es posible precisar que la referencia a la cual alude es a información que no debe de ser divulgada y quizá entenderla como información que la identifica de las demás.

A lo dicho anteriormente (Zavala de Gonzalez, 1982), pretende traslucir el concepto del derecho a la intimidad al dividirlo en dos: vida privada y de vida pública que aunque existe entre ellas un grado de correspondencia son diferentes. Pero que mientras la vida pública se relaciona con todos aquellos datos necesarios para que la persona desarrolle sus actividades y pueda ser más facil para él con quienes interactua -que para efectos de este trabajo puede entenderse como datos personales-, lo concerniente a la vida privada está enfocada solamente en aquellas actividades e información que, como dice el concepto del DRAE se encuentran una zona espiritual y reservada, y es por ello que en el derecho norteamericano lo relacionan con el «*right to be alone*».

Al respecto el Tribunal Constitucional manifiesta que por el derecho a la intimidad la persona «*[...] permite que pueda desarrollar sus afectos, su familia, su familia, sus vinculos sociales más cercanos, sus desencuentros y sus emociones en libertad*»⁷, es decir un espacio en donde la persona pueda ser ella misma sin que exista alguna injerencia del mundo externo sobre esto, que es lo más espiritual. Definitivamente el contenido de este derecho no puede ser del todo objetivo pero con lo dicho hasta ahora se puede entender esa desvinculación del objeto de protección de datos personales, y que está ya graficado en las páginas anteriores.

⁷ STC n.º 3485-2012-PA/TC (voto de los magistrados Ernesto Blume Fortini y Carlos Ramos Nuñez fundamento jurídico 18)

La definición del Tribunal Constitucional peruano está en armonía o con los conceptos que la doctrina desarrolla y que es complementada con ideas que el mismo tribunal enlaza con otros derechos y que también los protege como *«el desarrollo de los procesos de pensamiento y opinión, de la salud física y emocional, de la sexualidad»*⁸, reforzando más la idea de donde se encuentra aquello que el derecho a la intimidad debe de proteger, aunque de todo esto, aún queda cierta incertidumbre *«que resulta personalísima, subjetiva, psicológica, pero también cultural y temporal, pues cada ser humano entiende de manera particular»*⁹, con lo que resulta elemental proteger todo lo que la persona puede comprender dentro de esta esfera, que siendo subjetiva impide poder desarrollarlo de manera objetiva.

Sin embargo, no se comparte la idea que toma en otra sentencia que a la letra dice sobre el derecho a la intimidad que *«[...] están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, cuya divulgación o conocimiento trae aparejado un daño»*¹⁰, siendo errada esta conclusión porque no es necesario que se publique o se pregone esa información para que se genere un daño, porque el daño se realiza ya al momento de irrumpir este derecho no es necesaria la divulgación para se origine el daño.

2.2. Contenido constitucional del Derecho a la Intimidad

La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado diferentes teorías sobre este tema como por ejemplo la teoría relativa, que en síntesis establece que no se debe entender *a priori* una limitación sino que esta debe de ser realizada en cada caso en concreto que dicho contenido esencial solo es determinable posteriormente a la realización del test de ponderación es decir que el contenido esencial es variable de acuerdo al caso en concreto (Alexy, 1993).

La teoría absoluta establece un aspecto diferente considerando un contenido que no es variable, que el contenido esencial es un límite al poder estatal del

⁸ STC n.º 1839-2012-PHD/TC Margarita del Campo Vegas fundamento jurídico

⁹ *Ibid*

¹⁰ STC n.º 6712-2005-HC/TC fundamento jurídico 38.

cual no podrá irrumpir en este y el contenido que no es esencial, que sí es posible de poder ser restringida por un juicio de ponderación; por último, la teoría insitucional nos dice que existen límites inmanentes, es decir aquellos que se pueden derivar del derecho mismo y que este no debe ser desligado de la Constitución ni de los bienes constitucionalmente protegidos y se solventan en un solo sistema constitucional (Häberle, 1997).

Si bien es cierto estas teorías devienen en las más concurridas para el desarrollo del contenido constitucional, pero considero que no se debe dejar de lado otras, es por ello que para este derecho las que se deberían desarrollar son: la teoría subjetiva y la teoría objetiva. (Salazar Laynes, 2008), explica estas dos teorías que se pueden subsumir en las anteriores ya mencionadas (absoluta y relativa). La subjetiva refiere que el contenido de este derecho se debe a la titularidad de la persona y solamente está a su libre disposición toda aquella información que la persona considera como público y privado. (Espinoza Vilchez, 2018)

La teoría objetiva se remite a todas aquellas nociones que se puedan distinguir de las esferas pública y privada de la persona. Aquí la titularidad ya no deviene de la persona misma sino un ente externo, que principalmente es el Estado. Evidentemente todas estas teorías o posturas lo que intentar realizar es identificar el contenido constitucionalmente protegido. Adscribiéndonos a la teoría que le permite conservar esa potestad al individuo y a nadie más (Espinoza Vilchez, 2018).

Aunque mi inclinación sea por una postura subjetiva, eso no se debe de interpretar en un sentido restrictivo porque la doctrina es unánime al afirmar que ningún derecho es absoluto y que todos pueden ser derrotados en el caso en concreto, por ello, se debe seguir buscando una posición que pueda coadyuvar a precisar el contenido y que evidentemente también a la *ratio legis* de las normas citadas hasta ahora, porque dejar a la persona elegir que no debe ser considerado *prima facie*, como parte de su intimidad generaría más problemas que respuestas, pero si posteriormente alguien considera

que afectan su derecho y para ello considera que deben ser eliminados, para ello está el proceso constitucional de *habeas corpus*.

El Tribunal Constitucional manifiesta y acierta con la siguiente cita: «[...] no cabe duda que la vida privada refleja uno de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado»¹¹ y que «la vida privada implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano»¹². Para el Tribunal la vida privada es el derecho a la intimidad. Arribando a la misma conclusión antes obtenida, que era la exclusividad de la información que tiene el titular frente a otras personas.

Pero el autor Novoa Monreal citado en (Eguiguren Praeli,2004), establece aspectos que deben ser considerados como parte elemental y constitutiva del contenido del derecho a la intimidad.

- «Ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desea sustraer del conocimiento ajeno.
- Aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual.
- Aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar, en especial los de índole embarazosa por el individuo y su familia.
- Defectos o anomalías físicas o síquicas no ostensibles.
- Comportamiento o conducta del individuo que no es de conocimiento de los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que estos hacen de aquél.
- Afecciones a la salud cuyo conocimiento por los demás menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan respecto del sujeto involucrado.
- La vida pasada del sujeto, en cuanto pueda ser motivo de bochorno para él. [...]
- En general, todo dato, hecho o actividad no conocidos por otros, cuyo conocimientos por terceros produzca turbación moral, síquica al afectado (desnudez, embarazo prematrimonial, etc)»

¹¹ STC n.º 6712-2005-HC/TC fundamento jurídico 38 (Magaly Medina)

¹² *Ibid.*

El autor citado precisa exactamente toda la información que considero y que debe ser estimada como datos sensibles, porque la intimidad está estrechamente ligada con esta información, que si observamos detalladamente estos datos pueden afectar la imagen de una personas haciendola pasible de burlas, discriminación, y que sean apartadas de un circulo social, asi como su seguridad, independientemente que subjetivamente alguien considere qué más incluir allí.

A modo de ejemplo, en una sentencia citada lineas más arriba, en el conocido caso de Magaly Medina con Mónica Adaro, donde la periodista publicó imágenes de la *veddete* en un cuarto de un hotel teniendo intimidad con una persona, imganes que no fueron censuradas y que fueron exhibidas en televisión abierta sin niguna restricción, el Tribunal Constitucional no le dio la razón a la supuesta periodista porque ella alegaba que todo el contenido vertido en su programa se fundamentaba en el derecho a la información, a lo que el Tribunal expreso su disconformidad no otorgandole la razón.

Pero más allá de ello esas imágenes que nunca debieron salir y que ni siquiera fueron censuradas, sin embargo por más que se le haya resarcido pecuniariamente, el daño ya estaba hecho, esto como una extensión a la violación a la intimidad porque la afectación ya estaba desde que la periodista grabó esas imágenes sin su consentimiento. En ese mismo sentido la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-233 de 2007 manifiesta como concepto del derecho a la intimidad que *«irradia todo espacio privado en el que el individuo desarrolla sus activiades personales, independiente de que resida permanentemente en él»*, no debiendo limitarse a la vivienda porque no toda la información se queda en las intalaciones de un hogar sino de una extensión mayor.

2.3. Relación de los datos personales y sensibles con otros derechos

Los bancos de datos son archivos ordenados de diferentes maneras donde se encuentra almacenada información de personas y que deben de estar estrictamente protegidos por quienes la almacenaron, teniendo diferentes propositos para la que fue recopilada conforme al principio de finalidad de la Ley, por más que la norma establezca el deber ser, en la practica esta

información puede verse afectada de forma paralela y/o concatenada con otros derechos derechos, más allá de los ya desarrollados como los mencionados a continuación. Por ejemplo el derecho a la igualdad y no discriminación cuyo mandato de optimización se encuentra en la Constitución en el artículo 2 numeral 2; el secreto bancario y la reserva tributaria, numeral 5; el honor y a la buena reputación, numeral 7; al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, numeral 10 y otros derecho más que están en nuestra Carta Magna.

Esta información, es acopiada por ejemplo por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), Superintendencia de Nacional de Administración, Tributaria (SUNAT), Essalud, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), Poder Judicial y empresas privadas como bancos, financieras, cajas municipales, que sus trabajadores por la conformación de una red y por cumplimiento de sus labores puede acceder a información sensible y personal de sus compañeros atentado en un primer momento hacia el derecho a la intimidad, pero esto causaría afectaciones a otros derechos, que fueron enunciados en el párrafo anterior, que está muy vinculados algunos desde su gestación y otros a partir de los efectos que producen.

2.3.1. Relación con el Derecho al honor y a la buena reputación

El Tribunal Constitucional, consideraba que este derecho tiene dos facetas una interna direccionada a la protección interna y externa, la primera indicaba que protegía un derecho a la honor propiamente dicho, y el segundo delisgandolo y enfoncandose en que este factor está relacionado a la buena reputación¹³ que se condicen con definiciones del Diccionario de la Real Lengua Española pero que no hace ninguna distinción en dos facetas y lo entiende e identifica de similar manera y define así el honor, como «*gloria o buena reputación que sigue a la virtud [...] la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea*», Posición con la que el TC en un sentencia posterior ha entendido en el mismo sentido, que a la letra

¹³ STC n.º 5659-2007-PA/TC fundamento jurídico 3.

dice «*el honor es un derecho único que engloba también a la buena reputación, reconocida constitucionalmente*»¹⁴.

La infracción al contenido del derecho al honor se puede ver mermada como una consecuencia de la infracción de los derechos que protege la Ley y el Reglamento, siendo que estos datos sean correctos o no, exista el factor de atribución de dolo o culpa en cualquiera de los subtipos en la publicación, pero la persona se puede ver afectada, la intromisión a esa esfera que por la ley se debe proteger. Louis Warren y Samuel Brandeis afirmaron que «*La veracidad de lo que se publica no supone una defensa*» (Pendás, 1995). Siendo la diferencia más importante que este último percibe el daño con la externalización; mientras que la Ley y el Reglamento lo que intentan es proteger la intromisión de esa información, que para la finalidad de este derecho no es relevante algún tipo de factor de atribución, por ejemplo culpa o dolo.

2.3.2. Relación con el derecho a la igualdad y no discriminación

La Constitución de 1993 en el artículo 2 reza lo siguiente «*Toda persona tiene derecho 2.[a] la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole*», estos tienen una muy estrecha relación, hasta de dependencia conceptual. De todas las características que menciona este dispositivo legal en las relaciones laborales, algunas pueden ser notorias en el interactuar por las actividades que realizan con sus compañeros, lo que ya de por sí puede generar lazos de afinidad entre compañeros.

Pero el problema se revela cuando los trabajos y/o oficinas cuyas labores se desarrollan con información de muchas personas, entre ellas sus compañeros y allí puede existir una inminente intrusión frente a ellos. Por ejemplo, personas que laboran en Essalud y que están vinculados directamente con la base de datos de las personas que contrajeron una

¹⁴ STC n.º 249-2010-PA/TC, fundamento jurídico 10.

enfermedad venerea cuya finalidad es el control debiendo de ser resguardadas por todos y frente a todos, pero que por diferentes factores sus compañeros se enteran de lo que tiene o pudo tener se genera una suerte de discriminación frente a sus compañeros. En el libro «*The Right to Privacy*», se menciona de la evidencia que todos estos derecho entrelazados con el derecho a la intimidad se ven alimentados por el morbo.

Ahora bien, El TC concibe a este derecho con dos acepciones diferentes, como un principio y como un derecho fundamental; cuando se refiere al primero indica que su carácter tiene un proyección transversar frente a los demás derechos, y como el segundo que se trata de un derecho subjetivo, pero esto no debe ser comprendido como que todas las personas deben de ser tratadas de forma igual ante la ley, ya que el mismo tribunal en la doctrina establece sino en su concepción más pura de que no debe de haber injerencias peyorativas por su condición económica, sexo, estado de salud, entre otros.

2.3.3. Relación con el derecho del secreto bancario.

La Constitución también ampara este derecho y este precepto normativo, es un claro ejemplo de la finalidad tiene la Ley y el Reglamento, ya que el usuario (el cliente) cede al titular del banco¹⁵, parte de lo que contiene su derecho a la intimidad en este caso, pueden ser sus cuentas, movimientos financieros, deudas entre otros con la finalidad de que este deba guardar la confidencialidad de todas las acciones y datos que haya podido realizar dentro de esta entidad, este derecho en la actualidad y con la globalización del internet hacen aún más importante esta protección y más peligrosa su interferencia. Empero del artículo 14 de la Ley, relativiza demasiado este derecho, con una justificación sólida, pero aunque no sea en toda su extensión se ve ya afectado por la ley.

¹⁵ Banco no como entidad financiera sino como la LPDP la concibe.

La vinculación que tiene con la Ley es que se desprende en la mayoría de su contenido con datos sensibles, porque la mayoría de esta información será que primero le permitirá hacer uso del patrimonio que tiene y segundo podrá ser evaluado a posterioridad de manera positiva o negativa por entidades fiscalizadoras o financieras.

La problemática ahora surge cuando el trabajador también es cliente de la entidad por ejemplo el banco y este tenga una deuda no pagada u otro dato que lo afecte y más aún con la exclusión expresa del artículo 14 de la Ley, que no requiere consentimiento del titular para recabar esa información. Efectivamente esta información esta patente de poder ser utilizada bajo las premisas que la norma establece para otros motivos porque no necesita un consentimiento para su tratamiento y así conculcar su derecho al secreto bancario y que posterior las normas pertinentes esta información que aunque no haya una externalización, el daño ya estará hecho, lo que posteriormente puede traer consecuencias negativas hacia sus propios compañeros de trabajo.

Quizá no se necesite el consentimiento del titular para el tratamiento de esta información; por las finalidades que la misma ley indica. No obstante sí, considero que debe ser informada por lo menos cuando sea utilizada por parte de sus compañeros directos, porque el objetivo del presente trabajo es la protección de los compañeros de trabajo y con esta medida se podría aplacar las futuras violaciones a este derecho entre los trabajadores.

El Tribunal Constitucional define como parte del derecho a la intimidad, que la función de este derecho está dirigida a la protección de la vida privada financiera de las personas, que no solo es esa protección sino también de otros aspectos como por ejemplo la seguridad e integridad de las personas como consecuencia de la utilización de esa información para fines ajenos a los que estaban destinados¹⁶.

¹⁶ STC n.º 009-2014-PI/TC Fundamentos jurídicos 12 y 13.

2.4. Consecuencias de la afectación del derecho a la protección de datos personales.

El perjuicio de lesionar o infringir los derechos que protegen los datos personales y sensibles, así como los derechos que se concatenan con estos, siempre van a generar algún tipo de daño a los trabajadores; algunos como ya vimos desde el momento de encontrar la información y en otros casos cuando la información es propalada y/o difundida. Es inexorable esquivar el inminente peligro, pero es necesario resarcir las consecuencias de esos actos frente a la persona que se ha visto afectadas.

Consecuencias que en el ámbito laboral puede tener una repercusión muy grave. Primero si los datos son utilizados por personas que no son las adecuadas, los trabajadores pueden ser objeto de discriminación por su origen, *status social*, enfermedad adquirida o genética, reputación bancaria, entre otros; segundo, las víctimas puede verse acosadas o amenazadas por el condicionamiento de la divulgación de esa información y las víctimas pueden ceder a esas presiones, generalmente en el caso de mujeres que son las más vulnerables a este tipo de actos.

El daño moral es la afectación más concreta que se puede evidenciar, como no existe una norma laboral específica que regule este instituto jurídico, y es necesario enfocarnos en el artículo 1984 del Código Civil que expresa lo siguiente «*el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima y su familia*», evidentemente esto debe probarse también la misma regla se replica a aspectos laborales ya que en una relación laboral esto le compete al trabajador según el artículo 23.3 literal c) de la Nueva Ley Procesal de Trabajo «la existencia del daño alegado» es una carga del trabajador.

También la Corte Suprema se ha pronunciado al respecto sobre el daño moral que aunque la mayoría de casos sean por accidentes de trabajo y despidos arbitrarios, como se puede entender en la Casación Laboral n.¹⁰ 18670-2022, donde establece esta regla que ya se precisó en el párrafo

anterior, y que una prueba fehaciente para probar este daño es un informe psicológico como manifiesta la Casación n.º 4385-2015 Huancavelica, porque quien debe de probar estos daños es el trabajador.

Otro problema que se gesta luego de determinar que tipo el daño y quien debe de probarlo, es la cuantificación del daño, que por ser aspectos meramente subjetivos no existen parámetros para que el juzgador pueda guiarse, al respecto y para una cuantificación más objetiva el maestro (Diez-Picazo y Ponce de León, 1999, pág. 328) indica que *«el daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona, sin proceder al respecto a concepciones extensivas, en las que la indemnización carece de justificación»*, ya que no se puede considerar otros daños dentro de este concepto, por lo que solamente debe de estar enfocado en este sufrimiento.

Antes de comenzar con el próximo capítulo y empezar a abarcar sobre el poder del empleador, es inexorable preguntarnos ¿quien es el responsable cuando existe una violación a los datos personales dentro de un centro laboral?, ¿el trabajador que sustrajo esa información o el empleador?

3. El poder de dirección y el deber de prevención del empleador

3.1. El poder de dirección del empleador

La libertad de empresa es un derecho constitucional que lo consagra la constitución en el artículo 59 *«El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de las libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas¹⁷»*, siendo una norma que le otorga al empleador el poder de dirección, pero que a su vez le pone restricciones de este que no deberá ser ejercido lesionando otros derechos. Intentando proteger a dos sujetos, al consumidor y al trabajador (Gutierrez Carnacho, 2005). Para el consumidor toda actividad económica no debe afectar las

¹⁷ Negritas agregadas

acciones de la persona; por ejemplo, que un espacio comercial tenga acciones discriminatorias, ni la salud; como por ejemplo empresas que se dediquen a la fabricación de medicamentos adulterados.

Para el trabajador, que toda actividad realizada por el empleador (empresario), a la que se dedique tiene límites que por más que el estado le otorgue el poder de dirección no puede afectarlos, estas restricciones están positivizadas en el artículo 23 de la Carta Magna que reza lo siguiente «ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador», lo que en la doctrina es conocida como los derechos laborales inespecíficos.

Ahora bien el poder de dirección que tiene el empleador tiene la frontera de los derechos constitucionales del trabajador, entonces dentro de la esfera de lo permitido sí puede el empleador desarrollar todas aquellas actividades incentiven a la mayor producción de su empresa, al respecto el profesor (Blancas Bustamente, 2020) refiere que este poderío no debe de entenderse sobre la persona en sí, sino esta facultad recae únicamente sobre la prestación y es este quien establece diferentes condiciones para el desarrollo y optimización de las labores para las cuales el trabajador ha sido contratado.

En la doctrina se entiende que los intereses de la empresa podrían eclipsar los derechos de los trabajadores, en cuanto a ello, existen dos enfoques (teorías), el enfoque contractualista, explica que se debe respetar todo aquello que se pactó en el contrato, pero este viene acompañado siempre de deberes complementarios o intrínsecos, como por ejemplo si una persona va a laborar en el área de comidas, un deber implícito es la higiene para la manipulación y preparación de alimentos a lo que el profesor Elmer Arce indica que este contrato está encorsetado por «*el deber de diligencia, con la buena fe y con el deber de obediencia*» (Arce Ortiz, 2013, pág. 88) ; el otro enfoque es el organicista e indica que no solamente debe ceñirse a lo que emana del contrato sino a la estructura de la organización de la empresa y

que todas las determinaciones que se tome con respecto a los trabajadores estos tendrán que obedecer en pro de la empresa. (Arce Ortíz, 2013).

Al respecto dentro de estos dos enfoques explicados existe el enfoque intermedio el cual entiende que la empresa tiene intereses de mayor producción lo que involucra gestiones de diferente índole para cumplir ese propósito sin embargo y aquí se desliga de la teoría organista cada una de esas alteraciones que el empleador pueda realizar al contrato de trabajo debe ser sin alterar sustancialmente el objeto de este y evidentemente sin afectar los derechos fundamentales de la persona. (Hernandez Rueda, 1997).

Como se ha podido observar la doctrina no es unánime en definir si el poder de dirección que es otorgado al empleador por parte el artículo 59 de la Constitución y también que se desprende del contrato laboral con el trabajador debe solamente enfocarse en la realización del objeto del contrato de trabajo de forma irrestricta o las modificaciones deben de ser en la medida que incentiven el crecimiento de la empresa. Aunque la postura más coherente para la aplicación del *ius variandi* es la que acepta modificaciones que nos sean esenciales al contrato de trabajo, sin embargo, considero que cualquier modificación se haga debe ser evaluando cada caso en concreto y respetando los derechos fundamentales del trabajador ya que es el empleador quien tiene ese poder de variación del contrato.

3.1.1. El contenido del Poder de Dirección del empleador

La mayor parte de la doctrina establece que los poderes que se desprenden del poder de dirección son los siguientes *per se*, reglamentaria y sanción son poderes diferentes, pero que emanan de este. Al respecto (Fernandez Toledo, 2019), afirma que «*lo cierto es que no son parte de su contenido. Se trata de poderes diferentes, todos dirigidos a que se ejecute el proyecto empresarial y la empresa pueda cumplir sus objetivos [...]*», no concordando con esa postura ya que todos los demás poderes que tiene el empleador son derivaciones del *Ius Variandi*, que perfilan sus facultades que suponen

aquello que el autor afirma que la organización y dirección de la empresa, es decir forman parte del contenido, sin este primer poder no existen los otros (reglamentación y sanción) y si el empleador no tiene los otros poderes el *Ius Variandi* se vaciaría de contenido este derecho.

El *Ius Variandi per se.*

El termino *Ius Variandi*, en sentido literal es el derecho de variar poder que es exclusivamente del empleador y que este utilizará los recursos que tiene (dinero, trabajo de los empleados, equipos, locales, automóviles, entre otros), para tener un óptimo funcionamiento de su empresa que generalmente se verán reflejados en resultados (ganancias), es decir que todas las variaciones que realizará forman parte de cómo es que debe de organizarla para conseguir los resultados que se propone.

Por ello es que si necesita más fuerza de trabajo en un área específica y no tiene trabajadores querrá contratar personal para que realicen esa labor o si considera que el personal es suficiente entonces los inducirá a que las ventas suban, lo que podría hacerlo mediante capacitaciones. No podemos mencionar que nos adscribimos a una teoría y dejar a las otras de lado ya que, si por regla general solo se puede modificar el contrato siempre y cuando no sea sustancial, pero también puede actuar por excepción de que una madre gestante tenga que salir a sus controles entonces allí es razonable que puede haber variaciones de otros trabajadores por el tiempo que dure en realizar esas funciones.

El poder de Fiscalización

En la doctrina es conocida también como poder de control, (Arce Ortíz, 2013), esta aptitud del empleador se encarga de determinar el cumplimiento que las funciones que se han encomendado y en la forma en la que se deben de realizar.

Este poder en oportunidades es sumamente cuestionable al momento de ejercerse porque no conoce límites para controlar los recursos que tiene y los bienes o servicios que presta. Es por ello que «*debe rechazarse cualquier*

forma de control que vaya más allá de la estricta evaluación del cumplimiento de la obligación laboral» (Blancas Bustamente, 2020, pág. 575), y que todo tipo de control debe ser razonable para las funciones que realizan los trabajadores. Por ejemplo, será razonable la colocación de cámaras de video vigilancia en áreas donde se tenga que controlar las actividades de los trabajadores por la manipulación de maquinarias peligrosas para resguardar la seguridad de ellos, pero no lo será justificado si estas están en las oficinas con la finalidad de mantener presionados al trabajo.

En nuestra jurisprudencia tenemos dos casos antagónicos, el primero en donde el Sindicato de Obreros PyA D'onofrio interpone demanda de amparo contra Nestlé SA, por la supuesta violación al derecho a la intimidad de los afiliados esto debido a la colocación de cámaras de seguridad en todas las áreas de producción. Caso en el cual el Tribunal Constitucional ha considerado y resuelto que el sistema de cámaras de vigilancia armoniza con la finalidad de prevención de accidente en el trabajo¹⁸.

Sin embargo, en otro caso que resolvió el TC¹⁹ la resolución fue diferente. El caso fue por el despido de un trabajador afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de CMAC Piura, porque se le despidió por la violación del secreto de las comunicaciones por parte de su empleadora, y es que allí encontró información que afectaba a la empresa y a otro trabajador, no teniendo asidero por parte del Tribunal de que esos correos (el dominio) era de exclusividad de la empresa y que esta estaba facultada de revisarlos, no obstante el TC dio al trabajador porque supuestamente había una violación a la privacidad de sus comunicaciones, aunque muy discutida la sentencia porque no evaluó la expectativa razonable de privacidad y que el empleador sí estaba facultado para realizar fiscalización sobre los correo de dominio de la empresa.

De estos dos ejemplos se puede observar que este poder tiene matices dependiendo de las situaciones por lo se debe de analizarse caso por caso,

¹⁸ STC n.º 2208-2017-PA/TC

¹⁹ STC n.º 4386-2017-PA/TC

para la resolución de un caso en concreto. A esta conclusión se puede agregar lo que refiere (Hernandez Rueda, 1997, pág. 407) sobre el poder del empleador *«De igual modo, los medios de controles personales destinados a la protección de los bienes del empleador deben practicarse bajo sistemas de selección objetivos que salvaguarden la intimidad y la dignidad del trabajador»*.

Poder de Sanción

Sobre el poder de sanción debemos de tener dos fuentes que son la ley y los instrumentos internos de gestión, es decir que todo tipo de sanción se deben de supeditar al principio de legalidad, aunque esto se engarzan el tipo de sanción que se va imponer por las infracciones, en observancia del principio de razonabilidad.

Este poder se plasma en varios dispositivos normativos del TUO del Decreto Legislativo 728, por ejemplo, el artículo 23 literal b), o las causas justificadas del despido que desarrolla los supuestos que ocasionan la resolución del contrato, y el artículo 25 que establece las faltas graves. Todos estos dispositivos de alguna manera restringen este poder del empleador. Pero no todas las sanciones graves (despido), van a terminar por el despido, ya que todos estos poderes deben de aplicarse con observancia del principio de razonabilidad y también de la garantía del debido procedimiento.

Siendo considerada como la sanción más grave el despido, entonces las otras faltas, son aplicadas en el baremo de la proporcionalidad. Generalmente las empresas pueden utilizar diferentes herramientas para plasmar las infracciones y sanciones que pueden encontrarse en los códigos de conducta. Esta herramienta la tienen las grandes empresas que conforman una cadena de producción o con varias sucursales a nivel internacional y También en el Reglamento Interno de Trabajo algo más concreto en nuestro país que está regulado por el Decreto Supremo n.º 031-91-TR, aunque solamente es para las empresas de más de 100 trabajadores, pero en Chile tiene un número menor fijado solamente en 10 trabajadores.

3.1.2. El deber de protección del empleador

«El deber de protección es consecuencia obligada del poder de dirección. Si el empleador puede dar órdenes para la ejecución del trabajo, debe también proteger al trabajador procurando que la ejecución de dichas ordenes no sean nocivas» (Hernandez Rueda, 1997), definición que no observa el amplio espectro de la palabra «nociva». Entonces esta palabra tiene tres enfoques, una dirigida hacia el empleador (empresa) de parte de los trabajadores; del empleador hacia el trabajador y de las acciones entre compañeros de trabajo, en todas las situaciones el empleador tiene ese deber de protección.

Al respecto nuestra legislación peruana contempla este deber de protección a través de la ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y de su Reglamento, y que desarrolla en toda la norma se irradia del deber de prevención que a la letra dice «El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y **condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores**²⁰ [...]», y las normas internacionales tienen una postura dirigida a accidentes y enfermedades profesionales y en la prevención de estas, aunque dentro de su contenido podemos observar que al ser amplios también ese deber de protección no se queda estancada allí sino que puede.

No debe perderse de vista que para la protección del bienestar del trabajador también es de observancia todo aquello que concierne al empleador a través de la Ley de Protección de Datos Personales, ya que la infracción de estos mandatos, aunque no sean accidente de trabajo ni enfermedad profesional, sí causan un detrimento en el trabajador. Por ello también el Estado le exige al empresario establecer el deber de protección a través de esta norma, cuando

Existen varias normas internacionales que obligan al empleador a proteger prevenir sobre la salud del trabajador, por ejemplo, la DUDH en el artículo

²⁰ Negrita agregada

23.1; así como normas del soft law como los Convenios de la OIT el 155 dentro del artículo 16 y siguientes; el Convenio 161, considerados como también hace referencia en el artículo 13 que a la letra dice «Los trabajadores deberán ser informados de los riesgos para la salud que entraña su trabajo», hago especial énfasis a estos artículos y en especial a artículo trece porque al trabajar con información personal existe un riesgo de que esa información sea utilizada para fines diferentes para los cuales se acopió, que se deben de considerar aunque no hayan sido ratificadas por el Perú.

A pesar de la no existencia en el derecho positivo de un deber de protección, considero que del mismo modo como el empleador tiene el *Ius Variandi*, que le permite poder modificar las actividades de manera unilateral siempre y cuando no afecten en detrimento del trabajador ni el contenido sustancial del contrato en la cuales el trabajador debe de cumplirlas porque son obligaciones intrínsecas; el empleador tiene la cautela intrínseca de protección de los trabajadores. Aun cuando no haya un dispositivo legal que expresamente resguarde al trabajador, este debe de hacerlo.

3.1.3. ¿El deber de protección del empleador es de medios o de resultados?

Al haber establecido que el deber de prevención del empleador no solamente emana de la LSST sino también de la LPDTP y de otros dispositivos internacionales. Sin embargo, la doctrina estudiosa de estos temas no es unánime en establecer si este deber de prevención es de medios o de resultados.

Sobre ello, es preciso tomar en cuenta si un(a) trabajador(a) cede a un banco de datos su información este debe de proteger por parte de su empleador, este último tiene que utilizar medios idóneos para que no sean menoscabados por él ni sus compañeros de trabajo, en razón de ello es que dentro de la LPDTP conforme al principio de seguridad. Entendiendo que no solamente debe de comprenderse en la finalidad de que se mitiguen accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, sino en un nuevo

propósito el cual es de las normas en mención de proteger frente a las consecuencias que puedan enervarse de la trasgresión de los datos de los trabajadores.

En ese entender, aunque la doctrina solamente se enfoca en enfermedades y accidentes, se olvidan de este tipo de daños. Sin embargo, no es unánime porque hay quienes defienden la postura de que el deber de protección es de medios y que basta con cumplir diligentemente con el deber de prevención; por otra parte, existe otra corriente que afirma que la responsabilidad es de resultados, es decir que el empleador debe de desaparecer todo tipo de riesgos para que no ocurra algún daño o que la prevención este destinada a ello (Salcedo Beltrán, 2000).

Evidentemente esta última postura no puede ser entendida desde un punto extremista, ya que por una parte los accidentes, son sucesos que ocurren de manera eventual y que son imprevisibles, pero las enfermedades profesionales no, a pesar de ello el deber de protección no deja de ser de medios, porque simplemente no puede otorgársele un monto al haber ocurrido el accidente laboral o enfermedad profesional ya que todas las normas de prevención del trabajo perderían el sentido. Solamente podría aplicarse una responsabilidad de resultados cuando las situaciones sí ameriten la eliminación de ese peligro en específico y el empleador no haya actuado diligentemente para la ello.

Sobre la invasión de los datos personales, la consecuencia no puede ser configurada como enfermedad profesional ni accidente laboral considero que es una categoría diferente y sobre las acciones por parte del empleador hacía los datos personales de los trabajadores se ha escrito mucho, pero la afectación entre compañeros no.

Dicha categoría que no puede adecuarse a ninguna de las categorías anteriores ya mencionados, pero su no incursión no es óbice para que puedan quedar desamparados. Al respecto la OIT desarrolla algunos lineamientos y sugerencias que, tanto para los gobiernos como para las

empresas en estas situaciones vinculadas con el trabajador, que se encuentran en el «Repertorio de prácticas de la OIT» enfocadas a la protección de datos de los trabajadores. Este documento articula aspectos muy importantes que se ligan en muchos puntos con la LSST y la LPDTP.

Todos estos lineamientos son aún más importantes en estos tiempos porque la mayoría de esta información es guardada en formatos electrónicos, para ello la OIT precisa en este documento que *«Las restricciones que se imponen están destinadas a los empleadores, pero también a los trabajadores que manejan esos datos en el ejercicio de sus funciones»* es decir que defensa de la información es por todos y para todos. Por su parte el empleador tiene el deber positivo de resguardarla, para ello se deberá de establecer la gravedad de la infracción en el RIT de la empresa que dirige - tomando en cuenta nuestra realidad- facultándolo a despedir a otros trabajadores que lo hagan según el artículo 25 literal a) del TUO del Decreto Legislativo 728.

No obstante, el deber de protección no solo es sancionar a los trabajadores que transgredan los datos de sus compañeros, también deben de capacitar concientizar. Así (Hernandez Rueda, 1997) refiere que *«[t]anto el abuso del poder de dirección como el incumplimiento del deber de protección son generadores de responsabilidad»*, es por ello que el empleador tiene las herramientas otorgadas por la legislación para el cumplimiento efectivo que no solo son obligaciones que se desprenden del espíritu del contrato, es así que aquellas personas cuyas funciones y labores están íntimamente relacionada con esta información ya sea un jefe de recursos humanos o personal que directamente trabaje con un espectro más amplio de información personal y solo puedan utilizarla para la finalidad para la cual fue receptada esa información.

En ese entender, luego que el empleador use las herramientas adecuadas para la protección y haya agotado todas las herramientas posibles para resguardar de los datos de los trabajadores y aun así no fuesen cumplidas

por los trabajadores, entonces recién aquí el empleador podrá aplicar el poder disciplinario.

Ahora bien, cuando el empleador cautela esta información de los trabajadores, se hace efectivo el poder de protección. Entonces toda la responsabilidad que se desligue será consecuentemente responsabilidad del o los trabajador(es) y no podrá alegar ignorancia porque ya para ese punto el empleador habrá capacitado, instaurado con control idóneo para extracción de esa información y todas las medidas posibles para que no ocurran alguna vulneración de la información ya que si incumple no solo será responsabilidad del trabajador sino del empleador cualquier afectación a los derechos de quien se vio afectada con la vulneración del derecho a la intimidad o a la protección de datos personales

El factor de atribución, que no puede ser aplicado como culpa sino como dolo, porque ya que fue conocedor de las sanciones y de la gravedad que contiene esa conducta y no como mencionó la casación n.º 21463-2022. El caso versa sobre el despido de una trabajadora de la SBS que fue despedida porque la entidad realizó un examen digital de qué trabajadoras habían ingresado a la base de datos de sus compañeros determinando que la demandante lo hizo en reiteradas veces, pero que su excusa fue que lo hizo solo por conocer y que no había generado ningún daño. La Corte Suprema resolvió en ese sentido.

Sentencia cuestionable, porque el empleador sí había cumplido con su deber de protección, y como ya se determinó en las páginas anteriores la afectación no se concluye si hubo un daño o no, sino que basta con informarse con esos datos para haber afectado el derecho de sus compañeros. Evidentemente no estoy de acuerdo con la sentencia porque esta resolución puede generar una suerte de antecedente para restarle fuerza al deber de protección del empleador y minimizar acciones que afectan derechos de sus compañeros.

4. Conclusiones

El derecho de Protección de Datos Personales es un derecho autónomo del derecho a la intimidad que por medio de los usos tecnológicos se le atribuyó una entidad diferente que lo diferenciaba del segundo derecho porque esta información es aquella que se cede voluntariamente a un banco de datos, que debe ser recopilada y resguardada con mucha cautela en este caso por el empleador ya que al ser usada para fines distintos o descubierta por personas ajenas pueden afectar derechos de los titulares de la información.

Los datos sensibles tienen una estrecha vinculación con el derecho a la intimidad, aunque ahora se desprenden del derecho a la Autodeterminación Informativa por eso, su contenido de protección no tiene los parámetros bien definidos porque la esencia es meramente subjetiva, pero por temas de practicidad en la aplicación de la ley se le debe dar una sustancia de custodia que generalmente son información que puede afectar en sus relaciones personales, posteriormente puede ser desligada del banco de datos a petición del titular.

El poder de dirección del empleador tiene límites inmanentes con el respeto a los derechos constitucionales laborales el cual va engarzado con el deber de protección, pues no solamente está destinado a la prevención y protección de accidentes y enfermedades. También está en la obligación de aplicar el poder de protección para la salvaguarda de información porque de lo contrario él será responsable por cualquier detrimento que tenga el trabajador afectado por cualquier uso diferente al que se estableció o la filtración de sus datos.

Si el trabajador, luego de que la patronal agote todo tipo de herramientas para la protección de la información de todos los trabajadores basta que este solo figonee y no necesariamente que genere un daño para que se afecten los derechos que protege la LPDP, será responsable doloso de su accionar por lo tanto el empleador está facultado para despedirlo por causa justa en incumplimiento al Reglamento Interno de Trabajo y en afectación de un

derecho de su o sus compañeros ya que ese simple accionar puede generar *mobbing laboral*.

5. Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arce Ortiz, E. G. (2013). Derechos fundamentales en la relación de trabajo: Metodología del juicio de ponderación en el derecho laboral. *Laborem*, 85-102.
- Blancas Bustamente, C. (2020). El poder de dirección del empleador y las nuevas tecnologías. En S. P. Social, *IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (El derecho del trabajo y la seguridad social en época de cambios)* (págs. 555- 620). Lima: SPDTSS.
- Clímaco Valiente, E. (2012). *Genesis historico -normativa del derecho a la protección de datos personales desde el derecho comparado a propósito de su fundamento*. Universidad Carlos III, Madrid. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10016/18785>
- Diez-Picaso y Ponce de León, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas.
- Eguiguren Praeli, F. J. (s.f.). *Libertades de Expresión e Información, Intimidad Personal y Autodeterminación Informativa: contenido, alcances y conflictos*. Pontificie Universidad Católica del Perú, Lima.
- Eguiguren Praeli, F. J. (1997). El Habeas Data y su desarrollo en el Perú. *Derecho PUCP* (51), 291-310. doi:<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199701.011>
- Eguiguren Praeli, F. J. (2004). *La Libertad de Expresión e Información y el Derecho a la Intimidad Personal (Su desarrollo actual y sus conflictos)*. Lima: Palestra.
- Espinoza Vilchez, J. S. (2018). Tesis para optar el grado academico de doctora en Derecho y Ciencia Política. *El derecho a la intimidad y su protección en el sistema jurídico peruano*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- Fernandez Toledo, R. (2019). Configuración del poder de dirección del empleador: Denominación, Naturaleza Jurídica, Fundamento y Contenido. *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, 51-97.
- Francesa, R. (06 de enero de 1978). *legifrance*. Recuperado el 04 de septiembre de 2023, de <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000886460>

- Gutierrez Carnacho, W. (2005). artículo 59. La Libertad de Empresa, Libertad de Comercio, Libertad de trabajo. En W. Gutierrez Carnacho, *La Constitución Comentada (Análisis artículo por artículo)* (págs. 794-810). Lima: Gaceta Jurídica.
- Häberle, P. (1997). *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial Pontificie Universidad Católica del Perú.
- Hernandez Rueda, L. (1997). Poder de Dirección del Empleador. En N. y. De Buen, *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social* (págs. 406-419). Mexico D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Mundo, B. N. (16 de septiembre de 2019). *BBC*. Obtenido de BBC: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49721456>
- Nahabetián Brunet, L. (2012). *Protección de Datos Personales y Acceso a la Información Pública*. Fundación Básica de Documentación.
- Nieves Saldaña, M. (2011). El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego. *Teoría y Realidad Constitucional*, 279-312. doi: <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6960>
- Pendás, B. y. (1995). *El derecho a la intimidad (Samuel Warren y Louis Brandeis)*. Madrid: Cuaderno Civitas.
- Salazar Laynes, J. U. (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos. *Foro Jurídico*, 142-152.
- Salcedo Beltrán, M. d. (2000). *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zavala de Gonzalez, M. (1982). *Derecho a la Intimidad*. Buenos Aires: Grafica Pafernor S.R.L.