

# PODER DE FISCALIZACIÓN Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES: ALGUNOS FALLOS DE LA CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

---

ISABEL HERRERA GONZALES-PRATTO<sup>(1)</sup>

---

## I. INTRODUCCIÓN

---

Las tecnologías de información y comunicación están expandidas en los centros de trabajo para que los trabajadores les den uso profesional, por lo que su empleo para fines personales debería ser supuestamente modesto. Con frecuencia, sin embargo, el tiempo de conexión a Internet para fines privados llega a cifras bastante altas, como 20 % del horario (por ejemplo, tiempo para acceder a cuentas privadas, acceder a información, realizar operaciones personales, uso de la mensajería instantánea y hasta colgar fotos). Se afirma también que diversos empleadores empiezan a experimentar con el acceso abierto, con limitadas prohibiciones como visita a redes sociales y sitios de video por constatarse que un uso razonable del Internet aumenta la productividad y habida cuenta que para las nuevas generaciones los aparatos multifunción como iPhone y otros dispositivos inteligentes son prácticamente casi “parte de su cuerpo”. Paralelamente, los empleadores cuentan con mayores recursos tecnológicos para hacer pesquisas de las

---

(1) Asociada SPDTSS. LLM The University of Warwick. Socia Estudio Isabel Herrera Abogados.

actividades y archivos del trabajador para investigar o controlar los quehaceres de los trabajadores durante las horas de la jornada, los cuales van perfeccionándose y sofisticándose con serio riesgo de producir atentados contra la vida privada del personal.

Este artículo realiza un acopio de algunos fallos de la Corte de Casación de Francia. Indagación que se justifica por cuanto advertimos que en ocasiones se cita como paradigma el caso Nikon del año 2001, no obstante que la jurisprudencia francesa registra alguna evolución en relación a la llamada *cybersurveillance du salarié* (vigilancia cibernética del trabajador), uno de cuyos aspectos abarca vigilancia de la mensajería electrónica, así como de los archivos, carpetas y otros incluidos en el ordenador del trabajador. Luego del recuento, haremos algunos comentarios sobre los fallos del Tribunal Constitucional peruano en relación a la misma materia.

## II. INTERESES EN CONFLICTO

---

La presencia de espacios de vida privada durante la jornada de trabajo es la que verdaderamente garantiza al trabajador dignidad y libertad. “La vida privada está en el corazón de la libertad” afirma Herrero Tejeda, y aunque el hombre que labore de acuerdo con la ley no tenga nada que esconder, ningún hombre es un robot y las fábricas no pueden ser “de cristal”<sup>(2)</sup>. El pudor, la discreción, la dignidad y la libertad del trabajador exigen la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto este haga de manera privada en su centro de trabajo.

Pero por su parte, el empleador desea que el trabajador aproveche de forma eficiente y productiva las horas por las cuales abona una remuneración, y asimismo, que los recursos que pone a su disposición sean correctamente empleados. Este interés empresarial ha de traducirse en algún tipo de fiscalización, punto que no podría ponerse en duda, ya que el poder de dirección es imprescindible para la buena marcha de la empresa, pero deberá ejercerse dentro de un marco de tolerancia y buena fe.

---

(2) HERRERO TEJEDA, Fernando. “La intimidad como derecho fundamental”. Colex, Madrid, p. 19. Dicho autor, citando a Henri Mazeaud, lo plantea de esta manera: “Qué tiene que esconder el hombre que vive de acuerdo con la ley? Si nuestra existencia debe ser transparente, ¿no sería deseable que habitáramos en una casa de cristal? La casa de cristal no es más que un ideal utópico: no podría albergar sino una sociedad de robots”.

De esta manera, puede afirmarse, como lo hace la doctrina francesa, que la vigilancia cibernética o *cybersurveillance du salarié* debe encuadrar bajo dos principios: transparencia –que quiere decir sin clandestinidad– y proporcionalidad. También se emplea el concepto de *loyauté* que sería equivalente a la buena fe.

### III. LOS FALLOS DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA

---

Nikon France contrató al señor Onof en 1991 como ingeniero jefe del departamento de fotografía, habiendo celebrado un acuerdo de confidencialidad que le prohibía divulgar información confidencial. La Corte de Casación en el famoso fallo Nikon, de fecha 2 de octubre de 2001, casó y anuló una sentencia de la Corte de París que había acogido el despido por falta grave del señor Onof, por cuanto este había desarrollado una actividad paralela durante sus horas de trabajo, lo cual el empleador había descubierto consultando en su ordenador su carpeta intitulada “personal”. La Corte de Casación consideró que el trabajador tiene derecho, en el tiempo y lugar de trabajo, al respeto de su intimidad y vida privada, lo cual supone o implica de manera particular, el secreto de la correspondencia, y el empleador no puede, sin violar dicha libertad fundamental, tomar conocimiento de mensajes personales enviados y recibidos por el trabajador gracias a una herramienta informática puesta a su disposición para su trabajo, incluso si el empleador hubiera prohibido la utilización no profesional del ordenador. Para la Corte de Casación francesa, el empleador no puede prohibir toda utilización personal de los medios informáticos. Dicha Corte criticó a la Corte de Apelación de París porque esta había basado su decisión en el contenido de *mensajes* que el empleador descubrió consultando las carpetas “personal” del ordenador del ingeniero Onof y sin la presencia de este. Una parte residual pero irreductible de la libertad y de la vida personal debe subsistir dentro de la empresa, señaló la Corte de Casación.

Con este fallo, el trabajador prácticamente podía hacer uso personal de los equipos: ordenador, conexión a Internet y mensajería. En el fallo Nikon apareció una nota distintiva: los archivos (*fichiers*), carpetas (*dossiers*) y correos electrónicos que indiquen la mención “personal” están sustraídos del poder de control del empleador. El perjuicio para el empleador podría ser enorme, porque de ser efectuada dicha mención, el empleador nada podría hacer, pudiendo el trabajador disimular detrás de la mención “personal” pornografía o hasta información confidencial a la competencia.

Tras varios años se han ido introduciendo diversos matices como, por ejemplo, en el caso de archivos (*fichiers*) la sentencia de 17 de mayo de 2005 donde se señaló que el empleador no puede abrir los archivos incluidos en los *directorios (répertoires) personales* del ordenador en ausencia del trabajador, salvo riesgo demostrado; y, la sentencia de 18 de octubre de 2006, que precisa que los *documentos, archivos y carpetas* así como herramientas (*outils*) en posesión del trabajador en su centro de trabajo se presume que tienen un carácter profesional, salvo que sean identificados como personales, por lo que el empleador puede tener libre acceso a estos. El empleado no puede *encriptar* sus expedientes (*dossiers*) personales sin autorización de su empleador.

En el caso de la *correspondencia electrónica*, se dio la sentencia de la Corte de Casación de 10 de junio de 2008<sup>(3)</sup>, donde se convalidó un mandato que permitió al empleador –a través de un agente de justicia (*huissier de justice*)– acceder a la mensajería personal del trabajador, con base en el artículo 145 del Código de Procedimientos Civiles. El empleador tenía razones legítimas para temer que el trabajador estaba realizando actos de competencia desleal. El respeto a la vida personal del trabajador no puede ser obstáculo para la aplicación de la ley citada desde que el juez constata que la medida responde a un motivo legítimo y es necesaria para proteger los derechos de la parte solicitante. La Corte de Apelación de Rennes estimó que el empleador tenía razones legítimas para temer que el ordenador del trabajador estaba siendo utilizado para favorecer actos de competencia desleal, confiándose al *huissier de justice* obtener copias –en presencia del trabajador o debidamente citado, y en condiciones definidas por la resolución confirmada– de los mensajes intercambiados por el trabajador con aquellas personas identificadas como susceptibles de ser parte de los actos de concurrencia bajo sospecha.

Siete años después del caso Nikon, ocasionó gran “revuelo” la sentencia del 9 de julio de 2008, la cual, para diversos comentaristas, restituye el equilibrio de la balanza ante abusos de los trabajadores, devolviéndole peso a la postestad del empleador de fiscalizar el empleo de sus recursos. Esta causa concierne a un ingeniero, el señor Franck, despedido por la compañía Martin por falta grave. El ingeniero Franck apela la decisión de la Corte de Apelación de Nancy sosteniendo que salvo riesgo o acontecimiento particular, el empleador no puede investigar, sin la presencia o debida notificación al trabajador,

---

(3) <[www.legalis.net](http://www.legalis.net)> Cour de cassation Chambre sociale, Arrêt du 10 juin 2008.

*los sitios de Internet* que hayan sido visitados por este, habiéndose originado dicha revisión de sus conexiones de Internet luego de la inspección del disco duro de su ordenador en ausencia del trabajador. El señor Franck critica a la Corte de Apelación porque para decidir sobre la falta grave, esta se basó en una investigación del disco duro efectuada a espaldas del trabajador, y en una pericia donde tampoco estuvo presente. Pero las alegaciones del señor Franck no prosperaron, porque la Corte de Casación consideró que *las conexiones a Internet* que establezca un trabajador durante el tiempo de trabajo gracias a una herramienta informática puesta a disposición por el empleador para la ejecución de su trabajo *se presumen de carácter profesional*, de tal suerte que el empleador puede investigarlas, a fin de identificarlas *sin la presencia ni advertencia previa* al trabajador.

#### IV. LOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

---

Nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en sus sentencias básicamente el concepto del *secreto de las comunicaciones*, por lo que indicaremos las características básicas de este derecho. Al respecto, el profesor Samuel Abad<sup>(4)</sup> nos enseña lo siguiente:

- Se trata de un derecho fundamental, y como tal, goza de la protección del amparo.
- Los titulares del derecho son las personas físicas o jurídicas que se comunican, oponiéndose a los terceros (es decir, a todos los que no fueron parte del proceso de comunicación), no siendo relevante si el contenido pertenece al campo de lo reservado, íntimo o personal, por lo que el secreto comprende toda comunicación, con independencia de su contenido.
- De las diferentes formas que existe en el Derecho Comparado para regular este, una de ellas es la exigencia de mandato motivado del juez para levantar el secreto o tesis del “monopolio judicial” de las intervenciones o “garantía de judicialidad”. Esta es la opción de nuestra Constitución (artículo 2 inciso 10).

---

(4) ABAD YUPANQUI, Samuel. “El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial”. En: *Revista Pensamiento Constitucional*, PUCP, 2012, pp. 11-29.

- La intervención judicial está plasmada en el artículo 227 del Código Procesal Penal y en el artículo 3 de la Ley N° 27697, en el marco de investigaciones de orden penal.
- La intervención de las comunicaciones al margen de lo previsto por la Constitución es un delito (artículos 161 a 164 del Código Penal); y, los datos que hayan podido obtenerse con violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, carecerán de valor probatorio por mandato de la norma constitucional citada.
- La observación es diferente de la intervención, según algunos autores. La última permite tomar conocimiento del contenido, mientras que la observación constata “qué, “cuándo” y “entre quiénes”.

Dentro de este marco constitucional y legal, nuestro Tribunal Constitucional expidió cuatro sentencias relacionadas al secreto de las comunicaciones en el seno de las relaciones laborales, las cuales comentamos brevemente.

Así, en el caso Serpost<sup>(5)</sup> señala que la pregunta fundamental es si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera razonable. Para el Tribunal, aunque la empresa otorgue facilidades técnicas o informáticas para desempeñar funciones laborales, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental, no puede asumirse que estas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, debiendo respetarse las limitaciones y garantías constitucionales. Aunque pueda alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos pertenecen a la empresa en la que el trabajador labora, ello no significa que aquella pueda arrogarse de manera *exclusiva y excluyente* la titularidad de tales comunicaciones y documentos.

Lo que el empleador revisó en el caso Serpost fueron correos electrónicos en la bandeja del destinatario, el señor Javier Arévalo, los cuales le habrían sido enviados por el trabajador despedido, el señor García, jefe de auditoría

---

(5) Sentencia de 18 de agosto de 2004, Exp. N°1058-2004-AA/TC, acción de amparo iniciada por el señor Rafael Francisco García Mendoza contra Serpost S.A. –Servicios Postales del Perú S.A.

interna de la entidad demandada, y que según lo encontrado por el subgerente de Recursos Humanos, el señor Roger Zagaceta, y constatado por notario público, eran correos con contenido pornográfico. El razonamiento del Tribunal Constitucional es que el único destinatario de esos correos era el señor Javier Arévalo, y entonces, pese a que han sido enviados y recibidos desde y hacia cuentas de correo institucional, no puede el señor Zagaceta del área de Recursos Humanos, sin previo mandato judicial, abrir y revisar tales mensajes, pese a que él accedió a dichos correos porque la computadora que antes empleaba el señor Arévalo le fue asignada, sin que este último haya tenido el cuidado de remover o eliminar los *e-mails* de contenido pornográfico, por lo que fue uno de los titulares del secreto de las comunicaciones quien podría haber abierto estos al conocimiento de terceros, y más específicamente, al del nuevo usuario.

Nuestro Tribunal Constitucional en el caso *Serpost* ha establecido que siendo inobjetable que el empleador tiene la facultad de fiscalizar el cumplimiento de obligaciones y, llegado el caso, hacer uso de su poder disciplinario, debe respetar primero las propias limitaciones establecidas en la Constitución –léase el “monopolio de judicialidad”– y segundo, implementar mecanismos razonables que permitan cumplir los objetivos laborales:

*“Si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustraerse con su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley (...)”<sup>(6)</sup>.*

Autores como Jorge Larrea comentan el caso *Serpost* indicando que los fundamentos 17, 18 y 21 este caso atañe *solo* a las empresas que carecen de políticas y reglamentos notificados al empleado, porque si bajo documentos

---

(6) Numeral 21 de la sentencia del caso *Serpost*, sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de agosto de 2004, Expediente N° 1058-2004-AA/TC.

fehacientes el empleado ha sido alertado que está prohibido el uso del ordenador para fines no laborales, dicho ordenador es una herramienta de trabajo y no puede ser utilizada como medio de comunicación personal, sino de acuerdo a las normas que le hayan sido informadas, y tampoco puede el empleado tener expectativa de reserva<sup>(7)</sup>. Jorge Larrea subraya que desde su punto de vista:

*“... NO existe el mal llamado ‘derecho’ a un ‘uso social’ de la herramienta de trabajo correo electrónico –ni de ninguna otra– por parte de los trabajadores. (...) [El trabajador] se está comprometiendo a no dar un uso personal (y por lo tanto no adecuado) a una herramienta de trabajo, pudiendo válidamente sostener comunicaciones privada a su costo, por sus propios medios y fuera del horario y/o el centro de trabajo”.*

Sin embargo, el caso Nikon fue entendido por los franceses como una reivindicación de la libertad personal o la vida privada, dentro del seno de la empresa, por lo que también sería contraria al referente Nikon una prohibición absoluta. Por lo tanto, aunque el ordenador, el Internet y otros dispositivos sean herramientas de trabajo, generará una inevitable tensión el hecho de que sean susceptibles de un uso personal. Ciertamente, deben servir a la finalidad y destino que señale el empleador, pudiendo este normar –bajo principios de transparencia, proporcionalidad y buena fe que comentamos al inicio– su uso por los trabajadores y los medios de vigilancia del empleador.

En la misma línea de la sentencia del caso Serpost, en la demanda contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna<sup>(8)</sup>, nuevamente se subrayó que si el empleador quería determinar si el trabajador utilizó el correo electrónico de forma desproporcionada en horas de trabajo para fines distintos de los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era

---

(7) A decir del autor citado: “Los criterios establecidos por nuestro TC en los fundamentos 17, 18 y 21 de esta sentencia deberían aplicarse solo a los casos de similares características, en los que el empleador no haya tenido en cuenta las pautas por nosotros antes señaladas y, en consecuencia, haya negligentemente permitido que sus trabajadores tengan una razonable expectativa de privacidad sobre el uso que le vienen dando a sus e-mails. Por ello, la exigencia que se hace en el fundamento 21 sobre iniciar un procedimiento judicial para poder acceder al e-mail asignado al trabajador debería considerarse únicamente aplicable a aquellos casos en los que –al igual que en el expediente– no existía una clara prohibición sobre el uso de las TIC en la empresa y por tanto podría haberse generado una razonable expectativa de privacidad en el trabajador”. LARREA DE ROSSI, Jorge. “Re-leyendo la sentencia del TC sobre el control del email laboral”.

(8) Sentencia de fecha 19 de julio de 2011 del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 04224-2009-PA/TC seguido por Angelina María Huamaní Vargas contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna S.A. (CMAC-Tacna).

iniciando una investigación de tipo judicial, porque tal configuración procedimental es impuesta por la Constitución otorgando las garantías del caso.<sup>(9)</sup> Según la empleadora, la señora Huamaní, encargada de la Jefatura del Órgano de Control Institucional (OCI) de la Caja durante el horario de trabajo habría proporcionado información institucional y no personal al exjefe de dicho órgano (OCI).

Para nuestro Tribunal, el empleador usó para imputar la falta grave correos electrónicos de *cuentas privadas*, pero carecerían de validez, porque se obtuvieron con infracción del procedimiento respectivo, siendo pruebas obtenidas ilícitamente, no pudiendo determinarse en el expediente cómo se han accedido a cuentas privadas de correo electrónico y quién dispuso ello, si bien obra el Oficio del Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Tacna dirigido a la empleadora informándole que se está dando mal uso a los bienes de la Caja Municipal y adjuntando la documentación que sirvió de base para el despido. El Tribunal Constitucional sostiene que se ha violado el secreto de las comunicaciones porque el empleador *tomó conocimiento de información personal del trabajador*, aunque haya ocurrido a través de un oficio del Procurador Público Anticorrupción. El Tribunal no solo declaró fundada la demanda sino que remite los actuados a la Fiscalía Penal, por la posible comisión de un ilícito penal, al no constar ninguna autorización de las personas titulares de las “cuentas personales” (se refiere a cuentas personales hotmail y del servidor mibanco.com.pe).

A continuación comentamos la sentencia de fecha 10 de enero de 2012<sup>(10)</sup> emitida por el Tribunal Constitucional en la demanda de amparo iniciada por Roberto Nieves Albán contra Telefónica Centros de Cobro S.A.C., empresa que puso a disposición del demandante un programa de mensajería instantánea para la comunicación en tiempo real (Net Send) para coordinaciones laborales. El demandante, que era Jefe de la Agencia Zonal de Piura, habría sostenido conversaciones con la señora María Espinoza Chumo, una trabajadora bajo su subordinación, en términos indecorosos, obrando en el expediente las conversaciones, en copias legalizadas.

---

(9) Fundamento N° 16) de la sentencia del caso Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna.

(10) Sentencia de fecha 10 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00114-2011-PA/TC seguido por Roberto Nieves Albán contra Telefónica Cobro S.A.C. Con la misma fecha y bajo el Expediente N° 3599-2010-PA/TC se emite la sentencia en los seguidos por María Milagros Espinoza Chumo de López contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos S.A.C.

Seis magistrados han participado y se ha formado sentencia por la mayoría concurrente de los votos de los siguientes tres de ellos: Mesía Ramírez, Calle Hayen y Eto Cruz, no obstante cada uno emite una sustentación diferente; mientras que, de los tres restantes, dos han votado –también en voto singular– por que se declare infundada la demanda de amparo (Alvarez Miranda y Urviola Hani); y, el tercero (Vergara Gotelli) vota por que se revoque el auto de primera instancia de rechazo liminar y, en consecuencia, que el juez de primera instancia admita la demanda notificando con la misma a la empresa demandada.

Que existan seis votos singulares a raíz de dos casos de *mensajería instantánea* denota que no hay consenso sobre los alcances del derecho del secreto de las comunicaciones; a pesar de ello, buscamos hacer una síntesis.

Sobre el voto de los magistrados Mesía Ramírez, Calle Hayen y Eto Cruz que resuelven en el sentido de amparar la demanda, los dos primeros emiten apreciaciones similares, en cambio, el magistrado Eto Cruz sigue la tesis de Jorge Larrea, como se podrá apreciar del numeral a.2. Es interesante constatar que el magistrado Alvarez Miranda tiene coincidencias con Eto Cruz, en tanto ambos conceptúan que los medios informáticos son una herramienta de trabajo, agregando Eto Cruz como parte central del debate la posible expectativa de privacidad del trabajador. El voto del magistrado Urviola Hani es muy directo, y se acerca al voto del magistrado Alvarez Miranda: se ha despedido por motivos disciplinarios al demandante, existen diferentes dispositivos del Reglamento interno de trabajo que han sido vulnerados y no se trata de un problema del secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral, porque se entregó una herramienta electrónica de trabajo. El voto del magistrado Vergara Gotelli no será comentado porque no incide en el debate de fondo (expresa que el Tribunal debe limitarse al auto de rechazo liminar, y su voto es por la revocatoria y admitir a trámite la demanda).

A continuación, exponemos los aspectos más saltantes del fallo, así como los puntos de convergencia y discrepancia:

a. **Naturaleza de los medios informáticos puestos a disposición del trabajador**

a.1. **Medio de comunicación**

Para Mesía Ramírez, el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea que proporciona el empleador a sus empleados son *formas de comunicación*, posición que asume el magistrado y que

difiere de otra postura que él mismo reseña como limitada a considerar dichos medios como una simple herramienta de trabajo que puede ser fiscalizada o intervenida sin resolución judicial (Mesía Ramírez, fundamentos N° 5 y 6).

### a.2. Herramienta de trabajo

El magistrado Eto Cruz fundamenta que los recursos informáticos en el centro de trabajo son otorgados con fines esencialmente laborales, por lo que difícilmente puede generarse sobre medios que no son privados sino laborales una expectativa razonable de secreto o confidencialidad. El proceso comunicativo realizado a través del *e-mail* laboral y el chat o mensajero interno, no puede *en principio* considerarse como una comunicación protegida por el secreto de las comunicaciones. No obstante el *hábito social generalizado* de tolerancia con ciertos usos personales moderados de medios informáticos y de comunicación puede crear una expectativa generalizada de confidencialidad. *Por esta razón*, con el objeto de generar predictibilidad en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, es imperioso que el empleador explice por escrito y por los medios de información idóneos su política respecto al uso exclusivamente laboral de los recursos informáticos y de la posibilidad de efectuar controles para verificar el uso adecuado de tales medios (Eto Cruz, fundamentos N° 13 y 14). En dicho contexto, cuando el empleador adopte dichos recaudos no generando ninguna expectativa de secreto o confidencialidad sobre las comunicaciones efectuadas a través de los recursos informáticos de la empresa (*email* laboral y chat o mensajero interno), dichas comunicaciones *no se encontrarán protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas*. En sentido contrario, cuando el empleador *no comunique dichos recaudos*, ni informe al trabajador acerca de la política empresarial de utilización de los recursos informáticos de modo explícito o cuando autorice expresamente el uso de dichos medios para fines personales y garantice un secreto de las comunicaciones, *las referidas comunicaciones se encontrarán protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas*, en cuyo caso es de aplicación la garantía constitucional del artículo 2 inciso 10) de la Constitución que prescribe que solo pueden ser interferidas o abiertas con previa autorización judicial. Sin embargo, para la intervención de las comunicaciones de los trabajadores, cuando la protección de bienes y derechos constitucionales del empleador lo requiera no se ha previsto en la ley ningún procedimiento o garantía,

por lo que el legislador mediante norma general debería regular este aspecto (Eto Cruz, fundamentos 14 a 18).

Por su parte, el magistrado Alvarez Miranda cita y coincide con Eto Cruz en el sentido de que son dos los elementos que configuran una expectativa de confidencialidad: el uso de un medio para realizar una comunicación destinada a una persona en particular o a un grupo cerrado de participantes, y que se realice por medios que objetivamente hagan asumir que la comunicación se mantendrá en secreto. En este escenario, el magistrado Alvarez Miranda considera que no puede entenderse que una sesión de chat a través de la aplicación proporcionada por el empleador –que es una herramienta de trabajo–, haya generado expectativa razonable de confidencialidad en el trabajador, pues este no puede hacer esta inferencia objetiva y razonablemente. Bajo ningún concepto un tercero puede interferir en comunicaciones privadas (ejemplo, MSN Messenger o Skype) sin autorización judicial, y no puede asimilarse mecánicamente el tratamiento de las cuentas privadas a las laborales, las cuales son proporcionadas por el empleador como una herramienta de trabajo (Alvarez Miranda, fundamentos 9 al 14).

Finalmente, el voto del magistrado Urviola Hani es muy claro y explícito: se entregó al demandante una herramienta electrónica de trabajo (mensajero interno) y teniendo el cargo de jefe en la organización de la empleadora, infringió diversos dispositivos del reglamento interno de trabajo, los cuales detalla, dando un uso indebido a las herramientas informáticas puestas a su disposición. Considera errado el criterio del magistrado Eto Cruz para quien en el caso de autos se generó en el trabajador una supuesta expectativa de secreto o confidencialidad de las comunicaciones realizadas por el chat o mensajero interno. Además, conceptúa un error introducir un criterio de enunciar por escrito y medios de información las políticas de uso exclusivamente laboral de los recursos informáticos y de los controles, en tanto fomentaría en el ámbito laboral privado y público el uso indebido de las herramientas informáticas.

**b. Alcance del secreto de comunicaciones**

**b.1. Protección genérica de todo proceso de comunicación**

El empleador está prohibido de conocer el contenido de conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea proporcionada al trabajador o de interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, en

tanto vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. La Constitución protege este derecho en todas sus formas o medios, sea telegráfico, informático, telefónico, entre otros (Mesía Ramírez, fundamento N° 7).

Se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación (aprendido de la comunicación) como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado sin autorización para ello. El secreto de las comunicaciones comprende a la comunicación misma, cual fuere su contenido, y pertenezca o no al ámbito de lo personal, íntimo o reservado (Calle Hayen, fundamento N° 3; y Eto Cruz, fundamento N° 8, primer y último párrafo).

El secreto de las comunicaciones protege *cualquier comunicación o proceso comunicativo* realizado a través de un medio técnico, al margen del contenido inserto en la comunicación, porque protege el proceso de comunicación en sí y la expectativa de confidencialidad cuando una persona utiliza para comunicarse un medio técnico. El secreto de las comunicaciones se ve vulnerado si se efectúa intervención o interferencia por terceros en el proceso comunicativo (Eto Cruz, fundamento N° 8). Este derecho fundamental está protegido por tratados internacionales de derechos humanos, nace de la necesidad de proveer a la persona de un ámbito de privacidad, por lo que se afirma que el secreto de las comunicaciones es instrumental al más genérico derecho a la vida privada (Eto Cruz, fundamentos N° 6 y 7).

### **b.2. Protección específica**

El magistrado Eto Cruz hace notar que en el caso concreto *no figura en el reglamento interno de trabajo* de la empresa ninguna alusión al uso de tecnologías de información por los trabajadores, ni las formas de utilización, la capacidad de fiscalización, ni menos las sanciones por uso indebido. Dicha *ausencia de información previa* generó en el trabajador una expectativa de secreto o confidencialidad de las comunicaciones realizadas por el chat o mensajero interno de la empresa. En dicho contexto, las comunicaciones estaban protegidas por el derecho constitucional y su intervención solo podía efectuarse por mandato motivado del juez (Eto Cruz, fundamento N° 24).

### **b.3. Fuera del alcance de la protección constitucional:**

Para el magistrado Alvarez Miranda, la demanda es infundada, ya que si el empleador entrega una herramienta informática ello obedece a fines

relacionados al trabajo encomendado, no para asuntos privados, más aún si el propio Reglamento interno de trabajo estipulaba como obligación del trabajador “cuidar (...) los equipos facilitados para el cumplimiento de sus funciones, no pudiendo darle distinto uso al señalado al momento de la asignación”. No puede entonces entenderse que exista expectativa de secreto o confidencialidad de las comunicaciones efectuadas por chat o mensajero interno de la empresa, y un uso irregular de los bienes del empleador o quebrantando sus directivas es contrario a la buena fe y susceptible de ser sancionado respetando los derechos fundamentales del trabajador, como ha ocurrido en este caso.

Para el magistrado Urviola Hani, es igualmente infundada la demanda, ya que la controversia no versa sobre un problema del secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral, no siendo pertinente ello para resolver el caso. Se trata de un despido laboral por uso indebido de una herramienta electrónica de trabajo (Urviola Hani, fundamento N° 1). El demandante tenía calidad de jefe de agencia, como jefe inmediato está obligado a velar por el cumplimiento del reglamento interno de trabajo según el artículo 3 de este, así como también estaba en obligación de guardar respeto y consideración a sus jefes y compañeros de trabajo, manteniendo relaciones armoniosas. El artículo 18 del Reglamento le prohíbe atender asuntos ajenos o particulares dentro de la jornada laboral, y el artículo 14 le obliga a usar los equipos facilitados para el cumplimiento de sus funciones, no pudiendo darle uso distinto al previsto (Urviola Hani, fundamentos N° 5 y 6).

**c. Ineficacia de las pruebas**

Las pruebas que justifican y sustentan el despido son pruebas ilícitas (Mesía Ramírez, fundamento N° 8). Las conversaciones presentadas como prueba para imputar la falta grave carecen de validez si se obtienen vulnerando el procedimiento respectivo, esto es, ilícitamente (Calle Hayen, fundamento N° 8).

La prueba obtenida para el despido carece de efecto legal, siendo nulo el despido, porque las comunicaciones estaban protegidas por el derecho a las comunicaciones bajo el contexto que la interceptación de la comunicación se efectúa en una compañía que no tomó recaudos de información, que no informó al trabajador de la interceptación de la comunicación del mensajero o chat de la empresa, ni la razón por la que se efectuaba, ni menos se hizo en presencia de este, no otorgándose

garantía de que las comunicaciones adjuntadas a la carta de preaviso de despido hubieran sido realizadas por el trabajador (Eto Cruz, fundamento N° 24).

**d. Reserva de judicialidad y de ley**

El derecho no es absoluto, pero la intervención o interceptación es garantizada, puede ser dispuesta por mandato judicial con las garantías de ley. No solo las causas, sino también las garantías deben regularse en la ley para delimitar el poder discrecional del juez al momento de autorizar una intervención (Calle Hayen, fundamento N° 4). Conforme a otras sentencias del Tribunal Constitucional (STCS N° 1058-2004-PA/TC y N° 04224-2009-AA/TC) el empleador goza de facultades si el trabajador incumple obligaciones, pero no puede limitarse los derechos constitucionales de los trabajadores; por lo que el empleador debió iniciar un procedimiento de tipo judicial, único mecanismo procedimental impuesto por la Constitución, con las garantías del caso (Calle Hayen, fundamento N° 7).

**V. COMENTARIO FINAL**

---

Encontramos un aparente primer encuentro del caso Serpost con el referente Nikon, en tanto que en el último se determinó que incluso si hubiere expresamente prohibición de la utilización no profesional del ordenador, existe una parte irreductible de la libertad y de la vida personal que subsiste dentro de la empresa, por lo que el empleador no puede tomar conocimiento *de la mensajería personal* del trabajador, sin violar su libertad fundamental a la intimidad y a la vida privada. En el caso Nikon resultaba claro que los mensajes que el empleador examinó eran *personales* por cuanto estaban dentro de la respectiva carpeta “personal” del trabajador.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano efectúa, en realidad, una generalización mucho mayor que la que reguló el caso *Nikon*. Para el Tribunal francés, el empleador no puede acceder a mensajes bajo clasificación de “personal”, y a partir de los fallos posteriores se precisa que el acceso a los últimos será posible cuando exista motivo legítimo y previa autorización judicial. En suma, el empleador francés tiene acceso a toda la información que no tenga la clasificación de “personal”, salvo que sea notoriamente personal. En cambio, se infiere de varias sentencias (caso Serpost y caso Caja) y de varios votos singulares de nuestro Tribunal (Mesía Ramírez, Calle Hayen) que

*toda la mensajería o correspondencia* del trabajador, incluso aquella que el empleado envía o recibe por medio de su cuenta de correo empresarial, está sujeta al secreto de comunicaciones, por cuanto el ordenador es además de una herramienta de trabajo, un medio de comunicación, por lo que está en juego un derecho fundamental, donde deberá recurrirse a un procedimiento judicial como único mecanismo que puede levantar la *reserva* de las comunicaciones según nuestra Constitución.

La Corte de Casación de Francia distingue y efectúa matices para los *archivos, carpetas, conexiones a Internet y mensajería electrónica*. Tratándose de los dos primeros, el empleador puede normalmente acceder a ellos, salvo que por el trabajador hayan sido catalogados como “personales”. Si el trabajador les hubiere asignado dicha calidad o si fueren notoriamente tales, el empleador no puede abrirlos en ausencia del trabajador, salvo en caso de riesgo probado. En el caso de las conexiones a Internet, no existen restricciones para tomar conocimiento de las estas. Finalmente, en el caso de la *mensajería electrónica*, el empleador dispone de un derecho de controlar y acceder a los correos profesionales, pero no podrá tomar conocimiento de las informaciones contenidas en un *e-mail* personal salvo acuerdo del trabajador o en caso de motivo grave o legítimo. En el último supuesto, se accederá a la mensajería electrónica personal de un trabajador en presencia de un agente de justicia y con la presencia o debida citación del trabajador, sustentada en un motivo grave o legítimo, como ocurrió en el caso que originó la sentencia del 10 de junio de 2008, donde la empresa sospechaba de la competencia desleal del empleado.

La mensajería electrónica está relacionada con el secreto de las comunicaciones. Sin embargo, no puede olvidarse que las cuentas de correo electrónico que otorga la empresa están destinadas a un uso esencialmente profesional. Y tanto o más que un proceso de comunicación, aquellas contienen el diario quehacer laboral o producción institucional, por cuanto las cotizaciones, informes, respuestas y documentos no se envían más por cartas ni documentos escritos o formales. Por lo tanto, es interesante la asunción que efectúa la Corte de Casación francesa, en el sentido de poner fuerte énfasis en la presunción de uso profesional, siendo el trabajador quien deba soportar la carga de señalar el posible uso personal que da a las herramientas que le han sido facilitadas, rotulando y clasificando como “personales” sus archivos y correspondencia, bajo las políticas y prácticas permitidas en el centro de trabajo. Es llamativo que los casos Serpost (2004), Caja (2009) y Telefónica Centros de Cobro (2011) conciernan a tres jefes que aparentemente no hacían un uso debido de las herramientas informáticas puestas a su disposición, mas todos fueron

repuestos, en parte por infracciones al debido proceso, pero también, en buena medida, por la carencia normas y procedimientos claros, ante lo cual esperamos que nuestro Tribunal Constitucional se esfuerce por trabajar de forma más integrada, ante el desconcierto que ocasionan sus dos últimos pronunciamientos sobre el secreto de correspondencia en el seno de las relaciones laborales con seis votos singulares.