

# EL TIEMPO DE LOS DERECHOS EN UN MUNDO DIGITAL: ¿EXISTE UN NUEVO “DERECHO HUMANO A LA DESCONEXIÓN” DE LOS TRABAJADORES FUERA DE JORNADA?

THE TIME OF RIGHTS IN A DIGITAL WORLD: THERE IS A NEW “HUMAN RIGHT TO DISCONNECT” WORKERS OUTSIDE OF JOURNEY?

Cristobal MOLINA NAVARRETE\*

RESUMEN: El desarrollo digital en los usos diarios de la población crean una amplia gama de situaciones sin precedentes en las que urge renovar la función clásica del Derecho: garantizar un equilibrio entre diversos derechos fundamentales que promueven la transparencia plena y la conexión permanente (libertades de empresa, de expresión, informativa), por un lado, y la protección de la privacidad (la referida libertad de elección), de otro. Por eso, en esta clave generacional en cada tiempo histórico-cultural, se reivindica la inclusión de derechos vinculados al nuevo tiempo digital.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos; derecho al olvido; derecho a la desconexión digital; mundo digital; jornada de trabajo.

ABSTRACT: The digital development in the daily use of the population creates a wide range of unprecedented situations in which it is urgent to renew the classical function of law: ensure a balance between various fundamental rights that promote full transparency and permanent connection (freedom of enterprise, freedom of expression, information), on the one hand, and the protection of privacy (the said freedom of choice), on the other. For this reason, in this generational key in each historical-cultural time, the inclusion of rights linked to the new digital time is demanded.

KEYWORDS: human rights; Right to oblivion; Right to digital disconnection; digital world; working day.

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén, España. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Miembro de número de la Academia Nacional de Direito do Trabalho, Brasil. Contacto: <cmolina@ujaen.es>. Fecha de recepción: 31 de mayo de 2017. Fecha de aprobación: 24 de agosto de 2017.

“(...). El Derecho condiciona la “calidad de vida” en medida no inferior al ambiente que nos rodea, a la biosfera en que estamos inmersos”

Stefano Rodotà

## I. INTRODUCCIÓN: “NUEVOS” DESAFÍOS DE LA ERA DIGITAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS “DE PRIMERA GENERACIÓN”

Los derechos humanos no son (sólo) concesiones políticas, ni tienen como fundamento (único) la voluntad de los Estados, sino que tienen como principal razón de ser la “dignidad humana”. De ahí que los Ordenamientos Constitucionales dignos de recibir este nombre asuman la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ésta, en su artículo 12 (reeditado en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), no solo reconoce el derecho de toda persona “a ser respetado en su vida privada”, sino también a disponer de garantías de protección. Por lo tanto, es el Derecho y los derechos subjetivos los encargados de garantizar la “libertad de elección”, núcleo duro del valor de la dignidad humana y su poder de autodeterminación (*derecho a la libertad de elección personal*).<sup>1</sup>

Cierto, los derechos humanos, por “fundamentales” que sean, son siempre –como toda obra jurídica– “derechos histórico-culturales”. Esto significa, en sustancia, que ni nacen ni se desarrollan todos al mismo tiempo ni, nacidos, mantienen siempre el mismo contenido. Al contrario, su existencia –y por tanto su eficacia– tendría lugar de forma progresiva, de modo que se construyen, reconstruyen y, a veces también, cómo no reconocerlo, se degradan,

---

<sup>1</sup> Que “el derecho a la elección personal” es el derecho fundamental por excelencia se sostiene y razona por STEFANO RODOTÀ, *La vida y las reglas. Entre el Derecho y el no Derecho*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 123 y ss.

a golpe de circunstancias de lugar y tiempo, al ritmo de las luchas y conflictos por la defensa de nuevas y viejas libertades contra viejos –y nuevos– poderes. De ahí el éxito, hoy relativizado, del enfoque de “generaciones de derechos” para cada tiempo histórico-cultural. Junto a los “*derechos de libertad*” (primera generación) y a “*los derechos sociales*” (segunda generación), emergieron los “*derechos de solidaridad entre generaciones*” (tercera generación), como el derecho a un ambiente de calidad (movimiento reivindicativo ecologista). Incluso se reivindica una “cuarta generación”, los “*derechos bioéticos*”: aquellos urgidos para controlar los peligros derivados de las “innovaciones biomédicas” y su impacto creciente en el “patrimonio genético” de las personas.<sup>2</sup>

No es necesario entrar aquí en las dificultades y relatividades para sostener, en la práctica, también en la teoría, una concepción generacional rígida de los derechos. En este momento sólo nos sirve para ilustrar al menos tres datos hoy adquiridos en la cultura jurídica de los derechos humanos:

- Hablar de generaciones de derechos, hace determinante el citado valor de la historia como instancia comprensiva de los derechos
- En nuestro tiempo, sería la “sociedad tecnológica” la principal fuente de renovación de los derechos humanos, dando cabida a una nueva dialéctica generacional superadora de la clásica (primera y segunda generación).
- Precisamente, una parte destacada de derechos, libertades y garantías de la nueva generación de derechos reflejaría la necesaria respuesta correctora a la degradación o “contaminación” de los derechos de primera generación

---

<sup>2</sup> El planteamiento es directamente tributario de la exposición de BOB-BIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, pp-17-18. Para la fortuna del mismo Ver. AAVV, Guillem Cano Palomares y María del Carmen Barranco Avilés (eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, Dikynson, 2015.

(libertades) a causa de ciertos usos sistémicos de las “nuevas tecnologías”<sup>3</sup>. Una constatación en la que coincidirán sea la teoría anglosajona de los derechos como la propia continental europea

Pues bien, desde esta perspectiva, nadie duda de que, no ya sólo Internet, sino la entera digitalización, de la economía (empresas) y de la sociedad (relaciones sociales) en el mundo están marcando ese proceso desafiante para la consistencia social de los derechos humanos en nuestro tiempo. Entre los más afectados, está el derecho al respeto de la privacidad. Refleje realmente la intensificación de la “Tercera Revolución Industrial” (Industria 3.0) o constituya una “Cuarta Revolución Industrial” (Industria 4.0),<sup>4</sup> lo que nadie puede negar es que estamos ante un proceso imparable y que se precipita a velocidades de vértigo, con sus beneficios (productividad, progreso social) y sus inconvenientes (perjuicios, riesgos).

---

<sup>3</sup> Para este enfoque relativo a los derechos de tercera generación como “contaminación de las libertades” (“pollution des libertés”) ver GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, “La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 120, 2007, IJ-UNAM. Un planteamiento expositivo y crítico más global, en PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La tercera generación de derechos humanos*, Navarra, Aranzadi, 2006.

<sup>4</sup> El término Industria 4.0 fue acuñado por el gobierno alemán para describir la fábrica inteligente (fabricación informatizada con todos los procesos interconectados por Internet de las Cosas). El nuevo concepto de industria 4.0 quiere impulsar cambios al mismo nivel de la primera revolución industrial a vapor, la producción en masa de la segunda y la electrónica y la proliferación de la tecnología de la información ha caracterizado la tercera. Vid. “El nuevo reto: la industria 4.0”. Consultado en: <<http://www.masingenieros.com/portfolio/el-nuevo-reto-la-industria-4-0/>>. Para la construcción teórica -e ideológica-, ciertamente extrema, vid. RIFKIN, J., *La sociedad de coste marginal cero: el Internet de las cosas, el procomún colaborativo y el eclipse del capitalismo*, Barcelona, Paidós, 2016.

De ahí que sume tanta fascinación como temores, lo que, por otro lado, ha sido una constante en la evolución humana.<sup>5</sup> El desarrollo digital en los usos diarios de la población crean una amplia gama de situaciones sin precedentes en las que urge renovar la función clásica del Derecho: garantizar un equilibrio entre diversos derechos fundamentales que promueven la transparencia plena y la conexión permanente (libertades de empresa, de expresión, informativa), por un lado, y la protección de la privacidad (la referida libertad de elección), de otro. Por eso, en esta clave generacional en cada tiempo histórico-cultural, se reivindica la inclusión de derechos vinculados al nuevo tiempo digital. Si, para la ciudadanía en general, el más conocido es el célebre “derecho al olvido”, para el mundo del trabajo, hoy se identificaría con el “*derecho a la desconexión digital*” fuera de la jornada de trabajo. Nuestro objeto de estudio es éste último, aunque nos referiremos funcionalmente a aquél, por las varias lecciones –teóricas y prácticas– a extraer para comprender la protección que ya tendría, aun sin saberlo, el derecho a la desconexión en países que no lo han fijado por ley todavía –ej.: España, México–, como garantía de efectividad del contenido esencial del derecho al respeto de la vida privada en una sociedad digital.

Por supuesto, no es una cuestión sólo de la Europa rica y más avanzada tecnológicamente. Ciertamente, lo que se ha conocido más en las redes es la pionera legislación francesa, pues el 1 de enero de 2017 entró en vigor el cambio legislativo que reconoce el “derecho a la desconexión”, que obliga a las empresas de cierto tamaño a negociar la forma en que sus empleados usan los dispositivos electrónicos en el trabajo, prohibiendo su uso productivo fuera de la jornada de trabajo. Pero quizás no sea tan conocido que, en 2016, Corea del Sur y Filipinas están promoviendo otra medida de este tipo. Asimismo, allí donde no existe legislación nacional

---

<sup>5</sup> En la doctrina mexicana, de especial interés, ver DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Isabel, “El derecho al olvido en relación con el derecho a la protección de datos personales”, *Ensayos para la Transparencia de la Ciudad de México*, núm. 21, 2013. Consultado en <<http://www.infodf.org.mx/capacitacion/publicacionesDCCT/ensayo23/23ensayo2014.pdf>>.

específica, muchas empresas –de Volkswagen a Daimler– ya habrían aceptado o promovido “concesiones” análogas. En España, algunos convenios colectivos comienzan a recogerlo, pero no hay reconocimiento específico en las leyes laborales, como tampoco lo hay en México, ni en ningún otro lugar de América Latina. Pero ¿se precisa esta ley formal para que se proteja el derecho?

## II. UNA EXPERIENCIA PREVIA: “DERECHO AL OLVIDO”, CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD

### A) LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO (RECTIFICACIÓN Y CANCELACIÓN DE DATOS) COMO “DERECHO HUMANO INESPECÍFICO DEL TRABAJO: OBJETO Y PRESUPUESTOS

Comparto que el término «derecho» es una figura deóntica, esto es, sólo adquiere precisión conceptual y auténtico sentido práctico en el lenguaje normativo. Consecuentemente, no hay verdaderos derechos sin obligaciones, sin que derechos ni obligaciones puedan tener auténtica existencia sin una norma de conducta que así lo reconozca y, además, lo proteja con garantías efectivas.<sup>6</sup> Por eso, a pesar de los incontables ensayos delimitadores, el “lenguaje de los derechos” seguiría envuelto, más en la complejidad de nuestro tiempo -en el que toda reivindicación, sea individual sea colectiva, tiende a presentarse como “derecho”- mantendría una ambigüedad extrema, confundiendo “deseos” con “derechos” (eje: el “derecho a ser padre”, incluso a través de “gestación subrogada”, la paternidad es sólo un deseo; otro fútil, el “derecho a fumar”...)-. En estos casos, más que una función práctica, el lenguaje de los

---

<sup>6</sup> Ver BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, op. cit., pp. 21-22. Por su parte, distingue claramente entre “derechos subjetivos” (intereses legítimos protegidos o expectativas positivas o negativas reconocidas a la persona) y “garantías” (obligaciones o prohibiciones correlativas a aquéllos, primarias o secundarias) FERRAJOLI, L., *Derecho y garantías. La Ley del más débil*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 59 y ss.

derechos cumple una función ideológica, cuando no “retórica”. De este modo, aun frecuente, usar de forma indistinta un derecho proclamado y protegido (declaraciones nacionales e internacionales, normas constitucionales) con aspiraciones ideales a las que se da el nombre de «derecho» sólo eleva un “deseo” de darle “un título de nobleza” (Bobbio).

¿Es esto lo que sucedió con el célebre “derecho al olvido” de los datos personales en el inmenso ciberespacio creado por internet? Aunque pudiera pensarse que sí, la realidad detrás de tan hermosa forma léxica, casi lírica, y hasta con un cierto fondo de épica personal, pone de manifiesto evidenciaba un auténtico imperativo de protección de las personas frente a usos excesivos de la sociedad digital.

Más allá del nombre, estábamos –se están– ante la garantía –más que derecho, en el sentido de la teoría garantista de los derechos– necesaria para hacer efectivo un derecho fundamental reconocido en todos los ordenamientos constitucionales civilizados: los derechos al respeto de la vida privada, de un lado, y el de la protección de datos personales, que integra aquél, pero presenta un contenido autónomo, de otro. Naturalmente, como se advierte claramente desde la originaria experiencia protectora judicial, en EEUU, no hablamos de ningún “derecho a estar solo” en la toma de decisiones, sino del “derecho a tomar las decisiones” sin interferencia de terceros. Claro está, en la sociedad (más) transparente de internet, son las propias personas las que, haciendo uso de nuestra elección, difunden noticias propias, que quedan en la red por tiempo. Por eso, el derecho de autodeterminación sobre la propia vida no puede acotarse al espacio de “lo físico”; deberá también proyectarse al “mundo electrónico”, a la dimensión “virtual” de la existencia.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Llama expresamente la atención sobre la necesidad de que el poder de elección personal se proyecte sobre todos y cada uno de las esferas donde proyectamos nuestra personalidad, sea física o real, sea incluso electrónica, РОДОТÁ, S., *La vida y las reglas*, op. cit., p.100.

Por referirme al Derecho de la Unión Europea, que es el que mejor conozco, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –en adelante, CDFUE– los reconoce en sus arts. 7 (respeto de la vida privada) y 8 (derecho a la protección de los datos personales). Para España, determinante el art. 18 CE (que cuenta con un específico desarrollo legislativo). Y, cómo no, en relación a México, con la reforma constitucional en 2009, en particular, a estos efectos, de los artículos 6 y 16, se incorpora a la lista de derechos fundamentales, el relativo a la protección de datos personales, incluyendo los derechos de cancelación y rectificación, hoy también con un importante desarrollo legal y una práctica consolidada por la Agencia Federal que tiene asignada la competencia, sin perjuicio de las estatales.<sup>8</sup>

En el plano práctico (nivel de observación de la realidad social subyacente a la norma), los extraordinarios beneficios que tiene para las personas la explosión comunicativa vinculada a la invención de internet, y a partir de ahí, la multiplicación de las redes sociales articuladas online, deja también emerger, al mismo tiempo, sus riesgos. Que las personas construyamos cada vez más una *identidad -y trayectoria- electrónica* (perfil en las redes sociales digitales) nos da nuevas oportunidades, también de progreso, profesional y personal, pero conlleva, de una forma inherente, mayores y más continuos riesgos, porque las personas nos hacemos más vulnerable a los malos usos de esa información en manos de terceros, bien sean empresas o administración pública. Al respecto,

---

<sup>8</sup> Como se conoce bien, se trata de sendas Leyes Federales de Protección de Datos: la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG), para el sector público, donde solo se prevé acceso y rectificación; Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (ARCO)]. Para la situación previa a la legislación, incluso regulación constitucional, ver GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, “La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 120, 2007. Para antes y después, DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Isabel, “El derecho al olvido en relación con el derecho a la protección de datos personales”, *Ensayos para la Transparencia de la Ciudad de México*, núm. 21, 2013.



si ciertamente la necesidad de protección se produce para todas las personas, presenta especificidades en el mundo laboral, configurándose el citado “derecho-garantía al olvido digital” como una suerte de “*derecho fundamental inespecífico laboral*”.<sup>9</sup>

Esta afirmación encuentra constatación diaria en los medios de comunicación de todo el mundo, en los que día sí y otro también aparecen noticias relacionadas con el uso por los empresarios de las herramientas de Internet (como los buscadores o las redes sociales) para evaluar la idoneidad de un posible candidato a un empleo.<sup>10</sup> Por lo tanto, resultaba ineludible instrumentar soluciones jurídicas que protegieran al titular de los datos personales contra este renovado y más incisivo riesgo de intromisión en la privacidad. Muy recientemente, ante la tendencia empresarial a aprovechar las redes sociales para conocer más de sus empleados y potenciales candidatos, incluyendo en las entrevistas de trabajo que se el nombre de cuenta en Facebook o Twitter, la Unión Europea ha preparado una Guía o un Código de Conducta (*Opinion 2/2017, 8 de junio, on data processing at work*), en aplicación de su regulación de protección de datos, para tratar de poner fin a esta práctica de inspeccionar las redes sociales de los candidatos, sólo porque la información está disponible en ellas.<sup>11</sup>

Según la mejor doctrina constitucional –alemana–, luego desarrollada por la doctrina científica como auténtico tópico, “*el peligro para la privacidad del individuo no radica en que se acumule información sobre él sino, más bien, en que pierda la capacidad de disposición sobre ella y respecto a quién y con qué objeto se transmi-*

---

<sup>9</sup> Se trata de aquellos derechos fundamentales que reconocidos a todas las personas, por darse en las diversas esferas de la vida, no sólo en las del trabajo, tienen una particular incidencia en el mundo de las empresas. Ver PALOMEQUE LÓPEZ. M. C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, CEC, 1991, pp. 31-34.

<sup>10</sup> . Un detenido análisis en “*Forsome, Online Persona Undermines a Résumé*”, *New York Times* del 11 de junio de 2006. Disponible en <<http://www.nytimes.com/2006/06/11/us/11recruit.html?mcubz=2>>

<sup>11</sup> Disponible en: <<http://omicron.espanol.com/2017/07/las-empresas-usan-las-redes-sociales-para-espiar-a-empleados/>>

te” (Corte Constitucional alemana, 1983). El derecho a la privacidad no era, pues, el derecho a que “nos dejen solos” (Cooley), sino a tener el poder de controlar el flujo de nuestra información (salvo que concurren razones de interés público), tomando decisiones propias sobre los diferentes aspectos de nuestra vida para mantener una calidad digna de la misma frente a los riesgos de degradación inherentes a la nueva sociedad digital. En suma, se quiere evitar que una persona devenga trasparente a los ojos de toda la sociedad, pues los nuevos dispositivos electrónicos facilitan la reconstrucción de la imagen total y pormenorizada de la persona (el denominado perfil virtual de personalidad), degradándola a «cristal»<sup>12</sup>

¿Reedita la reivindicación, del real o pretendido, “derecho al olvido” la vieja polémica de la eventual imposible reducción del “derecho a estar solo”, o más bien expresa una nueva formulación de la versión evolucionada del “*derecho a que nos dejen (razonablemente) en paz*” cuando nos encontramos en una esfera privada? Parece claro que traduce una visión mucho más evolutiva y adaptada de privacidad. Sirve para expresar tanto la solidez del movimiento social que reivindica un espacio real de protección de la persona en su dimensión electrónica o virtual de nuestro tiempo, como la existencia de mecanismos de protección adecuados a partir del valor central que los derechos fundamentales que le sirven de trasfondo o trasunto asumen, sin la necesidad de que haya un reconocimiento específico en las leyes<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Como es conocido, la metáfora de la “persona de cristal” acogida -originariamente como “hombre de cristal”- por el Tribunal Constitucional alemán procede de la doctrina nazi. La creciente “*identidad virtual*” rediseña “relaciones personales, sociales, políticas y económicas”, estableciendo un alto “precio”, porque es “nuestra propia vida” la que se vuelve hoy “un intercambio continuo de informaciones”. Ver ΡΟΔΟΤΑ, S., *Tecnología y derechos fundamentales*. 2004. Disponible <<http://reflexionesmarginales.com/3.0/2-tecnologia-y-derechos-fundamentales/>>. También de TERWANGNE, Cécile, “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, *Derecho y Política*, núm. 13, Catalunya, Universitat Oberta de Catalunya, 2012, pp. 53-66.

<sup>13</sup> Vid. SIMÓN CASTELLANO, P., “El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos”

B) APLICACIÓN PRÁCTICA DEL “DERECHO AL OLVIDO” EN LOS DERECHOS NACIONALES AL MARGEN DE SU RECONOCIMIENTO EXPRESO: UNA GARANTÍA DE CONTENIDO ESENCIAL

Fue la Corte Suprema de la Unión Europea (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE), la que, sin reconocimiento legislativo específico, reconociera por vez primera el “derecho al olvido”. Se trató de la conocida STJUE de *13 mayo de 2014*, que dio respuesta a una pregunta –cuestión prejudicial se denomina el proceso– de una Corte de Justicia española –la Audiencia Nacional– respecto de un conflicto entre un ciudadano español y *Google España*.<sup>14</sup> Para entender bien, a nuestros estrictos efectos, el sentido que tiene este importante pronunciamiento judicial, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) –análoga al Instituto Federal de México a tal fin–, ya había venido sosteniendo que este derecho no era más que la aplicación de los derechos de “cancelación y oposición” previstos con carácter general, pero actualizados al ámbito de Internet

En este contexto de aceptación nacional de la existencia práctica de esta garantía de efectividad, en la sociedad digital, de derechos fundamentales reconocidos expresamente, el TJUE afirmará, en contra de la opinión del que se denomina Abogado General (interviene haciendo unas Conclusiones previas donde propone al TJUE la respuesta a dar a la pregunta hecha por el juez nacional, si bien no es vinculante para el TJUE, aunque suele apartarse pocas veces de esa propuesta), que las “leyes europeas” (que se llaman Directivas: la 2000/31/CE sobre provisión de servicios y Directiva 95/46/CE, de protección de datos) contemplan tal remedio a favor

---

en AAVV. CORREDOIRA, L. y COTINO HUESO, Alfonso L. (coord.), *Libertad de Expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Madrid, CEC, 2013, p. 456.

<sup>14</sup> El caso de protección de la de privacidad fue interpuesto por un español, después de que no logró la eliminación de un anuncio que daba cuenta de que su casa había sido subastada para cubrir sus deudas de seguridad social, habiéndose resuelto ya y, por lo tanto, no debería estar vinculado a esa noticia cada vez que su nombre fuese buscado en Google

del ciudadano europeo, aun con algunas limitaciones y al margen de que no aparezca expresamente nominado. De este modo, por vía interpretativa, el TJUE integra en el Derecho vigente esta garantía concreta para el mundo de internet del derecho de cancelación y del derecho de oposición, pasando de la “era analógica” al actual mundo de la “era digital”, haciendo prevalecer los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y de protección de datos personales del afectado.

Por supuesto, el TJUE no ignora que todo derecho-garantía tiene límites y que hay otros derechos fundamentales e intereses de alcance general que están en juego y que deben tener protección igualmente, acudiendo al conocido método de la ponderación proporcional. Precisamente, en fecha reciente, el TJUE, tras reforzar en el plano de los fundamentos jurídicos el valor práctico de la garantía supresión (“olvido”) para la vida privada (art. 7 CDFUE) y la protección de datos (art. 8 CDFUE) en una sociedad global y digital, sin que pueda reducirse a mera declaración programática por su posición preferente frente a los riesgos del desarrollo tecnológico,<sup>15</sup> concluye que no se puede dar la misma protección a los registros de datos de personas societarias. La elección de las personas de actuar en la vida económica por medio de una sociedad mercantil entrañaría una exigencia de mayor transparencia. Así, la STJUE de 9 de marzo de 2017, C-398/15, considerará que cuando se trata de registros públicos, como el registro de sociedades, sólo pueden alcanzar su objetivo esencial (el reforzamiento de la seguridad jurídica) mediante la puesta a disposición transparente de información fiable, a todos y de forma indefinido, salvo que, excepcionalmente, “tras la expiración de un plazo suficientemente largo después de la liquidación de la sociedad de que

---

<sup>15</sup> Para un estudio muy completo de la misma vid. C. ÁVAREZ RIGAUDIAS. “*Sentencia Google Spain y derecho al olvido*”. <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4370/documento/fe04.pdf?id=5584>>; también G. MINEIRO ALEJANDRE, Gemma, “A vueltas con el “derecho al olvido”, “Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital” en *RJUAM*, núm. 30, II-2014-II, pp. 129-155. Disponible en <<https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5585>>.

se trate, los Estados... pueden establecer el acceso restringido de terceros a estos datos (...).”

Precisamente, esta construcción más ponderada de la garantía de supresión de datos (renombrado sólo entre paréntesis y entrecomillado “derecho al olvido”), que reconoce su ámbito de tutela (“*cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes*”), pero con límites en su ejercicio –razonabilidad de los costes económicos de los medios que se exigen para ello–, así como excepciones –exclusiones de su aplicación, por primar un interés de carácter general–, es la que se recoge en la nueva regulación en esta materia, todavía no en vigor (estará en 2018), pero ya aprobada –derogando la actual, vigente hasta que tenga lugar aquella entrada en vigor–. Se trata del Artículo 17 [Derecho de supresión («el derecho al olvido»)] del Reglamento Comunitario 2016/679/UE, 27 de abril de 2016 (Reglamento de protección de datos).

No sólo en Europa ha prosperado el “derecho” sin la existencia de una norma general que lo reconociera, integrándose en la experiencia jurídica por vía interpretativa (judicial y también administrativa). Google -y los demás motores de búsqueda de datos (“servidores”)- se han hallado con esa misma carga en Canadá. Su Corte Suprema dictaminó que los tribunales canadienses tienen el derecho de obligar a Google a eliminar vínculos a nivel mundial. Pero también en Japón, país en que diversos Tribunales vienen condenando a Google –a veces con solo invocar el derecho general a la protección de datos privados, otras invocando el “derecho al olvido”– a borrar noticias de personas, incluso las condenadas por delitos, sobre la base de la necesaria normalización de su vida en sociedad, que se vería impedida si se mantienen noticias en torno a su vida privada que perjudican su imagen.<sup>16</sup>

Ciertamente, no siempre es así. Por ejemplo, en Argentina, el 28 de octubre de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tras analizar el rol de los buscadores en el desarrollo de la libertad

---

16 Consultado en: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/01/japan-recognises-right-to-be-forgotten-of-man-convicted-of-child-sex-offences>>.

de expresión y el alcance del derecho al honor, rechazó la demanda promovida contra Google y *Yahoo* porque, en los resultados, su imagen aparecía vinculada a sitios de contenido sexual, erótico o pornográfico. Consideró que los buscadores no eran responsables de los contenidos de los resultados de sus búsquedas en la medida en que no tuvieron conocimiento efectivo de la ilicitud.

Ahora bien, al margen de casos concretos, lo cierto es que su proyección experimental o práctica es la característica común. Y, una vez más, el ejemplo, en América Latina, es México. Incluso antes de la reforma constitucional y el desarrollo legal (2009), los principales estudios dan cuenta de resoluciones (eje.: Resolución 4198/09 (Cancelación datos públicos)- del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (análogo a la AEPD española), en los que, sin hacer referencia nominal al “derecho al olvido” -que no estaba en debate-, se logran resultados análogos<sup>17</sup>.

### III. EL “NEONATO” “DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL”, OTRO CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD

#### A) LA “CARRERA MUNDIAL” POR EL “DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL”, FUERA DE SU JORNADA, HA COMENZADO

Una historia análoga de progreso generacional de derechos vinculada a la evolución tecnológica de nuestro tiempo comienza a producirse, en todo el mundo, respecto del referido “derecho a la desconexión digital” fuera de la jornada de trabajo. Cada vez más trabajadores se ven obligados a permanecer conectados digital-

---

<sup>17</sup> Ver ARTZ COLUNGA, Sigrid, “México, el derecho al olvido en internet: ejercicio de los derechos de cancelación y oposición, derecho al olvido versus derecho a la libertad de información” Disponible en: <[http://www.redipd.es/actividades/encuentros/XI/common/Ponencias/P1\\_IFAI\\_MEXICO.pdf](http://www.redipd.es/actividades/encuentros/XI/common/Ponencias/P1_IFAI_MEXICO.pdf)> (noviembre de 2013).

mente con su empresa, a fin de realizar algún tipo de actividad vinculada con ella –terminación de tareas, preparación para el día siguiente, cumplimiento de objetivos globales elevados para evitar demoras (...). Podría pensarse que estamos ante una problemática de “privilegiados”, típico de países desarrollados, en los que la sociedad digital está más avanzada y, además, para los trabajadores más protegidos, los indefinidos y con trabajos bien cualificados. Por eso, como se anticipó, habría nacido en Francia, cuna de los derechos de libertad, pero también de un mayor esnobismo a la hora de reconocer derechos de “nuevo cuño”. De ahí que, un sector crítico, se pregunte si sería adecuado reconocer este “nuevo derecho” dentro del catálogo de derechos online, como una innovadora garantía del derecho a la vida privada o si, por el contrario, será sólo un “privilegio” más de unos pocos, mientras que para la mayoría será ilusorio, dándonos falsas esperanzas de control sin abordar los fundamentos de la economía mundial, cada vez más digital<sup>18</sup>

Desde esta perspectiva, se denuncia el exceso de idealismo, o la falta de realismo, para este tipo de derechos (*por defecto de realismo*): “Las leyes que protegen a los trabajadores de los correos electrónicos fuera de horas de los empleadores ignoran el hecho de que, para muchos, el apagado no es una opción”.<sup>19</sup>

Desde otra perspectiva, también crítica, pero más posibilista –que será la que aquí se acoja, como argumentaré–, se criticará, en cambio, el *exceso de esnobismo jurídico*, que prima la forma, una bella fórmula léxica, sobre la semántica, pues vacía de sentido práctico propio ese pretendido derecho, al no dotarlo de un

---

<sup>18</sup> Para el impacto de esta batalla legal entre Google y Francia, con proyección en todo el mundo, de interés la gran recopilación de noticias y reportes. Consultado en: <<https://www.theguardian.com/technology/right-to-be-forgotten>>

<sup>19</sup> Ver version original: “Laws protecting workers from employers’ out-of-hours emails ignore the fact that, for many, switching off is not an option” Ver MOROZOV, E., “So you want to switch off digitally? I’m afraid that will cost you”. Consultado en: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/feb/19/right-to-disconnect-digital-gig-economy-evgeny-morozov>>

contenido de derechos y deberes innovador. En realidad, bajo la afortunada fórmula (al igual que sucedió con la del derecho al olvido), no hay sino algo mucho más conocido, y exigible, como es una garantía de todo contenido esencial del derecho fundamental al respeto de la vida privada, así como del derecho laboral al descanso efectivo, que libera para el trabajador un espacio de autodeterminación, como es el tiempo de no trabajo o el tiempo de vida privada. Probaremos esta interpretación con mayor detalle.

Ahora procede, al igual que se ha evidenciado respecto del “derecho al olvido”, poner de manifiesto que el problema no está “localizado” o “acotado territorialmente”, sino que el debate es mundial y global porque mundial y global es el problema y la necesidad que genera, según acreditan inequívocamente las cifras estadísticas. Así, por ejemplo, ya mencionamos al inicio de este trabajo que también Corea del Sur-gran potencia en materia de dispositivos digitales: más del 80% de los surcoreanos tienen teléfonos inteligentes, uno de los índices de penetración más altos del mundo y una “notoria cultura laboral *workaholic*” del país, impulsó, en 2016, una legislación a favor de los trabajadores que reclaman el derecho a desconectarse del trabajo en la era del correo electrónico, el chat y la intrusión en los medios sociales por parte de sus empleadores. La decisión legislativa no fue impulsiva o idealista, sino reflejo de una alarmante situación, científicamente constatada.

A medida que más empresas utilizan los medios de comunicación social o los mensajes móviles para enviar órdenes de trabajo, sin importar el tiempo, el estrés infligido a los trabajadores ha alcanzado un nivel serio. La iniciativa legislativa busca prohibir el envío por las empresas, fuera de la hornada de trabajo, a los empleados de mensajes relacionados con el trabajo por aplicaciones de mensajería móvil. El objetivo es doble: proteger la salud psicosocial de las personas y facilitar la vida personal libre de intrusión fuera del lugar de trabajo.

En 2014, el promedio de trabajadores surcoreanos registró 2.124 horas de trabajo, el segundo más alto entre los países miem-



bros de la OCDE, después de México, y muy superior al promedio del conjunto (1.770 horas). En un Informe titulado “*Trabajadores que tienen miedo de KakaoTalk*”<sup>20</sup> -el servicio de mensajería móvil más usado-, el Instituto de Trabajo y Sociedad de Corea concluyó que los empleados se ven obligados a trabajar alrededor de 11 horas extras a la semana usando “dispositivos electrónicos”. Hasta llegar “*a un punto en el que trabajar los fines de semana (...) se está convirtiendo cada vez más en una norma*”. Según la encuesta de referencia (realizada a 2.402 trabajadores), 8 de cada 10 trabajadores dijo usar un teléfono inteligente para trabajar después de las horas oficiales de trabajo.

El tiempo adicional con dispositivos inteligentes era para prácticamente la mitad superior a una hora, llegando hasta un 20 por cien de ellos a dos horas; en cambio, en torno a un tercio lo situaba en el entorno de media hora. Ese uso vinculado al interés productivo del tiempo extra-laboral o personal tenía continuidad el fin de semana, dedicando en torno a una hora y media al día al trabajo. En el plano de los efectos, la encuesta también mostró que el 44 por ciento de los trabajadores dijo que estaban privados de sueño debido al exceso de trabajo con dispositivos inteligentes. Cuando se les preguntó qué hacían con sus dispositivos, el 63,2 por ciento dijo que estaban enviando y recibiendo correos electrónicos, mientras que el 57,6 por ciento estaba preparando archivos relacionados con el trabajo. También estaban dando y recibiendo órdenes de trabajo a través de servicios de mensajería.<sup>21</sup> En definitiva, también en Corea del Sur, el uso de los dispositivos inteligentes para el trabajo difumina o desdibuja las fronteras entre la vida laboral y familiar, lo que lleva a un impacto negativo en la conciliación trabajo-familia y trabajo-vida, pero también en su salud.

Por supuesto, Corea del Sur se enorgullece de seguir el ritmo de la tecnología de vanguardia (como las velocidades de banda

---

<sup>20</sup> Su título original es: *Workers Who Are Scared of Kakao Talk*

<sup>21</sup> Para una buena síntesis de sus principales conclusiones. Ver YOON JA-YOUNG, “*Smartphones leading to 11 hours’ extra work a week*” Disponible en: <[http://www.koreatimes.co.kr/www/news/biz/2016/06/488\\_207632.html](http://www.koreatimes.co.kr/www/news/biz/2016/06/488_207632.html)>

ancha ultra-rápidas hasta los teléfonos inteligentes de gama alta de Samsung). Pero todo “abrazo al progreso tecnológico de la era digital” -como en cualquier otra de progreso humano- tiene “un costo” ya que los teléfonos y las tabletas mutan en centros de trabajo virtuales u oficinas móviles para los empleados que no parecen tener tiempo de cierre. El incremento de productividad, pues, no es automático, sino que exige un control exhaustivo, de modo que haya “buenos usos” de estos dispositivos, tanto a favor de la competitividad de las empresas como de las necesidades de los trabajadores. Por eso, han sido las propias empresas coreanas de mayor dimensión las que han tomado iniciativas.

En efecto, algunas empresas han tomado medidas unilaterales para mantener fuera de conexión a sus trabajadores una vez finalizada la jornada, como ya sucediera en Francia. Así, por ejemplo, la empresa *LG Uplus* –tercer operador inalámbrico del país– prohíbe a los gerentes empresariales que envíen mensajes “KakaoTalk” a los empleados después de las 8 pm bajo riesgo de sanciones disciplinarias, desde la degradación profesional hasta el despido. La razón que esgrime la empresa es la de facilitar al personal el disfrute de su vida personal en los periodos de descanso diarios (de noche), pues también fomentará su creatividad. Pero siendo el problema más general, se impone, entienden, una Ley que prohíba esos usos y facilite el que se corrija “la ética agotadora del trabajo” dominante en el país, esencial para el crecimiento económico de Corea del Sur para salir de la devastación de la Guerra. Precisamente, parecen crecer las iniciativas –empresarial, social o institucionalmente promovidas– para fomentar una vida libre de estrés, eliminando el factor de presión que supone la sobrecarga de información a través de la promoción de estilos de vida saludables, entre las que estarían las “competiciones para *no hacer nada*” durante horas, esto es, relajarse y asumir un tiempo de absoluta inactividad, sin usar los dispositivos electrónicos (práctica que podría ser también útil para evitar otra tendencia de signo opuesto: en el país se perdería 1 hora y 45 minutos al día

en actividades lúdicas con teléfonos y tabletas), previniendo una nueva forma de adicción.<sup>22</sup>

En otros países, como Filipinas, las situaciones son análogas y se promueven medias de carácter legislativo del género. De ahí que se haya promovido una iniciativa de reforma (Proyecto de Ley 4721 de la Cámara de Representantes), que pretende reformar el Código de Trabajo de Filipinas, a fin de fomentar políticas de los empleadores que establezcan las horas en las que quedará prohibido enviar o contestar correos electrónicos, llamadas vinculados con el trabajo. El Secretario de Estado de Trabajo en Filipinas explicaba que la iniciativa sólo busca dejar bien claro, a empleadores y trabajadores que “hay un tiempo para la conexión (trabajo) y otro tiempo para la desconexión (vida privada)”, aunque dejaba la puerta abierta a la renuncia voluntaria a esta desconexión. Por supuesto, en su comparecencia explicativa del sentido del Proyecto de Ley de reforma del Código de Trabajo filipino para reconocer este “derecho para la desconexión digital” dejó también espacio para el realismo: la regulación legal deberá ser flexible, pues “la desconexión total sería irrealista”, sobre todo para ciertos empleos, de modo que, una vez más, serán las políticas empresariales las que elaboren los códigos de conducta adecuados para hacer realidad este necesario equilibrio de intereses, con las prestaciones y las contraprestaciones que se precisen.

En definitiva, la reforma legislativa (Proyecto de Ley 4721, HB 4721) tan sólo iría en la dirección de reforzar el carácter voluntario que debe tener, para el trabajador, la cuestión del uso del tiempo de trabajo propio, a fin de que sea su elección la que le permita desconectar o, al contrario, mantener conexión a través del vínculo digital:

“Answering or ignoring texts, emails from employers after working hours is a voluntary engagement of an employee, and

---

<sup>22</sup> La adicción a las plataformas no es casual sino que “*están cuidadosamente optimizadas y probadas en millones de usuarios... para crear adicciones duraderas*”. Consultado en: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/feb/19/right-to-disconnect-digital-gig-economy-evgeny-morozov>>

they are not obliged to respond or not. The right to disconnect is a choice of an employee”<sup>23</sup>

Estas propuestas legislativas e Informe (reportes) no han carecido de eco mediático en todos los países del mundo, entre los que está México. En todo caso, la problemática del exceso de tiempo de trabajo asociada a la salud psicosocial no es patrimonio exclusivo de ningún país, aparece en otras zonas, como América Latina. Por ejemplo, el V Estudio Chile Saludable muestra que el 42 por cien de los chilenos se declara estresado, el doble que en 2012. Entre las principales causas se localizan los factores de exceso alargamiento de la jornada laboral y alta presencia en el centro,<sup>24</sup> por lo que, por unas causas o las contrarias, los diversos países –europeos o latinoamericanos–, hallan en la salud psicosocial vinculados a problemas de tiempo de trabajo excesivo uno de sus retos más determinantes.

Ciertamente, el problema es mundial, pero son los países europeos los que más iniciativas adoptan. Sin embargo, no siempre llegan tampoco a buen puerto. Es el caso de la gran Alemania, que también emprendió hace dos años un intenso debate para aprobar una ley sobre estrés laboral en la que, entre otros factores determinantes, se pusiera coto a la constante conectividad digital de las personas, aun fuera de su trabajo. Dejando de lado la anécdota de su presentación en algún medio de comunicación como “una de las leyes laborales más extrañas del mundo”,<sup>25</sup> la pretensión de este proyecto (2014) era prohibir a los empleadores (y sus directivos) seguir dando instrucciones a los empleados fuera de jornada, salvo, eso sí, las célebres “circunstancias excepcionales”. Con ello,

---

<sup>23</sup> Ver Las Declaraciones del Secretario de Trabajo Sr. Bello y del parlamentario promotor de la iniciativa legal: ‘*Right to disconnect’ after office hours choice of employees*’. Consultado en: <<https://www.dole.gov.ph/news/view/3415>>.

<sup>24</sup> Consultado en: <<http://www.24horas.cl/tendencias/salud-bienestar/experto-asegura-que-altos-niveles-de-estres-dan-urgencia-por-contar-con-una-ley-de-salud-mental-2215071>>

<sup>25</sup> Consultado en: <[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140603\\_vert\\_cap\\_leyes\\_laborales\\_extranas\\_yv](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140603_vert_cap_leyes_laborales_extranas_yv)>

al igual que en Francia, sólo se pretendía convertir en obligación general el compromiso que ya habían asumido, de forma voluntaria, sus empresas más punteras (en 2011, *el Grupo Volkswagen adoptó un acuerdo por el que desactivaba los correos electrónicos de Blackberry fuera de las horas de trabajo*). Las desavenencias entre los socialistas y los conservadores, en su coalición de Gobierno, y fuertes resistencias patronales, por la rigidez de las prohibiciones, hizo que fracasara la Ley.

También Bélgica, zona de influencia cultural francesa dominante, ha creído necesaria una iniciativa legislativa que reordenara la cuestión del tiempo de trabajo en el contexto de una sociedad mutada y que exigiría nuevos equilibrios entre los intereses en juego. De ahí, la Ley de 5 de marzo de 2017, “*Loiconcernant le travail faisable et maniable*» (ley del trabajo realizable y manejable).<sup>26</sup> Si bien por razones diversas, ni sindicatos ni patronal tienen la más mínima convicción de que esta ley sirva ni para los unos ni para los otros.

#### B) LA LEY FRANCESA SOBRE EL “DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL”: ¿QUÉ INNOVA EN RELACIÓN A LAS PRÁCTICAS COLECTIVAS?

Pero la iniciativa que ha alcanzado fama mundial es, sin duda, la francesa. El 1 de enero de 2017 entró en vigor uno de los aspectos más llamativos de la reforma laboral francesa de 2016 (Ley 2016-1088, el 8 de agosto, conocida como *Loi Travail* o *Loi El Khomri*)<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> La síntesis de la *Revista del MEYSS Actualidad internacional socio-laboral*, núm. 211, abril de 2017, pp.138 y ss. Consultado en: <<http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista211/138.pdf>>. También sugerentes los comentarios en el blog de E. Rojo Torrecilla. Consultado en: <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/06/una-breve-nota-de-la-ley-belga-de-5-de.html>>

<sup>27</sup> Ver RAY J.-E., «*Grande accélération et droit à la déconnexion*», *Droit social*, 2016; Loïc, L. : “Le Droit á la déconnexion “á la française””, Consultado en: <[www.cielolaboral.com](http://www.cielolaboral.com)>.

¿Pero qué dice realmente esa Ley? La reforma introduce un apartado 7 en el artículo L. 2242-8 del Código de Trabajo francés, a fin de incluir la obligación de negociar

*...las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección.*

¿En qué consiste el derecho? La ley ni lo define ni lo delimita (derecho inconcreto). Su contenido queda remitido al eventual pacto colectivo que fije (es un derecho condicionado) las “modalidades de pleno ejercicio” del “derecho a la desconexión” -así como del código de uso razonable del conjunto de dispositivos online de la empresa-. ¿Y si no hay acuerdo, qué pasa? Esta materia no forma parte del contenido obligatorio del convenio, sino de la negociación, por lo que la ley asume el eventual fracaso, siendo obligación de negociar pero no de acordar. En tal caso, el legislador ni prevé régimen subsidiario en defecto, ni sanción específica por la falta.

En definitiva, comprobamos con facilidad que la normativa francesa obligaría a ciertas empresas a poner en marcha herramientas de regulación de los medios digitales, aunque no incluye ni medidas concretas ni prevé sanciones para las empresas incumplidoras. Lo que hace más que probable que la regulación acabe siendo “carne de cañón” de los códigos de buenas prácticas empresariales, volviendo, pues, a la casilla de salida (recuérdese que procede de las prácticas convencionales de multinacionales en

este sentido, lo que ha marcado directamente el modelo final, devaluado, legislativo). La doctrina francesa evidencia la vacuidad del derecho legal, pues sin delimitación de contenidos (fijación del derecho) ni imposición de las garantías (primarias y secundarias), el valor práctico del derecho se diluye<sup>28</sup>, mutando en desiderátum, que hace del convenio, si lo hay, su condición principal de existencia. ¿Qué quedaría tras el humo propagandístico? Pues lo que ya había antes de la ley: un *poder* -algo ingenuo, pues la práctica de una relación de poder desigual debilita la posición- *del trabajador de no responder cuando esté fuera de su jornada al empresario*, en virtud del derecho al descanso efectivo que se recoge en el art. 31.2 CDFUE, así como principio general del Derecho de la Unión.

#### C) TUTELA EN ESPAÑA (¿Y MÉXICO?) DE LA GARANTÍA DE DESCONEXIÓN DIGITAL: ABSTENCIONISMO LEGAL, ACTIVISMO EXTRA-LEGAL

En España no está reconocido formalmente el derecho a la desconexión digital fuera del trabajo, aunque ya hay diversas iniciativas parlamentarias que presionan para ello. Pero esa ausencia de reconocimiento legal no quiere decir que no se proteja de forma efectiva, en línea con lo que ya sucediera respecto del “derecho al olvido”. En efecto, recientes convenios colectivos, siguiendo la estela de la legislación francesa, reconoce expresamente tal derecho. Así, el Artículo 14 del nuevo convenio colectivo de uno de las principales empresas de seguros que operan en el país -de matriz francesa- AXA SEGUROS (2017-2020) dice:

*Es por ello [por la dilución de las unidades de espacio y tiempo de trabajo a raíz de la interconectividad digital permanente] que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor*

---

<sup>28</sup> Ver RAY, J., “Grande accélération...”, *op. cit.*, p. 912.

*o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo.*

A la vista del contenido práctico de este derecho, que se limita a reconocer la libertad (aunque habla de derecho, pero no crea ninguna obligación específica a cargo del empleador de no transmitir fuera de jornada esos correos) del trabajador de no contestar a los mensajes fuera de jornada (en línea con el enfoque filipino, que deja la decisión como una voluntad del trabajador: derecho a la libertad de elección) ¿puede decirse que añade algo nuevo al Derecho del Trabajo español? Pues realmente no. Las normas sociales de la Unión Europea (STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/14) y de la Constitución española (arts. 18 en relación a los arts. 10, 15 y 40 CE), en el marco del sistema de instrumentación operativa de tales derechos (nivel primario), para la protección eficaz de la salud psicosocial, constituido por la Ley de Prevención de Riesgos -LPRL-, conforme a la doctrina constitucional (STCO 62/2007, de 27 de marzo), ya habilitarían a todo trabajador que no quiera responder fuera de su horario a no hacerlo.

Al respecto, es doctrina constitucional española que, *toda concepción* –por supuesto toda conducta y/o práctica– empresarial –y social– *que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado* al interés productivo del empleador, *es inconstitucional*, porque reduce a simple factor de producción la persona del trabajador. Aunque, esta doctrina constitucional se fijó en relación al periodo de vacaciones (STCO 192/2003, 27 de octubre), realmente tiene una dimensión general y ha de servir para toda comprensión de los periodos de descanso. En todos ellos, con una mayor o menor intensidad, se da un mismo fin: el tiempo de descanso es un tiempo de reposición de energías y de esparcimiento propio, por lo tanto, exige, por sí mismo, la garantía de una libertad de desconexión respecto del tiempo productivo.

En la práctica judicial esta doctrina constitucional ya ha tenido aplicación concreta, para un caso en el que estaba en juego el derecho a la desconexión digital fuera de la jornada, si bien tam-



poco aparece con este lenguaje específico. Me refiero a la doctrina emanada de la Corte Judicial Superior de Cataluña (máximo órgano judicial en la Comunidad Autónoma, si bien está vinculado al Tribunal Supremo del Estado) n. 3613/2013, de 23 de mayo.

El caso es el siguiente. La empresa SCHINDLER (instalaciones de elevadores) instaló el denominado acelerómetro en los teléfonos móviles de los trabajadores. Dicho aparato permite convertir fenómenos físicos en señales (se encarga de captar el movimiento o la ausencia del mismo). El acelerómetro está instalado dentro de un teléfono móvil cotidiano, entregado por la empresa a los trabajadores y se complementa con un GPS integrado también en aquél. La empresa la justifica en la intervención precoz en caso de eventual accidente la innovación, pues si detecta una ausencia de movimiento del trabajador de más de dos minutos, lanza señal acústica de 60 segundos y un mensaje en la pantalla, desencadenando la intervención.

Para que funcione convenientemente, el trabajador está obligado llevar el dispositivo, incluso fuera de la jornada, porque *lo tiene que poner a cargar en sus casas. El acelerómetro como tal no se puede desconectar, sino que se tiene que hacer con una aplicación*, de la que no tienen conocimiento los trabajadores; lo que sí se puede es desconectar el sonido. Pues bien, tras varias vicisitudes administrativas (intervención de la inspección de trabajo) y judiciales (una primera sentencia), la sala judicial territorial catalana sentenció que: “...el citado acelerómetro, *lleva consigo una situación de riesgo psicosocial*, pues...*que utilice la empresa un aparato de última tecnología* para controlar el trabajo no puede tener la consecuencia de que, *fuera de la jornada...*, tengan incluso que en su domicilio familiar...que es la esfera personal y privada del trabajador... *continuar en una situación in vigilando* del citado dispositivo para que esté en condiciones óptimas” (FJ 12º)

Aunque no la denomina así, la sentencia reconoce derecho a la desconexión digital fuera de la jornada de trabajo para este caso. Y no como expresión de una norma concreta que así lo diga, pues no la hay, sino directamente por la capacidad de los dere-

chos fundamentales de los trabajadores de integrar prohibiciones al empleador y derechos de autodeterminación para el trabajador en el ejercicio del poder de dirección extralimitado, como sería ejercerlo fuera de la jornada laboral, que es el caso:

*(...) fuera de la jornada laboral...lleva consigo un perjuicio en su salud [estrés] por...estar pendiente del citado dispositivo, y la incidencia que ello tiene no solo para él sino también en lo que es esa esfera privada personal familiar que la empresa demandada no puede tener interferencia alguna, ni siquiera por motivos tecnológicos como es el caso que analizamos, pues está fuera de la jornada laboral...” (FJ Décimo Tercero).*

Esta doctrina judicial daría la razón a quienes venimos sosteniendo, que el pretendido nuevo (o estatus naciente) derecho de desconexión laboral no existe como tal, autónomo y diferenciado, sino que es, en realidad, una concreción del contenido del viejo -o clásico- derecho, actualizado bajo el impuso adaptativo de las nuevas necesidades creadas por la tecnología digital -art. 3 CC-, al descanso, hoy derecho social fundamental comunitario<sup>29</sup>. Bien comprendida esta doctrina judicial nacional ¿qué diferencia real hay respecto de algunas de las experiencias convencionales que dieron lugaral derecho -luego devaluado- de la ley francesa? ¿O qué diferencia con el citado art. 14 CC AXA SEGUROS? A mi juicio, ninguna relevante.

#### IV. CONCLUSIÓN: DESCONEXIÓN DIGITAL DEL TRABAJO, GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

---

<sup>29</sup> En esta línea VALLECILLO, M.R. “El derecho a la desconexión...”, *op. cit.*, pp. 177-178.

En España, como en cualquier ordenamiento jurídico-laboral que, también en el caso de México, respete el derecho humano (universal) a la vida privada, es un imperativo legal de ejercicio de un poder legítimo del empleador el que se despliegue dentro de la jornada laboral, no fuera de ella, pues se extralimitaría al afectar a la vida privada. Como recientemente afirma, si bien respecto de un aspecto diferente de la privacidad del trabajador (el consumo de drogas fuera de la empresa), la Corte Constitucional Colombiana C-636/16, la incursión en ámbitos de autónoma decisión del trabajador queda vetada constitucionalmente a los empleadores. Por lo tanto, que las nuevas realidades tecnológicas faciliten un uso irregular, en nada obsta a que el trabajador tenga exactamente el mismo nivel de protección, aunque para que ese nivel sea realmente efectivo haya que concretar la protección ofrecida por los derechos fundamentales. Entre desconectar digitalmente (nueva garantía nominada) y disfrutar realmente del periodo de descanso (garantía general clásica) no hay ninguna diferencia de sentido práctico. En ambos casos, la legitimidad constitucional -e internacional- del poder directivo exige que no pueda obligar al trabajador a prestar servicios, ni de forma presencial, ni a distancia a través de los dispositivos informáticos, fuera de estos tiempos de trabajo debidos.

¿Qué aporta, entonces, su reconocimiento legal o convencional? Por supuesto, soy consciente de que existe un contenido amplio a integrar por la ley y convenio, en función de la creatividad y capacidad negociadora, por lo que será mayor su eficacia, ya que la experiencia convencional ofrece una infinidad de posibilidades superior a las derivadas de la interpretación<sup>30</sup>. Ahora bien, no menos cierto es que, en la mayor parte de los convenios conocidos –en Francia, y el ahora emergido en España–, se

---

<sup>30</sup> Por ejemplo: Mercedes-Benz reconoce el sistema “Mail onholiday”, para que los correos enviados a trabajadores de vacaciones sean automáticamente redirigidos a otros disponibles de la empresa. De este modo tiene dos efectos: evita que lleguen a sus destinatarios en vacaciones -*desconexión propiamente*-, y también la sobrecarga de mensajes propia de la acumulación en el periodo de vacaciones -*efecto preventivo del estrés posvacacional*-.

limitan a la faceta negativa: la libertad de no contestar en tiempo no laboral.

Pero esa faceta –el poder de exigir que se abstenga de enviarlos el empleador– no exigiría intermediación, ni legal y ni colectiva. Se trata de una garantía directamente exigible de eficacia de los derechos fundamentales que ya posee el trabajador.

Tampoco realmente está ausente en Derechos laborales, pues las leyes laborales, interpretadas de conformidad, tanto con la realidad cuanto con los derechos y principios superiores, ya reconocen esa garantía. Así sucedería en España, en Filipinas, en Francia o en México, por poner ejemplos que, con culturas y legislaciones diferentes, ofrecerían un análogo nivel de garantías para un contenido tan elemental del derecho fundamental: respeto de su privacidad.

A mi entender, esta construcción no peca ni de idealismo ni de falacia jurídica. En todo caso, descubre la centralidad del fin en el Derecho sobre las formas, y la necesidad de ir al momento de garantías de efectividad de los derechos ya reconocidos sobre el modernismo esnobista de los derechos nuevos, con más brillo en su denominación que sentido práctico en su fondo. Lo que queda claro es que el nuevo mundo digital diluye las fronteras entre los tiempos de vida de las personas en general, y de los trabajadores en particular, y el Derecho debe tener los anticuerpos necesarios para que, sin obstaculizar su desarrollo, imparable y en todo caso positivo, no signifique demolición de las bases históricas de nuestra civilización: los derechos humanos, entre ellos, el de libre determinación de la vida privada. Si, como con acierto sintetizará Stefano RODOTÁ, el derecho a la elección personal es una vertiente esencial de la libertad de los contemporáneos, como “el derecho al olvido”, también el derecho a la desconexión digital fuera de la jornada de trabajo forma parte del *contenido esencial del derecho humano al respeto de la vida privada* de toda persona, por supuesto también del trabajador. Sólo así es posible, para las personas en general, y para las personas prestadoras de servicios por cuenta ajena y subordinada en particular, la práctica de un

ideal de Derecho constitucionalmente liberado de cualquier amenaza (real o electrónica) de injerencia de la libertad individual y de la propia vida, un auténtico Derecho y derecho de liberación individual frente a los riesgos del desarrollo, en particular del tecnológico, ahuyentado el fantasma que en otro tiempo recorriera Europa y consistente en “la persona transparente y disponible” en todo momento para el poder, también privado.

