



EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL PERÚ*

Rebeca Karina Aparicio Aldana**

Universidad San Ignacio de Loyola, Perú

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Regulación constitucional y normas internacionales del derecho al descanso. –3. Regulación legal del derecho al descanso. –4. El derecho a la desconexión digital como derecho derivado del derecho al descanso. –5. Actual regulación legal del derecho a la desconexión digital. –6. Problemas de la actual regulación sobre desconexión digital.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objeto realizar un análisis propedéutico del derecho a la desconexión digital en el ordenamiento jurídico peruano identificando las deficiencias que presenta su actual regulación legal y reconociendo su condición de derecho fundamental, en tanto expresión actual del derecho constitucional al descanso.

ABSTRACT

The purpose of this article is to carry out a preliminary análisis of the right to digital disconnection in the Peruvian legal system, identifying the deficiencies presented by

* Recibido el 21 de septiembre de 2023. Aprobado el 26 de octubre de 2023.

** Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola (Lima – Perú), Doctora Cum Laude, Premio Extraordinario y Máster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid – España), Máster en el Reglamento General de Protección de Datos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y Experta por la Agencia Española de Protección de Datos Personales. Estudios Postdoctorales y Licenciada en Derecho (homologación) por la Universidad de Alcalá. Además, abogada y Máster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad de Piura.

its current legal regulation and recognizing its status as a fundamental right, as a current expresión of the constitutional of right to rest.

Palabras clave: Derechos fundamentales, derecho al descanso, desconexión digital.

Key words: Fundamental rights, right to rest, digital disconnection.

1. INTRODUCCIÓN

El ser humano es un ente complejo doble dimensional individual y social. Desde la perspectiva social el hombre logra su perfección a través de espacios de interacción con otros de ahí que sus actividades laborales le proporciona una serie de satisfacciones personales que le hacen sentir provechoso frente a sí mismo y frente a la comunidad que le rodea; pero, la vida del hombre no se agota en el trabajo, el ser humano tiene un mundo más íntimo, personal y familiar que necesita también su espacio de desarrollo para lograr su propia autodeterminación personal, a través de la realización de actividades lúdicas o recreativas que lo apasionan o lo ilusionan y fortaleciendo lazos familiares y de amistad que sirven para robustecer su carácter y sus sentimientos de plenitud y felicidad.

Por ello, tan importante como tener un trabajo, es que los empleadores reconozcan el derecho de todo trabajador a contar con espacios para desarrollarse personal, familiar o individual, pues lo contrario sería condenar al ser humano a una suerte de esclavitud o sometimiento pleno a los intereses de las empresas, empleadores o corporaciones anulando sus objetivos individuales y obligándolo a desplazar necesidades familiares o personales que, al fin y al cabo, son los que dan sentido a una vida plena, convirtiendo al trabajador en un medio de producción, desconociendo su calidad de ser humano digno de ser un fin en sí mismo.

Además, debe tenerse en cuenta que el descanso del trabajador puede tener efectos muy provechosos para la productividad de la empresa, pues la fatiga y el cansancio afectan negativamente el trabajo de las personas, las jornadas prolongadas reducen el rendimiento, aumentando inevitablemente el precio de la mano de obra¹. Por tanto, el descanso del trabajador propicia el buen desempeño de los trabajadores, la creatividad y la solución de problemas.

¹ Luis VALDERRAMA VALDERRAMA y Manuel TARAZONA PINEDO, *Régimen Laboral explicado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 140.

La posibilidad de que el empleador conciba al descanso como parte esencial de la relación laboral permite desarrollar entre trabajadores y empleadores vínculos de unidad, y fortalece su interacción, no sólo laboral, sino interpersonal, al reconocer al trabajador no sólo como un objeto puesto a su disposición, sino como un «sujeto trascendente»², visión que además tendrá como efecto la mejora en las actividades productivas de la corporación, pues un trabajador al que se le permite el desarrollo de su dimensión personal será mucho más provechoso para la organización³.

2. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y NORMAS INTERNACIONALES DEL DERECHO AL DESCANSO

En el ordenamiento jurídico peruano, el artículo 2, numeral 22 de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho de toda persona a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre. Ello, obviamente, supone que toda persona tiene derecho a no vivir atada a su trabajo, sino que le corresponde, en su calidad de ser humano digno, la facultad de poder disponer de tiempo para sí mismo, para su disfrute personal y familiar.

En la misma línea, el texto constitucional dispone en su artículo 25 que los trabajadores tienen derecho a una jornada ordinaria de trabajo de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo. Además, la Constitución reconoce que los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

De esta forma, el texto constitucional regula específicamente que el empleador no tiene un poder omnímodo sobre el tiempo del trabajador, sino que sólo podrá disponer de este con una finalidad específica: el ejercicio propio de la prestación laboral y durante el horario y jornada de trabajo, teniendo el trabajador derecho al descanso semanal y a vacaciones remuneradas, con lo cual los espacios de tiempo del trabajador a disposición del empleador no podrán ser superior al establecido constitucionalmente y en las condiciones que esta norma suprema dispone.

Asimismo, debe tenerse en cuenta el artículo 55 de la norma constitucional establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna peruana establece que las normas relativas de los derechos y a las libertades que la Constitución

² Luz PACHECO ZERGA, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, prólogo de A. Montoya Melgar, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 33.

³ Frederick HERZBERG, «Job enrichment pays off», *Harvard Business Review*, n.º 472, 1969, pp. 61-78.

reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por Perú.

En este orden de ideas, las disposiciones internacionales sobre derechos fundamentales que son ratificadas por el Perú, entre los cuales se encuentra el derecho el trabajo, no sólo forman parte del derecho interno y, en consecuencia, resultan de aplicación inmediata, sino también constituyen criterio de interpretación de este y normas de regulación mínima encontrándose obligado el sistema jurídico peruano a aplicar y normar sin desconocer su contenido.

Por ello, también es supremamente importante tener en cuenta las normas internacionales ratificadas por el Perú⁴, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su artículo 24 dispone que: «Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas».

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en su artículo 7, literal d, que todos los estados pactantes reconocen el derecho al goce de condiciones que aseguren «el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos».

Además, debe tenerse en cuenta el Convenio N.º 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo sobre horas de trabajo, en el cual se limita la actividad laboral a ocho horas diarias en las empresas industriales sean estas de naturaleza pública o privada, o en sus dependencias, cualquiera sea su naturaleza disponiendo, además, que la duración del trabajo personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana.

3. REGULACIÓN LEGAL DEL DERECHO AL DESCANSO

Como se puede observar el derecho al descanso tiene una estrecha relación con los conceptos de jornada y horarios de trabajo. En el Perú, la Jornada y el horario de trabajo se encuentran regulados en el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada, Horario y Trabajo en Sobretiempo aprobado por Decreto Supremo Nro. 007-2002-TR y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 008-2002-TR.

Al respecto, es importante distinguir entre la jornada ordinaria y el horario de trabajo. La jornada de trabajo es la duración de la puesta a disposición de la actividad del tra-

⁴ Al respecto resulta interesante el desarrollo que a este respecto se realiza en la STC recaída en el Exp. N.º 4635-2004-AA/TC, de 17 de abril de 2006.

bajador a favor del empresario y cuyo cómputo ha de realizarse de forma diaria o semanal. Por su parte, el horario de trabajo puede definirse como el momento exacto de comienzo y final del trabajo (ingreso y salida)⁵ que fija el empleador. La jornada ordinaria puede ser regulada por ley, convenio o decisión unilateral del empleador⁶, pero siempre dentro de los límites máximos constitucionales de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales. Si el empleador establece una jornada superior a la máxima establecida constitucionalmente este incumplimiento será considerado como una infracción laboral.

Así, el empleador puede fijar, con la salvedad del trabajo en sobretiempo, turnos de trabajo fijos o rotativos, los que pueden variar con el tiempo según las necesidades del centro de trabajo, así como puede establecer o modificar horarios de trabajo.

Además, el empleador se encuentra facultado, debido a la naturaleza de las laborales, a reducir o ampliar el número de días de la jornada semanal del trabajo encontrándose autorizado a prorratear las horas dentro de los restantes días de la semana, fijando jornadas compensatorias, sin afectar el derecho del trabajador al descanso semanal obligatorio y al que corresponde a los días feriados no laborables, los cuales deberán hacerse efectivos⁷. En este orden de ideas, independientemente del horario impuesto por el empleador, siempre dentro del límite de lo razonable⁸, este no puede superar las cuarenta y ocho horas semanales⁹.

También puede establecer jornadas alternativas, acumulativas o atípicas, es decir, aquellas que se caracterizan por no realizarse a diario o bien por realizarse con importantes intervalos de días de descanso, en los cuales el trabajador labora jornadas extendidas y luego goza de descansos compensatorios¹⁰. Estas jornadas encuentran su fundamento en la naturaleza especial de la actividad laboral que hace indispensable para la producción esta puesta a disposición atípica¹¹, por ejemplo, en los casos en que la prestación deba brindarse en zonas alejadas del hogar del trabajador, como,

⁵ Luis VALDERRAMA VALDERRAMA y Manuel TARAZONA PINEDO, *Régimen Laboral explicado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 140.

⁶ Casación Laboral N.º 3577-2015-Callao, de 2 de noviembre de 2016: «En cuanto a la jornada de trabajo debe entenderse como el lapso de tiempo durante el cual el trabajador debe prestar servicios al empleador según lo pactado en el contrato de trabajo, siendo en este espacio de tiempo que el trabajador se obliga a poner su actividad laboral a favor del empleador, cabe indicar que la jornada de trabajo puede ser legal, convencional o por decisión unilateral del empleador menor a la máxima legal, la cual no debe exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales».

⁷ Al respecto, téngase en cuenta lo dispuesto en el Decreto Legislativo 713.

⁸ STC Exp. N.º 3287-2012-PA/TC, de 12 de diciembre de 2015. En esta se señala lo siguiente: «Si bien el empleador se encuentra facultado para modificar turnos y horarios de trabajo, así como para establecer la forma y modalidad de presentación de las labores debido a las necesidades del centro de trabajo, también es cierto que esta facultad debe darse dentro de criterios de razonabilidad».

⁹ STC recaída en el expediente N.º 1396-2001-AA, de 27 de septiembre de 2002)

¹⁰ Informe N.º 003-2013-MTPE/2/14.

¹¹ Casación Laboral N.º 1000-2016 Lima, de 20 de marzo de 2017.

por ejemplo, campamentos petroleros o cuando estos se exponen a altos niveles de toxicidad o riesgo que repercuten en la salud.

Este último supuesto constituye una excepción a la jornada ordinaria semanal máxima que la propia constitución reconoce y cuyos límites se encuentran regulados en el inciso c) del artículo 2 del Convenio N.º 1 de la OIT que dispone que el cálculo para el periodo correspondiente no debe exceder de tres semanas. En este orden de ideas, «no son compatibles con la Constitución las jornadas atípicas o acumulativas que en promedio superen las ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales para un periodo de tres semanas, o un periodo más corto. Cabe aclarar que ello no quiere decir que las jornadas acumulativas, atípicas o concentradas sean de tres semanas, sino que su promedio se computa en periodos de tres semanas. Por tanto, las jornadas acumulativas, atípicas o concentradas que superen tal promedio, no serán compatibles con la Constitución»¹².

En este sentido, atendiendo a la jornada máxima constitucionalmente establecida de 48 horas semanales, el número máximo de horas que un trabajador puede realizar al mes sería de 144 horas¹³ (48 horas por 3 semanas), pudiendo ampliarse el horario de trabajo por más de 8 horas cada día de labores, siempre que este sea razonable, el promedio no supere el límite máximo establecido en la Constitución y se realice el pago de horas extras conforme a ley¹⁴. Un ejemplo típico de ello es la modalidad utilizada en las llamadas jornadas de catorce (14) días de trabajo ininterrumpido por siete (7) de descanso con un horario de trabajo de diez horas al día¹⁵.

En conclusión, en el caso de la extensión de la jornada semanal de trabajo el empleador debe tener en cuenta lo siguiente:

1. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el periodo de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar al máximo establecido constitucionalmente.

¹² Resolución del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2006, aclaratoria de la STC recaída en el Exp. N.º 4635-2004-AA/TC.

¹³ Luis VALDERRAMA VALDERRAMA y Manuel TARAZONA PINEDO, *Régimen Laboral explicado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 145.

¹⁴ En este sentido el Tribunal Constitucional señala: «Las disposiciones que permiten trabajar más de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, siempre que la media de horas trabajadas en un periodo de tres semanas, siempre que la media de horas trabajadas en un periodo de tres semanas no exceda de cuarenta y ocho horas, constituye una excepción que debería aplicarse razonable, justificada y proporcionalmente, según el tipo de trabajo de que se trate y respetando los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En estos casos será indispensable el pago de hora extras de acuerdo con la ley».

¹⁵ Al respecto, debe tenerse en cuenta la Directiva Nacional N.º 002 – 2007-MTPE/2/11.1. de octubre de 2007 que fija las «Pautas que deben seguirse para determinar si las jornadas atípicas o acumulativas han sido implementadas de acuerdo con el test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros establecidos por el Tribunal Constitucional».

2. El prorrateo de horas de trabajo no podrá afectar el derecho del trabajador al descanso semanal obligatorio ni al que corresponde a los días feriados no laborables.
3. La reducción de días laborables de la jornada semanal, independientemente de que se aplique el prorrateo de horas de trabajo, no afectará el respectivo récord vacacional de los trabajadores¹⁶.

En el caso de centros de trabajo en que se desarrollen jornadas de trabajo menores a la jornada máxima, «el empleador podrá extenderla unilateralmente hasta el límite de cuarenta y ocho horas diarias incrementando la remuneración en función del tiempo adicional»¹⁷.

Para ello, el empleador debe tener «en cuenta las siguientes pautas:

1. No se podrá ampliar la jornada de trabajo cuando la reducción de la jornada máxima haya sido establecida por ley o convenio colectivo, salvo que se haga por la misma vía.
2. Se tomará como base de cálculo la remuneración ordinaria; es decir, aquella que perciba el trabajador semanal, quincenal o mensualmente, según corresponda, en dinero o en especie, incluido el valor de alimentación. No incluye:
 - Las remuneraciones complementarias de naturaleza variable o imprecisa.
 - Las remuneraciones de periodicidad distinta a la semanal, quincenal o mensual, según corresponda.
3. A efectos de calcular el recargo o sobretasa, el valor de hora es igual a la remuneración de un día dividida entre el número de horas de la jornada del respectivo trabajador»¹⁸.

Ahora, cualquier modificación de la jornada o turnos de trabajo debe realizarse por el empleador atendiendo a un procedimiento interno dónde comunica al sindicato, representantes de los trabajadores o trabajadores afectados sobre su decisión de cambiar la jornada o turnos de trabajo y las razones que justifican la medida, teniendo oportunidad estos de solicitar una reunión a fin de plantear alternativas a estos cambios, el empleador se encuentra obligado a brindar este espacio de discusión y de escuchar la o las propuestas planteadas por los trabajadores o sus representantes.

A falta de acuerdo o de no haberse solicitado la reunión, el empleador puede unilateralmente imponer la medida. Los trabajadores o sus representantes tienen derecho a impugnar la decisión del empleador ante la Subdirección de Negociaciones Colecti-

¹⁶ Luis VALDERRAMA VALDERRAMA y Manuel TARAZONA PINEDO, *Régimen Laboral explicado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 144.

¹⁷ Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU y Luis VINATEA RECOBA, «Guía Laboral», *Gaceta Laboral*, Lima, 2019, p. 314.

¹⁸ Luis VALDERRAMA VALDERRAMA y Manuel TARAZONA PINEDO, *Régimen Laboral explicado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 144.

vas de la Autoridad Administrativa de Trabajo con el fin de que este se pronuncie sobre la procedencia de la decisión del empleador, a quien se le debe comunicar del inicio de este procedimiento con el fin de que presente sus argumentos. La decisión de la Autoridad Administrativa de Trabajo puede ser objeto de recurso de apelación.

En el caso de una modificación de horario de trabajo, esta puede ser colectiva o individual y el empleador se encuentra facultado para cambiarlo sin alterar el número de horas trabajadas. Cualquier modificación del horario de trabajo debe ser comunicada a los trabajadores afectados y a sus representantes, de ser el caso.

Ahora si se trata de una modificación colectiva del horario de trabajo mayor de una hora y la mayoría de los trabajadores no estuviera de acuerdo estos pueden presentar un recurso correspondiente ante la Subdirección de Negociaciones Colectivas de la Autoridad Administrativa de Trabajo, adjuntando una declaración jurada suscrita por la mayoría de los trabajadores afectados. La Autoridad Administrativa de Trabajo debe notificar al empleador con la finalidad de que este pueda contradecir los hechos alegados o justificar su decisión en base a un informe técnico.

Recibida la contestación o vencido el plazo para tal efecto, la Autoridad Administrativa de Trabajo resolverá el recurso determinando si existe o no justificación, siendo posible interponer contra la resolución recurso de apelación.

Ahora, en el caso de la modificación individual del horario, la impugnación de la medida por el trabajador se efectuará ante el Poder Judicial, de acuerdo con el procedimiento de hostilidad laboral, en cuyo caso el trabajador deberá cumplir previamente con el emplazamiento del empleador¹⁹.

Por último, ya se ha dicho que el empleador está facultado para determinar el horario de trabajo sin alterar el número de horas trabajadas pudiendo, incluso, establecer turnos de trabajo fijos y rotativos, los que pueden variar con el tiempo según las necesidades del centro de trabajo.

El empleador deberá dar a conocer, por medio de carteles colocados en un lugar visible del establecimiento o por cualquier otro medio adecuado, las horas en las que se inicia y culmina la jornada laboral.

¹⁹ Es decir, el trabajador antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador para que este efectúe sus descargos o enmiende su conducta, sin embargo, el supuesto de modificación del horario de trabajo individual no está previsto como una causal de hostilidad, con lo cual, aunque tal procedimiento deberá seguirse, la decisión del empleador de modificar el horario no resultará equiparable al despido. Al respecto: *Vid.* Elmer ARCE ORTÍZ, «Modificación de la prestación de trabajo. Un estudio sobre las modificaciones sustanciales», *Ius et veritas*, n.º 34, 2007, p. 133 y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU, «Modificación de las condiciones de trabajo. Entre el poder de dirección y el deber de obediencia», *Derecho y Sociedad*, n.º 21, 2003, p. 188.

Esta obligación cobra especial importancia frente a las modalidades laborales de trabajo a distancia como el teletrabajo y trabajo remoto, primero en lo que respecta al uso de cualquier otro medio adecuado, pues, luego de la pandemia de Covid-19, la preferencia por el trabajo a distancia ha sido y es una constante en la mayoría de países afectados por esta crisis sanitaria, con lo cual los trabajadores desempeñan sus labores desde casa utilizando para ello diversos medios telemáticos, con lo cual la ubicación de carteles del horario de trabajo colocados en el centro de labores carece de sentido, debiendo el empleador utilizar otros medios más adecuados atendiendo a las circunstancias, como, por ejemplo, comunicaciones a los trabajadores a través de correo electrónico o también utilizando la intranet de la empresa.

4. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO DERECHO DERIVADO DEL DERECHO AL DESCANSO

La relación laboral es uno de los espacios jurídicos en los que las relaciones humanas se desenvuelven con características de desigualdad debido a las posiciones socioeconómicas de ambas partes: el empresario, como titular de la organización productiva y el trabajador, inserto en esta organización, quien aporta su trabajo. Esta situación real e histórica origina que el ordenamiento constitucional²⁰ y legal acepte la dependencia laboral como una de las facultades empresariales propias del ejercicio del derecho a la libertad de empresa lo que hace posible que el empleador ostente, en razón de la naturaleza y de las exigencias propias de la relación jurídica laboral, «un haz de poderes destinados a su organización productiva, a la ordenación de las singulares prestaciones laborales y a la represión de las conductas laboralmente ilícitas de su personal»²¹.

En virtud del poder de dirección, los empleadores, personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, simples o compuestas tendrán derecho: 1. A dictar órdenes generales sobre la organización y funcionamiento de la buena marcha de la empresa; 2. A dictar instrucciones particulares a los trabajadores sobre su prestación laboral, contenido y circunstancias; 3. A alterar, unilateralmente, los límites de la prestación laboral (*ius variandi*); 4. A controlar el efectivo cumplimiento de las obligaciones laborales; y, 5. A aplicar sanciones «de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a instancias judiciales para su imposición y efectividad»²².

Todas las facultades propias del poder de dirección deben realizarse con el debido respeto a la dignidad del trabajador²³ y a sus derechos fundamentales. El poder de di-

²⁰ Al respecto: *Vid.* Antonio MARTÍN VALVERDE, Fermín RODRÍGUEZ-SAÑUDO y Joaquín GARCÍA MURCIA, *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 239-240.

²¹ Alfredo MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2011, p.365.

²² STC 206/1987, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 2 (RTC 1987\206).

²³ *Vid.*, por ejemplo, Artículo 4.2 e), 18, 20.3, 39.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, Ley del Estatuto de los Trabajadores, de 24 de marzo, artículo 22.2 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, de 10 de noviembre.

rección del empleador al constituir una manifestación de la dimensión subjetiva de su derecho de libertad de empresa se encuentra internamente limitado en su ejercicio por su natural coexistencialidad con el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores y, en consecuencia, no puede desarrollarse lesionando o vulnerando estos derechos. Lo contrario supondría un abuso o un ilegítimo ejercicio del poder de dirección y, con ello, del derecho fundamental a la libertad de empresa²⁴.

El empleador se encuentra prohibido de encaminar su conducta a la producción de resultados inconstitucionales generados por la lesión de la dignidad del trabajador²⁵ o la vulneración o sanción del ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales²⁶. Sólo así es posible comprender que en lo que a las relaciones laborales se refiere, la dimensión institucional del derecho a la libertad de empresa consiste en facilitarle al trabajador el ejercicio de los derechos fundamentales en el seno de la empresa, en la medida en que pueda hacerlo, realizando ajustes razonables y sin poner en peligro la actividad empresarial.

Los cambios tecnológicos han supuesto un cambio significativo en la vida del hombre, actualmente es posible conectarse a cualquier hora del día, los 365 días del año con cualquier persona a través de no uno sino diversos dispositivos electrónicos y plataformas virtuales. Esta nueva situación no es ajena a la relación de trabajo, pues el empleador puede comunicarse con su trabajador no sólo dentro del espacio normal o regular de trabajo sino también en cualquier momento y lugar fuera de su horario o jornada.

De ahí que resulte importante tener en cuenta que el poder de dirección empresarial encuentra su límite en el respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos fundamentales. Por ello es deber del empleador respetar los derechos constitucionalmente reconocidos de los trabajadores, entre los cuales se encuentra el derecho a la desconexión digital como expresión del derecho al descanso, y cuyo alcance es mucho más amplio que permitirle al trabajador tener un receso de sus actividades laborales, sino que tiene un carácter instrumental, a través del cual se busca tutelar otros derechos de carácter fundamental para el trabajador que, además del descanso, incluye el respeto a la intimidad, a la conciliación de la vida laboral y familiar y a la protección de su seguridad y salud²⁷.

Así, el derecho a la desconexión digital es una expresión nueva o moderna del derecho al descanso atendiendo a las nuevas circunstancias que rodean la relación de trabajo que supone que el empleador deba respetar y reconocer — pese a la posibilidad fáctica

²⁴ STS, de 7 de marzo de 2007, fundamento jurídico 2 y 3 (RJ 2007\2390).

²⁵ Vid. Antonio SEMPERE NAVARRO y Carolina SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 25-27 y 39.

²⁶ STC 308/2000, de 18 de diciembre, fundamento jurídico 4 (RTC 2000\308).

²⁷ Wilfredo SANGUINETI RAYMOND, *El derecho a la desconexión digital y sus límites en el trabajo a distancia*, en <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/04/El-derecho-a-la-desconexion-digital-y-sus-limites-en-el-trabajo-a-distancia-2.pdf>, última visualización el 25 de abril de 2021.

debido a la existencia de diversas plataformas y mecanismos electrónicos y virtuales que le permiten ponerse en contacto en cualquier momento y lugar con sus trabajadores, y que estos pueden llevar a cabo sus actividades en horas y días fuera de su horario y jornada de trabajo— que no puede disponer de los tiempos personales y familiares de sus trabajadores y que, en consecuencia, estos tienen derecho a no ser molestados, obligados a laborar o estar a disposición del empleador dentro de los mismos.

Por ello, puede reconocerse el derecho de desconexión digital como un derecho fundamental de los trabajadores, pues de su desconocimiento puede derivarse una lesión de la dignidad de una persona que permite identificar la vulneración de un nuevo derecho humano, entendiéndose por derecho humano, un derecho cuyo título también deviene de las cualidades inherentes de toda persona, pero que aún no se encuentra constitucionalizado.

La Constitución Política del Perú ha constitucionalizado derechos humanos básicos reconociéndolos como derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la vida, el derecho a la salud e integridad física, los derechos a las libertades personales (libertad de expresión, opinión, información, libertad religiosa, libertad de empresa, etc.), el derecho al trabajo y al descanso entre otros. Todos estos derechos se desprenden de la dignidad humana como potencialidad del ser humano, como ser autoconsciente y libre. Esta autoconsciencia de la propia personalidad permite reconocer la existencia de otros seres semejantes y de un contexto histórico mutable y perfeccionable. Por ello, el hombre se concibe como un ser coexistente e histórico. Coexistente con los seres semejantes a él, en términos de apertura y servicio; histórico, debido a que sus circunstancias modifican, entre otras muchas cosas, el ejercicio de sus derechos.

Por ello, si analizamos con atención, el catálogo en apariencia cerrado de derechos fundamentales no es tal, pues no puede negarse que nuevas circunstancias y cambios históricos posibilitan la generación de nuevos derechos que puedan significar un real bien humano y, en consecuencia, merezcan una protección jurídica constitucional.

Así, el reconocimiento del yo con otros y las diferentes circunstancias temporales y espaciales que influyen al hombre, influiría también en el ejercicio de sus derechos, lo que llevaría consigo no sólo la interpretación de los contenidos de cada derecho fundamental, sino que el propio catálogo de los derechos fundamentales contenido en la Constitución se encuentra abierto al cambio siendo posible, concretamente, ampliar el contenido de cada derecho fundamental con la incorporación, en su seno, de nuevos derechos, «si la evolución histórica permite reconocer nuevas exigencias implicadas en la dignidad humana»²⁸.

²⁸ Posición similar es defendida por MARTÍNEZ-PUJALTE. Sin embargo, este autor restringe los derechos globales a cuatro derechos, el derecho a la vida, el derecho a la salud y la integridad física, el derecho a las libertades personales y el derecho al medio ambiente. Al respecto: *Vid.* Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, «Los derechos humanos como derechos inalienables». En BALLESTEROS LLOMPART, Jesús (Ed.), *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 96- 97.

En este sentido, los derechos fundamentales contenidos en la Constitución son derechos de carácter global lo que les permite acoger, como parte de su contenido, a toda una serie de derechos de contenido específico sobre los que se proyecta la nota de historicidad, «de modo que la relación de derechos de contenido específico que se comprende dentro de cada uno de los derechos globales puede cambiar y, concretamente, ampliarse, de acuerdo con la evolución histórica»²⁹.

Esta posibilidad de la existencia de nuevos o de otros derechos fundamentales no contemplados en la Constitución y que en su calidad de tal deben tener reconocimiento constitucional está recogida en la cláusula abierta de derechos fundamentales contenida en el artículo 3 de la Carta Magna peruana que establece que la enumeración de los derechos fundamentales de la persona desarrollados en el texto constitucional «no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funda en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

Vistas así las cosas, el derecho a la desconexión digital es un derecho fundamental que constituye una expresión histórica reciente y actual del derecho al descanso que tiene su origen en virtud del surgimiento de las nuevas tecnologías de la información que permiten a quienes los utilizan estar conectados ilimitadamente, circunstancia que reclama el reconocimiento por parte del empleador de que sus trabajadores tienen derecho a no encontrarse en todo momento puestos a disposición de sus órdenes y control.

5. ACTUAL REGULACIÓN LEGAL DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

La primera referencia expresa al derecho a la desconexión digital en la legislación peruana se produjo con la publicación del Decreto de Urgencia nro. 127, de 1 de noviembre de 2020, norma extraordinaria que modifica, a su vez, el Decreto de Urgencia N.º 026-2020 que regulaba el trabajo remoto como una medida excepcional y temporal para prevenir la propagación de la COVID-19.

Los decretos de urgencia en el ordenamiento jurídico peruano son normas emitidas por el presidente de la República a las cuales la Constitución Política del Perú les otorga rango de Ley, y que sólo pueden emitirse cuando existan situaciones excepcionales que requieran atención inmediata y en dos materias específicas: económica y financiera.

Estos decretos de urgencia regularon una forma excepcional de prestar las obligaciones laborales: el trabajo remoto que supone la prestación del servicio laboral sub-

²⁹ *Ibidem*, p. 97.

ordinado con presencia física del trabajador en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario que ordenó realizar por el Estado durante la pandemia, utilizando cualquier medio o mecanismos que posibilite realizar la prestación laboral fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita. Además, es importante tener en cuenta que este no se limita al trabajo que puede ser realizado mediante medios informáticos, de telecomunicaciones u análogos, sino que se extiende a cualquier tipo de trabajo que no requiera la presencia física del trabajador en el centro de labores.

Con respecto al derecho a la desconexión digital, el Decreto de Urgencia N.º 127, de 1 de noviembre de 2020 disponía, en su artículo 18, que, durante el desarrollo del trabajo remoto, los trabajadores tenían derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios durante los días de descanso, licencias y periodos de suspensión de la relación laboral.

Para el caso del sector privado, se establecía que este debía observar las disposiciones sobre jornada máxima de trabajo que resulten aplicables conforme a las normas del régimen laboral correspondiente. El empleador, señalaba, no puede exigir al trabajador la realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral durante el tiempo de desconexión digital. Tratándose de trabajadores no comprendidos en la jornada máxima de trabajo, de conformidad con la normativa vigente en la materia, el tiempo de desconexión debía ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, además de los días de descanso, licencias y periodos de suspensión de la relación laboral.

Para el caso del sector público, la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR podía emitir disposiciones complementarias sobre la materia.

Dicha disposición legislativa fue reglamentada mediante el Decreto Supremo N.º 004-2021-TR, el mismo que estableció en su artículo 9A lo siguiente:

9-A.1. El derecho a la desconexión digital a que se refiere el párrafo 18.1.4 del artículo 18 del Decreto de Urgencia 026-2020, Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del Coronavirus (Covid-19) en el territorio nacional, implica que el trabajador tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos (internet, telefonía, entre otros) utilizados para la prestación de servicios. En consecuencia, el empleador no puede exigir al trabajador realizar tareas, responder comunicaciones o establecer coordinaciones de carácter laboral, a través dichos medios, durante el tiempo de desconexión digital, salvo que acuerde con el trabajador la realización de trabajo en sobretiempo o concurren las circunstancias señaladas en el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 007-2002-TR.

9-A.2. *El derecho a la desconexión digital no excluye el uso de los medios informáticos, de telecomunicaciones o análogos por parte del empleador, para asignar tareas o remitir comunicaciones al trabajador, siempre que este no esté obligado a conectarse a dichos medios o a atender las tareas o comunicaciones fuera de su jornada laboral. En ese sentido, el empleador debe establecer las medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión digital.*

9-A.3. *El tiempo de desconexión digital se extiende entre el término de una jornada diaria de trabajo y el inicio de la siguiente. Si durante ese tiempo, el empleador y el trabajador acuerdan que este último realice alguna tarea o coordinación de carácter laboral, o concurren las circunstancias señaladas en el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 007-2002-TR, dicha labor se considera como trabajo en sobre tiempo y se paga o compensa con descanso sustitutorio, según lo dispuesto en el referido Decreto Legislativo 854.*

9-A.4. *También se considera tiempo de desconexión digital los días de descanso semanal, días feriados, días de descanso vacacional, días de licencia y demás periodos de suspensión de la relación laboral. La realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral en los días de descanso semanal o días feriados se considera trabajo efectivo y se paga o compensa conforme al Decreto Legislativo 713, Consolidan la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.*

9-A.5. *El tiempo de desconexión digital para los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata de la jornada y los que prestan servicios intermitentes debe ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, además de los días de descanso semanal, días feriados, días de descanso vacacional, días de licencia y demás periodos de suspensión de la relación laboral.*

9-A.6. *Para efectos de lo señalado en el numeral anterior, se consideran trabajadores de dirección y trabajadores que prestan servicios intermitentes a los señalados en los literales a) y b), respectivamente, del artículo 10 del Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo, aprobado por Decreto Supremo 008-2002-TR; y se consideran trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata de la jornada aquellos que realizan sus labores o parte de ellas sin control del tiempo de trabajo o que distribuyen libremente su jornada de trabajo sin estar sujetos a un horario determinado.*

El trabajo remoto, de acuerdo con lo establecido en el Decreto de Urgencia N.º 115 – 2021 tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2022, fecha a partir de la cual la modalidad a distancia que debe ser aplicada es la del teletrabajo. Dicha modalidad prestación laboral se encuentra regulada por la Ley 31572, de 11 de septiembre de 2022.

Esta norma define el teletrabajo como una modalidad especial de prestación de labores, de condición regular o habitual. Se caracteriza por el desempeño subordinado de aquellas sin presencia física del trabajador o servidor civil en el centro de trabajo de la empresa con la que mantiene vínculo laboral. Se realiza a través de la utilización de las plataformas y tecnologías digitales.

Esta modalidad se caracteriza también por: a. Ser de carácter voluntario y reversible. b. Ser de forma temporal o permanente. c. Ser de manera total o parcial. d. Flexibilizar la distribución del tiempo de la jornada laboral. e. Realizarse dentro del territorio nacional o fuera de este. Además, el teletrabajador es libre de decidir el lugar o lugares donde habitualmente realizará el teletrabajo y estos deberán ser informados al empleador antes del inicio de la prestación de labores. Ahora, en caso de cambio del lugar habitual de teletrabajo, el teletrabajador debe informarlo al empleador con una anticipación de 5 días con la finalidad de que el empleador pueda hacer la constatación de que el lugar dónde se desempeñarán las labores cuente con las condiciones digitales y de comunicaciones necesarias y de seguridad y salud en el trabajo, debiendo presarle las facilidades para la prestación de labores en el nuevo lugar habitual de teletrabajo.

Vistas así las cosas queda claro que el teletrabajo, a diferencia del trabajo remoto, no tiene como finalidad ser una modalidad eventual producto de la coyuntura de la Covid-19 sino que tiene una intención de permanencia, más allá de las circunstancias que puedan acontecer y pretende ser una alternativa a otras formas de contratación laboral ya existentes.

Asimismo, la norma del teletrabajo destaca que el teletrabajador tiene los mismos derechos y obligaciones que los establecidos para los trabajadores que laboran bajo la modalidad convencional, de acuerdo con tipo de régimen laboral al que pertenezca cada teletrabajador, salvo lo referido a la asistencia al centro de labores.

Con respecto a la desconexión digital, el artículo 22 de la Ley 31572, de 11 de septiembre de 2022, dispone lo siguiente:

22.1 El teletrabajador tiene derecho a desconectarse digitalmente durante las horas que no correspondan a su jornada de trabajo. Dicho derecho garantiza gozar de tiempo libre con motivo de un descanso, incluye las horas diarias de descanso fuera del horario de trabajo, el descanso semanal obligatorio, el período vacacional anual, las licencias por paternidad y maternidad, y las horas de lactancia, así como los permisos y licencias por accidentes o enfermedad, y otros. La desconexión digital garantiza el disfrute del tiempo libre, el equilibrio entre la vida laboral, privada y familiar.

22.2 El empleador respeta el derecho a la desconexión digital de la jornada laboral del teletrabajador, garantizando que en ese período no esté obligado a res-

ponder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos que fueren emitidas, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales.

22.3 Para los teletrabajadores de dirección, para los que no se encuentren sujetos a fiscalización inmediata y para los que presten labores intermitentes o hubieran distribuido el tiempo de su jornada laboral, se establece un lapso diferenciado de, al menos, doce horas continuas en un período de veinticuatro horas, además de los días de descanso, licencias y períodos de suspensión de la relación laboral, a fin de que puedan ejercer su derecho de desconexión.

22.4 Las autoridades competentes fiscalizan el cumplimiento por parte del empleador del ejercicio del derecho a la desconexión digital de la jornada laboral del teletrabajador.

Mediante Decreto Supremo 002-2023-TR, de 26 de febrero de 2023, se reglamentó la Ley 31572, disponiéndose, en lo que respecta al derecho de desconexión digital, lo siguiente:

24.1. Los teletrabajadores tienen derecho a la desconexión digital, que consiste en apagar o desconectar los equipos o medios digitales, de telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios, fuera de su jornada de trabajo, durante los periodos de descanso, licencias, vacaciones y períodos de suspensión de la relación laboral. En estos casos no se puede exigir atender asuntos de trabajo, tareas, coordinaciones u otros relacionados con la prestación del servicio.

24.2 Tratándose de teletrabajadores no comprendidos en la jornada máxima de trabajo, el tiempo de desconexión debe ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, además de los días de descanso, licencias y periodos de suspensión de la relación laboral.

24.3. El empleador público y/o privado respeta el derecho a la desconexión digital garantizando que en ese periodo no estén obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos que fueren emitidas, salvo causas de fuerza mayor o circunstancias excepcionales que requieran la conexión del teletrabajador fuera del horario laboral.

6. PROBLEMAS DE LA ACTUAL REGULACIÓN SOBRE DESCONEXIÓN DIGITAL

En el Perú, como puede observarse, únicamente se ha regulado el derecho de desconexión digital para modalidades de trabajo a distancia, el legislador parece olvidar que las nuevas tecnologías son utilizadas también en modalidades de trabajo presencial y que la posibilidad de un continuo control y puesta a disposición del trabajador pueden producirse, también en esta modalidad laboral. Así, el riesgo de enfermedades físicas o mentales por la sobreexposición a las herramientas informáticas o por la so-

brecarga laboral es tan real en un trabajador a distancia, como en aquel que no lo es, y el reconocimiento del derecho a la desconexión digital como derecho fundamental no hace distinciones entre un trabajador presencial y un teletrabajador.

No se ve tampoco intención de regular la cuestión desde una perspectiva que conciba al derecho a la desconexión digital como un derecho que incluya a ambos tipos de trabajadores presenciales y a distancia. Así, de acuerdo con el Anteproyecto de Código de Trabajo que actualmente viene siendo materia de debate en el Perú, la regulación legal de la desconexión digital también se restringe al teletrabajo.

Así el artículo 36 del referido anteproyecto únicamente regula el derecho de desconexión digital en relación con la prestación laboral teletrabajada, dentro de sus disposiciones específicas, estableciendo, en el numeral 8, lo siguiente:

8. Los teletrabajadores tienen derecho a la desconexión digital, por el cual estos pueden apagar o desconectar los equipos o medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios, fuera de su jornada de trabajo, durante los periodos de descanso, licencias, vacaciones y periodos de suspensión de la relación laboral. En estos casos no se puede exigir atender asuntos de trabajo, tareas, coordinaciones y otros relacionados con la prestación del servicio. Tratándose de teletrabajadores no comprendidos en la jornada máxima de trabajo, el tiempo de desconexión debe ser de, al menos, doce (12) horas continuas en un periodo de veinticuatro (24) horas, además de los días de descanso. Licencias y periodos de suspensión de la relación laboral.

Esta cuestión debe ser atendida legislativamente, pues como ya se dijo, el reconocimiento del derecho a la desconexión digital como expresión y una de las dimensiones actuales del derecho fundamental al descanso supone garantizar que fuera del tiempo de trabajo, independientemente si este se trata de trabajo presencial o a distancia, se respete el tiempo de descanso de los trabajadores, los permisos y las vacaciones, ello con la finalidad de permitir el libre desarrollo de su personalidad, su derecho a un espacio íntimo, personal o familiar separado de sus labores profesionales y de garantizar la salud física y mental de los trabajadores.

Así, el derecho a la desconexión digital como todo derecho fundamental posee una dimensión subjetiva «que lo hace directamente exigible»³⁰, de forma que las personas trabajadoras, indistintamente de su condición como trabajadores presenciales o a distancia, podrán reclamar «el respeto a su derecho al descanso de la manera que estime

³⁰ María Olaya MARTÍN RODRÍGUEZ, «Registro de jornada diario para garantizar el adecuado derecho a la desconexión digital», en Eduardo LÓPEZ AHUMADA (Dir.) y María Victoria JIMÉNEZ MARTÍNEZ y Aránzazu ROLDÁN MARTÍNEZ, *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 320.

más conveniente»³¹. Por ello, aún cuando nuestra legislación nacional no haya previsto una regulación de rango de ley que desarrolle el derecho de desconexión digital en los trabajadores presenciales, lo cierto es que sus alcances básicos pueden desprenderse del propio texto constitucional y, en consecuencia, se trata de un derecho de contenido no programático, es decir, de aplicación inmediata, con lo cual es plenamente exigible resultando, por tanto, perfectamente posible la interposición de una demanda que dé inicio a un proceso de constitucional de amparo, frente a la lesión o potencial amenaza al derecho de desconexión digital de los trabajadores presenciales.

En el Perú, el proceso de amparo, como toda garantía constitucional, tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, ya sean de naturaleza individual o colectiva, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. En este orden de ideas, el proceso de amparo procede en defensa del derecho constitucional al descanso y sería posible que, de darse el caso, a partir de una demanda de esta naturaleza, el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el alcance de este derecho y su inclusión, dentro de su contenido constitucionalmente protegible, del derecho a la desconexión digital reconociendo, en este sentido, su carácter de derecho fundamental.

Además, desde su dimensión institucional, el derecho a la desconexión digital garantiza un adecuado equilibrio entre la vida profesional y la vida privada del trabajador, equilibrio que si no se tiene en cuenta puede producir efectos nocivos en la salud física y mental de las personas trabajadoras, lo que repercute, obviamente, no sólo en su propia individualidad de quienes trabajan, sino también en la productividad de la empresa, en la sociedad y el Estado, pues, en último término será a este último a quien se le pedirá que responda, a través de sus sistemas contributivos y no contributivos de salud, a las necesidades que esta sobrecarga de trabajo puede producir, como, por ejemplo, el «tecnoestrés» o «fatiga informática».

En este orden de ideas, el reconocimiento como derecho constitucional del derecho a la desconexión digital para todos los trabajadores sin distinción fomentaría la existencia de una política nacional de Estado encaminada a lograr instaurar en los empleadores un enfoque preventivo de los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo desde la lógica de una concepción integral de persona humana, es decir, no sólo como un *homo laborans*, sino como un sujeto doble dimensional individual y social que necesita sus espacios de libertad e intimidad, para lograr su real desarrollo personal.

³¹ María Teresa IGURTA MIRÓ, «El derecho a la desconexión digital en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n.º 432, 2019, pp. 76.