



UNIVERSIDAD ALFRED NOBEL

LA PRUEBA ILICITA EN EL PROCESO LABORAL
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO
GARCIA MENDOZA

RICHARD SAUSA CORNEJO

**LIMA – PERÚ
2014**

CONTENIDO	PAG.
I. ANTECEDENTES	3
II. CONCEPTOS PRELIMINARES	4
III. EXISTENCIA DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA ILÍCITA	7
3.1 El medio probatorio fundamental en el procedimiento de despido	7
3.2. ¿Existe prueba ilícita en el procedimiento de despido?	9
IV. VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA A PARTIR DEL PROCEDIMIENTO	11
V. FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA DOCUMENTAL QUE ENCIERRA EL CASO	13
VI. PRUEBA PERICIAL Y EL ROL DE LA PRUEBA DOCUMENTAL ELECTRÓNICA	15
VII. OTROS TEMAS PARA ANALIZAR DESDE LA TEORÍA DE LA PRUEBA	17
a. El principio de tipicidad y el derecho de defensa:	17
b. El derecho a la prueba y el derecho de defensa	18
c. La valoración de la prueba en documentos informáticos	18
d. El debido proceso en el procedimiento de despido	18
VIII. BIBLIOGRAFÍA	20

LA PRUEBA ILICITA EN EL PROCESO LABORAL A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO GARCIA MENDOZA

RICHARD SAUSA CORNEJO ⁽¹⁾

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. 2. CONCEPTOS PRELIMINARES. 3. EXISTENCIA DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA ILICITA. 4. VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA A PARTIR DEL PROCEDIMIENTO SEGUIDO PARA SU OBTENCIÓN. 5. FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA DOCUMENTAL QUE ENCIERRA EL CASO. 6. PRUEBA PERICIAL Y EL ROL DE LA PRUEBA DOCUMENTAL ELECTRÓNICA. 7. TEMAS NO PROPUESTOS BAJO LA TEORIA DE LA PRUEBA.

I. ANTECEDENTES.

La jurisprudencia que comentaremos fue emitida por el Tribunal Constitucional el 18 de Agosto del 2004 en el proceso de Amparo interpuesta por el Trabajador Rafael Francisco García Mendoza, contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, que declara improcedente la demanda de acción de amparo, tramitado con número de Expediente N.º 1058-2004-AA/TC que Declaró Fundada la acción de amparo y ordenó a Serpost S.A. se reponga a don Rafael Francisco García Mendoza en el puesto de trabajo que venía desempeñando hasta el 22 de junio de 2002 e improcedente el extremo referido al pago de las remuneraciones dejadas de percibir ⁽²⁾.

Se trata de un trabajador que ha sido despedido de manera arbitraria ⁽³⁾ por la empresa demandada SERPOST, quien alega la comisión de una falta grave durante la ejecución de la relación laboral. La referida falta

¹ . Abogado. Diplomado en Lengua y Cultura por la Universidad de Milano (Italia).

² . La sentencia se encuentra en el siguiente enlace web:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01058-2004-AA.html>.

³ . Asumimos el concepto que el despido arbitrario es aquel en donde se imputa una falta grave al trabajador, pero que en el proceso judicial no puede ser probada la comisión de la falta laboral.

grave consiste en la utilización de la herramienta de trabajo por parte del trabajador, en este caso la computadora personal, para enviar correos electrónicos con contenido pornográfico a otro trabajador de la empresa.

El trabajador funda su demanda en que se le ha atribuido arbitrariamente la comisión de una supuesta falta grave al “haber utilizado indebidamente los recursos públicos dentro del horario de trabajo para realizar actividades de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónica, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento de Trabajo”, agrega que no se le ha permitido ejercer adecuadamente su derecho de defensa al impedírsele el ingreso a su centro de labores.

SERPOST S.A. contesta la demanda aludiendo que el despido fue justificado y no afecta el derecho de defensa ni el principio de legalidad.

La sentencia de primera instancia declara fundada la demanda y ordena la reposición. La sentencia de segunda instancia la declara improcedente la demanda.

II. CONCEPTOS PRELIMINARES

Iniciamos señalando que la división entre los conceptos entre medio y fuente de prueba la introdujo Carnelutti ⁽⁴⁾ en 1947, considerando que “Mientras tanto y hasta que no se proponga otra terminología mejor, llamo por mi cuenta *medio de prueba* a la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar, y *fuentes de prueba* al hecho del cual se sirva para deducir la propia verdad”.

⁴ . **CARNELLUTTI**, Francesco, “*La Prueba Civil*”, Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, De Palma, Buenos Aires, 1982, pag. 70-71

Medio de prueba es ante todo percepción mediante los sentidos del juez, de manera directa o indirecta (Un ejemplo es la pericia) de las fuentes de prueba ⁽⁵⁾.

Esta propuesta Carnellutiana ha sido seguida y desarrollada por la doctrina posterior. Así, Sentis Melendo ⁽⁶⁾, propone una simplificación conceptual de la siguiente manera "(...) hemos de admitir que fuente es, como hemos señalado, un concepto meta jurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso, mientras que medio es un concepto jurídico y absolutamente procesal. La fuente existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas; el medio nacerá y se formará en el proceso".

Aclarados los conceptos de medios y fuentes de prueba, corresponde determinar que es prueba prohibida y prueba ilícita.

Solo señalaremos que la jurisprudencia nacional ha tomado posición al respecto, precisamente utilizando la división de medios y fuentes de prueba. Así, nuestro Tribunal Constitucional ha sentado su posturas en las sentencias emitidas en los Expedientes Número 010-2002-AI/TC Lima, en el caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos y el Expediente 1126-2004-HC/TC Lima en el caso Vladimir Carlos Villanueva, estableciendo que "(...)las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso (...) solo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, practica y valoración de las pruebas en el proceso (...). La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respecto de los derechos fundamentales".

⁵ . **CARNELLUTTI**, Francesco, op. Cit, pag 71-74.

⁶ . **SENTIS MELENDO**, Santiago, "La prueba. Grandes temas del Derecho probatorio", EJE, Buenos Aires, 1979, pag 151.

El Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de Diciembre del 2004, celebrado en la Ciudad de Trujillo utilizando la división entre medios de prueba y fuentes de prueba definió el concepto de prueba ilícita y determinó por Unanimidad prueba ilícita y prueba prohibida son sinónimos proponiendo como conclusión que “existen diferencias entre *prueba ilícita* y *prueba irregular*. Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba (medio de prueba). La primera se da cuando en la obtención de la fuente de prueba se transgrede un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal al momento de la incorporación de una prueba al proceso. Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado ilícita, incompleta o defectuosa, pero entendida como prueba ineficaz, sino es subsanada” (7).

Con lo citado, podemos concluir que el derecho a la prueba se encuentra sujeto a los principios de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Un proceso no puede denominarse debido si es que se vulneran derechos fundamentales. La vulneración de los derechos fundamentales puede ocurrir en dentro o fuera del proceso judicial. Uno de los derechos fundamentales es el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, que es el tema relevante en el caso sub análisis.

Al respecto el TC ha señalado que Nuestra Constitución en su artículo 2, Inciso 10(8), protege el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones

7 . Noveno Acuerdo Plenario, respecto del Tema 3: “La Prueba Ilícita y la Prueba Prohibida” acordado en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal. “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, celebrado en la ciudad de Trujillo, el 11 de Diciembre del 2004.

8 . ARTICULO 2 INCISO 10 DE LA CONSTITUCIÓN: “Toda persona tiene derecho al secreto de las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandato motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al

y documentos privados. En otros fallos, ha reiterado que “El amplio derecho fundamental a la vida privada permite garantizar que la comunicación entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo –clásico o electrónico- o nota entre particulares, no pueda ser de conocimiento de terceros o de interrupción de su curso” ⁽⁹⁾. Su ejercicio supone que “impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello. Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia *erga omnes*, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación” ⁽¹⁰⁾.

III. EXISTENCIA DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA ILICITA.

3.1. El medio probatorio fundamental en el procedimiento de despido

Acercándonos al caso en concreto, veremos que la prueba fundamental para realizar el despido por parte de la empresa SERPOST S.A. lo constituye la constatación notarial (Acta Extraprotocolar) de fecha 10 de junio del 2002 y que es trascendente para determinar si el procedimiento de despido por el empleador fue debido o no y si hubo vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la referida prueba, en otras palabras, la existencia de un debido proceso y la producción de la prueba.

Con los conceptos vertidos preliminarmente podemos concluir que la referida constatación notarial es un *medio de prueba* a fin de con su actuación el documento electrónico contenido en la computadora del demandante o el soporte informático en estricto en calidad de *fuentes de prueba* sea incluida en el procedimiento de despido del demandante.

hecho que motiva el examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal”.

⁹ . EXP. NÚMERO 0774-2005-HC, 08/03/2005, P, FJ, 24.

¹⁰ . EXP NÚMERO 2863-2002-AA, 29/01/2003, S1, FJ 3.

El efecto probatorio del acta firmada por el notario en este caso deberá quedar reducida a la inexistencia en tanto que en su practica se ha vulnerado derechos fundamentales, toda vez que el acta realizada por el notario no constituye inspecciones judiciales en estricto toda vez que para ser tal deberá ser practicada por el juez o aquel que por mandato legal ejerza esa función.

Además, es necesario considerar que del contenido del acta ⁽¹¹⁾, se desprende conforme al considerando 14 que:

- a) No se realizó una constatación notarial a la computadora del recurrente sino a la de un tercero quien manifiesta que esa computadora y correos pertenecía a otro trabajador. De ello podríamos concluir que no se violó directamente sino de manera indirecta su derecho al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones. Es violación indirecta puesto que un tercero distinto al destinatario de los correos ha procedido a revisar sin autorización los correos supuestamente emitidos por el demandante.
- b) No se ha acreditado fehacientemente que el Demandante sea quien haya remitido dichos correos por lo que es necesaria la intervención de un perito. En este sentido La postura del TC es clara y considera que se ha vulnerado el derecho fundamental contemplado en el artículo 2, inciso 10) de la Constitución, señalando en su fundamento 11 de la sentencia bajo comentario señalando que “Resulta igualmente contradictorio que si la constatación notarial simplemente se limitó a dar cuenta de la existencia de correos pornográficos supuestamente remitidos desde la computadora del

¹¹ . El acta refiere expresamente que “(...) El señor Roger Armando Zagaceta Jarrín (...) manifestó que era de la Subgerencia de Recursos Humanos y me señaló el escritorio principal donde había una computadora (...) la cual se encontraba encendida y funcionando. Nótese que en la pantalla los correos electrónicos que han sido recibidos en dicha computadora, momento en el que el señor Roger Armando Zagaceta Jarrín me manifiesta que ese mismo día, en las primeras horas de la mañana, al revisar los archivos de dicha computadora, que anteriormente estuvo reservada al señor Javier Arévalo encontró cuatro correos electrónicos de contenido pornográfico que habían sido remitidos desde otra computadora de SERPOST, asignada al señor Rafael García los cuales deseaba que constatará en su existencia y contenido”

recurrente, don Rafael Francisco García Mendoza, a la computadora del trabajador Javier Arévalo Sattler, (posteriormente asignada a don Roger Armando Zagaceta Jarrín), se haya procedido a formular cargos inculpativos sin verificar, en su momento y en la forma debida si la remisión de tales correos provenían, o no, de la citada maquina asignada al recurrente”.

De ello, concluimos que, en el acta notarial, se pretende hacer aparecer al demandante como el emisor de dichos correos, cuando dicha declaración requiere que sea emitida por un experto que tenga conocimiento en soportes informáticos y no un notario público con conocimiento jurídico.

Con ello consideramos que la incorporación de la constatación notarial al procedimiento de despido, constituye la introducción de una fuente de prueba obtenida ilícitamente, toda vez que el demandante goza de plena protección de su derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

En este sentido, en el presente caso, la referida protección al secreto de las comunicaciones es directa e indirecta. A nuestro entender será directa cuando no se intercepte o violente su contenido antes de llegar a su destinatario. Y la protección es indirecta cuando la correspondencia ha llegado a su destinatario y alguien vulnerando la reserva, la vulnera y toma conocimiento del contenido.

3.2. ¿Existe prueba ilícita en el procedimiento de despido?

Es necesario verificar si existió vulneración de los derechos fundamentales al momento de realizar la constatación notarial, en caso de ser positiva la respuesta, entramos en el concepto de prueba ilícita.

El Tribunal en el fundamento 22 de la sentencia en comento señala que “la demandada, por otra parte (...) no solo ha vulnerado la reserva de comunicaciones y la garantía de la judicialidad, sino que ha

convertido en inválidos dichos elementos. (...) por la forma como se han recabado los mensajes utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio”.

Agrega en el Considerando 19 que “cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador (...)” y citando el artículo 23 de la Constitución que señala expresamente que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Es necesario precisar que, pese a que nos encontramos en un procedimiento administrativo de despido, podemos aplicar las reglas generales de la prueba y señalar con GALVEZ MUÑOZ ⁽¹²⁾, que la aplicación del concepto de la prueba prohibida “puede abarcar toda la gama de proceso a los que una persona puede verse expuesta, sin que se pueda plantear excepción alguna. No se circunscribe a un proceso concreto”.

Sin embargo, para cuestiones del presente trabajo utilizaremos la didáctica definición sobre prueba ilícita que nos da Bustamante⁽¹³⁾ quien señala que “denominamos prueba ilícita a aquellos medios probatorios y/o fuentes de prueba que han sido obtenidos con afectación de algún derecho fundamental o de algún bien jurídico constitucionalmente protegido; por lo tanto, no basta con que unos u otros hayan sido

¹² . **GALVEZ MUÑOZ**, Luis, “La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”, Pamplona, Aranzadi, 2003, pag 43.

¹³ . **BUSTAMANTE ALARCÓN**, Reynaldo, “*El problema de la “prueba ilícita”*”: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”, En: Revista Themis 43, pag 144.

obtenidos en contravención de una norma legal para ser tildada de ilícita, sino que es necesario que dicha norma se sustente en uno de los elementos esenciales del ordenamiento jurídico con los que el derecho a la prueba guarde relaciones de coordinación y complementariedad, y que con la forma como se obtuvo el medio probatorio y/o fuente de prueba el citado elemento haya sido afectado. Como consecuencia de ello, el principio de licitud en materia probatoria exige que no tengan eficacia o que no se admita al proceso o procedimiento los medios probatorios y/o fuentes de prueba que hayan sido obtenidos ilícitamente (en el sentido anteriormente expuesto). En otras palabras, este principio postula la exclusión de la prueba ilícita en cualquier tipo de proceso o procedimiento”.

Entonces, para dar respuesta conclusiva, formulamos que hubo violación indirecta al secreto de las comunicaciones del demandante a través de la constatación notarial que vulnera el derecho constitucional del recurrente, al introducirse a la esfera privada de las comunicaciones de las partes y que en el presente caso, ingresa a la esfera privada del destinatario a fin de acopiar una prueba prohibida, cuando esta situación solo se encuentra reservada a la decisión judicial (principio de judicialidad), teniendo como consecuencia que la fuente de prueba, no podría ser utilizada en el procedimiento de despido.

IV. VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA A PARTIR DEL PROCEDIMIENTO SEGUIDO PARA SU OBTENCIÓN.

El procedimiento de obtención de la prueba forma parte del debido proceso. Como lo hemos señalado, estas pautas de incorporación de las fuentes de prueba debe ser seguida tanto en los procesos judiciales como administrativos, por lo que el concepto debido proceso resulta aplicable también al ámbito administrativo conforme lo señala el TC al precisar que “una interpretación literal de esta disposición constitucional (artículo 139, inciso 3 de la Constitución) podría llevar a afirmar que el debido proceso se circunscribe estrictamente a los procesos de

naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, una interpretación en ese sentido no es correcta. El derecho fundamental al debido proceso es un derecho que ha de ser observado en todo tipo de proceso y procedimientos, cualquiera fuese su naturaleza. Ello es así en la medida en que el principio de interdicción a la arbitrariedad es un principio inherente a los postulados esenciales de un Estado Constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora” (14)

Siendo que el tema probatorio pertenece al debido proceso y este a su vez es englobado por el derecho de defensa, consideramos que es pertinente analizar cuales son los principios elementales aplicables al caso planteado que se deben observar en el procedimiento laboral para incorporar una fuente de prueba al proceso (15):

- a. Principio de eficacia legal y jurídica de la prueba: Consistirá en que un medio probatorio será eficaz para demostrar un hecho alegado si no se encuentra prohibido para ser medio y no se encuentra afectado por falsedad o nulidad o no fue obtenido por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno.
- b. Principio de la licitud de la prueba y del respeto a la persona humana: Este principio centra su atención en la evaluación moral del método utilizado para la obtención de un medio de prueba teniendo como derrotero velar por la veracidad del medio y la libertad del sujeto que encarna el medio probatorio.
- c. Principio de la no obtención coactiva de medios y fuentes de prueba: Los medios y fuentes de prueba siempre deberán estar disponibles para el juez.

14 . **EXP NÚMERO** 4241-2004-AA, del 10/03/2005, S1, FJ 5.

15 . VEASE PAREDES PALACIOS, Paul, “Prueba y presunciones en el proceso laboral”, pag 140- 152

- d. Principio de la inmaculación de la prueba: Alegar medios probatorios carentes de vicios intrínsecos o extrínsecos para no tornarlos ineficaces.

En el caso en concreto, hemos mencionado que no se cuestiona que el empleador inicie un procedimiento de para determinar la responsabilidad del trabajador. El tema que genera polémica es la utilización del conducto notarial para incorporar o iniciar una investigación que determine la responsabilidad del trabajador, cuando es la propia Constitución que establece una garantía de judicialidad para estos procedimientos. Uno de los requisitos para la eficacia probatoria del documento es que no se haya llevado al proceso con violación de los derechos fundamentales. Será el juez quien deberá encargarse de el acopio de los elementos probatorios, quien le brindará las garantías necesarias que otorguen a la prueba la inmaculación pertinente al material probatorio. En este sentido, el valor probatorio de la prueba recogida por el notario carece de validez por adolecer de nulidad absoluta por infracción a los derechos fundamentales de reserva de las comunicaciones y la garantía de la judicialidad.

V. FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA DOCUMENTAL QUE ENCIERRA EL CASO.

Hemos vertido los conceptos de prueba de medios y fuentes de prueba, que aplicado al caso concreto y enseñado por Carnelutti ⁽¹⁶⁾ “medio de prueba es, por ejemplo, el testigo o el perito; fuente de prueba la declaración del primero o el juicio del segundo; medio de prueba, es el confesante y fuente de prueba la confesión en si, es decir lo confesado”.

En concreto, hablar de documentos Informáticos o electrónicos significa hablar de un lenguaje un lenguaje magnético que constituye la acreditación, materialización o documentación de una voluntad quizás ya expresada en las formas tradicionales, y en que la actividad de un computador o de una red sólo comprueban o consignan electrónica,

¹⁶ . **CARNELUTTI**, Francesco, op. cit, pag 197.

digital o magnéticamente un hecho, una relación jurídica o una regulación de intereses preexistentes. Se caracterizan porque sólo pueden ser leídos o conocidos por el hombre gracias a la intervención de sistemas o dispositivos traductores que hacen comprensibles las señales digitales.

Para el caso de correos electrónicos y los soportes informáticos, el profesor Colombiano Jairo Parra ⁽¹⁷⁾, señala que “El continente (mentalmente se puede imaginar papel y se hace la sustitución), será el soporte o máquina informática, donde se encuentra almacenado o archivado. Su contenido o parte espiritual, puede ser declarativo o representativo (piénsese en un escrito, o en la forma oral); por ser impulsos electrónicos para ser visualizado por el ser humano, ser requiere la utilización de otros objetos como pantallas o papel”.

Continúa señalando Parra ⁽¹⁸⁾ que “De igual manera, cuando alguien recibe un documento electrónico debe proceder a verificar los mismos tres aspectos: Integridad, Autenticidad y Confidencialidad. La criptografía provee las herramientas necesarias para verificar estos tres aspectos en los documentos electrónicos”. Desde este punto de vista los documentos privados electrónicos también tienen protección de confidencialidad, y sus alcances importan que la información sea solamente accesible por personas autorizadas y no sean de dominio público.

De lo dicho podemos concluir que será fuente de prueba será el soporte informático y el medio de prueba estará constituido por la pericia que haga incorporar el contenido al proceso.

¹⁷ . **PARRA QUIJANO**, Jairo, “Manual de Derecho Probatorio”, Librería del Profesional, Colombia, 2002, p. 469.

¹⁸ . **PARRA QUIJANO**, Op cit, pag. 473.

VI. PRUEBA PERICIAL Y EL ROL DE LA PRUEBA DOCUMENTAL ELECTRÓNICA.

Nuestro Código Procesal Civil en sus Artículos 233 y 234 establece que un documento es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho, siendo sus clases los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones en audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado.

La funcionalidad de la pericia es que procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 262 del Código Procesal Civil. Constituyendo un requisito de validez del peritaje que los peritos hayan utilizado medios ilegítimos o ilícitos para el desempeño de su encargo. Sin embargo, un requisito para la eficacia probatoria del dictamen pericial es que no se haya violado el derecho de defensa de la parte perjudicada con el dictamen.

Para el caso del documento electrónico o más bien informático, cuyas características esenciales son:

1. El documento debe estar escrito en lenguaje binario.
2. El documento debe estar o poder ser almacenado en soporte informático, magnético, óptico o cualquier otra clase de soporte que pudiera ser desarrollado para tales fines.
3. El documento debe poder ser, mediante la aplicación del correspondiente programa informático, transformado a alguna clase de lenguaje comprensible por el ser humano.

Nos parece que, además de las tres características expuestas que hemos atribuido a la noción documental electrónica con el carácter de

esenciales, existiendo una característica adicional que sin ser esencial al concepto se entiende pertenecerle en la gran generalidad de los casos. Nos referimos a la capacidad de la información contenida en un documento electrónico para ser tratada informáticamente, lo que se ha denominado '*tratamiento automatizado de la información*', esto es la posibilidad de que tal información sea copiada, modificada y transmitida por medios informáticos, entre otras posibilidades. Como tal capacidad, puede estar en ocasiones excepcionales limitada, no la podemos incluir dentro de las características esenciales al concepto, sin perjuicio de que nos parece que tal propiedad distingue claramente esta clase de documentos de aquellos contenidos en soporte papel, siendo hoy indispensable contar con los documentos en tal clase de soportes, toda vez que cada día con mayor frecuencia los medios normales de almacenamiento y transmisión de la información se vinculan de modo más necesario a aquellos efectuados por medio de las nuevas tecnologías de la información.

Con todo esto podemos concluir que el rol de la prueba documental electrónica, ha tomado preponderancia en el sistema jurídico en general y en el sistema procesal en especial que se han visto tan afectados por las nuevas tecnologías.

Uno de los afectados es la teoría de la prueba documental, teoría que se vincula estrechamente al Derecho instrumental, por medio de la teoría de la prueba y relacionada directamente con importantes aspectos del Derecho sustantivo, a través de la teoría del negocio jurídico y, más precisamente, por medio del estudio particular de la expresión de voluntad por medios informáticos.

Con la aparición de la posibilidad de almacenar datos en formato electrónico la doctrina y la jurisprudencia han debido responder a diversos interrogantes, entre ellos, ¿Es el soporte informático un documento?, si lo es ¿Es admisible como prueba en un proceso? y ¿A cuál de los medios de prueba tradicionales debe asimilarse en su regulación?

VII. OTROS TEMAS PARA ANALIZAR DESDE LA TEORIA DE LA PRUEBA

Algunos de los temas que no han sido propuestos desde la perspectiva de la teoría de la prueba son los siguientes:

a. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD Y EL DERECHO DE DEFENSA:

El considerando 09 de la Sentencia en comentario señala que "(...) ni la carta de imputación de cargos ni la de despido precisan como es que se arribó a una conclusión incriminatoria de tal naturaleza, ni los hechos objetivos (pruebas concretas) en que ella se respalda. Tal hecho, ya de por sí cuestionable, evidentemente ha impedido que el recurrente pueda acceder en condiciones razonables a elementos de juicio que le permitan un adecuado ejercicio de su derecho a la defensa"

Este considerando alude al principio de Tipicidad y al derecho de defensa. Al respecto nuestro TC ha sentado posición estableciendo que "el principio de Tipicidad y el Derecho de defensa son aspectos constitutivos del debido proceso amparado por el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en la medida que garantizan estándares mínimos de justicia y hacen posible una tutela judicial (sic) válida y legítima" ⁽¹⁹⁾.

Efectivamente, el conocimiento de los cargos que se le imputan son requisitos necesarios para ejercitar el derecho de defensa. Sin conocer los cargos no podrá defenderse de la imputación efectuada y así evitar una sanción injusta.

En el caso sub examine se debe reconocer que el hecho que se haya imputado una falta grave sin que se haya sustentado con medios probatorios lícitos constituye un atentado contra el derecho de defensa.

¹⁹ . EXPEDIENTE 794-99-AA/TC DEL 21/09/2000.

b. EL DERECHO A LA PRUEBA Y EL DERECHO DE DEFENSA

En el considerando 12 de la Sentencia bajo comentario señala que “En el caso en autos, resultaba evidente que por las características de la imputación realizada, no solo era conveniente, sino necesario, para la defensa del trabajador, poder acceder a los elementos informáticos que permitieran la sustentación de sus descargos”

El procedimiento de despido deberá ser justo y debido con la finalidad que el trabajador pueda tener una oportunidad real de conocer la acusación en su contra y poder desplegar su derecho a probar o producir prueba, lo que incluye el derecho a ofrecer medios probatorios y que sean valorados.

c. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN DOCUMENTOS INFORMATICOS

El considerando 22 señala que “(...) por la forma como se han recabado mensajes que ha sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado”.

La valoración de un documento electrónico, los datos contenidos en éste tipo de soportes y presentados en juicio como prueba, no deberá acudir a la sana crítica, sino a valorarlos y tratarlos como prueba documental pública o privada, según se trate, y no prueba autónoma, con la incidencia en la valoración de ésta que ello supone, entre otras cosas el tener título de la fuerza probatoria de los documentos privados.

d. EL DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO REALIZADO POR EL EMPLEADOR AL INTERIOR DE LA EMPRESA.

El considerando 21 de la Sentencia del TC, señala que “Lo que se plantea en el presente caso, no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar el hecho que, a su juicio,

consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado”

Como hemos mencionado anteriormente, el debido proceso alcanza a los procedimientos administrativos de despido, como procedimiento privado sancionador que debe iniciar el empleador al interior de su empresa para despedir a un trabajador por la existencia de una causa justa contemplada por la ley debe estar debidamente comprobada, debe seguir un cause debido, con la finalidad de asegurar al trabajador un ejercicio irrestricto de su derecho de defensa.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *"El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional"*, En materiales de Enseñanza de Proceso Laboral del Sexto Curso del Programa de Aspirantes (PROFA), realizado por la Academia de la Magistratura, pag. 87-106.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *"El problema de la "prueba ilícita": Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal"*, En: Revista Themis 43, pag 137-158.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *"Una aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales"*, En: Ius et Veritas 21, pag 301-310.

CARNELUTTI, Francesco, *"La prueba civil"*, De Palma, Buenos Aires, 1982, 273 p.

CASTILLO ALVA, José Luis, *"Breves apuntes sobre la prueba ilícita"*. En: Dialogo con la Jurisprudencia, No 83, Suplemento Especial, pag. 19-29.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, *"Teoría General de la Prueba Judicial"*, Temis, Bogotá, Colombia, Tomo I y II, 2002.

VINATEA RECOBA, Luis, *"La adecuada protección procesal contra el despido arbitrario: Comentarios a la sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, emitida por el Tribunal Constitucional Peruano"*, En materiales de Enseñanza de Proceso Laboral del Sexto Curso del Programa de Aspirantes (PROFA), realizado por la Academia de la Magistratura, pag. 107- 122.

MONEREO PÉREZ, José Luis, *"La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MORALES CORRALES, Pedro G, *"Derecho al Trabajo y Despido Arbitrario. Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional"*, En materiales de Enseñanza de Proceso Laboral del Sexto Curso del Programa de Aspirantes (PROFA), realizado por la Academia de la Magistratura, 123-148.

REYNA ALFARO, Luis M. *"El derecho a la defensa, el derecho a probar y la prueba ilícita. Precisiones iniciales"*. En: Dialogo con la Jurisprudencia, No 83, Suplemento Especial, pag. 30-36.

PARRA QUIJANO, Jairo, *"Manual de Derecho Probatorio"*, Librería del Profesional, Colombia, 2002, 637 p.

SENTIS MELENDO, Santiago, *"La prueba. Grandes temas del Derecho probatorio"*, EJE, Buenos Aires, 1979, 608 p.

PAREDES PALACIOS, Paul, "*Prueba y presunciones en el proceso laboral*". Capitulo Tercero. La Prueba, pag 127-211.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, "*Impacto de las sentencias laborales del Tribunal Constitucional sobre el mercado de trabajo (2002-2005)*", En: Ius et veritas, Número 30, 240-268.