
LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL DEL TRABAJO EN CHILE Y SU VULNERACIÓN

THE CONFIGURATION OF THE RIGHT TO THE DIGITAL DISCONNECTION FROM WORK IN CHILE AND ITS VULNERATION¹

RODRIGO MONTEIRO PESSOA

Profesor de Derecho del Trabajo. Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Derecho de la Seguridad Social y Economía en la Universidad de la Frontera. Licenciado en Administración en la Universidade Federal da Paraíba – Brasil. Licenciado en Ciencias Jurídicas en el UNIESP – Brasil. Post-título en Derecho de la Seguridad Social por Uniderp – Brasil. Magíster Académico en Derecho Económico por la Universidade Federal da Paraíba – Brasil.

RESUMEN

Objetivo: el derecho a la desconexión del trabajo, que surgió como un nuevo derecho laboral para hacer frente a los cambios en la sociedad del trabajo, tan afectada por la tecnología de la información, y que trae consecuencias nefastas para la vida y salud de los trabajadores, fue positivado en Chile por la ley n° 21.220 de 2020. No obstante, dejó muchas lagunas sobre su configuración y sobre la forma cómo se puede vulnerar este derecho laboral. Este trabajo pretende argumentar sobre estas líneas jurídicas, de forma de ofrecer contribuciones a la aplicación práctica del Derecho a la Desconexión Digital del Trabajo en las empresas y por la jurisprudencia, para los casos de conflictos entre las partes de la relación laboral.

Metodología: se utiliza el método deductivo, a través de un enfoque bibliográfico y documental, por medio de la lectura de libros y artículos científicos, así como la revisión de la legislación chilena e internacional sobre la materia y la jurisprudencia.

¹ Artículo financiado por el proyecto FONDECYT INI N° 11200968 y DIUFRO EP DI20-0071



Resultados: las relaciones de trabajo van mutando. La tecnología va modificando estas relaciones para bien o para mal. Por un lado, facilita la ejecución de las labores, genera otras formas de trabajar y extingue aquellas que son repetitivas. Por otro lado, puede permitir que el trabajador siga constantemente conectado a sus actividades, que conteste a demandas de su empleador fuera de la jornada y de las dependencias físicas de la empresa y, de esta forma, perjudica el descanso y la vida social y familiar del trabajador.

Contribuciones: el artículo tras como una de sus aportaciones el debate sobre el derecho a la desconexión, ya que es una situación que va más allá del mero derecho al descanso, y se configura de una forma que pasa a tutelar el derecho del trabajador de "existir" mucho más que "descansar".

Palabras clave: Desconexión del trabajo, Tecnología, Configuración, Vulneración.

ABSTRACT

Objective: *the right to disconnection from work, which emerged as a new labor law that aims to face changes in the labor society, so affected by information technology, and that it has dire consequences for the life and health of workers is consecrated in Chile, Law No. 21,220 of 2020. However, it has left many gaps on its configuration and on how this labor right can be violated. This work aims to argue about these legal lines, in order to offer contributions to the practical application of the Right to Digital Disconnection from Work in companies and by jurisprudence, for cases of conflicts between the parties to the employment relationship.*

Methodology: *the deductive method is used, through a bibliographic and documentary approach, through the reading of books and scientific articles, as well as the revision of Chilean and international legislation on the subject as well as the jurisprudence.*

Results: *working relationships are mutating. Technology is modifying these relationships for better or worse. On the other hand, it facilitates the execution of tasks, generates other ways of working and extinguishes those that are repetitive. On the other hand, it can allow the worker to remain constantly connected to his activities, to respond to demands from his employer outside the working day and the physical dependencies of the company and, in this way, harms the rest and the social and family life of the workerlas relaciones de trabajo van mutando.*

Contributions: *the article offers as one of its contributions the debate on the right to disconnection, since it is a situation that goes beyond the mere right to rest and configures in a way that goes on to protect the right of the worker to "exist" much more than "rest".*



Keywords: *Right to disconnection from work, Technology, Configuration, Infringement.*

1 INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, la discusión sobre el Derecho a la Desconexión Digital del Trabajo viene ganando cada vez más espacio en el campo jurídico. Esto porque la revolución digital y la automatización abren espacio para la conexión permanente a diversos dispositivos que nos acompañan día a día. Los *smartphones*, *tablets* y *smartwatches* (para citar algunos *geeks*) ofrecen un abanico de posibilidades de acceso a todo tipo de información, nubes y aplicaciones móviles con servicios esenciales y de ocio. Además, los temas de privacidad son ampliamente cuestionados por nuestra huella digital y la posibilidad de ser rastreados a todo momento por medio de la geolocalización. La vida privada, la intimidad, la autodeterminación informativa, la libertad de expresión y de información y comunicación y el libre desarrollo de la personalidad son fundamentos que dieron espacio a la positivación de leyes de protección de datos personales en diversos países del mundo, incluyendo Chile con la ley n° 19.628 de 1999. De ahí la importancia de discutir y legislar sobre la tecnología y sus impactos en la vida de las personas.

Este escenario de preocupación con los datos personales y la afectación de diversos derechos, incluso derechos de la personalidad, refuerza la necesidad de los cambios legislativos en favor de reabrir viejas discusiones para readaptarlas a las nuevas realidades. Varios autores ya han dedicado diversas líneas para argumentar sobre la real necesidad de un nuevo derecho laboral, en el sentido de proteger específicamente la desconexión digital del trabajo (Pérez Campos, 2019, p. 108-ss.) (Torres García, 2020, p. 255) (Taléns Visconti, 2019, pp. 150-ss), por lo que no vamos a tratar de esta pugna. Nuestra opinión sobre la trascendencia de ir adaptando las leyes a las modificaciones sociales sigue vigente, e, incluso, pudimos hacer alusión a esta posición en otro artículo



publicado antes de la positivación del derecho a la desconexión del trabajo en el ordenamiento jurídico chileno (Monteiro Pessoa, 2019b, p. 19 y ss.).

Empero, queremos aprovechar el espacio para incrementar nuestra posición, haciendo referencia al trabajo del Prof. Dr. Luciano Martinez, de la Universidade Federal da Bahia, en Brasil, que hizo una brillante analogía sobre la tosca adaptación que muchas veces queremos hacer a las leyes laborales, imaginando que todo ya está en los Códigos Laborales que en realidad fueron pensados para otra lógica –la de centralización productiva y del empleo analógico–, y que con la simple interpretación evolutiva de viejos preceptos tendremos la solución para todos los problemas modernos de conflicto en las relaciones de trabajo. Permítanme contarles la historia de Procusto y la forma como el Dr. Martinez vincula la mitología griega a las adaptaciones laborales poco eficientes.

Procusto, en la mitología griega, era un bandido de Ática que tenía una posada en medio del camino de Atenas y Eleusis. El personaje de la mitología, ofrecía alojamiento a los viajeros que, durante la noche, cruzaban el camino y estaban lo demasiado cansados para poder seguir viaje. Ofreciendo una cena y un lecho para descansar, Procusto quería que los viajeros encajasen perfectamente en su lecho. Por ende, en la noche, durante el sueño de sus invitados, verificaba si ellos estaban completamente encajados en el lecho ofrecido. Si el invitado dormido fuera de un tamaño más pequeño que su lecho, Procusto ataba sus manos y pies con cuerdas en las puntas del lecho, y con un martillo, rompía sus huesos para facilitar estirarlos hasta que quedasen con el tamaño exacto del lecho. Por otro lado, si el viajero fuera más grande que el lecho, Procusto utilizaba un hacha para poder cortar las extremidades del huésped, incluso su cabeza, para que quedase perfectamente encajado en su lecho. El bandido de Ática tuvo su final en manos de Teseo, y algunas versiones del cuento dicen que él tenía dos lechos con tamaños diferentes, que se ofrecía según el tamaño del viajero, para que nunca cupiera exactamente en su lecho (Taleb, 2019, pp. 11–12).

El profesor Martinez comenta que muchas veces cuando utilizamos viejas normas laborales pensadas para otras situaciones sociales, para otra lógica del trabajo,



intentando adaptarlas para que sirvan para un contexto completamente diverso al que es parte de los cimientos de las leyes del trabajo vigentes, hacemos lo mismo que Procusto con los viajeros. Deformamos las leyes, buscando respuestas para las cuales no fueron hechas, hasta el punto de hacer de la legislación laboral algo irreconocible (Martinez, 2020, p. 69).

Por esta razón, somos favorables a que el derecho a la desconexión sea positivado, ya que es una situación que va más allá del mero derecho al descanso, y se configura de una forma que pasa a tutelar el derecho del trabajador de "existir" mucho más que "descansar". El derecho de existir, significa que el trabajador debe poder concentrarse en otras actividades familiares y privadas que son importantes para su existencia como ser humano, dotado de dignidad y derechos. Luego, la desconexión del trabajo y otras políticas conexas representan respuestas a las nuevas realidades del mundo del trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2018). Esta es la razón por la cual se debe hablar y desarrollar las aristas de este nuevo derecho laboral.

2 EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DEL TRABAJO: SURGIMIENTO Y CONFIGURACIÓN EN CHILE

Como comentado, los cambios en las relaciones laborales permiten, hoy día, que se permanezca conectado al trabajo incluso fuera de las dependencias físicas de las empresas. Esta situación genera problemas de diversas índoles al trabajador moderno, ya que las complicaciones por poder seguir realizando actividades laborales por medio de dispositivos de tecnología de la información son nefastas. El empleado que jamás se desconecta del trabajo tiende a no descansar completamente y pierde la oportunidad de existir –disfrutando de actividades sociales y familiares y de sus momentos de ocio–, desnaturalizando los objetivos de las primeras leyes laborales que determinaron



intervalos entre jornadas, además de encontrar barreras para la conciliación de la vida laboral con la vida social y familiar –por ende, distanciándose del concepto de trabajo decente (Somavia, 1999)– lo que genera mayor estrés en su vida.

La Oficina Alemana para la Seguridad y Salud en el Trabajo (BAuA - *Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin*) publicó un interesante informe sobre el estrés y el trabajo, y la recomendación 5 del informe “La salud mental en el lugar de trabajo - Posicionamiento Científico” (*Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt - Wissenschaftliche Standortbestimmung*) reconoce que una característica central de la recuperación es desconectarse del trabajo después de la jornada. Las interrupciones o reducciones del reposo durante un período más largo generan déficits de recuperación negativos para la salud, además de generar consecuencias negativas para la adecuación entre el trabajo y la vida privada (BAuA - Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, 2017).

La importancia del estudio está en constatar que el simple hecho de recibir una comunicación (mensaje, llamada telefónica, chat por el WhatsApp etc.) ya es suficiente para reactivar la mente del trabajador para sus quehaceres, quebrando la desconexión mental con consecuencias para su salud. Este trabajador puede estar lejos físicamente del establecimiento donde presta sus servicios subordinados al empleador, incluso en su casa, acostado en una hamaca y tomando un jugo relajante, sin embargo, el quiebre de la desconexión, es decir, la interrupción del espacio de tiempo sin que este trabajador piense en su trabajo o en soluciones para los problemas de sus labores, es lo que le perjudica. No es el descanso físico en sí, que ya estaba tutelado por el derecho al descanso en las leyes laborales, es tener un periodo en que su mente no se activará para temas de trabajo y que podrá concentrarse en otras actividades sociales y familiares, permitiendo al trabajador existir como persona.

El que constantemente está pensando en trabajo tiene un aumento del agotamiento emocional, cinismo y enojo, resultando en un aumento del estrés. Más allá, el aumento del estrés contribuye significativamente para la depresión (Greenglass, Burke,



& Moore, 2003, p. 583), lo que demuestra la importancia de las preocupaciones relacionadas al tema de la desconexión del empleado de sus actividades que podrían perfectamente seguir fuera de la jornada normal por el uso de herramientas de tecnología de la información.

Si bien es cierto que el trabajador podría incluso no contestar las llamadas, pedidos de realización de tareas o responder a un correo electrónico, el hecho de recibir estas comunicaciones telemáticas ya es suficiente para el quiebre de su desconexión (BAuA - Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, 2017). Más allá, según Robert McChesney, una encuesta del 2012 concluye que las tecnologías digitales, lejos de aliviar las cargas de trabajo, han hecho posible que el trabajador típico estadounidense proporcione hasta un mes y medio de horas extras no pagadas anualmente, simplemente usando sus teléfonos inteligentes y computadoras para trabajar a cualquier hora fuera del lugar de trabajo, donde casi la mitad siente que no tienen otra opción (McChesney, 2013, p. 218). Es exactamente esto, muchos sienten que no tienen opción. La cultura organizacional muchas veces apunta a que, si no estás disponible todo el tiempo para la empresa, entonces no tienes compromiso con la organización o eso significa que no eres organizado, confiable, trabajador (Grant, 2019).

En Chile, el 87,4% de la población tiene acceso a internet. El 28,9% de los hogares cuenta con acceso solamente a internet fija, el 29,6% cuenta solamente con internet móvil y el 27,2% de los hogares cuenta con a internet fija y móvil (Gobierno de Chile - Subsecretaría de Telecomunicaciones, 2017, p. 15). A nivel nacional, 43,4% de los usuarios de internet apuntan como una razón para tener internet en su hogar es por temas laborales, un 23,8% afirma que los negocios conforman uno de los principales motivos, y un 78,1% afirma que la razón de mantener una conexión en su hogar es por razones de comunicación (Gobierno de Chile - Subsecretaría de Telecomunicaciones, 2017, p. 19). Estos datos demuestran que los chilenos utilizan –principalmente– la internet para el trabajo, lo que incluye las comunicaciones por correo electrónico y redes sociales, y esto representa un nuevo paradigma en material laboral, porque la facilidad



de acceso a los dispositivos móviles y computadoras portátiles posibilitan que se lleve el trabajo –obviamente dependiendo del tipo de trabajo– a todos los lugares, independiente de que se esté físicamente o no en las dependencias de la empresa.

Complementando el argumento anterior, sabemos que se hace necesario que, en el trabajo, donde pasamos gran parte de nuestra vida, es adonde debe comenzar la generación de una cultura de desconexión digital, como medida de protección de la salud y de la integridad física y psíquica de los trabajadores. La doctrina especializada cita los problemas de la dependencia y otras complicaciones psicológicas asociadas al uso abusivo de la conexión digital (Nicolaci-da-Costa, 2002, pp. 25–26). Incluso, surgen nuevas enfermedades asociadas al uso desmedido de tecnologías de la información y comunicación (*TICs*) como el síndrome del túnel carpiano en los que digitan mucho tiempo en el celular, daños a la visión por la exposición a pantallas retro iluminadas, problemas de ansiedad y aislamiento social, sedentarismo, daños al sistema nervioso: como la fatiga, vértigo o insomnio, y la nomofobia que es el sentimiento de ansiedad, inseguridad y angustia cuando alguien se queda sin su celular, por haberlo olvidado en algún sitio específico o por quedarse sin batería (King, Nardi, & Cardoso, 2017).

Entonces, no se trata solamente de no contestar o no realizar tareas a distancia con el uso de tecnologías de la información y comunicación (*TICs*), se trata de no tener que estar atento a estas formas de comunicación, ni de recibirlas efectivamente para que no se genere el quiebre de la desconexión. Se trata también de generar una cultura de desconexión digital en el trabajo para evitar los efectos anteriormente citados. Se trata, además, de posibilitar que el trabajador pueda existir como persona y no sufrir las consecuencias de la privación de su vida social y familiar.

Esta nueva preocupación en las relaciones laborales llevó al surgimiento del llamado “derecho a la desconexión”², tutelado como consecuencia de una práctica

² Término utilizado por primera vez por la Ley francesa 2016/1088, de 8 de agosto de 2016, más conocida como *Loi Travail*, que agregó el inciso 7° al artículo L2242-8 estableciendo el derecho a la desconexión (*droit à la déconnexion*).



llevada a cabo principalmente por empresas europeas. La empresa Volkswagen desde el año 2011 adopta una política de desconexión de sus servidores de correo electrónico después de la jornada de trabajo de sus empleados. Los servidores dejan de funcionar 30 minutos después de la jornada laboral y vuelven a funcionar 30 minutos antes de comenzar la nueva jornada diaria (BBC News, 2012). La fábrica de vehículos Daimler avisa a los remitentes de correos electrónicos cuando el destinatario está de vacaciones, comunicando que deben redireccionar su correo a otras personas para evitar que éste sea borrado. Una medida para garantizar el derecho a la desconexión del empleado en su periodo de descanso anual (BBC News, 2014). En la misma línea, el fabricante de neumáticos Michelin estableció un control de conexiones a distancia, para el personal directivo, de forma a limitar su trabajo fuera de la jornada y en fines de semana (El Espectador, 2017). Existen otros ejemplos de transposición al ámbito de la empresa citados por la doctrina, como el caso de BMW donde los trabajadores pueden flexibilizar su horario de trabajo indicando los periodos en que no estarán disponibles para la empresa (Vallecillo Gámez, 2020, p. 224). Está igualmente el caso de GIE REÚNICA en que un trabajador está prohibido de enviar correos electrónicos durante los períodos de suspensión de su contrato o descanso, ni deberá responder a los correos que se le envíen en dichos periodos (Vallecillo Gámez, 2020, p. 224). O el de SYNTEC y CINOV que establece el deber empresarial de respetar la desconexión de los trabajadores, «siendo responsabilidad del empresario asegurar las disposiciones necesarias a fin de que el trabajador se desconecte de los dispositivos de comunicación a distancia que tiene a su disposición» (Vallecillo Gámez, 2020, p. 225).

Las empresas han despertado la preocupación con la desconexión digital porque toca sus intereses (Pérez Campos, 2019, p. 106 y ss.). Los trabajadores constantemente pendientes del trabajo no descansan y caen en productividad y la exagerada utilización de mano de obra como factor de producción lleva a decrecimiento del rendimiento



empresarial (ley de rendimientos decrecientes)³, mayor incidencia de errores, desgaste físico y mental de los trabajadores, siniestralidad laboral con consecuencias económicas para el empleador⁴, y otras consecuencias del estrés laboral (Serrano Argüeso, 2019, p. 173). Frente a este escenario, podemos argumentar junto Pérez Campo que:

desde una perspectiva general, la regulación del derecho a la desconexión digital en el entorno laboral interesaría desde un triple punto de vista: social, por cuanto protege la tutela física y moral del trabajador, jurídico al imponer límites a la duración del trabajo, pero, también, desde un punto de vista económico, en cuanto la duración del trabajo excesivo puede repercutir sobre los costos de producción y beneficios de la empresa (Pérez Campos, 2019, p. 109).

Pensando en esto, y como forma de positivar el derecho a la desconexión, Francia fue pionera en la modificación del Código del Trabajo, incorporando en el artículo L2242-8, el inciso 7° que trata de la negociación anual⁵:

los términos del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y de la aplicación por parte de la empresa de dispositivos para regular el uso de herramientas digitales, con el fin de garantizar el cumplimiento de los períodos de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador deberá elaborar una política, después de consultar el comité de empresa o, en su defecto, los delegados de personal. Esta política definirá los procedimientos para el ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, las acciones de capacitación y campañas de

³ La ley de rendimientos decrecientes es una teoría económica que afirma que puede existir la disminución del incremento de la producción a medida que se aumenta un factor productivo (por ejemplo, trabajo o maquinaria), manteniendo los demás constantes. Luego, es necesario observar el número de horas dedicadas al trabajo como factor productivo para que esto no resulte en la disminución de la propia producción (Samuelson & Nordhaus, 2001, p. 110).

⁴ En Chile, por ejemplo, el Decreto 67 de 1999, estableció una cotización adicional diferenciada en función de la actividad y riesgo de la empresa, que no puede exceder de 3,4% de las remuneraciones imponibles al seguro de accidentes del trabajo de la ley n° 16.744 de 1968. Por ende, si hay mayor siniestralidad, habrá mayor costo social para el trabajo a cargo del empleador.

⁵ En Francia es obligatorio negociar anualmente –para las empresas que cuenten con representación sindical– sobre retribuciones, tiempo de trabajo, reparto del valor añadido en la empresa, calidad del trabajo e igualdad profesional entre hombre y mujeres (artículo L2242-1 del Código del Trabajo francés).



sensibilización para los empleados, personal de mando intermedio y dirección, para un uso razonable de herramientas digitales (Légifrance, 2020, pp. L2242-8).

Aquí hay un reconocimiento legal del derecho a la desconexión de los trabajadores, cuyo origen apunta a la construcción jurisprudencial y convencional con posterior incorporación al ordenamiento jurídico gradualmente (Pérez Amorós, 2020, p. 271). Tal como está establecido en el citado artículo del *Code du travail*, las modalidades del derecho a la desconexión del trabajo serán establecidas en la negociación colectiva de la empresa en el marco de la obligación anual de negociar. Caso no exista acuerdo, el empresario deberá elaborar de forma unilateral una carta (Cialti, 2017, p. 174). Por esto, se apunta como principal dificultad de la regulación el bajo alcance de las negociaciones colectivas en las PYMES, lo que podría dejar al libre albedrío del empleador la determinación unilateral del contenido, excluyendo muchos trabajadores de la efectividad del derecho a la desconexión laboral (Cialti, 2017, p. 175). Otras críticas a la forma como Francia ha positivado este nuevo derecho laboral, consideran la ausencia de las características del derecho –que parece una simple posibilidad de negarse a contestar demandas del empleador fuera del horario de trabajo– (Taléns Visconti, 2019, p. 155) y la forma abierta establecida en el *Code du Travail*, además de la ausencia de sanciones por incumplimiento (Cialti, 2017, p. 177).

De cualquier forma, la conformación del derecho a la desconexión en Francia, sea por negociación colectiva o de forma unilateral por parte del empleador, deberá contener la garantía del cumplimiento de los tiempos de descanso y de vacaciones; la garantía del cumplimiento de goce de la vida personal y familiar; y el establecimiento de acciones de capacitación y campañas de sensibilización para los empleados, personal de mando intermedio y dirección, para un uso razonable de herramientas digitales.

Cada vez más países se suman a esta tendencia, como es el caso de España, con la iniciativa a través de la coalición electoral formada por la sección de Podemos en Cataluña, Iniciativa per Catalunya Verds, Esquerra Unida i Alternativa, Equo y Barcelona



en Comú, llamada En Comú Podem, que lleva la firma de la diputada de ICV Aína Vidal, como forma de presionar el Congreso Español para regular el derecho a apagar el móvil al salir del trabajo (Europa Press, 2017). El derecho a la desconexión en España es apuntado como una construcción jurisprudencial y dogmática anterior a la positivación en su ordenamiento jurídico (Taléns Visconti, 2018, p. 89-ss.). El resultado de varios movimientos en España llevó a la positivación del Derecho a la Desconexión del Trabajo en la Ley Orgánica de Protección de Datos y de Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD) de 2018. Afirma el artículo 88 de la citada ley:

Artículo 88. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

Con respecto a la forma como está positivado el derecho a la desconexión del trabajo en España, se ha argumentado sobre las dudas de su determinación como derecho del trabajador de no ser molestado con mensajes y requisiciones fuera de la jornada de trabajo, con el uso de las *TICs*, o el deber del empleador en no enviar comunicaciones de esta naturaleza para los trabajadores (Taléns Visconti, 2018, p. 102).



Y, por otro lado, hay investigadores que establecen que tal como está diseñado en la LOPDGDD, este nuevo derecho «viene a conjugar tres aspectos fundamentales de la vida de todo trabajador: 1) su derecho a la conciliación familiar y laboral, cuando se refiere a intimidad personal y familiar; 2) el tiempo de trabajo, cuando alude a su tiempo de descanso, permisos y vacaciones; y 3) la prevención de riesgos laborales, cuando cita el riesgo de fatiga informática» (Torres García, 2020, p. 246).

De cualquier forma, la conformación del derecho a la desconexión en Francia, sea por negociación colectiva o por medio de la política interna de la empresa, deberá establecer la garantía del descanso fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecidos; establecer el respeto a la intimidad personal y familiar; permitir la conciliación entre la vida laboral y la vida personal y familiar; establecer las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

Los principales problemas apuntados por la doctrina con respecto al derecho a la desconexión digital del trabajo en España comprenden la ausencia de contornos legales al derecho a la desconexión digital del trabajo en la LOPDGDD, sus límites y garantías. Por ende, «sin un desarrollo legal que lo dote de sentido y significado práctico, y sin garantía alguna que lo proteja frente a cualquier posible vulneración, remitiéndose, en cuanto a ello, a la negociación colectiva, lo convierte en un derecho ineficaz y poco respetado» (Torres García, 2020, p. 259). Luego, el legislador se limita a reconocer el derecho, sin concretarlo ni establecer sanciones por su incumplimiento. La concreción de este derecho estará en manos de la política interna empresarial y por la negociación colectiva (Pérez Amorós, 2020, p. 274)

En Chile, el artículo 152 quáter J, inciso VI del Código del Trabajo, incluido por la ley 21.220 de 26 de marzo de 2020, que positivó el Capítulo IX sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo reconoció el derecho a la desconexión del trabajo en el país con bastante polémica. Las disposiciones del Código del Trabajo que hacen referencia a este nuevo derecho laboral son:



Art. 152 quáter J, inciso VI: tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores. Art. 152 quáter K, caput y n° 6: además de las estipulaciones previstas en el artículo 10, el contrato de trabajo de los trabajadores regidos por este Capítulo deberá contener lo siguiente: el tiempo de desconexión.

De esta forma, nuestro país consagró el derecho a la desconexión del trabajo en nuestro ordenamiento jurídico, con algunas características distintas. El historial de la ley n° 21.220 de 2020, demuestra que la modificación legislativa sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo, contexto en que está inserto el derecho a la desconexión, tiene como finalidad alcanzar i) la conciliación entre vida laboral, personal y familiar; ii) proporcionar la inclusión laboral (personas con discapacidad, personas que viven alejadas de centros urbanos, etc.); iii) potenciar el cambio cultural en el sentido de estimular la corresponsabilidad parental; y iv) fomentar el empleo sustentable (disminuir el tráfico y la congestión de las ciudades, o bien para tener un medio ambiente limpio de contaminación, etc.) (Biblioteca del Congreso Nacional, 2020).

De ser así, la conformación del derecho a la desconexión en Chile deberá contener la garantía del cumplimiento de los tiempos de descanso y de vacaciones; la garantía del cumplimiento de goce de la vida personal y familiar; y el establecimiento del tiempo de desconexión del trabajo en el contrato de trabajo, como cláusula esencial. Analizaremos más detenidamente estos contornos, pero antes, vamos a sintetizar los datos sobre el derecho a la desconexión digital del trabajo en Francia, España y Chile en la tabla abajo, que nos permitirá visualizar las principales similitudes y diferencias entre los tres modelos presentados.



| | ESPAÑA | FRANCIA | CHILE |
|---------------------------------|--|---|---|
| Positivación | Art. 88 de la Ley de Protección de Datos Personales | Artículo L2242-8 del Código del Trabajo | Artículo 152 quáter J, inciso VI y art. 152, quáter K, n° 6, ambos del Código del Trabajo |
| Características | <ul style="list-style-type: none"> a) debe establecer la garantía del descanso fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecidos. b) debe establecer el respeto a la intimidad personal y familiar. c) debe permitir la conciliación entre la vida laboral y la vida personal y familiar. d) - debe establecer las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. | <ul style="list-style-type: none"> a) debe haber la garantía del cumplimiento de los tiempos de descanso y de vacaciones. b) debe haber la garantía del cumplimiento de goce de la vida personal y familiar. c) debe haber el establecimiento de acciones de capacitación y campañas de sensibilización para los empleados, personal de mando intermedio y dirección, para un uso razonable de herramientas digitales. | <ul style="list-style-type: none"> a) deberá contener la garantía del cumplimiento de los tiempos de descanso y de vacaciones; b) debe haber la garantía del cumplimiento de goce de la vida personal y familiar; c) debe establecer el tiempo de desconexión del trabajo en el contrato de trabajo, como cláusula esencial. |
| Desarrollo del contenido | Su contenido debe ser desarrollado en la negociación colectiva. | Su contenido debe ser desarrollado en la negociación colectiva. | Su contenido debe constar en el propio contrato de trabajo por fuerza del art. 152 quáter K, caput y n° 6, pero tiene rasgos claro preestablecidos por el legislador laboral |
| Trabajadores protegidos | Todos los trabajadores | Todos los trabajadores | Aunque la ley hable de tutela solamente para los trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario de trabajo y para los teletrabajadores sin |



| | | | |
|--|--|--|---|
| | | | control de horario, entendemos que es un derecho de todos los trabajadores y así argumentaremos en esta investigación |
|--|--|--|---|

2.1 EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL DEL TRABAJO EN CHILE

Para comenzar a estudiar este nuevo derecho en nuestro ordenamiento jurídico laboral, debemos asimilar algunos puntos fundamentales con respecto a los dos artículos del Código Laboral citados anteriormente.

Primero, tal cual está escrito en la letra de la ley, pareciera que el derecho a la desconexión digital del trabajo sería una mala analogía del propio derecho al descanso que es de 12 horas por construcción dogmática y jurisprudencial (10 horas máximas de trabajo diario + 2 horas máximas de jornada extraordinaria = 12 horas total de jornada diaria. Como el día tiene 24 horas, 12 horas de trabajo total diario + 12 horas de descanso = 24 horas) (Monteiro Pessoa, 2019a, pp. 305–306). Ergo, cuando el artículo 152 quáter J, inciso VI del Código Laboral, estipula que «tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión», a primera vista podría parecer que lo que se consagra es el derecho al descanso para los trabajadores a distancia que distribuyen libremente su horario y para los teletrabajadores sin control de horario. Sin embargo, no podemos tomarlo así. Si se tratara del mero derecho al descanso, sería letra muerta, ya que el legislador habría optado por configurar algo que ya estaba configurado en el Código del Trabajo para todas las categorías de trabajadores, y que es perfectamente aplicable a los trabajadores a distancia y a los teletrabajadores. Los trabajadores a distancia y teletrabajadores ya gozan del derecho al descanso como todos los demás.



El derecho a la desconexión digital del trabajo, en el contexto chileno, sería, entonces, un nuevo derecho compatible con lo expresado en la exposición de motivos del legislador, que debe, además de respetar el derecho al descanso, respetar la vida privada, posibilitar la conciliación vida laboral / vida familiar y asegurar la salud psicosocial de los trabajadores. De ser así, podríamos argumentar que el derecho a la desconexión en el contexto chileno comprende el derecho a no ser vigilado por videovigilancia o geolocalización fuera del horario de trabajo (desconectarse de los medios de control laboral por fuerza de la tutela de la vida privada); el derecho a no contestar mensajes de texto, de audio, de video, correos electrónicos y llamadas telefónicas o de videoconferencia fuera del horario de trabajo (por fuerza de la tutela del tiempo de desconexión); y el deber del empleador de no enviar comunicaciones por cualquier medio digital a sus trabajadores fuera del horario de trabajo, en días de descanso o en sus vacaciones (como deber correlativo en su obligación de proteger la vida y la salud física y psíquica de los trabajadores).

Segundo, a diferencia de España y Francia, nuestro derecho a la desconexión no se limitó a establecer un derecho de no contestar mensajes, o de no responder a demandas hechas por el empleador por medio de plataformas de comunicación telemáticas. Especificó el deber correlativo de que en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores y en el tiempo de desconexión que no podrá ser inferior a 12 horas continuas en un periodo de 24 horas. Esta posición es fundamental ya que no basta con el derecho de no responder a mensajes u otros requerimientos. Al recibir cualquier tipo de comunicación y volver a pensar en el trabajo, ya fue suficiente para quebrar la desconexión y consecuentemente el descanso mental del trabajador como vimos anteriormente con el informe de la Oficina Alemana para la Seguridad y Salud en el Trabajo (BAuA - Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, 2017).



El hecho de que el tecnoestrés, la infoxicación y el síndrome de burnout surgieron como amenazas a la salud de los trabajadores en todo el mundo, no es por coincidencia. La constante conexión digital merma la salud psicosocial de los trabajadores. En nuestra realidad práctica chilena, las principales enfermedades que dan origen a una licencia médica, hoy día, son de origen psicosocial (Gobierno de Chile - Superintendencia de Seguridad Social, 2019).

El derecho a la desconexión digital del trabajo encuentra soporte en el deber por parte del empleador de velar por la salud, higiene y seguridad física y psíquica de los trabajadores (artículo 184 del Código del Trabajo⁶). Por ende, generar riesgos psicosociales en el trabajo por el envío de comunicaciones o exigencias fuera del horario de trabajo va de encuentro a este deber de cuidado impuesto por el Código del Trabajo, que es compatible con la protección a la salud, derecho fundamental constante en la Carta Política chilena en su artículo 19, N° 9.

Como se puede apreciar en el artículo 184 del Código Laboral, el deber de higiene y seguridad se traduce en dos subdeberes: proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores y proveer los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. Esto incluye la salud psíquica y las enfermedades mentales.

Consecuentemente, «en el ejercicio de su poder de dirección el empresario debe de ser capaz de asegurar la efectividad de la desconexión, tratándose, por tanto, de una obligación de resultados, similar a la existente en materia de seguridad y salud» (Vallecillo Gámez, 2020, p. 218). El empleador no debe simplemente utilizar algunos medios para hacer efectivo este derecho. Deberá cumplir con el mandamiento legal frente a las graves consecuencias para la vida de los trabajadores. Su propio derecho de existir. Para

6 Artículo 184 del Código del Trabajo: El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.



lograrlo, la empresa deberá hacer uso de diversas herramientas, establecer una política preventiva y correctiva, como parte de generar una cultura de desconexión digital del trabajo en su medio ambiente laboral. Algunas herramientas posibles son:

la prohibición de las comunicaciones fuera del horario, el redireccionamiento de correos electrónicos, la desconexión de servidores para controlar que los trabajadores que teletrabajan respeten su horario y no se pueda contactar con ellos fuera del mismo y un sistema de alertas para el envío de avisos a los trabajadores que realicen un número de conexiones, fuera de su tiempo de trabajo, superior al establecido, con advertencia de la necesidad de desconexión (Vallecillo Gámez, 2020, p. 228).

Tercero, la obligación de establecer el tiempo de desconexión en el contrato de trabajo por el dirigismo contractual establecido en el artículo 152 quáter K, n° 6 del Código Laboral, no representa la única obligación del empleador en la formación de una política interna de garantía del derecho a la desconexión del trabajo. Sabemos que nuestro ordenamiento jurídico laboral establece la obligatoriedad de toda empresa redactar un reglamento interno. Cuando la empresa tiene más de 10 trabajadores deberá cumplir con la confección del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad previsto en el artículo 153 del Código del Trabajo. Por otro lado, todas las empresas, independiente del número de trabajadores deben tener un Reglamento Interno de Higiene y Seguridad, previsto en el artículo 67 de la ley n° 16.744 de 1968. Es decir, independiente del número de trabajadores, las empresas deben tener este reglamento. Este documento es el instrumento por medio del cual el empleador establecerá los requisitos, obligaciones, prohibiciones y sanciones, que todos los trabajadores están sujetos en la relación de trabajo. Entre varias disposiciones que este documento debe tener, están las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad que deben cumplirse en la empresa o establecimiento.



Por esto mismo, en la tutela de este nuevo derecho laboral, hay que asegurar su eficacia por medio de un cambio cultural y de gestión del trabajo basado en un modelo por objetivos y no solo en el control del tiempo de trabajo (Vallecillo Gámez, 2020, p. 235). En consecuencia, deberá abarcar una dimensión preventiva (por medio del establecimiento de políticas de prevención de riesgos laborales que pasa por el reglamento interno de la empresa) como de manera directa, calificando como enfermedades profesionales, las patologías derivadas del uso incorrecto y abusivo de los dispositivos tecnológicos (Torres García, 2020, p. 247).

Si este complejo derecho no pasa por estas determinaciones culturales, difícilmente encontrará la eficiencia en su tutela, teniendo en cuenta que cada empresa particular tiene necesidades distintas sobre la regulación de la desconexión digital del trabajo, dependiendo del uso de las herramientas tecnológicas en la ejecución del trabajo.

Cuarto, y como habíamos sugerido anteriormente, no estamos de acuerdo con que el derecho a la desconexión sea un derecho únicamente de los trabajadores a distancia que pueden libremente establecer la distribución de su jornada de trabajo, ni solamente de los teletrabajadores no sujetos al control de jornada. Todos los derechos que consolidan la base axiológica del derecho a la desconexión digital del trabajo (el derecho a la vida privada, a la integridad física y psíquica, a la salud, al descanso, a la conciliación de la vida familiar con el trabajo, a la inclusión laboral, al empleo sustentable, y el derecho a existir) son debidos a todos los trabajadores y no solamente de esta categoría regulada por la ley n° 21.220 de 2020.

Por la misma razón, el derecho no se interpreta aisladamente, sino sistemáticamente. De ser así, es necesario buscar una forma de interpretar esta norma de acuerdo con su adecuación al sistema jurídico. Debemos visualizar la norma no en sí misma, sino en el conjunto del ordenamiento jurídico (Jorge Neto & Pessoa Cavalcante, 2019: posición 233 - digital). Esta interpretación sistemática debe observar comandos mayores explícitos o implícitos de forma de someter todo el ordenamiento jurídico en la exégesis, que se complemente además de los valores, tales como la dignidad humana o



la tutela del hiposuficiente (Bomfim Cassar, 2017, p. 125). En esta labora interpretativa, es fundamental la adopción de la interpretación conforme la Constitución, para conferir efectos jurídicos reales a la función normativa de los principios jurídicos y, en consecuencia, a varios y decisivos principios constitucionales, muchos de los cuales tienen un gran impacto en el área iuslaboral (Godinho Delgado, 2017, p. 253). En materia laboral, los principios del derecho del trabajo se comunican con los principios de segunda dimensión de los derechos fundamentales, que consagran el principio de la primacía de la disposición más favorable a la persona humana o principio *pro homine* y el principio de progresividad (Monteiro Pessoa, 2019a, p. 121).

Seguidamente, considerar que el legislador quiso la tutela del derecho a la desconexión del trabajo para todos los trabajadores es también una posible interpretación lógica o racional, por conectar la ley, objeto de interpretación, con los motivos de la edición de la norma anteriormente expuestos (la conciliación vida familiar con el trabajo, la inclusión laboral, la tutela de la vida privada etc.) que reflejan ideas políticas, filosóficas y económicas (Monteiro de Barros, 2016, p. 99). Más allá, es completamente conocido y adoptado en la práctica jurídica, la interpretación extensiva o ampliativa, que supone que una forma legal se aplica a casos no abarcados por su tenor literal, es decir “la ley dice más de lo que dijo” (Monteiro de Barros, 2016, p. 100).

Con base en todo lo expuesto, no podemos entender que un derecho tan importante que se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico estaría reservado solamente para situaciones de trabajo a distancia y teletrabajo, ya que todos los trabajadores sufren igualmente las consecuencias psicosociales por tener interrumpido su desconexión con el quehacer laboral por comunicaciones telemáticas. Es obvio que la desconexión tecnológica, por la dificultad de garantizarla, merece especial mención en el trabajo a distancia y en el teletrabajo (Pérez Amorós, 2020, p. 265), pero esto no significa que las demás situaciones deben quedar fuera de esta protección laboral.

Aclaradas las primeras líneas sobre las características de este nuevo derecho laboral en Chile, pasaremos a estudiar las consecuencias por el incumplimiento del



derecho a la desconexión del trabajo con especial énfasis en la propuesta del daño existencial por su vulneración.

3 LAS CONSECUENCIAS POR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DEL TRABAJO EN EL CONTEXTO CHILENO Y EL DAÑO EXISTENCIAL

Cuando hablamos de desconexión del trabajo, no hablamos solamente del descanso, como ya quedó claro en las líneas anteriores, pero también hablamos del descanso. De ser así, y basado en el estudio apuntado por Robert McChesney (McChesney, 2013, p. 218), que concluye un promedio de un mes y medio de horas extras al año por trabajar por medios telemáticos, contestando correos, enviando archivos, respondiendo mensajes etc., la primera consecuencia para la vulneración del derecho a la desconexión del trabajo es el ***pago de horas extraordinarias***.

Es bastante fácil poder medir el trabajo ejecutado con el apoyo o por medio de la tecnología de la información ya que nuestra huella digital queda registrada en todas partes. La hora de acceso a los archivos, la hora en que un correo fue recibido, la hora en que un mensaje fue contestado, el tiempo utilizado entre un pedido del empleador y el envío de la respuesta o material por el trabajador, el lugar en que estaba el trabajador y el tiempo que pasó en cada lugar, es decir, hay un flujo enorme de informaciones que corresponde a la huella digital que todos dejamos diariamente y que es completamente posible usarla para determinar la cantidad de horas extras debidas a los trabajadores que siguen cumpliendo con sus labores fuera del horario de la jornada de trabajo. Las horas trabajadas en exceso podrán ser cobradas como extraordinarias, con la incidencia del recargo de 50% por fuerza del artículo 32, incisos II y III del Código del Trabajo.⁷

⁷ No obstante la falta de pacto escrito, se considerarán extraordinarias las que se trabajen en exceso de la



Otra consecuencia que debemos tener en cuenta es la posibilidad de que sea aplicada una **multa administrativa** al empleador que envía comunicaciones, requisiciones, llamadas etc. En este caso, la inspección del trabajo tendrá un importante papel frente a la ausencia de sanciones tipificadas en el Código del Trabajo. El documento "tipificaciones de hechos infraccionales y pauta para aplicación de multas administrativas" incluye multas administrativas, según el tamaño de la empresa, como sanción por incumplimiento del derecho a la desconexión (infracción 1600-i) (Gobierno de Chile - Dirección del Trabajo, 2020, p. 140). Se trata de una infracción gravísima, por los impactos en la salud física y psíquica anteriormente argumentados, y la vulneración a la intimidad y vida privada sufridos por el/la trabajador/a.

En esta senda, el trabajador que recibe comunicaciones reiteradamente, podría perfectamente comunicarlo a la Inspección del Trabajo, que podrá multar al empleador. Además, el trabajador no podrá ser despedido por hacer uso de esta comunicación con fines fiscalizatorios, dado que el Código del Trabajo chileno lo protege con la garantía de indemnidad (art. 485, inciso III del Código Laboral).

Obviamente, el tipificador menciona solamente el incumplimiento del derecho a desconexión de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Esto porque, el órgano administrativo, en su papel fiscalizador, no puede ampliar la extensión de la ley por medio de una interpretación sistemática, lógico / racional y extensiva como hicimos en líneas anteriores, y determinar que esta garantía laboral es debida a todos los trabajadores.

Cuando hablamos que el trabajador puede negarse a contestar llamadas o mensajes, o solicitudes de trabajo, estamos hablando de un nuevo despliegue de su **ius resistentie** (Taléns Visconti, 2019, p. 159), definido como la posibilidad de oponerse a

jornada pactada, con conocimiento del empleador. Las horas extraordinarias se pagarán con un recargo del cincuenta por ciento sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria y deberán liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones ordinarias del respectivo período.



un acto contrario a las determinaciones de las leyes laborales y aquellos que no sigan las formalidades y carezcan de razonabilidad (este último caso frente a las modificaciones unilaterales que el empleador puede hacer en la vigencia de la relación de trabajo) (Monteiro Pessoa, 2019a, p. 194). De esta forma, no podría el trabajador ser punido por el ejercicio de derecho propio al estimar que la acción del empleador es ilegítima o ilegal.

Como apuntado con respecto a la garantía de indemnidad y el uso de la acción de tutela laboral, entendemos que este procedimiento especial puede y debe ser utilizado para determinar el cese de conductas de vulneración a la desconexión del trabajo y la reparación del daño. Tanto en el caso en que el/la trabajador/a está siendo vigilado por cámaras de vigilancia, por la propia webcam del computador personal o por instrumentos de geolocalización (protección de la vida privada) como por el envío de comunicaciones y requerimientos fuera de la jornada de trabajo (tutela del derecho a la integridad física y psíquica de las personas).

Para este caso específico, vamos un poco más allá de la indemnización prevista en el artículo 489, inciso III del Código del Trabajo. Esto porque, la doctrina y la jurisprudencia de otros países están reconociendo la existencia del **daño a la propia existencia o daño existencial** cuando se constata la vulneración de la desconexión laboral. En este sentido, el daño existencial sería una especie de daño inmaterial en que, en el caso de las relaciones de trabajo, el trabajador sufre daños o limitaciones con relación a su vida fuera del ambiente de trabajo, en razón de conductas ilícitas practicadas por el tomador de trabajo (Justiça do Trabalho da 4ª Região, 2010). Del principio de la dignidad humana se deriva el derecho al libre desarrollo de la personalidad del trabajador, el cual constituye una proyección el derecho al desarrollo profesional, situación que exige condiciones dignas de trabajo y respeto a los derechos fundamentales por los empleadores (eficacia horizontal de los derechos fundamentales) (Justiça do Trabalho da 4ª Região, 2010).

De hecho, osamos argumentar que el daño existencial para los casos de vulneración del derecho a la desconexión debería ser reconocido como *in re ipsa*. El daño



in re ipsa se configura cuando es inevitable un efecto perjudicial (Franzoni, 2010, p. 625), es decir se paga una indemnización por la sola violación de los derechos de la personalidad, por ejemplo, lo que incluye la integridad física y psíquica. Por ende, este tipo de daño ocurre cuando estamos frente a un evento que genera menoscabo. Puede generar el derecho a reparación cuando exista un daño a los derechos fundamentales de la persona, como sustenta Massimo Franzoni (Franzoni, 2010, p. 635).

En el daño *in re ipsa*, no significa que estemos frente a una categoría en que no exige la necesidad de probar nada, sino que se exige un mecanismo probatorio más estricto (Monateri, 1998, p. 310). El autor deberá probar el hecho que constituye la lesión la violación al derecho de la personalidad sufrida (Monateri, 1998, p. 307). En este mismo sentido tenemos a Bonilini:

(...) La lesión de bienes como aquellos referidos a la personalidad, por ejemplo, son de por sí sintomáticos del nacimiento de un perjuicio que no puede ser calculado monetariamente por una vía objetiva, por lo tanto, será suficiente el empleo de las ordenes de los medios probatorios para convencer al juez que el hecho generador tiene idoneidad genética para generar consecuencias del tipo que se está considerando ahora, invocándolo en el proceso. La individualización del bien afectado por el daño, esto es, es de por sí adecuada para hacer surgir, sino la certeza, cuanto menos la alta probabilidad de la existencia del daño no patrimonial...» (Bonilini, 1983, p. 380).

Para Souto Severo y De Almeida, igualmente se hace innecesaria la prueba del daño a la personalidad, que es derivada del hecho en sí mismo. Para estos autores, trabajar durante prácticamente todo el tiempo en que permanecemos despiertos perjudica el desenvolvimiento personal y social y parece obvio que esto siquiera necesita ser demostrado en una demanda laboral (De Almeida & Souto Severo, 2016, p. 102). Sin el derecho al descanso, sería imposible para los trabajadores gozar de buena salud, disfrutar su tiempo libre con calidad y, sobretudo, poder interactuar socialmente (De Almeida & Souto Severo, 2016, p. 103).



Podría ser argumentado que la jurisprudencia en Brasil comienza a ir en esta dirección, ya que afirma que el daño moral resulta de una vulneración de un derecho inmaterial o extrapatrimonial del empleado, mientras que al daño existencial se agrega el hecho de ser constatado de forma objetiva, pues importa una secuencia de alteraciones perjudiciales al cotidiano, con la consecuente pérdida de la calidad de vida del trabajador, por el simple hecho de que la limitación a su descanso genera el impedimento de ejercer una actividad diversa del trabajo y/o participar en el convivio inherente a la vida privada (Tribunal Superior do Trabalho - Brasil, 2011).

De esta forma, si el derecho a la desconexión del trabajo, como nuevo derecho laboral, está directamente conectado con diversos derechos fundamentales como son los derechos a derechos a la vida, la salud, la integridad física y psíquica, la intimidad y la vida privada y la dignidad humana, igualmente podemos argumentar que su sola inobservancia vulnera la propia existencia del trabajador, lo que, a su vez, generará el derecho a ser indemnizado por el daño existencial.

4 CONCLUSIONES

Las relaciones de trabajo van mutando. La tecnología va modificando estas relaciones para bien o para mal. Por un lado, facilita la ejecución de las labores, genera otras formas de trabajar y extingue aquellas que son repetitivas. Por otro lado, puede permitir que el trabajador siga constantemente conectado a sus actividades, que conteste a demandas de su empleador fuera de la jornada y de las dependencias físicas de la empresa y, de esta forma, perjudica el descanso y la vida social y familiar del trabajador.

Como sociedad estamos cada vez más conectados, pendientes de lo que nos pasa alrededor y esto se traslada al trabajo. No obstante, estar permanentemente



conectados a nuestras labores genera estrés, depresión y otras enfermedades psicosociales que ahora están cada vez más asociadas al trabajo.

Frente a este escenario, el derecho a la desconexión viene ganando fuerza y espacio en las discusiones sobre el Derecho del Trabajo en el mundo, lo que ha generado la positivación de este derecho en Francia, España y ahora también en Chile.

En el caso chileno, vimos que la ley n° 21.220 de 2020 trajo al ordenamiento jurídico laboral el derecho a la desconexión del trabajo, que es mucho más que el mero derecho al descanso. Se trata de un derecho conectado a la tutela de la salud física y psicosocial, al derecho a la intimidad y la vida privada del trabajador, a la conciliación vida labora / vida familiar y a la dignidad humana contenida en el derecho a la propia existencia.

Analizando los artículos 152 quáter J, inciso VI del Código del Trabajo y 152 quáter K, n° 6, también del Código del Trabajo, llegamos a la conclusión de que el derecho a la desconexión en el contexto chileno gana los siguientes contornos:

- a) No se confunde con el derecho al descanso que éste ya estaba configurado en nuestra legislación laboral.
- b) No se extiende solamente a los trabajadores a distancia que pueden establecer libremente la distribución de su jornada o a los teletrabajadores excluidos del control de jornada, por una interpretación sistemática, lógica y ampliativa. Por ende, el derecho a la desconexión del trabajo es un derecho de todos los/las trabajadores/as
- c) Comprende el derecho a no ser vigilado por videovigilancia o geolocalización fuera del horario de trabajo; el derecho a no contestar mensajes de texto, de audio, de video, correos electrónicos y llamadas telefónicas o de videoconferencia fuera del horario de trabajo; y el deber del empleador de no enviar comunicaciones por cualquier medio digital a sus trabajadores fuera del horario de trabajo, en días de descanso o en sus vacaciones.
- d) El empleador tiene el deber de no enviar comunicaciones y requisiciones a los trabajadores y debe establecer una política preventiva en el reglamento interno de la empresa, que abarca las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad que deben cumplirse en la empresa o establecimiento.



Además, en nuestro estudio llegamos a la conclusión de que la vulneración del derecho a la desconexión del trabajo en el contexto chileno tiene las siguientes implicaciones:

- a) Genera el pago de horas extraordinarias, fácilmente verificables por la huella digital que todos dejamos al usar los medios de comunicación telemáticos.
- b) Abre la posibilidad de aplicación de multa administrativa que se sugiere sea incluida en el documento "tipificaciones de hechos infraccionales y pauta para aplicación de multas administrativas". Desde nuestro punto de vista, la multa deberá ser aplicada según el tamaño de la empresa y ser considerada la infracción como de naturaleza gravísima.
- c) La posibilidad de que el trabajador puede negarse a contestar mensajes y requisiciones amplía el contenido del *ius resistentie* en el ordenamiento jurídico chileno.
- d) La vulneración del derecho a la desconexión generará un daño existencial al trabajador, que podría ser interpretado por la jurisprudencia como un daño *in re ipsa*, es decir, un daño que por la sola manifestación genera un inevitable efecto perjudicial.

BIBLIOGRAFÍA

BAuA - Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin. (2017). ***Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt***. Wissenschaftliche Standortbestimmung. Retrieved from https://www.baua.de/DE/Angebote/Publicationen/Berichte/Psychische-Gesundheit.pdf?__blob=publicationFile&v=10

BBC News. (2012). ***Volkswagen turns off BlackBerry email after work hours*** - BBC News. Retrieved February 28, 2019, from <https://www.bbc.com/news/technology-16314901>

BBC News. (2014). ***Should holiday email be deleted?*** - BBC News. Retrieved February 28, 2019, from <https://www.bbc.com/news/magazine-28786117>

Biblioteca del Congreso Nacional. (2020). ***Historia de la Ley N° 21.220***. Retrieved from https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7735/HLD_7735_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

Bomfim Cassar, V. (2017). ***Direito do Trabalho***: de acordo com a Reforma Trabalhista - Lei n° 13.467/2017 (14ª edição). São Paulo: Método.

Bonilini, G. (1983). ***Il danno non patrimoniale***. Milán: Giuffrè.



Cialti, P.-H. (2017). **El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?** Temas Laborales, 137, 163–181. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6552301.pdf>

De Almeida, A. E., & Souto Severo, V. (2016). **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho** (2ª edição). Retrieved from <http://www.ltreitoria.com.br/direito-a-desconex-o-nas-relacoes-sociais-de-trabalho-5107.html>

El Espectador. (2017). **Francia y el derecho a desconectarse**. Retrieved February 28, 2019, from <https://www.elespectador.com/noticias/elmundo/francia-y-el-derecho-desconectarse-articulo-672948>

Europa Press. (2017). **En Comú abre el debate en el Congreso para regular el derecho a apagar el móvil al salir del trabajo**. Retrieved February 28, 2019, from <https://www.europapress.es/nacional/noticia-comu-abre-debate-congreso-regular-derecho-apagar-movil-salir-trabajo-20170307112941.html>

Franzoni, M. (2010). **Trattato della responsabilità civile - Il danno risarcibile**. Retrieved from <https://shop.giuffre.it/il-danno-risarcibile.html>

Gobierno de Chile - **Dirección del Trabajo**. Tipificador de hechos infraccionales y pauta para aplicar multas administrativas. , (2020).

Gobierno de Chile - **Subsecretaría de Telecomunicaciones**. (2017). IX Encuesta de Acceso y Usos de Internet. In División de Política Regulatoria y Estudios Subsecretaria de Telecomunicaciones. Retrieved from https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2018/07/Informe_Final_IX_Encuesta_Acceso_y_Usos_Internet_2017.pdf

Gobierno de Chile - **Superintendencia de Seguridad Social**. (2019). Estadísticas Nacionales de LM y SIL 2018 - Cuadros n° 4: Licencias médicas tramitadas y días otorgados por principales grupos diagnósticos (CIE-10). Retrieved from https://www.suseso.cl/608/articles-580746_archivo_01.xlsx

Godinho Delgado, M. (2017). **Curso de direito do trabalho - revisto e ampliado** (16ª edição). São Paulo: LTr.

Grant, A. (2019, February 19). **No responder correos electrónicos no habla bien de ti ni de tu productividad**. New York Times. Retrieved from <https://www.nytimes.com/es/2019/02/19/espanol/opinion/como-contestar-correo.html>



Greenglass, E., Burke, R., & Moore, K. (Kate. (2003). **Reactions to Increased Workload: Effects on Professional Efficacy of Nurses**. *Applied Psychology*, 52, 580–597. <https://doi.org/10.1111/1464-0597.00152>

Jorge Neto, F. F., & Pessoa Cavalcante, J. de Q. (2019). **Direito do Trabalho** (9. ed. Kin). São Paulo: Atlas.

Justiça do Trabalho da 4ª Região. *Luciane Geórgia de Castro c/ WMS Supermercados do Brasil Ltda. - Processo nº 0001137-93.2010.5.04.0013.* , (2010).

King, A. L. S., Nardi, A. E., & Cardoso, A. (2017). **Nomofobia - Dependência do computador, internet, redes sociais? Dependência do telefone celular? O impacto das novas tecnologias no cotidiano dos indivíduos** (1ª edição). São Paulo: Editora Atheneu.

Légifrance. **Code du travail.** , (2020).

Martinez, L. (2020). **Curso de Direito do Trabalho** (11ª edição). São Paulo: Saraiva.

McChesney, R. W. (2013). **Digital disconnect: how capitalism is turning the Internet against democracy**. 299.

Monateri, P. G. (1998). **Le fonti delle obbligazioni. La responsabilità civile** (Tomo III). Torino: UTET.

Monteiro de Barros, A. (2016). **Curso de Direito do Trabalho** (10ª edição). São Paulo: LTr.

Monteiro Pessoa, R. (2019a). **Derecho del Trabajo Sistematizado**. Temuco: UFRO University Press.

Monteiro Pessoa, R. (2019b). **El Derecho a la Desconexión del Trabajo: la jornada de trabajo extendida por el uso de la tecnología – una paradoja a la legislación laboral que limita la jornada ordinaria de trabajo**. *Revista Paradigma*, 28(2), 11–34.

Nicolaci-da-Costa, A. M. (2002). **Internet: a negatividade do discurso da mídia versus a positividade da experiência pessoal. À qual dar crédito?** *Estudos de Psicologia (Natal)*, 7(1), 25–35. <https://doi.org/10.1590/S1413-294X2002000100004>

Organización Internacional del Trabajo. (2018). **Garantizar un tiempo de trabajo**



decente para el futuro - Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo. Retrieved from https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf

Pérez Amorós, F. (2020). **Derecho de los trabajadores a la desconexión digital:** mail on holiday. *Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, 14(4), 257–275.

Pérez Campos, A. I. (2019). **La desconexión digital en España:** ¿un nuevo derecho laboral? *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, (LII), 101–124.

Samuelson, P. A., & Nordhaus, W. D. (2001). *Microeconomics* (17th editi). New York: McGrawHill.

Serrano Argüeso, M. (2019). “Always on”. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0. **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo**, 7(2), 164–191.

Somavia, J. (1999). **Trabajo Decente.** Retrieved from <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

Taleb, N. N. (2019). **El lecho de procusto:** aforismos filosóficos y prácticos (1ª edición). Barcelona: Paidós.

Taléns Visconti, E. E. (2018). **La desconexión digital en las relaciones laborales:** un deber empresarial todavía por construir en España. *Revista Direito Das Relações Sociais e Trabalhistas*, 4(1), 86–103. Retrieved from <http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/mestradodireito/issue/view/8/22>

Taléns Visconti, E. E. (2019). El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. **Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas**, (17), 150–161.

Torres García, B. (2020). Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica. **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo**, 8(1), 239–261.

Tribunal Superior do Trabalho - Brasil. Margaret Flores Nunes c/ Caixa de Assistência dos Servidores do estado do Mato Grosso do Sul - **Processo nº 727-76.2011.5.24.0002**, (2011).

Vallecillo Gámez, M. R. (2020). El derecho a la desconexión digital: perspectiva



comparada y riesgos asociados. **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo**, 8(1), 210–238.

