

VIDEOVIGILANCIA COMO FUENTE DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL: REFLEXIÓN ACERCA DE SU ADMISIÓN PROBATORIA

MARIA STEPHANY SOTO ZEVALLOS

Juez de Paz Letrado Laboral de la Corte Superior
de Justicia de Lima Este

*-Yo les entiendo, ¿nunca has querido que alguien te mire?
-Que te miren, vale, pero que te espíen es muy distinto.
-A mí no me parece tan distinto –dijo el chico–.*

Belén Gopegui

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el mundo del trabajo están teniendo lugar profundas transformaciones, a raíz de la innovación tecnológica, la evolución demográfica, el cambio climático y la mundialización; y en merito a ello la OIT ha señalado que el futuro del trabajo debe estar centrado en el ser humano, sobre todo en el respeto de su dignidad y de sus derechos fundamentales.

Si bien el avance constante de la tecnología aporta beneficios por una parte, pero por otra implica necesariamente una masiva vulneración de derechos fundamentales¹, como: el secreto de las comunicaciones, inviolabilidad de domicilio, derechos a la intimidad, protección de datos, entre otros, justificándose aquella en la tan anhelada “seguridad ciudadana”; afectación que no solo se materializaría en el espacio público sino también en el privado, incluido el lugar donde se desarrolla las actividades laborales so pretexto del poder de dirección del empleador.

Esto último - vigilancia laboral - conocido desde hace varios quinquenios, ha generado la publicación de novelas, series y películas, siendo “La Mano Invisible” (2011)² de Isaac Rosa, la que desencadenó un constante

1 Los nuevos modos telemáticos de comunicación tienen un doble efecto, señalado hasta la saciedad: otorgan libertad a los ciudadanos por un lado, y se la quitan por otro. “Vivir en un entorno de información”, escribe Derrick de Kerckhove, “significa al menos dos cosas. La primera, que todos nos estamos convirtiendo en faros de información. La segunda, que es tanto lo que puede saberse y lo que puede hacerse público, que no hay lugar donde esconderse”.

2 En la novela de Rosa, los protagonistas aceptan trabajar en una nave industrial en la

interrogatorio personal, sobre si en el Perú existe una adecuada respuesta del Derecho Laboral, del Derecho Procesal Laboral, incluida la posición del Juez Laboral, ante la vigilancia de las actividades laborales por parte del empleador.

Bajo dicho contexto, conviene citar lo señalado por Javier de Lucas “*como tantas otras creaciones humanas el Derecho tiene dos caras: De un lado, puede alzarse como barrera para defender a quienes no tienen voz, a los más débiles. Puede ser así un formidable escudo frente a la crueldad, la violencia, la discriminación, la humillación, la dominación. Incluso, una poderosa palanca para poner en pie la autonomía, la emancipación: La mayor libertad e igualdad de todos los seres humanos. Pero la historia nos enseña que muchas otras veces el derecho ha sido y es utilizado sobre todo como espada que impone la dominación y la desigualdad: no sólo por parte del Estado, que dice ostentar su monopolio, sino por parte de los poderes que disputan eficazmente al Estado la dominación*”³. A criterio de la suscrita, uno de esos poderes es el que ejerce el empleador dentro de la relación laboral, al tratarse de una relación vertical con dimensión social; poder que el legislador peruano, como se verá más adelante, no ha sido capaz de limitar y/o regular eficazmente, dejando aquello al arbitrio de los empleadores y, como forma de contención, en manos de los Tribunales de Justicia Laboral.

BASES SUSTANCIALES Y RACIONALES:

Planteado el problema, debemos precisar que el presente texto ofrecerá algunas reflexiones preliminares sobre la admisibilidad de la evidencia obtenida mediante videovigilancia para el control de la actividad del

que saben que van a ser observados, e incluso grabados trabajando. Ignorantes acerca de si su actividad forma parte de algún tipo de experimento, obra de arte o fenómeno puntual, todos los diversos trabajadores tienen una especial relación con el hecho de ser mirados. Los trabajadores son vigilados por un informático, que diseña un programa para controlar a distancia el rendimiento laboral de las personas; el nombre del programa, es “Panoptic”

- 3 DE LUCAS, JAVIER (18.02.2020) “El Derecho, contra los Derechos”. España. Diario LEVANTE, el Mercantil Valenciano. <https://www.levante-emv.com/opinion/2020/02/18/derecho-derechos/1979598.html>

trabajador (capacidad y/o conducta), desde una perspectiva garantista del “deber ser” procesal laboral, sin pretender agotar un tema tan vasto y de tan extrema complejidad.

La hipótesis principal que tratare de probar sostiene que la única forma legítima, en un Estado Social de Derecho, para realizar la tarea de control de la actividad laboral del trabajador, mediante el uso de la videovigilancia, como fundamento para la aplicación de sanción disciplinaria, es el respeto irrestricto del derecho fundamental de aquel (protección de datos personales relacionados con su intimidad y dignidad), cuyo incumplimiento la traduce en inconstitucional, por lo que la evidencia que pueda proporcionar no será lícita.

La averiguación del incumplimiento de las obligaciones laborales, relacionadas a la capacidad y/o conducta del trabajador, no puede ser obtenida a cualquier precio – soslayando el consentimiento del trabajador para el uso de nueva tecnología de la información y comunicación (en adelante NTIC) en el control de su actividad laboral y/o el deber de información, previo y preciso; así como el criterio de necesidad de su utilización en la ejecución de la relación laboral -. Hacerlo, por un lado, probablemente generaría la introducción de una verdad en el procedimiento disciplinario y proceso laboral - ¿Se dudaría de las imágenes captadas por un sistema de video cerrado o abierto? Aunque reservo mi opinión sobre el grado de su fiabilidad para su análisis en otro trabajo -; pero, por otro lado, se trataría de una verdad (considerando fiable la fuente) que deslegitima el fundamento propio de un Estado Social de Derecho, debido a que en una democracia constitucional legítima no todo vale⁴.

Si bien en un Estado de Derecho como forma de regulación de las sociedades contemporáneas, legaliza el ejercicio del poder de dirección empresarial. Esta legalización pretende la consecución de dos fines principales:

- a) garantizar la libertad de empresa, y,

4 **Constitución Política del Perú.**

Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

- b) garantizar que no se vulnere los derechos fundamentales del trabajador-ciudadano y del ciudadano-trabajador.

Bajo dicho contexto, sentamos las bases sustanciales y racionales que servirán de derrotero en el presente trabajo:

1. El empleador solo puede utilizar la videovigilancia laboral como forma de control y supervisión de la conducta y/o capacidad del trabajador, cuando medie consentimiento y/o información individual previa sobre su finalidad, salvo que aquella se encuentre relacionada con los fines legítimos taxativamente señalados en la Directiva N.º 01-2020/DGTAIPD - punto 7.12-.
2. La relación laboral debe respetar el carácter irrenunciable de los derechos constitucionales, y no debe limitar el ejercicio de los mismos - dentro de los cuales se encuentra el derecho a la protección de datos personales - en el uso de la videovigilancia como forma de control de la actividad laboral del trabajador.

Para la comprensión de lo planteado, hablaremos sobre el impacto de las NTIC en el ámbito laboral, como facilitadora de la facultad de fiscalización del empleador, diferenciando el control de la actividad y el control de la productividad del trabajador. Luego de ello se abordará el tema central en el ámbito pre procesal y procesal; respecto al primero sobre la regulación de la videovigilancia laboral, y, en relación al segundo, sobre la regulación de admisión de pruebas y la necesidad de recurrir al principio de proporcionalidad a efectos de verificar la constitucionalidad de la videovigilancia como fuente de prueba.

IMPACTO DE LA NUEVA TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (NTIC) EN EL ÁMBITO LABORAL

Expuesto lo anterior, resulta necesario dar una mirada global a toda aquella NTIC que se encuentra vigente en el tiempo y que impacta en el ámbito laboral, a efectos de reforzar de que el contenido esencial del derecho a la protección de datos del trabajador, relacionado con su derecho a la intimidad y su derecho a la dignidad, se encuentra circunscrito al

deber de información del empleador y/o consentimiento del trabajador; cuya vulneración conllevaría a que en el proceso laboral se invalide la sanción impuesta al trabajador que se sustente en evidencia cuya fuente es una NTIC.

La NTIC ha revolucionado el mundo laboral, lo que ha generado la aparición de nuevas formas de contratación, gestión y organización; que por un lado benefician tanto al empleador como al trabajador, cuando el primero ve reducidos sus costes de producción, y el segundo disfruta de mejores condiciones a la hora de conciliar su vida profesional con la personal; y, por otro puede tornarse perverso, al no encontrar un justo equilibrio ni en la legislación y la jurisprudencia, al punto de vulnerar los derechos fundamentales del trabajador, como la protección de datos personales (estrechamente vinculado con la intimidad y dignidad del trabajador).

Si bien el futuro del empleo no puede concebirse sin la influencia de la tecnología, pues así lo ha reconocido la OIT en la “Declaración del Centenario para el Futuro del Trabajo”, donde señala que *ésta debe orientar sus esfuerzos a: (...); aprovechar todo el potencial del progreso tecnológico y el crecimiento de la productividad, inclusive mediante el diálogo social, para lograr trabajo decente y desarrollo sostenible y asegurar así la dignidad, la realización personal y una distribución equitativa para todos; (...)*; también cierto es que la citada influencia debe generar *condiciones de trabajo seguras y saludables pues son fundamentales para el trabajo decente.*

En este último sentido la OIT ha exhortado a todos los países miembros *a seguir desarrollando su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, mediante: (...)* B. *El fortalecimiento de las instituciones del trabajo a fin de ofrecer una protección adecuada a todos los trabajadores y la reafirmación de la continua pertinencia de la relación de trabajo como medio para proporcionar seguridad y protección jurídica a los trabajadores, (...). Todos los trabajadores deberían disfrutar de una protección adecuada (...), teniendo en cuenta: i) el respeto de sus derechos fundamentales.*

Siguiendo lo expuesto por la OIT, el uso de la NTIC puede observarse desde dos vertientes, que a nuestra consideración han de ser complementarias:

- a) Como facilitadora de la facultad de fiscalización del empleador;
y
- b) Como generadora de equilibrio entre los derechos y expectativas de privacidad del trabajador, y los intereses del empleador

Como facilitadora de la facultad de fiscalización del empleador.-

Considero que este extremo es donde se genera el conflicto que motivan estas líneas, pues en la actualidad la mayoría de las empresas hacen de todo en nombre de la productividad, y a medida que la tecnología avanza, surgen oportunidades sin precedente para controlar la actividad del trabajador; lo que despierta fundados temores sobre violaciones a los derechos fundamentales de aquellos.

En ese sentido, De Las Casas señala, respecto al uso de la videovigilancia como control de la actividad del trabajador, *“primero, que sea plenamente justificado; en segundo lugar, que no exista otra alternativa de fiscalización y, finalmente, que en principio se ponga en conocimiento de los trabajadores. (...)”*⁵. Ello en razón a que *“las inmensas posibilidades de control que ofrecen las nuevas tecnologías superan con mucho las que ofrecían los tradicionales métodos de supervisión basados en la observación directa por parte del empresario o de la persona en la cual aquel delegara esta facultad”*, toda vez que *“no cabe duda alguna acerca de su utilidad, habida cuenta de la sutileza de su actuación y de su potencial a la hora de recabar datos susceptibles de acreditar el incumplimiento de la prestación del trabajador”*⁶.

Para mejor análisis debemos diferenciar qué se entiende por control de la actividad y por control de la productividad del trabajador, a efectos de identificar donde surge los mayores conflictos.

5 DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, O. Ob. Cit. pp. 70.

6 VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia (2016). Ob. Cit. pp. 06.

El control de la actividad y de la productividad del trabajador.-

Toda productividad del trabajador es entendida como actividad laboral, pero no toda actividad de aquel está relacionada con la productividad. Ejemplo de ello, es el uso que hace el trabajador del correo institucional o corporativo, de la conexión a internet de la empresa, y/o de las redes sociales durante la jornada laboral, que no está relacionada con su productividad u objeto de contrato (me limitaré al primer ejemplo para la exposición de las siguientes ideas)

Estos espacios (actividades del trabajador sin fines productivos) pueden ser objeto de fiscalización utilizando la NTIC; fiscalización que probablemente arribará en alguna sanción disciplinaria, la cual será válida siempre y cuando:

- a) se encuentre justificado el uso de la NTIC;
- b) se haya informado al trabajador sobre la citada forma de control (consentimiento o mera información);
- c) la sanción se derive de una falta previamente tipificada en el reglamento interno de trabajo; y,
- d) se haya garantizado un debido proceso disciplinario.

En ese sentido, Gemma Fabregat MONFORT señala que *“cualquier sistema de control y vigilancia que el empresario puede adoptar en el ejercicio ordinario y regular de la dirección y organización diaria de la empresa, no puede ser comparable, en cuanto a intensidad, concurrencia de indicios o requisitos, a la adopción de esas otras medidas de control y vigilancia que se adoptan de forma extraordinaria, para verificar si son ciertos o no los indicios de incumplimiento de las obligaciones laborales de un concreto trabajador. Este último es un poder fiscalizador que trata de verificar un incumplimiento en concreto, y, en función de este, de la concurrencia de ciertos indicios de ese incumplimiento, se fija una medida de control, de vigilancia en concreto”*⁷.

7 FABREGAT MONFORT, Gemma. (2016). *Nuevas Perspectivas del Poder de Dirección y Control del Empleador*. España. Editorial Bomarzo. p. 21.

Siendo ello así, siguiendo lo señalado: *el poder de control del empleador presenta una doble manifestación* (dos caras de una moneda), *esto es, puede ejercerse desde la normalidad laboral* (control de la productividad del trabajador)⁸ *o con una finalidad fiscalizadora* (control de la actividad del trabajador); precisando que en ambos supuestos no se soslaya el deber de información por parte del empleador, solo se minimiza en uno y se maximiza en otro, hasta el punto de requerir el consentimiento del trabajador.

Dicho esto, nos centraremos en la segunda manifestación: El poder de control del empleador con una finalidad fiscalizadora, que haciendo uso de la NTIC, como la videovigilancia, vulnera derechos fundamentales del trabajador, como la protección de datos personales relacionada con su intimidad y/o dignidad.

En atención a lo anterior, se puede afirmar que de entrada queda permitido al empleador, en mérito a su poder de fiscalización, hacer uso de la NTIC para controlar la actividad del trabajador, existiendo actualmente diferentes formas de control:

- a) Videovigilancia, sistema de monitoreo y captación de imágenes, videos o audios de lugares, personas u objetos.
- b) Sensores en los escritorios que recogen el calor del cuerpo, permitiendo que las organizaciones sepan cuándo los empleados están en un escritorio, y la frecuencia con la que la gente se levante y se mueve
- c) Programas espía que registran todas las páginas web que visita el trabajador y las etiquetan como de trabajo o de ocio;
- d) Sillas de oficina que tienen un sensor pegado a la parte baja del asiento que permite saber el tiempo que esa silla está ocupada y envía la información a una base de datos, así la empresa puede

8 Según FABREGAT, el primer sistema de control y vigilancia es el que puede implantarse en el ejercicio ordinario del poder de dirección del empleador, y simplemente debe tener por finalidad verificar de manera regular y ordinaria que las órdenes normales se cumplen sin incidentes; es decir que la empresa funciona con normalidad. Ob. Cit. pp. 22.

- saber cuántas veces va a al baño el trabajador, si sale a fumar o cuánto tiempo se pasa en la máquina de café;
- e) Tarjetas de identificación con pequeños sensores o identificación con radio frecuencia, que registran desde movimientos e interacciones dentro de la oficina, hasta el tono de conversaciones de los trabajadores;
 - f) Gestión telefónica informatizada, donde los propios programas de productividad miden cuánto tiempo el trabajador pasa al teléfono y si la llamada ha sido por motivos laborales o no;
 - g) Móviles inteligentes o smartphones proporcionados al trabajador, que tienen aplicaciones disponibles (NCard, Aryn, etc...) para controlar el gasto por parte de las empresas y el propio usuario (trabajador), así como la ubicación del trabajador (Geolocalizador);
 - h) Microchips que permiten a los trabajadores abrir puertas de seguridad, iniciar sesión de sus ordenadores y realizar pagos en las máquinas de la compañía. Este microchips puede ser combinado con el GPS del teléfono, lo que permite rastrear la ubicación del implante a toda hora todos los días del año;
 - i) Cascos y sombreros con sensores, que permiten examinar las ondas cerebrales de los trabajadores y detectar fatiga, estrés y emociones como la ira
 - j) Pulseras que rastrean las ubicaciones de los trabajadores en el almacén, implementado por Amazon.

Formas que se traducen en un tipo de vigilancia y que también funcionan como herramientas para evaluar al trabajador en términos del riesgo que podrían representar para la empresa⁹.

9 PHOEBE MOORE, profesora de Economía Política y Tecnología en la Universidad de Leicester en Reino Unido, señala que “un gran objetivo de la recopilación de datos es hacer “predicciones sobre cuánto tiempo permanecerá un empleado en el puesto, lo cual puede influir en la contratación, despido o retención de personal”. Adicional a ello indica que “la recopilación de datos está “cambiando las relaciones de empleo, la forma en que las personas trabajan y cuáles pueden ser las expectativas”.

En este contexto, considero que el juicio de proporcionalidad debe ingresar como pauta para determinar la validez de la sanción aplicada al trabajador, derivado del poder de fiscalización mediante la utilización de videovigilancia, tanto en el ámbito pre procesal (evaluación efectuada por el empleador) como en el procesal (evaluación efectuada por el Juez Laboral); ello en función a la respuesta de estas dos preguntas:

¿Es relevante que se justifique el fin de la utilización de la videovigilancia como forma de control de la actividad del trabajador, para determinar la validez de la sanción disciplinaria impuesta?

¿Es relevante que se informe al trabajador y/o que brinde su consentimiento sobre la utilización de la videovigilancia como forma de control de su actividad, para determinar la validez de la sanción disciplinaria impuesta?

Las cuales se relacionan con la admisibilidad o valoración de la evidencia cuya fuente es la videovigilancia laboral¹⁰.

REGULACIÓN DE LA VIDEOVIGILANCIA LABORAL EN EL PERÚ

Debemos iniciar la respuesta a las preguntas planteadas, hablando sobre la regulación de la videovigilancia en nuestro país.

Hasta antes del 10 de enero del 2020 no existía regulación expresa sobre el uso de la videovigilancia laboral, tan solo circulaba una **Opinión**

10 Al respecto, cabe precisar que el nacimiento de las normas laborales fue producto de la condición de la explotación de la actividad industrial, es decir aquellas surgieron para garantizar derechos de los trabajadores más no para hacer efectiva la producción de los empleadores. La videovigilancia sin justificación razonada puede ser estimada como condición de explotación del siglo XXI. Fiscalizar 8 horas al día la actividad del trabajador puede generar ansiedad, estrés; verificar cuantas veces se levanta de su sitio, cuantas veces habla con sus compañeros, cuantas veces bosteza, etc. Es decir, sería regresar a la era del Taylorismo donde el trabajador tenía la condición de fungible (perfectamente intercambiable por otro, si no cumple las expectativas subjetivas no relacionadas objetivamente al trabajo encomendado: conversa mucho, se distrae con facilidad, etc; puesto que si está vigilado todo el tiempo de su actividad laboral sin justificación razonable, aquel desconocería que aspectos se están monitoreado o controlado)

Consultiva N.º 049-2018-JUS/DGTAIPD de fecha 11 de setiembre del 2018, emitida por la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, donde se afirmó: “**Primero**, *en razón del poder de dirección empresarial el empleador se encuentra facultado a realizar controles y a tomar medidas para vigilar el ejercicio de las actividades laborales a sus trabajadores sin su consentimiento, entre las que puede encontrarse la captación y/o tratamiento de imágenes a través de un sistema de video vigilancia, toda vez que la Ley de Protección de Datos señala que no se requiere consentimiento del titular de datos personales, cuando los datos personales sean necesarios para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte. Segundo*, *que el titular de datos personales quedará informado sobre el tratamiento de sus datos personales captados mediante sistemas de video vigilancia, tan solo con la colocación de carteles informativos. Y, Tercero* que si a través de los sistemas de video vigilancia, el empleador capta algún incumplimiento laboral, es posible que el registro de tal captación pueda ser usado como medio de prueba para imputar faltas de carácter disciplinario a los trabajadores o, de ser el caso, utilizarse para tales fines en un proceso judicial laboral”. Opinión que en su momento sentó las bases de la razón de este trabajo.

Tiempo después, el 10 de enero del 2020, se emitió la Directiva N.º 01-2020-JUS/DGTAIPD “Tratamiento de Datos Personales mediante sistema de videovigilancia”¹¹. Según la cual el empleador se encontraría legitimado para el tratamiento de datos personales del trabajador mediante el uso de videovigilancia, en mérito a su poder de dirección, que incluye el de fiscalización, no requiriendo su consentimiento por aplicación de lo dispuesto en el inciso 5) del artículo 14º de la Ley N.º 29733, debiendo solo informar al trabajador sobre los controles de videovigilancia a través de carteles, y de considerarlo necesario – facultativo - el informar en forma individualizada a cada trabajador. Es decir, mediante la citada Directiva:

11 Resolución Directoral N.º 02-2020-JUS-DGTAIPD de fecha 10 de enero del 2020. Léase la Directiva N.º 01-2020-JUS/DGTAIPD en <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/01/Directiva-N%C2%B0-01-2020-DGTAIPD-1.pdf>.

- a) Se impone al empleador el cumplimiento del deber de información general al trabajador a través del uso de carteles, siendo una excepción (facultativa del empleador) informar al trabajador en forma individualizada. Excepción que ha nuestra consideración debería ser la regla, como mínima forma de garantizar el contenido esencial del derecho a la protección de datos del trabajador.
- b) Se establece como fin legítimo para el control y supervisión de la prestación laboral: la protección de bienes y recursos del empleador¹², la verificación de adopción de medidas de seguridad en el trabajo, y aquellos otros que la legislación laboral y sectorial prevea.
- c) Se establece que la videovigilancia debe cumplir con ser pertinente, adecuada y no excesiva para el cumplimiento de los fines señalados; encontrándose habilitada solo para los espacios indispensable para la satisfacción de las finalidades de control laboral, excluyendo los espacios destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores. Es decir, se establece la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito pre-procesal.
- d) Se permite la captación de videovigilancia con sonido en zonas diferentes a los espacios de descanso o esparcimiento de los trabajadores, cuando resulte relevante el riesgo para la seguridad de las instalaciones, bienes o personas derivadas de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo, respetando el principio de proporcionalidad y finalidad.

Bajo el escenario planteado por la propia norma, se legaliza a la videovigilancia - con y sin sonido – como fuente de prueba, tanto en un procedimiento disciplinario como en el proceso laboral. Ante esto también

12 Los recursos empresariales son la esencia misma de toda corporación, engloban desde los recursos materiales, tangibles y agotables, hasta aquellos de difícil percepción como el valor de marca o la productividad de los colaboradores. Se puede hablar de recursos materiales, recursos financieros, recursos trabajo y recursos intangibles. Para mayor detalle se puede ver <https://www.sinnaps.com/blog-gestion-proyectos/recursos-empresariales>

nos preguntamos ¿toda evidencia que derive de la videovigilancia laboral será lícita? ¿en qué supuestos o escenarios la videovigilancia laboral se torna en inconstitucional, afectando su posición como fuente de prueba lícita? Para tratar estas interrogantes debemos transcurrir sobre la admisibilidad probatoria en el proceso laboral y su posibilidad de exclusión de prueba aplicando el juicio de proporcionalidad.

Criterio de admisibilidad probatoria.- En principio, en todo Proceso Laboral, el Juez debe admitir la prueba relacionada con los hechos necesitados de actuación probatoria, cuya característica principal ha de ser la relevancia; la cual, una vez admitida, puede ser objeto de cuestionamiento procesal por cualquiera de las partes. Es decir la admisión probatoria de toda evidencia – lícita o ilícita - es entendida como regla general, pues cualquier cuestionamiento procesal sobre su admisión se presenta en etapa posterior; incluso, habiéndose cuestionado la prueba admitida, ésta debe ser actuada por el Juez Laboral, quien al momento de “valorar la prueba” (sentencia) decide sobre las cuestiones probatorias y cualquier otra articulación procesal.

Este criterio guarda relación con el sistema de libre valoración de la prueba que circunscribe al Proceso Civil, y por aplicación supletoria al Proceso Laboral; ello en razón a lo dispuesto en forma concordada por los siguientes artículos 188°, 190°, 191° y 197° del Código Procesal Civil, que respectivamente señalan: *“Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez”*; *“Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”*; *“Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el Artículo 188”*; y, *“Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. (...)”*. Los cuales complementan lo dispuesto en el artículo 46° de la Ley Procesal Laboral, señalada en el cuadro adjunto.

Bajo dicho contexto, se puede afirmar que en el proceso civil como en el laboral no se ha regulado a la ilicitud como causal de inadmisibilidad de los medios probatorios; pudiendo dar cuenta de aquella en la etapa de valoración, declarándola ineficaz. Esto último ha sido mal denominado como valoración negativa de la prueba, “diseñada para evitar valorar en el juicio pruebas que, a pesar de haber sido admitidas por el juez, han sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; lo cual no es otra cosa que una forma rebuscada de exclusión de la prueba ilícita”. Al respecto, según lo expone CORTÉS-MONROY FERNÁNDEZ, aplicar correctamente la citada valoración “parte de modificar la proposición fáctica objeto de la actividad probatoria: ya no se trataría de probar la ocurrencia de los hechos operativos de la norma jurídica, sino de probar los hechos constitutivos de la infracción de derechos fundamentales”¹³, sólo así podría valorarse la prueba actuada, y de ser el caso declararla ineficaz;

Citado lo anterior ¿el juez laboral, de oficio, podría declarar inadmisibile una prueba, si advierte que para su obtención se ha vulnerado un derecho fundamental? En teoría, como consecuencia de lo establecido en el artículo III del Título Preliminar de la Ley Procesal Laboral y aunado a lo señalado por el Tribunal Constitucional - caso Quimper –, pese a la inexistencia de regulación procesal específica sobre este extremo, sí podría hacerlo en mérito a su rol protagónico¹⁴; empero considero que su ejecu-

13 CORTÉS-MONROY FERNÁNDEZ, Jorge. (2018). “La Valoración negativa como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”. Revista Ius Et Praxis N.º 24. Universidad del Talca. Chile. pp. 661-692. <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/13802.pdf>. Para el autor esta forma rebuscada de exclusión de la prueba ilícita “desvirtúa la valoración de la prueba, puesto que ya no constituiría la actividad del Juez con el objeto de determinar el grado de apoyo o refutación que un determinado conjunto probatorio otorga a las hipótesis jurídicamente relevantes, sino que incluiría el examen de diversas cuestiones que harían que las pruebas fueran indeseables. Y, sin embargo, esta posición ignora que lo único intrínseco a las mismas pruebas que puede ser valorado es precisamente el grado en que corroboran o refutan las proposiciones fácticas. En efecto, cuando el tribunal valora negativamente una prueba ilícita no está valorando una característica intrínseca a la prueba, sino el medio a través del cual fue obtenida”

14 Artículo III de la Ley Procesal Laboral.- En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable

ción requiere de pasos previos, pues “advertir” ilicitud, sin que ninguna de las partes lo invoque, implica moverse en un espacio de sospecha. En ese sentido, en primer lugar deberá informar a las partes sobre aquella sospecha; en segundo lugar, requerir mayor información sobre el cómo, dónde y cuándo de la obtención de la evidencia – en este caso de las imágenes y/o sonidos captados por el uso de videovigilancia en el centro laboral –; y, en tercer lugar, que no por último deja de ser importante, conceder el derecho a réplica a cada una de las partes. Luego de ello emitir el pronunciamiento sobre la admisibilidad o inadmisibilidad.

¿Resulta necesario que se regule taxativamente a la licitud como requisito de admisibilidad de la prueba aportada por la partes? Considero que no, pues el Juez Laboral no sólo debe circunscribirse a verificar la relevancia de la prueba aportada sino también la licitud de la misma; esto guarda coherencia con lo establecido por el Tribunal Constitucional – caso Quimper –, pues no sería compatible la regla de admisión de toda evidencia relevante (lícita o ilícita), con el reconocimiento a la prueba ilícita como derecho fundamental, que forma parte del derecho al debido proceso¹⁵; lo cual tampoco afecta al sistema de libre valoración probatoria. Lo que sí considero es que debe existir un procedimiento previo, cuando se advierte indicios de ilicitud en la prueba aportada, a efectos de cumplir con lo señalado en el párrafo anterior.

a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. (...). Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. (...)

- 15 PASSANANTE, Lucca (2019). Ponencia “Prueba Ilícita en el proceso civil: perfiles generales”, realizada en la Universidad de Girona. Véase en <https://www.youtube.com/watch?v=lc8PhO6gIFw>. señaló que “si tenemos un derecho constitucional a la prueba, la prueba ilícita debe ser admitida si es relevante siempre y cuando no haya regulación de exclusión de prueba ilícita. No hay problema de admisión sino de prohibición”. “Una regla de exclusión probatoria en dicho escenario es contra epistémica, al limitar el descubrimiento de la verdad de los hechos que fundan el derecho sustantivo tutelado en el proceso civil, en beneficio de otros derechos sustantivos que están afuera del proceso”. Lo expuesto justifica la regla de admisión de toda evidencia relevante, incluso la referida a prueba ilícita, pues parte de su no reconocimiento como derecho fundamental. Circunstancia diferente al caso peruano.

Prueba ilícita como garantía constitucional.- Si se considera a la Constitución como el cuarto elemento del Estado, entonces podemos afirmar que aquella sirve o debería servir para resguardar la utopía o el desarrollo de la Paz en una Comunidad. Este sería, en primer lugar, el fundamento constitucional de la prueba ilícita, máxime si en el artículo 44° de la Constitución Política del Perú se establece como deber del Estado “(...) *garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...), y promover el bienestar general que se fundamenta en la Justicia (...)*”.

El segundo lugar estará circunscrito al hecho de que tanto la Constitución y los Instrumentos internacionales sobre los Derechos Humanos son la única fuente de la que emana el Derecho, y así lo establece el artículo 3° de la Constitución Política del Perú cuando señala “*la enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios (...) del Estado Democrático del Derecho (...)*”; por lo que válidamente puede afirmarse que la prueba ilícita tiene fundamento constitucional.

El tercer lugar viene dado por lo establecido por el Tribunal Constitucional del Perú – Caso Quimper - “(...), *en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En ese sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud*”. “En este contexto, cabe definir la “prueba prohibida” como la prueba recogida infringiendo normas o principios reconocidos por la Constitución para la protección de los derechos de la personalidad en alguna de sus manifestaciones, como el derecho a la intimidad o a la inviolabilidad de las comunicaciones”¹⁶.

16 ARMENTA DEU, María Teresa. (2011). Ob. Cit. pp. 36. Cabe precisar, según lo expuesto por la autora, que el Perú al igual que Portugal ha considerado a la prueba ilícita dentro

A criterio del Tribunal, la licitud de la prueba es un presupuesto para su admisión al proceso (como también lo son el principio de utilidad, de pertinencia, de idoneidad, etc.); en tal sentido, **la prueba prohibida no debería ser admitida al proceso por el Juez y, si lo fue, debería ser excluida estando el Juez prohibido de extraer argumentos y consideraciones de prueba de la misma.** En conclusión, según el Tribunal Constitucional la prueba prohibida es un derecho fundamental y, además, una regla de exclusión de la fuente de prueba del proceso.

Cómo se expuesto líneas arriba, en el proceso civil como en el laboral no se ha regulado a la ilicitud como causal de inadmisibilidad o exclusión de la prueba. Sin embargo, se puede afirmar que al ser la prueba ilícita un derecho fundamental reconocido así por el Tribunal Constitucional peruano, puede y debe ser aplicada en cualquier procedimiento y proceso, incluido el laboral; máxime si el principal derecho fundamental que maximiza el derecho a la prueba ilícita es el derecho a un Debido Proceso por un lado, y, por otro lado, garantiza, en el caso concreto, la dignidad del trabajador y el derecho a la protección de datos del trabajador

Si partimos de la premisa de que la exclusión de la prueba ilícita es un derecho constitucional, conforme se ha expuesto en líneas precedentes, tan igual como lo es el derecho a la prueba, y, que no se trata simplemente de una regla procesal infraconstitucional, entonces podría negarse la afirmación de que es contraepistémica, toda vez que se está ante la confluencia de dos derechos constitucionales estrechamente vinculados, donde el primero de ellos (exclusión de la prueba ilícita) determina al segundo (prueba: pertinente, útil y lícita).

En ese sentido, todo derecho a la prueba (admisión o valoración) parte por verificar la licitud de la evidencia cuya incorporación o valoración se

de la categoría de prueba prohibida, sin comprender dentro de aquella a la prueba obtenida violando las formalidades requeridas, que la Constitución Portuguesa de 1976 tiene un sistema normativo propio respecto a las prohibiciones probatorias, circunstancia última que la diferencia de la Constitución Peruana de 1993 puesto que fue el Tribunal Constitucional del Perú – caso Quimper - quien reconoció la categoría de derecho fundamental a la prueba prohibida.

pretende en el proceso judicial; verificación que en el caso concreto está relacionada a determinar si la fuente de prueba – videovigilancia – como medida de intervención del derecho fundamental del trabajador, es constitucional; para tales efectos ha de someterse a la medida dispuesto (videovigilancia laboral) al juicio de proporcionalidad. De ser positiva la respuesta, corresponde la admisión o valoración de la evidencia obtenida de aquella; caso contrario, corresponde su exclusión por ser prueba ilícita.

Considero de suma importancia la aplicación del juicio de proporcionalidad como forma de determinar la admisibilidad o valoración de la prueba ilícita¹⁷; sobre todo si la norma sustantiva determina su aplicación en la etapa pre procesal. Aunado a ello, determinar la exclusión o no de evidencia relevante en cualquier proceso judicial, requiere de una debida justificación razonada, que, por un lado, merme el desconcierto de las partes – según su posición en el proceso -, y, que por otro, les permita comprender el porqué de la decisión¹⁸. Cabe precisar que la citada justi-

17 MAIER, J.B.J. (1999). Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Revista Nuevo Foro Penal N.º 60, pp. 135-143. <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/3900/3171/>. El autor hace referencia a “las prohibiciones de valoración probatoria, extraída de la dogmática alemana, que la divide en dependientes e independientes, según se apoyen o no en la lesión a una prohibición de adquisición de prueba. Las dependientes no presentarían mayores problemas, ya que la prohibición de valoración se deduce automáticamente de la lesión a la prohibición de adquisición establecida en el precepto legal. El problema se plantea en las independientes, pues incluye a las prohibiciones de valoración derivadas de preceptos constitucionales: allí, según la opinión dominante se debe realizar en cada caso una ponderación entre el interés particular vulnerado y el interés estatal en la persecución penal”; fundamentación que para el autor resulta cuestionable “debido a que se deja de lado el dilema ético que plantea el aprovechamiento por parte del Estado del producto de su actividad irregular”. Al respecto, si bien hace referencia al interés estatal en la persecución penal, cierto es que aquello – la ponderación - es posible replicarlo en el ámbito laboral, al haberse justificado que toda relación laboral es de carácter vertical y de dimensión social. Y respecto al dilema ético expuesto, considero que depende del ámbito procesal donde se aplique la prohibición de valoración probatoria, reservando su análisis para los fines de otra investigación, de lo contrario perdería el objeto delimitado en el presente trabajo.

18 ARMENTA DEU, María Teresa (2011). La Prueba Ilícita (un estudio comparado). Segunda Edición. Madrid. (e-book). pp. 13. La autora para la presentación de la primera edición de su libro hizo referencia al film “los jueces de la Ley” para extraer la siguiente frase “alguien ha secuestrado a la justicia y la ha ocultado en la Ley” (frase referida por un

ficación no se aligera en relación al estado procesal en que se determine la exclusión (admisión o valoración).

De otro lado, debe considerarse que el derecho fundamental al debido proceso comprende, además de otros derecho, tanto el derecho a que se excluya la prueba ilícita como el derecho a la prueba. En ese sentido, encontrar el justo medio entre ambos derechos que mejore la posición de las partes en el interior del proceso, podrá obtenerse del resultado de la ponderación de los mismos; ponderación que ha de considerar la influencia de aquellos sobre los otros derechos fundamentales de las partes procesales, específicamente de la parte que invoque o beneficie la exclusión de la prueba ilícita (caso específico: derechos a la protección de datos personales, relacionado con la dignidad e intimidad del trabajador).

Debemos partir por precisar que todo derecho fundamental es un derecho bifronte, pues tiene dos enfoques: operativo porque se dirige tanto contra las autoridades públicas como a los particulares, y proyectivo porque orienta el ordenamiento jurídico. En ese sentido, tenemos:

Respecto al derecho a la prueba.- “El derecho a probar no tiene un carácter ilimitado o absoluto, su contenido esencial se encuentra delimitado por una serie de principios que inspiran el debido proceso y por otros preceptos constitucionales con los que guarda relación de coordinación en el ordenamiento jurídico”¹⁹. Dentro de esos principios, se encuentra el de la licitud de los medios probatorios.

Respecto al derecho a la exclusión de la prueba ilícita.- Conforme se ha expuesto, uno de los principios que delimitan el contenido esencial del derecho a la prueba es el de “la ilicitud” – reconocido como derecho fundamental por el Tribunal Constitucional del Perú -, pero ¿ilicitud en

magistrado ante la regla de exclusión probatoria, aplicada sin ponderación), señalando que dicha frase da cuenta de la situación terrible que en muchos casos desencadena la exclusión de prueba relevante que conduce a la absolución de un culpable, puesto que difícilmente perciben el juego de equilibrio de derechos.

19 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. 1997. “El Derecho Fundamental a probar y su contenido esencial”. Revista Ius Et Veritas N.º 14. pag. 171-185. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15713>.

qué sentido? En el sentido de que la prueba aportada da cuenta de una realidad trastocada²⁰ o en el que para su obtención se ha vulnerado un derecho constitucional. Considero que en ambos supuestos, porque están interrelacionados – una evidencia obtenida con vulneración a un derecho fundamental puede o no dar cuenta de una realidad trastocada. Como señala, Michele Taruffo “depende del cómo se construye la conexión entre el acto ilícito que esté en el origen de la prueba, y la posibilidad de no de utilizar esta prueba, como prueba de un hecho; depende de las situaciones”; en ese sentido, siguiendo a Taruffo, la frase “depende de las situaciones”, justificaría el uso del juicio de proporcionalidad para la determinación de la ilicitud o no de una prueba o fuente de prueba.

Aunado a lo expuesto, debe considerarse que el derecho a la exclusión de prueba ilícita, por un lado, sirve para garantizar el derecho a un debido proceso, y, por otro lado, para maximizar y reivindicar el derecho fundamental vulnerado²¹. Convirtiéndose en un mecanismo efectivo

20 TARUFFO, Michele (2017). Ponencia sobre “Estándares constitucionales en materia probatoria”. Véase https://www.youtube.com/watch?v=w_kirx194y8. En su ponencia señaló, haciendo referencia a Beccaria, que “el resultado de un crimen, la prueba, tiene que ser excluida cuando su origen criminoso modifica la eficacia probatoria, cuando no hay ninguna garantía de verdad de la prueba ilícita, por la razón de su origen. Si la grabación se corresponde a lo que ocurrió, desde el punto de vista probatorio es una buena prueba, y quizá ésta puede ser la única prueba posible. Depende del cómo se construye la conexión entre el acto ilícito que esté en el origen de la prueba, y la posibilidad de no de utilizar esta prueba, como prueba de un hecho, depende de las situaciones”.

21 GASCÓN ABELLÁN, Marina. (2012) *¿Libertad de Prueba? Defensa de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*. https://www.researchgate.net/publication/329104652_Libertad_de_prueba_Defensa_de_la_regla_de_exclusion_de_prueba_ilicita. La autora señala que “puede sostenerse, por un lado, que la regla de exclusión de la prueba ilícita está directamente alojada en el derecho constitucional al debido proceso (el due process of law). Lo que se sostiene, con más precisión, es que dicha regla es la expresión de una garantía implícita en el sistema de los derechos fundamentales, pues la posición preferente que ocupan en el ordenamiento exige rechazar toda prueba obtenida con lesión de los mismos, y que esa garantía se plasma en el derecho al debido proceso. O en otros términos, la regla de exclusión es la plasmación del modelo constitucional de proceso garantizado por el derecho al debido proceso: no puede entenderse garantizado el debido proceso si se admite la prueba lograda a través del menoscabo de derechos e intereses a los que la Constitución otorga un valor preferente, pues ello implicaría la ignorancia de las garantías propias del proceso”

para proteger los derechos fundamentales²². Esto último en razón a que el fundamento constitucional de la regla de exclusión probatoria se circunscribe a un ámbito *ex post*, un ámbito procesal, un ámbito donde ya ocurrió la vulneración, lo que justifica su proyección en el ordenamiento jurídico como maximizador y reivindicador de los derechos fundamentales (protector).

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD COMO UNA FORMA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

Bernal Pulido señala que “el principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: El subprincipio de idoneidad, el sub principio de necesidad y la ponderación o sub principio de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir, (...). Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres sub principios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional”²³. Para Barack, “la proporcionalidad está compuesta por cuatro componentes: el fin adecuado, la conexión racional, los medios necesarios y relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y

22 BARACK, Aharon (2017). “Proporcionalidad de los derechos fundamentales y sus restricciones”. Palestra Editores. Lima. pp. 25 (e-book). El autor señala que “la mayoría de los derechos fundamentales gozan de protección parcial. Ellos no pueden ser realizados en toda la extensión de su supuesto de hecho si su restricción puede ser justificada”. Sin negar la existencia de derechos fundamentales absolutos, como la dignidad humana, la prohibición de la esclavitud, entre otros.

23 ALEINIKOFF, T. Alexander. (2015) “El Derecho Constitucional en la era de la ponderación”. Traducido por Jimena Aliaga Gamarra. Lima, Palestra Editores. pp. 9-10. (e-book). Expresiones efectuadas por Carlos Bernal Pulido, a modo de introducción. “El autor señala que la ponderación es un recurso fácil que amenaza el Derecho Constitucional, pues nos aleja de la Constitución, suplantándola con legislación razonable en vez de investigaciones teóricas sobre los derechos, principios y estructuras. Si bien reconoce el mérito del nacimiento de la ponderación como alternativa al formalismo, también señala que aquel ha sido dejado de lado pues en la actualidad se ha tornado en rígida y formalista, pues no ofrece respuestas ni llega a convencernos”. Se ha hecho referencia a esta obra pues es la contracara de lo que postula y afirma Barack, a efectos de tener una visión global sobre la ponderación; quedándonos con la posición éste último.

la vulneración causada al derecho fundamental”²⁴. Composición última que será recogida para los fines de este trabajo.

La admisibilidad o valoración de evidencia relevante relacionada a las imágenes y/o sonidos captados mediante el uso de videovigilancia, debe circunscribirse a verificar si la utilización del medida de videovigilancia como forma de control de la actividad laboral del trabajador (relacionado con su capacidad y/o conducta) cumple el juicio de proporcionalidad. El incumplimiento generará que se la considere inconstitucional y, como consecuencia, la exclusión de toda evidencia que derive de aquella.

Si bien, como lo señala John Rawls, “el procedimiento ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, pero parece imposible hacer unas normas jurídicas que conduzcan siempre a un resultado correcto. La teoría de los Juicios examina que reglas procesales de prueba y similares, siendo compatibles con otros fines del derecho, son las que mejor puedan servir para lograr este propósito”²⁵. En ese sentido, reforzamos nuestra posición de la aplicación del juicio de proporcionalidad para determinar la ilicitud de la prueba o de la fuente de prueba, que conlleva a la exclusión de evidencia relevante; afirmando que esta verificación debe realizarse en la etapa de admisión probatoria, siguiendo un procedimiento que garantice o sea compatible con otros fines del derecho (derecho a la contradicción, a la debida motivación, entre otros). Esto último guarda relación con la concepción general de Justicia que expone Rawls, para quien aquella “no impone restricciones respecto al tipo de desigualdades que son permisibles, únicamente exige que se mejore la posición de cada uno”²⁶. En ese sentido, con la aplicación del juicio de proporcionalidad para verificar la licitud de la prueba o fuente de prueba, en la etapa de admisibilidad probatoria, siguiendo un procedimiento previo, se mejora la posición de las partes.

24 BARACK, Aharon. (2017). Ob. Cit. pp. 97. Estos cuatro componentes constituyen el núcleo de la cláusula restrictiva.

25 RAWLS, John. (2012). “Teoría de la Justicia”. Traducido por Maria Dolores González. Fondo de Cultura Económica. pp. 132. (e-book).

26 RAWLS, John. (2012). Ob. Cit. pp. 100-101

De otro lado, si bien se entiende al principio de “proporcionalidad como una herramienta clave en las democracias constitucionales, pues a través de ella encontramos el equilibrio adecuado entre los derechos individuales y los fines nacionales; entre el yo y el nosotros”²⁷, específicamente cuando se trata de medidas de intervención en los derechos fundamentales; cierto también es, que el citado principio puede y debe ser aplicado en el escenario de las relaciones laborales, al ser ésta de dimensión social y de orden vertical.

En este punto, resulta necesaria la respuesta que se planteó **Raúl Gustavo Ferreyra**²⁸, **¿Para qué sirven los derechos fundamentales?** “los derechos fundamentales son la línea de acción significativa de los servidores públicos. Si (...) los Jueces (...) no toman conciencia acabada de la dimensión de los derechos fundamentales, de esos puentes que significan los derechos fundamentales, no hay posibilidad para imaginar cuál es el trazo de ese puente del que hablamos, de la situación en la que nos encontramos y cómo vamos a seguir caminando hacia el futuro”; siguiendo sus palabras, se requiere de una humanidad creciente en medio de esta revolución tecnológica.

CONCLUSIONES

- a) El uso de la NTIC en el ámbito laboral, sin regulación específica, puede desencadenar en una masiva y reiterada vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.
- b) La prueba ilícita tiene rango constitucional, por lo que es aplicable a todo proceso judicial, incluido el proceso laboral; toda vez que tiene el mismo rango constitucional al derecho a la prueba.

27 BARACK, Aharon. (2017). Ob. Cit. pp. 8.

28 Profesor Titular de la materia Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires. “Derechos Fundamentales en la Constitución ¿Una escalera al cielo? Véase en <https://www.youtube.com/watch?v=HyraUfgmxXs&t=28s>

- c) El proceso laboral no regula un procedimiento específico para el análisis de la prueba ilícita; empero se desprende que aquel puede realizarse en la etapa de “formulación de cuestiones procesales”; postulando la recomendación que se instituya un procedimiento en la etapa de admisión probatoria.
- d) Justificamos la existencia de un procedimiento previo, dentro del proceso laboral, para verificar la admisibilidad de la prueba ilícita, toda vez que el Juez que sentencia es el mismo Juez que determina la admisibilidad de las pruebas, y, si partimos de la premisa de que todas las pruebas son admisibles y sólo en la etapa de valoración puede darse cuenta sobre su ilicitud a efectos de declarar su ineficacia y no valorarla, es improbable que el Juez pueda borrar de su mente lo determinante o decisivo que ya percibió o escuchó. Sobre todo si, pese a cualquier cuestionamiento procesal que las partes hiciesen, el Juez Laboral debe actuar la prueba admitida.
- e) El uso de la medida de videovigilancia laboral que no cumpla los fines legítimos para su adopción es inconstitucional; y por ende la evidencia que derive de aquella debe ser excluida por ser ilícita.
- f) Debe preferirse el uso de otros mecanismos razonables, diferentes a una forma de control de vigilancia continua; no hacerlo, conllevaría a la inconstitucionalidad de la vigilancia al no ser necesaria; y por ende la evidencia que derive de aquella debe ser excluida por ser ilícita.
- g) El cumplimiento del deber de información general no valida el uso de la medida de videovigilancia laboral que no cumpla los fines legítimos; deviniendo en inconstitucional, y, como consecuencia la evidencia que derive de aquella debe ser excluida por ser ilícita.
- h) El incumplimiento del deber de información general no invalida el uso de la medida de videovigilancia laboral que cumpla los fines legítimos, siendo constitucional, y, como consecuencia la

evidencia que derive de aquella debe ser admitida y valorada en el proceso judicial. Esto ingresaría como excepción a la exclusión por fines colectivos, debido a la dimensión social de toda relación laboral.

- i) El juicio de proporcionalidad, en sentido estricto la ponderación, es la mejor manera posible para determinar la exclusión de prueba relevante, pues mediante aquel se exponen las razones sobre la legitimidad (idoneidad), necesidad y por último (más importante) de la ponderación efectuada entre los derechos en conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEINIKOFF, T. Alexander. (2015) “El Derecho Constitucional en la era de la ponderación”. Traducido por Jimena Aliaga Gamarra. Lima, Palestra Editores. pp. 9-10. (e-book).
- ARMENTA DEU, Maria Teresa. (2011). *La Prueba Ilícita (un estudio comparado)*. Segunda Edición. Madrid. (e-book).
- BARACK, Aharon. (2017). “Proporcionalidad de los derechos fundamentales y sus restricciones”. Palestra Editores. Lima. (e-book).
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. (1997) “El Derecho Fundamental a probar y su contenido esencial”. *Revista Ius Et Veritas* N.º 14. pp. 171-185. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15713>.
- CORTÉS-MONROY Fernandez, Jorge. (2018). “La Valoración negativa como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”. *Revista Ius Et Praxis* N.º 24. Universidad del Talca. Chile. pp. 661-692. <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/13802.pdf>.
- DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, O. (Agosto 2012). *La Protección de los Derechos Fundamentales Laborales*. *Revista Soluciones Laborales* N.º 56. pp. 70. http://www.solucioneslaborales.com.pe/boletines/arc_boletines/informe07-09-2012.pdf.

- DE LUCAS, Javier (18.02.2020) “El Derecho, contra los Derechos”. España. Diario LEVANTE, el Mercantil Valenciano. <https://www.levantemv.com/opinion/2020/02/18/derecho-derechos/1979598.html>.
- FABREGAT MONFORT, Gemma. (2016). *Nuevas Perspectivas del Poder de Dirección y Control del Empleado. España*. Editorial Bomarzo. p. 21.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. (2012) *¿Libertad de Prueba? Defensa de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*. https://www.researchgate.net/publication/329104652_Libertad_de_prueba_Defensa_de_la_regla_de_exclusion_de_prueba_ilicita.
- MAIER, J. B. J. (1999). Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. *Revista Nuevo Foro Penal* N.º 60, pp. 135-143. <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/3900/3171/>.
- Organización Internacional del Trabajo-OIT- (1997). *Protección de los datos personales de los trabajadores*. Ginebra. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_112625.pdf.
- PASSANANTE, Lucca (2019). Ponencia “Prueba Ilícita en el proceso civil: perfiles generales”, realizada en la Universidad de Girona. Véase en <https://www.youtube.com/watch?v=lc8PhO6gIFw>.
- RAWLS, John. (2012) “Teoría de la Justicia”. Traducido por Maria Dolores González. Fondo de Cultura Económica. pp. 132. (e-book).
- TARUFFO, Michele. (2017). Ponencia sobre “Estándares constitucionales en materia probatoria”. Véase https://www.youtube.com/watch?v=w_kir-x194y8.
- VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia (2016). “Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de control empresarial”. *Revista Derecho Social y Empresa*. N.º 06. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5813341>.