

**El derecho a la intimidad como fundamento de la desconexión laboral en el escenario
del trabajo en casa**

Leidy Lorena Pérez Zuluaga
2021

Asesora:
PhD. María Teresa Carreño Bustamante

Universidad de Manizales
Maestría en Derecho
Trabajo de grado

Resumen

Este trabajo describe y analiza cómo el derecho a la intimidad, en tanto límite al poder jurídico de subordinación del empleador, fundamenta el derecho a la desconexión laboral. La coyuntura generada por la pandemia de la Covid-19 acarreó un sinnúmero de retos en el mundo del trabajo, uno de ellos fue la regulación del teletrabajo como contrato y el trabajo en casa como modalidad. Gracias a estos retos y en el marco de la globalización surgió un nuevo derecho a la desconexión laboral o digital que ha entrado a regularse en diferentes países, es el caso de Colombia. Dicho derecho a la desconexión digital permite facilitar tiempos de descanso fuera de la jornada laboral del trabajador lo que lleva a preguntarse acerca de su pertinencia y necesidad al considerar los diferentes reglamentos internos e internacionales en cuanto al tiempo de trabajo.

Palabras clave

Derecho a la intimidad, Poder jurídico de subordinación del empleador, Derecho a la desconexión laboral, Jornada laboral, Tiempo de trabajo.

Abstract

This document describes and analyzes how the privacy right as a limit employer's legal power of subordination supports the disconnection right from work. The situation of the Covid-19 pandemic brought endless challenges in the world of work, one of them was the regulation of teleworking as a contract and work at home as a modality. Regard to these challenges and in the framework of globalization, a new disconnection right emerged that has been regulated in different countries, this is the case of Colombia. Digital disconnection right allows resting times outside of the worker's workday, which leads to wondering about its relevance and need when considering the different internal and international regulations about working hours.

Keywords

Privacy right, Employer's legal power of subordination, Disconnection right, Workday, Working hours.

Tabla de contenidos

1.	<i>Introducción</i>	6
2.	<i>Formulación del problema de investigación</i>	8
2.1.	La jornada de trabajo y el trabajo en casa en el marco de la pandemia generada por la Covid-19	9
2.2.	El derecho a la intimidad y el poder jurídico de subordinación del empleador	12
2.3.	Pregunta-problema de investigación.....	16
3.	<i>Justificación</i>	18
3.1.	Desafíos frente a la situación problemática en la que se inscribe este trabajo de grado ..	18
3.1.1.	Covid – 19	18
3.1.2.	Derecho a la intimidad.....	21
3.2.	Trabajo decente y <i>Agenda para el desarrollo sostenible 2030</i>	23
4.	<i>Objetivos</i>	27
4.1.	Objetivo general.....	27
4.2.	Objetivos específicos	27
5.	<i>Estado del arte</i>	28
5.1.	Derecho a la intimidad en el escenario laboral	28
5.2.	El derecho a la intimidad y el poder jurídico de subordinación del empleador	32
5.3.	Derecho a la desconexión laboral	37
6.	<i>Marco teórico</i>	43
6.1.	Los derechos fundamentales del trabajador como límite al poder jurídico de subordinación otorgado al empleador	43
6.2.	Sobre el derecho fundamental a la intimidad.....	48
6.3.	Sobre el derecho a la desconexión laboral	54
6.4.	La garantía de la desconexión laboral en el ámbito nacional	60
7.	<i>Marco normativo</i>	63
8.	<i>Marco metodológico</i>	68
8.1.	Enfoque.....	68
8.2.	Alcance	69
8.3.	Diseño	69
9.	<i>Análisis y discusión</i>	71
9.1.	Elementos críticos del derecho a la desconexión digital.....	71
9.2.	Análisis del Proyectos de Ley 429 de 2020 y 352 de 2020 sobre desconexión digital....	75

9.3. ¿La desconexión digital se encuentra fundamentada por el derecho a la intimidad como límite al poder de subordinación del empleador?	78
10. <i>Conclusiones y recomendaciones</i>	82
11. <i>Referencias</i>	85

Lista de tablas

Tabla 1. Personas en edad de trabajar.....	7
Tabla 2. Porcentaje de personas ocupadas que contribuyen a salud, pensión y riesgos laborales.....	7

1. Introducción

La coyuntura producto de la pandemia por la Covid-19 replanteó el mundo del trabajo y mostró una serie de desafíos respecto a la jornada laboral. Este trabajo de grado se inscribe en ese marco temporal en el que se pretende explorar ¿Cómo se presenta el derecho a la intimidad de los/as trabajadoras en Colombia en relación con el poder jurídico de subordinación del empleador, al fundamentar el derecho a la desconexión laboral? Esta búsqueda parte por una serie de elementos problemáticos relacionados con el mundo laboral, entre ellos, el porcentaje de informalidad, la jornada de trabajo y el trabajo en casa en el marco de la pandemia, el derecho a la intimidad y su vínculo con el poder jurídico de subordinación del empleador, entre otros.

La urgencia de un planteamiento cuyo origen es la crisis desencadenada por la pandemia justifican esta reflexión, ya que los desafíos que planteó en muchas áreas sociales requieren que la academia se pronuncie con los elementos con los que cuenta: la palabra y el pensamiento. A su vez, la concepción del trabajo decente y la *Agenda para el desarrollo sostenible 2030* se deben comprender como un faro de interpretación armónica de las nuevas regulaciones sobre lo laboral.

El trabajo decente ha sido un concepto desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo que pretende hacer efectivas las garantías laborales que históricamente los trabajadores han ganado. Éste guarda una relación estrecha con el respeto de los derechos humanos y fundamentales de los trabajadores en los escenarios laborales como el caso del derecho a la intimidad que se presenta como un límite al poder jurídico de subordinación del empleador. La relación laboral debe conservar esta concepción incluso cuando la prestación del servicio se hace a través del teletrabajo o el trabajo en casa.

En esa medida, los objetivos de esta reflexión parten por establecer cómo el derecho a la intimidad constituye un límite al poder jurídico de subordinación del empleador y fundamenta el derecho a la desconexión laboral en el marco del trabajo en casa. Seguidamente, se describe el contenido del derecho a la intimidad y su alcance de protección en el ámbito del trabajo; así como la exploración del reconocimiento jurisprudencial del derecho a la intimidad y cómo desde allí se han puesto límites a la facultad de subordinación del empleador; y finalmente, se analiza la posibilidad de que el derecho a la intimidad fundamente el derecho a la desconexión laboral.

Como puede observarse, las categorías analíticas de este trabajo son: derecho a la intimidad, poder jurídico de subordinación del empleador y derecho a la desconexión laboral. Cada una determina la exposición del estado del arte y del marco teórico; pues su desarrollo conceptual ha sido explorado desde diferentes autores y distintas vertientes de pensamiento. Por otra parte, el marco normativo establece la regulación que cobija esta búsqueda, desde el ordenamiento jurídico interno hasta el internacional.

La metodología de este trabajo posee un enfoque cualitativo, un alcance descriptivo y el diseño busca la materialización de los objetivos expuestos. En el apartado de análisis y discusión se responde a la pregunta problema; y, por último, se plantean una serie de conclusiones y recomendaciones desde una perspectiva crítica y en consideración de cada uno de los puntos desarrollados en el trabajo.

Para concluir, este documento representa el resultado de jornadas de búsqueda de archivo, reflexión en torno a lo jurídico y análisis del contexto del mundo del trabajo en el marco de la coyuntura producto de la Covid-19 que se presenta como una transformación sin precedentes en el ámbito global. Colombia no está exenta de esas transformaciones y de contribuir hacia la materialización del trabajo decente y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, como se verá a continuación.

2. Formulación del problema de investigación

Este apartado plantea una situación problemática en el mundo del trabajo exacerbada por la pandemia producto de la Covid-19 en el último año (2020-2021) en Colombia. El escenario laboral se vio particularmente afectado debido a las limitaciones que se impusieron para desplazarse a los lugares o para ejercer ciertas labores ante el riesgo de contagio. A su vez, el trabajo en casa impuesto en muchas áreas adquirió características que, en principio, parecen problemáticas, pero hasta el momento no se han explorado lo suficiente. A grandes rasgos, para 2020 en Colombia las personas en capacidad de trabajar eran de 39.855.088 según estadísticas del Ministerio del Trabajo:

Tabla 1. Personas en edad de trabajar.

<i>Periodicidad</i>	<i>Año</i>	<i>Geográfica</i>	<i>Valor</i>
Anual	2020	Colombia	39.855.088
Anual	2019	Colombia	39.355.424
Anual	2018	Colombia	38.861.108
Anual	2017	Colombia	38.354.932
Anual	2016	Colombia	37.851.364
Anual	2015	Colombia	37.342.468

Fuente: Ministerio del Trabajo, Fuente de Información Laboral en Colombia FILCO.

Por su parte, la población económicamente activa era de 23.600.173 personas en el 2020 y la población ocupada en el mismo período de tiempo era de 19.843.492, cifra que, si se compara con las de personas en edad de trabajar, presenta una brecha significativa en cuanto a quiénes se encuentran ocupados y quiénes no, por mencionar solo alguno de los aspectos que puede influir en los resultados. Cabe advertir que estas estadísticas se construyen con base en datos estatales por lo que su fiabilidad debe ser limitada. Para culminar este panorama general de la población laboral en Colombia, se trae a colación el porcentaje de población ocupada que contribuye a salud, pensión y riesgos laborales que puede definir la formalidad en el empleo:

Tabla 2. Porcentaje de personas ocupadas que contribuyen a salud, pensión y riesgos laborales.

<i>Periodicidad</i>	<i>Año</i>	<i>Geográfica</i>	<i>Valor</i>
---------------------	------------	-------------------	--------------

Anual	2019	Colombia	37,3
Anual	2018	Colombia	37
Anual	2017	Colombia	36,8
Anual	2016	Colombia	36,3
Anual	2015	Colombia	35,1

Fuente: Ministerio del Trabajo, Fuente de Información Laboral en Colombia FILCO.

Por lo anterior, a continuación se presentan los ejes del problema de investigación que espera explorar este trabajo de grado. En primer lugar, se mencionan las implicaciones de la jornada de trabajo y el trabajo en casa en el marco de la pandemia. Acto seguido, se vinculan dichas implicaciones con el derecho a la intimidad y se pone en discusión, en ese contexto, el poder de subordinación del empleador. Esta sección culmina con la formulación de la pregunta-problema de investigación.

2.1. La jornada de trabajo y el trabajo en casa en el marco de la pandemia generada por la Covid-19

La pandemia generada por la Covid-19 exacerbó problemáticas que venían en discusión, como la regulación del trabajo en casa, del teletrabajo, de los contratos *freelance*, entre otros aspectos que involucraban la posibilidad de reformular la concepción tradicional del lugar de trabajo, del contrato y de la jornada laboral. Algunos países se encontraban a la vanguardia en estas discusiones, particularmente, países del Norte global como Francia que ya concebía en su ordenamiento el derecho a la desconexión laboral de los trabajadores con modalidades de trabajo mediadas por tecnologías de la información.

Sin embargo, los países del Sur global, como Colombia, con altos niveles de informalidad laboral, con una desorganización social profunda y con apenas regulaciones incipientes del trabajo en casa, se vieron enfrentados a una crisis de sentido (además de salud pública que generó una emergencia epidemiológica) que trastocó e irrumpió con las concepciones tradicionales del trabajo. Este documento se inscribe en la situación problemática generada con la crisis de la pandemia y que evidenció aspectos que, previos a la crisis, adolecían de deficiencias significativas, como la educación básica; el papel de los docentes; los sistemas de salud; el mundo del trabajo; y demás.

La Organización Internacional del Trabajo en su informe *La COVID-19 y el mundo del trabajo* del 30 de junio de 2020 advirtió las problemáticas que el escenario laboral afrontó en el primer trimestre del año donde la mayoría de los países ya habían impuesto restricciones, confinamientos y cuarentenas. Uno de los primeros inconvenientes fue el *cierre de lugares de trabajo*, ello, en un escenario donde el 93% de los trabajadores en el mundo se desplazan a los lugares y en muchas partes estos fueron cerrados. Otra problemática fue la *pérdida de horas de trabajo* a nivel macro, se perdieron alrededor de 5,4% de las horas de trabajo en el mundo equiparable a 155 millones de empleos a tiempo completo (2020, p.1) de los países que tienen datos fiables sobre ello.

Otro inconveniente plasmado en el informe de la OIT, y que también ha puesto de relieve organizaciones sociales, es la *repercusión desproporcionada en las mujeres que trabajan* ya que la pandemia afectó a las mujeres de forma diferente que a los hombres, lo que preocupa es la posibilidad de un retroceso, en cuanto a algunos avances logrados en las últimas décadas, y que profundice las brechas de desigualdad de género en el escenario laboral, en particular el sector de los servicios. Tras un análisis pormenorizado de estas problemáticas, la OIT plantea que es un reto el *fortalecimiento del diálogo social y el respeto de los derechos laborales*:

La pandemia de la COVID-19 no justifica ninguna restricción de los derechos fundamentales en el trabajo consagrados en las normas internacionales del trabajo, y el pleno respeto de esos derechos constituye una condición previa para entablar un diálogo social eficaz. (2020, p.18)

Por otro lado, pese a la pérdida de horas de trabajo a nivel mundial medibles, la jornada laboral aumentó de forma desproporcionada, como lo plantea Jürgen Weller, consultor de la Unidad de Estudios del Empleo de la División de Desarrollo Económico de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en el informe *La pandemia del COVID-19 y su efecto en las tendencias de los mercados laborales (2020)*. En primer lugar, el autor plantea que *se profundizan las tendencias de destrucción, generación y transformación de empleo* como consecuencia de la digitalización, afectación en sectores como hotelería y turismo, expansión de algunos empleos durante la pandemia, y, de resaltar, la transformación del empleo con ocasión del trabajo a distancia y el teletrabajo.

En ese panorama, y tras la evidencia que el último año ha aportado (2020-2021), para el autor hay una *amenaza de una creciente desigualdad* de forma específica en América Latina.

Dicha desigualdad se debe en parte, a la falta de una infraestructura digital de calidad; la ausencia de competencias para el manejo de las nuevas tecnologías y desarrollo de habilidades propicias para el uso productivo de estas. A su vez, el autor plantea que hay un mayor riesgo para las mujeres de perder su empleo en el marco de la pandemia que para los hombres en relación con la desigual distribución del trabajo doméstico que recae, comúnmente, en las mujeres.

Un punto que pone de manifiesto el autor, y que es fundamental para este trabajo de grado, es la *incertidumbre sobre el impacto en la productividad laboral* en la medida en que plantea una serie de paradojas para la jornada laboral, para el trabajo en casa y para el capital humano vinculado a la formalidad que en los países de América Latina es menor:

Por otra parte, la crisis sanitaria podría incidir una aceleración de la introducción de tecnologías digitales y la adaptación correspondiente de los procesos productivos y de las competencias de los trabajadores. En consecuencia, el impacto de la crisis del COVID-19 en la productividad laboral en el mediano plazo es incierto, ya que, por una parte, se estimula el uso de nuevas tecnologías que tienden a acelerar el crecimiento de la productividad laboral y, por la otra, la destrucción de capital humano tiende a frenarlo, y está por verse la intensidad en la recuperación de la inversión en un contexto que por un tiempo prolongado se caracterizaría por elevados grados de incertidumbre. (2020, p.22)

Algunos de los puntos anteriores se reiteran en el informe de la CEPAL y la OIT *Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)* publicado en mayo de 2020. Este documento demuestra cómo los índices de informalidad aumentaron y cómo el trabajo por cuenta propia se elevó a un ritmo mayor que el empleo asalariado. A su vez, *se observan deterioros generalizados en la calidad del empleo* que coinciden con la ya expuesta inflación de la informalidad.

Estas problemáticas generales tienen injerencia en la jornada laboral que se ha visto fuertemente alterada para trabajadores independientes o vinculados a empleos formales, pues, se concibe que, al estar en casa como resultado de un pacto entre las partes de la relación laboral o por el confinamiento producto de la pandemia, el empleador puede acudir a él o ella en cualquier momento a través de los medios tecnológicos. Esto lo aborda Juan Pablo Borrero Salamanca en su *post El ciberacoso como manifestación de una conducta lesiva en el marco de las relaciones laborales* publicado el 7 de abril de 2020.

El acoso laboral se presenta como una presión que causa daño al trabajador. Para el autor, este acoso se puede configurar por vía de los instrumentos tecnológicos y en el marco del teletrabajo como contrato o del trabajo en casa como modalidad:

En esta misma línea, los mensajes enviados por medio de esta red social por fuera del horario laboral pueden tener implicaciones de carácter jurídico. En primer lugar, podrían constituir la configuración de horas extras, que deben ser pagadas por el empleador como lo consagra expresamente la legislación laboral, siempre que el trabajador ejecute una acción y su empleador lo autorice. En segundo lugar, y en revisión de los comportamientos, situaciones o acciones tendientes a producir un efectivo negativo o dañoso, al transgredir bienes jurídicos tutelados por el Estado, como el derecho fundamental al descanso, asignando por ejemplo, tareas vía WhatsApp en horas de descanso o en días de receso. Se genera, aparte de la ya mencionada extensión de la jornada laboral, la intromisión en los derechos fundamentales del trabajador, causando angustia, perjuicio laboral, intimidación, miedo, desmotivación, zozobra, entre otras. Lo que constituye acoso laboral, al cumplirse los antedichos elementos constitutivos de la figura, como, especialmente, el daño injustificadamente causado a la víctima directa de este. (2020, párr.15)

Para concluir esta sección, que deja un panorama general sobre los problemas que enfrenta el mundo del trabajo, la jornada laboral, el trabajo en casa y el teletrabajo en el marco de la Covid-19, cabe resaltar el aumento de horas que se ha generado, la explotación de los empleados, la irrupción en sus horas de descanso e incluso, la autoexplotación laboral que ha dado lugar a nombrar este fenómeno como los *workaholics*, otra cara que develó la pandemia¹, asuntos que pretende explorar este trabajo de grado como un problema nodal para el derecho en la actualidad. Como se verá a continuación, hay derechos que se ponen en discusión en el contexto expuesto en párrafos anteriores.

2.2. El derecho a la intimidad y el poder jurídico de subordinación del empleador

Con la implementación de la modalidad del trabajo en casa y la introducción de contratos de teletrabajo, los lugares para laborar se trasladaron a los hogares y lugares íntimos de los

¹ *Workalcoholics, la otra cara de la pandemia.* Disponible en: <https://www.larepublica.co/opinion/editorial/workaholics-la-otra-cara-de-la-pandemia-3121236> Consultado el 10 de marzo de 2020.

trabajadores. El *Dossier de publicaciones universitarias en derechos humanos “Derechos humanos laborales y derecho internacional del trabajo”* de la Universidad de Nacional Córdoba, entre otras entidades, publicado en el 2020 plantea que uno de los efectos de la pandemia fue la puesta en “jaque” a las relaciones laborales y el papel de la privacidad de los trabajadores en el artículo *El auge de las redes sociales y la problemática de la afectación del derecho a la intimidad de los trabajadores* por Julieta Sol Teloni.

En dicho artículo, la autora plasma una serie de preguntas orientadoras, la primera es ¿en qué medida está permitida la intromisión del empleador en el ámbito privado? y la segunda es si el trabajador cuenta con la libertad de expresarse por medio de sus redes sin que esto repercuta en al ámbito laboral. Se incluye el derecho a la intimidad como un asunto transversal a diferentes escenarios en los que una persona se puede desenvolver, es el caso del trabajo, donde, a través del contrato y su vigencia debe protegerse y mantenerse la privacidad (2020, p.164). Dichas preguntas orientadoras pueden dar luz a la situación problemática que pretende abordar este trabajo de grado.

El derecho a la intimidad está regulado internacionalmente en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 (artículo 12), en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 17), entre otros instrumentos jurídicos. A nivel interno el derecho a la intimidad hace parte de los derechos fundamentales en la *Constitución Política* de 1991, en esa medida, es posible afirmar que este derecho goza de un blindaje jurídico irrefutable y que debe ser una “estrella fija” del ideario del Estado Social y Democrático de Derecho.

Ahora bien, tras esa claridad del papel preponderante del derecho a la intimidad, el artículo *Teletrabajo y derecho a la intimidad* de Juan Ignacio Rodríguez en el mismo *Dossier* citado *ut supra*, plantea la problemática que se desató de cara a la coyuntura de la Covid-19. Con la paralización de la economía y del mercado laboral muchos Estados y empresas tomaron decisiones tendientes a trasladar los lugares de trabajo con el objetivo de continuar con sus actividades y evitar la pérdida masiva de los empleos. Para el autor estas decisiones fueron improvisadas lo que ha ocasionado una serie de problemas (2020, p.144).

Una dificultad que reveló la improvisación en la implementación de la modalidad de trabajo en casa o la suscripción de contratos de teletrabajo fue la “(...) irrupción del teletrabajo en el domicilio del trabajador.” (p.144). Para el autor:

¿Qué sucede ante esta situación? el trabajador empieza a perder su vida privada, porque tendrá que responder llamadas y mensajes a toda hora del día, se le acumulará trabajo,

tendrá que soportar los controles del empleador, todo esto lo llevará a vivir para trabajar, vivirá estresado e invadido. (2020, pp. 144-145)

Esa invasión o irrupción del trabajo en el domicilio del empleado trae consigo el interrogante sobre el papel que cumple el empleador para controlar que el trabajador si lleva a cabo sus labores desde casa. Lo que se conoce tradicionalmente como el poder de subordinación laboral. Para el autor, en el marco del trabajo en casa y del teletrabajo, la capacidad de control del empleador aumenta a través de sistemas de GPS, controles virtuales, equipos tecnológicos, localizadores y demás, herramientas que pueden ser invasivas al considerar que en el hogar del trabajador no solo se realiza el trabajo sino otras actividades de índole netamente privadas.

Por otra parte, en la legislación laboral se ha reconocido al empleador como dueño del capital y de la fuente de trabajo; además, se encuentra en una posición privilegiada, pues le está permitido condicionar quién entra a su servicio, la forma de su prestación e incluso la duración de la relación de trabajo. Para lo anterior, le ha sido otorgada la facultad de subordinación que comprende el poder de dirección y disciplina, la determinación de las condiciones, calidad, cantidad, modo y lugar en que sus empleados le deben prestar el servicio, en miras al cumplimiento de los fines empresariales, principalmente de índole económico. A su vez, adoptar las medidas procedentes para remediar y prevenir cualquier acto que pueda llegar a entorpecer los resultados buscados.

Sin embargo, este poder no es absoluto, encuentra límites no sólo en los derechos laborales tradicionales consignados en el régimen sustantivo individual y colectivo, también en los derechos fundamentales de los trabajadores, quienes, en virtud de tal calidad, no pierden la condición de ciudadanos y sujetos de derechos constitucionales dentro de la empresa, teoría que ha sido identificada a nivel doctrinario como *los derechos fundamentales inespecíficos*, conceptualizados en términos del catedrático español Manuel Carlos Palomeque (2001) como:

(...) derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores, y por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos.

Lo anterior, se cimienta en la *teoría del Drittwirkung* o tercero eficaz, planteada en el año 1958 por Tribunal Constitucional Alemán para resolver el caso *Luth*, y que le fue útil para decidir conflictos de derechos fundamentales entre particulares, entre estos, la tensión presentada entre

derechos fundamentales de los trabajadores y la facultad del empleador de exigir el cumplimiento de los términos contractuales laborales fijados por los contratantes, aun cuando resultan lesivos de aquellos. Así mismo, esta teoría brindó los fundamentos para el desarrollo de la eficacia horizontal de los derechos, que a nivel nacional ha sido reconocida desde la *Constitución Política* de 1991, al permitir la procedibilidad de la acción de tutela frente a particulares en casos tales como de subordinación, que es propia de la relación de trabajo.

Este escenario, valga referir de constitucionalización del derecho laboral, ha permitido que desde la jurisprudencia se reconozca la eficacia de los derechos fundamentales de los trabajadores como condicionantes del entorno laboral, de manera puntual para este estudio, el derecho a la intimidad consagrado en nuestro ordenamiento en el artículo 15 de la Carta Política, y que garantiza a todas las personas el derecho a su intimidad personal y familiar y el correlativo deber del Estado de respetarlos y hacerlos valer.

Así, desde su contenido esencial, este derecho interviene en espacios propios de la relación de trabajo, de donde resulta pertinente plantearse cómo tiene la potencialidad de limitar al empleador en su facultad jurídica de subordinación, en escenarios tradicionales de trabajo presencial y otros. De forma reciente, para muchos trabajadores que viven el trabajo en casa, en atención a las medidas de aislamiento adoptadas en razón a la emergencia sanitaria ocasionada por la Covid-19, este derecho se ha puesto en discusión.

En la actualidad, la modalidad del trabajo en casa se conservó en variados escenarios laborales e impuso retos inusitados a empleados y empleadores en la forma de cumplimiento de la labor y del control de la actividad subordinada por parte del empresario. Con la implementación de medios tecnológicos para la comunicación entre empleados y empleadores, como el uso de correos electrónicos para el intercambio de información, la comunicación a través de plataformas como *WhatsApp*, la realización de reuniones virtuales por medios como *Zoom*, *Microsoft Teams*, entre otros, no sólo permiten un registro en tiempo real y permanente de lo que acontece, sino que se han usado, por lo general, desde el hogar de los trabajadores:

Hoy muchas personas trabajan desde sus casas, lo que a primera vista parece un sueño cumplido, combinar el trabajo con las actividades del hogar; hacer la tarea de la oficina mientras compartimos más tiempo con la familia. Pero sin darnos cuenta el teletrabajo se mueve en una línea muy delgada, que mezcla la empresa con nuestra vida privada. Lo que parecía un sueño se vuelve una pesadilla. Llamadas a todas horas, el WhatsApp colmado

de mensajes de clientes, una única computadora para toda la familia, etc. (Rodríguez, 2020, p.146)

En suma, y reiterando lo expuesto en párrafos previos, esta imbricación del espacio laboral con el familiar y personal, trae consecuencias advertidas por muchos, tales como el registro permanente por medios tecnológicos de la actividad diaria, incluso en momentos en los cuales se creía estar desconectado y amparado por la privacidad de la casa, el recibo de órdenes o instrucciones por medios virtuales, aun por fuera del horario habitual de trabajo, al desdibujar así el límite de la jornada laboral, al punto que se ha empezado a abogar por el derecho a la desconexión laboral.

2.3. Pregunta-problema de investigación

La desconexión laboral consiste en la posibilidad de que el trabajador no sea molestado a través del poder de subordinación fuera de la jornada laboral establecida y que se respeten sus tiempos de descanso. De allí que, en la actualidad se tramite en la Cámara de Representantes el Proyecto de ley No. 360 de 2020, conocido como *Ley de desconexión laboral* o “por medio de la cual se regula la desconexión en la relación laboral, legal y/o reglamentaria y se modifica la Ley 1221 de 2008 por la cual se establecen normas para promover y regular el teletrabajo”, proyecto que tiene como objeto:

Crear, regular y promover la desconexión de los servidores públicos, trabajadores y teletrabajadores en las relaciones laborales, con el fin de garantizar que, por ejemplo, el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones no transgreda los límites que deben existir entre la jornada laboral y sus espacios de descanso.

En párrafos siguientes se agrega en el apartado sobre la justificación que:

Este proyecto de ley busca garantizar que exista un límite entre el tiempo de trabajo que invierte un trabajador y su tiempo de descanso, que se ha desdibujado a raíz de la disponibilidad permanente que ha surgido por la hiperconexión tecnológica.

El impulso de este Proyecto de ley pone en evidencia la urgencia de regular la materia y ponerle límites a la irrupción en los tiempos de trabajo, en el domicilio y en la intimidad general que se ha exacerbado producto de la pandemia de la Covid-19. A nivel doctrinal en el derecho y en los análisis del derecho laboral en general cabe hacerse una serie de preguntas en torno al proyecto, en cuanto a que, si bien reconocer el derecho a la desconexión laboral implica un avance,

¿cómo es posible garantizar su cumplimiento por parte de los empleadores?, ¿cómo lograr que los trabajadores lo hagan efectivo? y si la regulación interna que ya tiene Colombia sobre la materia no resulta suficiente.

Por otro lado, respetar la intimidad de los empleados en los entornos laborales del teletrabajo y del trabajo desde casa va en consonancia con la *Agenda de Desarrollo Sostenible 2030* suscrita por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su punto tres: *salud y bienestar* y octavo: *trabajo decente y crecimiento económico*. Aspecto que se ampliará en la justificación de este documento. Se trae a colación para advertir que, hacer efectivo el derecho a la desconexión laboral cuyo fundamento está en el respeto a la intimidad, puede conducir a que se generen las condiciones de lo que se ha denominado *trabajo decente* plasmado en el *Convenio 189* de la OIT (para empleados/as domésticos/as) ratificado por Colombia, concepción que puede extenderse en los escenarios de trabajo desde casa en el marco de la *Agenda*.

Ahora bien, la problemática expuesta permite explorar tres categorías de análisis, a saber, el derecho a la intimidad, la desconexión laboral y el poder de subordinación del empleador. El escenario es en Colombia y la reflexión se enmarca temporalmente con la coyuntura de la Covid-19. Los interrogantes giran en comprobar si esta garantía fundamental de la intimidad opera como marco de protección suficiente frente a las intromisiones ilegítimas del empleador en la tradicional y en la nueva realidad laboral.

Además, si resulta suficiente garantizar el llamado derecho a la desconexión laboral a partir de la actualización de los contenidos de la norma laboral desde el texto constitucional, sin acudir a una regulación adicional; o por el contrario, si la protección de esta garantía se torna insuficiente en escenarios laborales, y se requiere reforzar su protección a través de la intervención del legislativo para garantizar el derecho a la desconexión de los trabajadores en el escenario del trabajo en casa. La pregunta-problema de investigación es la siguiente:

¿Cómo se presenta el *derecho a la intimidad* de los/as trabajadoras en Colombia en relación con el *poder jurídico de subordinación del empleador*, al fundamentar el derecho a la *desconexión laboral*, en el marco del trabajo en casa exacerbado por la contingencia de la Covid-19?

3. Justificación

En este punto se espera responder al por qué y para qué de este trabajo de grado, al tomar como referencia la situación problemática expuesta con antelación. De manera que, se parte por plantear los desafíos que las problemáticas desencadenan desde dos ejes principales: lo relativo a la Covid-19 y lo que respecta al derecho a la intimidad. Finalmente, esta sección culmina con plantear las respuestas del por qué y para qué de este trabajo en el marco del concepto de *trabajo decente* como uno de los puntos de la *Agenda para el desarrollo sostenible 2030* de las Naciones Unidas.

3.1. Desafíos frente a la situación problemática en la que se inscribe este trabajo de grado

3.1.1. Covid – 19

La OIT en el informe ya referenciado, *La COVID-19 y el mundo del trabajo* planteó una serie de desafíos de cara a la llegada de la pandemia y el ámbito laboral. El primer reto que se propone es la *armonización de las intervenciones políticas en los planos sanitario, económico y social para lograr resultados sostenibles para los mercados laborales*, es decir, priorizar todo aquello que conduzca a la contención y erradicación del virus (2020, p. 19). Otro de los retos es tener en cuenta la limitación de los recursos económicos y cómo esto afecta de una u otra forma los mercados laborales.

Seguidamente, la OIT argumenta que un reto transversal es apoyar a los grupos vulnerables y más afectados de acuerdo con las limitaciones del mercado laboral en el proceso de recuperación de las economías. Además, el mantenimiento y la solidaridad internacional resulta esencial en este proceso dado que pasan a ser un soporte para los países emergentes y en vía de desarrollo. En quinto punto, y de relevancia para la presente investigación, es el reto sobre *el fortalecimiento del diálogo social y el respeto por los derechos laborales* abordado en la sección sobre la formulación del problema, en cuanto a que, la pandemia y las restricciones que atañe no justifican ningún tipo de restricción de los derechos de los trabajadores (2020, p. 18).

En ese contexto, la OIT expide un documento sobre *Cómo gestionar el lugar de trabajo durante la crisis de la COVID-19: Una guía para los empleadores* publicada en el 2020 donde en el capítulo tres surge la pregunta sobre si *¿Es viable trabajar desde casa?* Bajo ese panorama se

debe tener en cuenta la provisión de los equipamientos, tecnología y formación; plantear expectativas claras sobre el trabajo y las condiciones laborales; supervisión de los trabajadores y su gestión del tiempo; aplicación de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo; acuerdo con los trabajadores sobre sus obligaciones; evaluación de posibles riesgos; adecuación de los espacios de trabajo e instauración de medios de contacto que estén basados en un acuerdo previo entre las partes de la relación laboral (2020, p. 25).

Por su parte, el informe de la CEPAL y la OIT: *Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)* también referenciado en párrafos previos, plantea otros desafíos que le dan un marco de justificación a este trabajo de grado. En el capítulo dos, *El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)* se plantean los retos en cuanto a la respuesta política desde tres aspectos: protección de los trabajadores en el lugar de trabajo; protección de la actividad económica; y apoyo al empleo y mantenimiento de los ingresos (2020, p. 22).

El primero, respecto a la protección de los trabajadores en el lugar de trabajo, plantea medidas como el distanciamiento, turnos de trabajo, ampliación de licencias, entre otros. En cuanto al segundo, protección de la actividad económica, se espera la promoción de escenarios para mantener los puestos de trabajo y los salarios, asesorías en cuanto a seguridad y salud en el trabajo y demás. El tercero, apoyo al mantenimiento de los ingresos y el empleo, recomienda políticas de fomento de la actividad económica, incrementos en el gasto público, apoyo financiero, estímulos fiscales, etcétera (2020, p. 26).

Desde otra perspectiva, el informe continúa con los desafíos, puntualizados en lo que tiene que ver con la permanencia del reto sanitario. Es decir, cómo frenar la propagación del virus sin que se afecte de forma profunda la actividad económica, lo que necesariamente lleva a contemplar un sinnúmero de factores y de riesgos involucrados. Respecto al trabajo a distancia y el teletrabajo, el informe establece la reglamentación de diferentes países en América Latina y el Caribe que presentan retos por sí mismos y de acuerdo a la particularidad cultural, es así que:

(...) el teletrabajo también puede tener repercusiones importantes sobre el equilibrio psicológico del trabajador y, en varios países, se ha informado sobre un aumento de los casos de violencia de género vinculados a la cuarentena y, por lo tanto, al mundo laboral, cuando la vivienda constituye el lugar de trabajo. En este contexto, el Ministerio de

Protección Social de Guyana instituyó una línea telefónica de apoyo contra la violencia de género como medida de respuesta a la crisis. (2020, p. 32)

Así mismo, el documento hace un llamado de atención sobre *los desafíos que supone el retorno seguro a los lugares de trabajo* para retomar aquellas actividades que no son susceptibles de la modalidad de trabajo a distancia o del contrato de teletrabajo. De allí surgió una pirámide de medidas para prevenir el riesgo donde la más efectiva es la eliminación de este, con el teletrabajo, y la menos efectiva es la implementación de medios de protección personal. A su vez, otros de los desafíos se encuentran relacionados con la institucionalidad, la inclusión de grupos vulnerables y trabajo formal. El documento concluye con que:

(...) la crisis ha expuesto con especial crudeza el costo de la informalidad y de la desigualdad en la mayoría de los mercados laborales de la región. Por ello, las políticas para la recuperación no deben apuntar meramente a una “nueva normalidad”, similar a la anterior, sino a una “normalidad mejor” con mayor formalidad, equidad y diálogo social. (2020, p. 49)

Pasando a otro punto, y para cerrar este apartado sobre los retos y desafíos dejados por la Covid-19, el documento *La pandemia del COVID-19 y su efecto en las tendencias de los mercados laborales (2020)* expone que entre *los desafíos para las políticas sociales y laborales* se destaca el papel de los seguros de desempleo; la seguridad social y el debate sobre el ingreso básico universal para todas aquellas personas en la informalidad; ampliar los marcos regulatorios para nuevas formas de empleo: “Es de suponer que continúan a ganar importancia ocupaciones emergentes organizadas a través de plataformas digitales, frecuentemente con un status que no les permite disfrutar de la protección relacionada con el trabajo asalariado formal.” (Weller, 2020, p. 24).

A su vez, se presentan retos respecto al teletrabajo y el trabajo en casa en cuanto a que no opaque otros derechos laborales y la posibilidad de avanzar en la universalización de los derechos sociales en general. Además, la reactivación gradual del mercado laboral debe realizarse teniendo en cuenta todas las medidas de seguridad pertinentes que deben considerar una serie de factores como: transporte, mediciones de acceso a los lugares de trabajo, reorganización de los espacios, entre otros. En suma, los desafíos del mundo del trabajo están vinculados con el auge de la digitalización y la reorganización de procesos laborales para asegurar la seguridad y la salud de

los trabajadores como se presentó en la pandemia, ello, de cara a plantear soluciones sostenibles a largo plazo.

3.1.2. Derecho a la intimidad

En otro documento en el marco de la pandemia, la OIT planteó una guía práctica denominada *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella (2020)*, allí plantea ciertas directrices para que el escenario del teletrabajo se encuentre acorde con el respeto por los derechos de los trabajadores. En primer lugar, *asegurar el bienestar de los trabajadores y la continuidad de la productividad en el teletrabajo* debe ser un punto nodal y transversal en el escenario; por lo tanto, resulta fundamental, en principio, la claridad sobre el tiempo y la organización del trabajo.

En dicho documento se hace mención del *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo del 2002* donde se plantea que los trabajadores que hayan suscrito un contrato por teletrabajo gozan de la misma protección jurídica que aquellos que se desplazan a los lugares (2020, p. 5). Aunado a ello, se identifican áreas clave que requieren atención del empleador, como la garantía de privacidad. En esa medida, el empleado debe conciliar sus responsabilidades familiares y personales con las laborales, por lo que la privacidad es fundamental. Respecto a la jornada de trabajo y el poder jurídico de subordinación del empleador se plantea que:

Las investigaciones sobre el teletrabajo han demostrado repetidamente que los empleados que trabajan desde el hogar tienden a trabajar más horas que cuando están trabajando en los locales del empleador, en parte porque el tiempo para desplazarse al lugar de trabajo es sustituido por actividades laborales y también debido a los cambios en las rutinas de trabajo y a la desaparición de los límites entre el trabajo remunerado y la vida personal. El teletrabajo, en general, puede dar lugar a un horario de trabajo más prolongado y a un aumento de la carga de trabajo durante las noches y los fines de semana (véase, por ejemplo, Eurofound y OIT, 2019; Messenger, 2019). (2020, p. 5)

Entre las medidas que sugiere la guía para que el trabajo se ajuste al respeto de los derechos de los trabajadores se encuentran: solicitar al trabajador un plan de trabajo propio que se pondrá en discusión con el superior; aclarar prioridades; acordar conjuntamente la disponibilidad y garantizar que esta sea respetada; tener claras las funciones y la línea jerárquica, entre otros aspectos. Además, tener un diagnóstico sobre las habilidades de los trabajadores para una

distribución laboral equitativa; pedir a los trabajadores ejemplos de cómo va cambiando su rutina diaria; y, de relevancia, “Reconocer que se necesita tiempo sin conexión para hacer bien el trabajo sustantivo.” (2020, p. 7).

Otro de los aspectos que aborda esta guía es la gestión del desempeño ya que, si bien el teletrabajo permite un desplazamiento del lugar de trabajo al hogar, se espera mantener el rendimiento laboral y el compromiso de todos los actores involucrados. De manera que, el teletrabajo debe estar irradiado por el diálogo y la cooperación. Las medidas que se recomiendan son: tener claridad sobre los resultados esperados; cómo reconocer que esos resultados son satisfactorios y cuáles son los criterios para calificarlos como tal; utilizar las vídeo llamadas en conversaciones “delicadas” para identificar lenguaje no verbal (2020, p. 8), entre otras.

Por otra parte, y pasando a otro enfoque, la guía aborda *el equilibrio entre el trabajo y la vida privada* en cuanto a que la pandemia generó que el teletrabajo fuese impuesto en muchos contextos; de allí, que se recomienda que el trabajo sea medido en términos de resultados y no en horas de trabajo por la dificultad que se presenta en los hogares en cuanto al cuidado, asuntos familiares y demás, al respecto:

El desdibujamiento de la frontera entre el trabajo remunerado y la vida personal es siempre un problema en este contexto, incluso en los mejores tiempos, pero parece ser particularmente problemático debido a las circunstancias únicas de la pandemia. De hecho, la crisis de COVID-19 ha hecho añicos la noción de que el trabajo remunerado y la vida personal son dos dominios completamente separados, así como el mito del trabajador ideal, según el cual los trabajadores pueden y deben estar siempre disponibles para desempeñar sus funciones. Los estudios han demostrado que el teletrabajo aumenta la intensidad del trabajo y la interferencia entre el trabajo y el hogar, lo que provoca efectos adversos en el bienestar y los niveles de estrés de los teletrabajadores (Eurofound y OIT, 2019). (2020, p. 18)

Entre las medidas recomendadas para lograr dicho equilibrio entre la vida privada y el trabajo, se recomiendan algunas líneas de acción: apoyar la gestión de los límites entre el ámbito privado y laboral estableciendo expectativas claras sobre los resultados de trabajo y dar la posibilidad de que los trabajadores gestionen sus propios tiempos laborales. Otra de las medidas se enfoca en asegurar que los trabajadores se sientan capaces de desconectarse de su actividad en los momentos reservados para su descanso y su vida personal.

Así mismo, fomentar la comunicación y la cooperación entre los trabajadores y sus superiores en cuanto a la disponibilidad, programación, organización y demás, es esencial para que el proceso pueda fluir de mejor manera. Y, finalmente, se recomienda brindar apoyo a aquellos trabajadores que tienen hijos pequeños o responsabilidades que pueden dificultar realizar su trabajo de la manera que se espera (2020, p. 19).

La suscripción de un contrato de teletrabajo o la utilización de la modalidad de trabajo en casa acelerado por la pandemia producto de la Covid – 19 ha planteado una serie de retos para el mundo del trabajo. Como puede apreciarse, este trabajo se centra en el derecho a la intimidad como límite del poder jurídico de subordinación del empleador y como fundamento del derecho a la desconexión laboral, en cuanto a que:

El teletrabajo como formato de creciente importancia del trabajo asalariado requiere una regulación que asegure que no se le abuse como instrumento para descartar derechos laborales vinculados con el trabajo asalariado, por ejemplo, respecto al manejo del tiempo de trabajo, la privacidad, el control de l@s trabajador@s y las horas de descanso. (Weller, 2020, p. 24)

De manera que, la justificación de este análisis está ligada a los aprendizajes, experiencias, impactos, sentires y demás aspectos que dejó la pandemia y las restricciones posteriores que implicaron la necesidad de replantear los modos tradicionales del trabajo mismo. Dichas problemáticas iniciales plantearon unos retos o desafíos a resolver, como la posibilidad de garantizar que el teletrabajo o el trabajo en casa estuviese acorde con la protección y garantía de los derechos de los trabajadores.

Como puede verse en los párrafos siguientes, para garantizar los derechos laborales en cualquier ámbito, bien sea de emergencia, de trabajo en casa, de crisis, entre otros escenarios que trascienden la “normalidad”, alcanzar un trabajo decente para todos los seres humanos ha de ser el faro que guíe las reglamentaciones y políticas públicas en el mundo laboral. De manera que, el trabajo decente como uno de los puntos a alcanzar en la *Agenda para el desarrollo sostenible 2030* es parte de la justificación transversal de este trabajo de grado.

3.2. Trabajo decente y *Agenda para el desarrollo sostenible 2030*

El documento de la OIT, *Trabajo decente y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible*, desarrolla el objetivo octavo de la agenda sobre *trabajo decente y desarrollo económico*, en el cual

el trabajo decente se extiende a todas las personas bajo la concepción de justicia social y un desarrollo y crecimiento económico sostenible e inclusivo. Para ello, se requieren ciertos objetivos como apoyar el crecimiento per cápita según los contextos nacionales; alcanzar niveles de productividad económica de acuerdo a la diversificación, innovación y modernización tecnológica; y promover políticas sobre desarrollo que apoyen actividades productivas que creen empleos decentes.

A su vez, se plantea una mejora progresiva en cuanto a producción y consumo eficientes que lleguen al 2030 al desvincular el crecimiento económico del deterioro del medio ambiente; la remuneración igual por trabajos de igual valor debe ser un eje fundamental; además, se expone la necesidad de reducir las situaciones en las que algunos jóvenes no están empleados ni reciben ningún tipo de formación; se deben adoptar medidas para erradicar el trabajo forzoso y darle fin a las formas modernas de esclavitud; la protección de los derechos laborales y los ambientes de trabajo seguro también son garantía de un trabajo decente.

Continuando con lo anterior, se prevé que para 2030 se deben elaborar y poner en práctica políticas para promover el turismo sostenible que aporte nuevos lugares de trabajo locales y promueva los contextos culturales; se debe fortalecer la capacidad institucional financiera para ampliar el acceso de los servicios bancarios, financieros y de seguros para todos los trabajadores; también, aumentar el apoyo a iniciativas comerciales de países en vías de desarrollo; y, finalmente, iniciar una estrategia para la empleabilidad de los jóvenes y la aplicación del *Pacto Mundial para el Empleo de la Organización Internacional del Trabajo*.

Otro punto que cabe detallar es el que concibe el *trabajo decente para todos* en la medida en que, para el 2030, se espera lograr el pleno empleo para todos los hombres y mujeres con igualdad de remuneración por trabajos de igual valor. A su vez, se debe considerar en dicho panorama las situaciones de vulnerabilidad de ciertas poblaciones, como mujeres o personas en situación de discapacidad. Lo que se requiere, según la OIT, es otorgar prioridad a políticas macroeconómicas que promuevan la creación de empleos y apoyen la demanda y las inversiones; adoptar políticas dirigidas para apoyar a las empresas; implementar políticas para la reducción de desigualdades; e instaurar políticas para que las mujeres gocen de plenos derechos en el mercado laboral.

Un aspecto que se desarrolla con el marco de la *Agenda 2030* y el trabajo decente es la *seguridad y salud en el trabajo*, que cobró mayor importancia con lo ocurrido por la pandemia de

la Covid – 19. En este documento se plantea que es necesario proteger los derechos laborales y promover un ambiente de trabajo seguro para todos aquellos que trabajan, incluso, quienes poseen empleos “precarios”. De allí, que se deba emprender acciones urgentes para promover una cultura de prevención que conciba ambientes seguros y saludables, así como aplicar los derechos fundamentales de los trabajadores junto con las normas de la OIT.

El punto octavo de la *Agenda, trabajo decente y crecimiento económico* está necesariamente vinculado con el punto primero, *fin de la pobreza*, en cuanto a que el trabajo es el recurso más importante que poseen las personas para superar situaciones de precariedad material. Otro de los puntos con los que guarda relación el octavo es el segundo, *hambre cero*, ya que la producción de alimentos tiene que estar vinculada con la mano de obra agrícola, por lo que se debe propender por crear cadenas de valor agrícolas alimentarias y sostenibles.

Como se mencionó en el apartado de la formulación del problema de investigación, otro punto transversal de la agenda, y que está emparentado con el octavo, es el tercero, *salud y bienestar* en la medida en que, los trabajadores sanos en condiciones de trabajo seguras y saludables conducen a incrementar la capacidad productiva y el bienestar. Aunado a ello, el punto octavo se relaciona con el punto cuarto, *educación de calidad*, ya que la formación es un medio para obtener un empleo decente, en especial, para los jóvenes. En suma, el trabajo decente transversaliza los demás objetivos porque en ellos siempre se requerirá el ejercicio laboral de una u otra forma, de allí su importancia.

Tras ese panorama, el Centro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para América Latina² evaluó el impacto de la Covid – 19 en los objetivos de la *Agenda*. El más afectado es el décimo, *reducción de las desigualdades*, seguido por *trabajo decente y crecimiento económico*. Las dos conclusiones iniciales es que la pandemia tiene un efecto negativo en todos los Objetivos de la *Agenda 2030*. El retroceso es generalizado. La segunda conclusión es que los objetivos de carácter social y económico son los más afectados y:

En el corto plazo, los impactos del Covid-19 en el ODS 8 (trabajo decente y crecimiento económico) afectarán significativamente a la población más vulnerable. Según la Organización Internacional del Trabajo, en el primer mes de la pandemia los trabajadores

² *Impactos del COVID-19 en los objetivos de desarrollo sostenible*. Disponible en: <https://cods.uniandes.edu.co/impactos-del-covid-19-en-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible/#entry-content> Consultado el 19 de marzo de 2021.

informales tuvieron una disminución de sus ingresos en un 81% en promedio, siendo América Latina y el Caribe la región de mayor afectación a nivel global. (párr. 16)

Pese a ello, se considera que la *Agenda 2030* debe seguir siendo el faro o la hoja de ruta para salir de la crisis y generar nuevos espacios de respeto por los derechos humanos de los trabajadores. De manera que, esta concepción de trabajo decente justifica esta tesis en cuanto a que el derecho a la desconexión laboral y el respeto por la intimidad de los trabajadores como derechos laborales, permiten el desarrollo de las actividades por parte de los empleados de la mejor manera, sin irrumpir en sus tiempos de descanso y al permitirles equilibrar su vida privada con sus responsabilidades laborales. Además, también debe concebirse que el poder jurídico de subordinación del empleador no es ni puede ser absoluto, ni en el marco de una crisis sanitaria ni en normalidad, como bien lo expresa la reglamentación pertinente (ejemplo de ello es la Circular 0041 del 02 de junio del 2020 del Ministerio del Trabajo).

4. Objetivos

4.1. Objetivo general

Establecer cómo el *derecho a la intimidad* constituye un límite al *poder jurídico de subordinación del empleador* y fundamenta el *derecho a la desconexión laboral* en el marco del trabajo desde casa.

4.2. Objetivos específicos

- Describir el contenido fundamental del *derecho a la intimidad* y su alcance de protección en el ámbito del trabajo.
- Explorar el reconocimiento jurisprudencial del *derecho a la intimidad* y cómo desde allí se han impuesto una serie de límites a la *facultad jurídica de subordinación* propia del empleador.
- Analizar la posibilidad de que el *derecho a la intimidad*, como límite al *ejercicio del poder de subordinación del empleador* en el escenario del trabajo en casa, fundamente el *derecho a la desconexión laboral*.

5. Estado del arte

En esta sección se exponen los trabajos e investigaciones encontradas respecto al tema desde tres perspectivas. La primera aborda el derecho a la intimidad en los escenarios laborales, allí se exploraron algunos trabajos que relacionan dicho derecho con el mundo del trabajo de forma diversa. La segunda perspectiva vincula el derecho a la intimidad con el poder jurídico de subordinación del empleador desde diferentes planteamientos. Finalmente, la tercera expone las investigaciones y reflexiones que se han realizado en torno a la desconexión laboral y su regulación en los últimos años.

5.1. Derecho a la intimidad en el escenario laboral

El artículo de José Luis Ugarte: *El derecho a la intimidad y la relación laboral (2000)* aborda la protección del derecho a la intimidad y los problemas que atañe. Se parte por un contexto histórico donde se ubica temporalmente la protección de este derecho en la Modernidad ya que, si se analiza la Edad Media, no hay algo que se denomine como tal. El autor, seguidamente, aborda el problema del nombre ya que, según el país y el entramado jurídico, puede nombrarse como derecho a la intimidad, derecho a la privacidad, a la vida privada, entre otros.

La relación con el derecho laboral radica en la eficacia horizontal de los derechos, lo que concibe la pregunta sobre si los derechos fundamentales pueden ser contemplados en relaciones de ciudadanos particulares, como la del empleador y el trabajador, o, si, por el contrario, dichos derechos son una carta de acción que posee el o la ciudadana ante la acción del Estado (2000, p. 8). La perspectiva que parece dominar es la primera, gracias a la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en cuanto a que la vigencia de los derechos fundamentales también se debe respetar en el tráfico jurídico privado.

En el mundo del trabajo resalta la particularidad del poder jurídico de subordinación del empleador que excede el mundo privado, de allí, que el autor concluya que debe prevalecer un equilibrio entre los derechos fundamentales (el derecho a la intimidad) y el poder de dirección del empleador. Dicho equilibrio conlleva una serie de sacrificios de uno y otro lado que deben ser contemplados por los requerimientos organizativos de la empresa o el entorno particular.

Por otra parte, pero continuando la discusión previa, el texto de Raquel Poquet Catala: *La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador (2018)* analiza el derecho a la intimidad

en el marco de la incursión de nuevas tecnologías que han transformado el mundo del trabajo, donde la facultad de control empresarial pasa a poner en discusión el derecho a la intimidad y la privacidad del teletrabajador. La autora concibe que el teletrabajo debe llevarse a cabo bajo la concepción de la *inviolabilidad del domicilio* debido a que el propio hogar se convierte en el lugar de trabajo, por lo que la inmersión debe ser mínima.

Por lo anterior, advertir de las posibilidades puede conducir a minimizar y prevenir riesgos laborales, concebir las medidas de protección y garantizar un desarrollo adecuado de los trabajadores sobre el uso de los equipos y la organización interna. De manera que, la autora afirma que se trata de una corresponsabilidad entre el empresario y el trabajador en cuanto a la seguridad (p. 120). Ello debe estar contemplado en el respectivo contrato de trabajo en el que se plasme de forma expresa cuáles son las responsabilidades y cómo se llevan a cabo.

La autora concluye planteando la necesidad de una visita inicial del empleador al domicilio del trabajador para la instalación de los instrumentos de trabajo. Además, que cualquier inmersión a través de instrumentos de seguridad y control debe ser justificada y proporcionada. A su vez, debe determinarse el uso del correo electrónico, la navegación por internet y lo demás con fines estrictamente laborales en aras de proteger los datos de los trabajadores.

El documento *El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores (2011)* de Esther Carrizosa Prieto explora una sentencia española en la que se despidió una trabajadora alegando desobediencia, entre otros puntos. La empleada incumplió la prohibición de usar la instrumentación de la empresa para uso personal. A través de la vigilancia de los ordenadores se realizó una monitorización a partir de un *software* instalado que capturaba la pantalla de las páginas que visitaba la trabajadora. Dicho *software* seguía funcionando después de concluida la jornada laboral y sin consentimiento de la trabajadora.

La empleada demandó y, posteriormente, en recurso de casación se declaró que el despido no había afectado la intimidad ya que existía una prohibición explícita. Para la autora la decisión del Tribunal Supremo no contempla lo concebido respecto al derecho a la intimidad en una concepción amplia, desde el ámbito propio al conocimiento de los demás, que tiene una protección especial en el escenario de las organizaciones empresariales. La colisión entre el derecho a la intimidad, la facultad de vigilancia y el control de la actividad laboral se exagera con la llegada

de tecnologías de la información y comunicación que exponen la vida privada de los trabajadores, bajo esa perspectiva debe protegerse el derecho a la intimidad.

Para la autora, el pronunciamiento no concibe que se lesione el derecho porque no tiene en cuenta que los instrumentos de la empresa podían revelar datos personales y familiares del escenario privado que fueron vulnerados por el *software*, es decir, no se tuvo en cuenta un concepto amplio del derecho a la intimidad. La instalación de este programa fue sin consentimiento y controlaban el uso del ordenador, del correo y de internet en general fuera de la jornada laboral.

Alfonso Carlos Aliaga respecto a la concepción del teletrabajo y el derecho a la intimidad en su texto *El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respeto a la intimidad (2001)*; tras introducir algunos aspectos esenciales como la naturaleza del teletrabajo, el autor analiza la deficiente respuesta de la normatividad del momento al teletrabajo y su relación con el derecho a la intimidad, bajo la perspectiva de ampliar o extender la necesidad de una adaptación legal de dicho fenómeno.

A su vez, se presenta la tensión en la relación laboral en cuanto a que hay cierta dependencia o subordinación jerárquica entre el empleador y el trabajador, y también, una desigualdad social o de poder. Lo anterior, incrementa los riesgos de que se menoscaben los derechos fundamentales, como el caso del derecho a la intimidad (2001, p. 11) que en el ámbito del teletrabajo se incrementa gracias a las tecnologías avanzadas que, de no usarse de forma correcta, ponen en peligro los derechos y las libertades de los trabajadores.

El autor culmina su reflexión con un llamado a la necesidad respecto a que la sociedad de la información establezca medidas de seguridad para la tutela de la intimidad y la confidencialidad de los datos personales. Ello debe contemplar la profundización en la protección de los datos en el ámbito laboral; el control del contenido de conversaciones y búsquedas solo con un fin laboral; determinarse los efectos de los pactos o acuerdos colectivos respecto al contrato de trabajo, entre otras disposiciones.

Los planteamientos éticos que se desprenden de dicha relación los abordan Anders J. Persson y Sven Ove Hansson en su texto *Privacy at Work – Ethical Criteria (2003)* en cuanto a que las nuevas tecnologías a pesar de que incrementan y facilitan el trabajo, conllevan una serie de limitantes para ejercer el derecho a la privacidad como el caso de los *test* para drogas, la vigilancia en los lugares de trabajo, los *test* genéticos, entre otros.

De manera que, los autores plantean que la intrusión a la privacidad de los trabajadores sólo se justifica desde tres criterios. El primer criterio es para asegurar que los trabajadores cumplan las tareas asignadas y los roles específicos. El segundo para proteger los intereses de los trabajadores y del empleador. Y, por último, el tercer criterio es para proteger los intereses legítimos de un tercero. Esta discusión se reitera en la reflexión *On-duty and Off-duty: Employee Right to Privacy and Employer's Right to Control in the Private* (2007) de Sector Cynthia F. Cohen y Murray E. Cohen al realizar un análisis empírico a partir de una serie de entrevistas.

Así mismo, el trabajo de Elin Palm: *Privacy Expectations at Work—What is Reasonable and Why?* (2009) analiza el papel de la vigilancia y cómo los roles tradicionales de la privacidad deben trascender a un entorno de avance tecnológico. Ello, acompañado con las expectativas de los empleadores en el trabajo y los instrumentos electrónicos de monitoreo que vienen a suplir el poder jurídico directo del empleador. A su vez, la autora responde a la pregunta sobre por qué es importante conservar la privacidad en el trabajo en cuanto a que hay datos e información que solo debe pertenecer a las personas y su alteración debe ser lo suficientemente argumentada y proporcional.

La reflexión de Scott C. D'Urso: *Who's Watching Us at Work? Toward a Structural-Perceptual Model of Electronic Monitoring and Surveillance in Organizations* (2006) continúa la discusión entorno a la vigilancia y el monitoreo en el trabajo. El autor plantea que para ese momento el 80% de los empleos utilizan alguna forma de vigilancia, ello desde 11 de septiembre de 2001 en el Norte Global. La metáfora del panóptico puede extenderse como una herramienta analítica de esta transformación en los espacios laborales donde la vigilancia deja de ser directa a la utilización de mecanismos electrónicos.

El panóptico se entiende como un dispositivo de vigilancia y control que, para el autor, puede ser desde la información y el aspecto electrónico. En esa medida, la privacidad se deja de lado debido a que la vigilancia se extiende a tal punto que inunda los espacios privados. El autor concluye que comprender los roles de los trabajadores es necesario para preservar la privacidad y respetar los derechos en el lugar de trabajo. Algunas de estas ideas las continúa Eddie Keane en su texto *The GDPR and Employee's Privacy: Much Ado but Nothing New* (2018).

Keane añade que la tensión entre el derecho a la privacidad de los trabajadores y el poder jurídico de subordinación del empleador no es algo nuevo. Tradicionalmente, dicha tensión se ha resuelto del lado de los empleadores, en especial, cuando el trabajo se lleva a cabo en el hogar; sin

embargo, la balanza empieza a desplazarse hacia los trabajadores. El autor hace un análisis del artículo octavo de la *Convención Europea de Derechos Humanos* en lo concerniente al derecho a la privacidad y lo vincula con el mundo del trabajo. Concluye, como los anteriores, que la intrusión a la privacidad debe ser la menor posible y que al hacerse debe ser proporcional y justificada.

Por otro lado, Paola Frías Ávila en su libro *Derecho a la Intimidad, Límites al control empresarial en los procesos de selección. La influencia de la Constitución Política en el derecho laboral: escritos sobre algunos temas (2019)* aborda esta temática puntualizada en Colombia. La autora parte por analizar el derecho a la intimidad personal del trabajador, su primacía constitucional y el alcance que este derecho posee en la Carta Política. A su vez, analiza el derecho a la intimidad en diálogo con otros derechos como la libertad de empresa y la protección de los datos personales obtenidos en los procesos de selección.

Además, la autora plantea algunos escenarios donde el derecho a la intimidad puede presentar tensiones: la entrevista personal en los procesos de selección; las visitas domiciliarias y el polígrafo como prueba en los procesos de selección del personal. En dichos contextos, el derecho a la intimidad ha de ponderarse de acuerdo a los fines y los procedimientos que cada uno de los escenarios atañe, al considerar que hay un conjunto de intereses en juego.

Ahora bien, a lo largo de los párrafos anteriores se ha mencionado el poder jurídico de subordinación del empleador como un aspecto que entra en tensión con el derecho a la intimidad en el mundo del trabajo. En la siguiente sección se exponen algunos de los trabajos que representan un antecedente a la presente investigación en la relación del derecho a la intimidad como límite del poder jurídico de subordinación que posee el empleador y cómo su análisis puede verse imbuido de diferentes aristas.

5.2. El derecho a la intimidad y el poder jurídico de subordinación del empleador

La reflexión que realiza Paola Frías Ávila en su libro *Poder subordinante del empleador e intimidad del trabajador en Colombia (2020)* continúa la discusión expuesta con antelación. Esta autora parte por conceptualizar y delimitar el derecho a la intimidad desde los antecedentes; el concepto en general; los alcances constitucionales y la colisión que se genera entre el derecho a la intimidad, la libertad de empresa y el poder subordinante del empleador. Tras esa claridad conceptual, la autora plantea escenarios donde se pueden dar intervenciones empresariales a dicho derecho.

Aunado a ello, la autora describe escenarios que se enmarcan en ciertas condiciones: el uso de herramientas de trabajo compartidas; los controles informáticos empresariales; computadores empresariales; registros fílmicos en los sitios de trabajo; el manejo de la propia imagen en medios publicitarios y redes sociales; las tecnologías de la información y las comunicaciones empresariales; las llamadas telefónicas; uso de correos electrónicos personales e institucionales en los equipos de la empresa; teléfonos celulares; visitas domiciliarias; polígrafo; entre otras. La autora concluye al enunciar que el derecho a la intimidad efectivamente se configura en un límite al poder jurídico de subordinación del empleador en ciertos escenarios típicamente laborales.

Diana E. Segura Castañeda también expone esta tesis en su artículo: *El derecho a la intimidad del trabajador como restricción al poder subordinante del empleador: el incipiente desarrollo en Colombia frente al derecho comparado (2015)*. La autora añade el derecho comparado en su análisis para ampliar el foco reflexivo del tema. Así, parte por asegurar que el derecho a la intimidad como límite al poder subordinante del empleador ha tenido un desarrollo incipiente en Colombia a nivel jurisprudencial si se compara con Estados Unidos y Europa.

Este tema se ha trabajado en mayor medida a nivel doctrinal y la resolución de los casos internos necesita una guía del derecho internacional. El derecho a la intimidad, por su parte, adquiere relevancia cuando se pone en tensión en el ámbito laboral, en especial, en cuanto al control de la información y el manejo de los datos, en el escenario mediático y tecnológico. La autora hace una revisión doctrinal, legal y jurisprudencial de la regulación de este derecho a nivel interno e internacional para pasar a delimitar el poder subordinante del empleador. Este poder jurídico no es absoluto, encuentra barreras en el imperativo de respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores. A su vez, se presenta un choque entre el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la intimidad.

La protección del derecho a la privacidad, para la autora, se encuentra de manera explícita en dos momentos: al momento de aspirar a un cargo y en la ejecución del trabajo. En la ejecución acontece la posibilidad de vigilar al trabajador desde el control audiovisual, sobre el uso de las herramientas de trabajo, correos electrónicos y uso de teléfonos, entre otros. Así mismo, el derecho a la intimidad también se presenta en cuanto a las condiciones de salud del trabajador y la prohibición de los empleadores de exigir la historia clínica al momento de presentarse una incapacidad.

La autora concluye que los límites del empleador giran alrededor de la prohibición de las injerencias arbitrarias en la esfera íntima de los trabajadores. Para ello, se constituyen una serie de principios como: tener claridad sobre las limitaciones del derecho a la intimidad; el tipo de control que se va a ejercer; el respeto por cuestiones que se mantienen en reserva, por ejemplo, las condiciones de salud; establecer consentimientos informados; y demás derechos fundamentales que deben ser un faro para la relación laboral en general.

La tesis de pregrado de Sarah Restrepo Yepes: *El alcance de la subordinación frente al derecho de la intimidad y al habeas data en un contrato laboral en Colombia (2019)* reitera la revisión anterior. Se incluye lo concerniente al *habeas data* y las implicaciones que el poder jurídico de subordinación tiene respecto a la intimidad. El contrato de trabajo tiene como elemento esencial la subordinación en el ordenamiento jurídico colombiano, siendo así, debe armonizarse con los derechos fundamentales en general, y en especial, el derecho a la intimidad y el *habeas data*.

La autora concluye que no hay un desarrollo jurídico pertinente en cuanto a la regulación de los límites del poder jurídico de subordinación, por ello, seguir trabajando desde la academia puede generar una conciencia jurídica que trascienda al análisis constitucional. En ese mismo sentido, la tesis de especialización de Jair Efraín de Freitas: *El derecho a la intimidad como límite del poder de control y vigilancia del patrono (2009)* aborda el poder y vigilancia del patrono en el escenario venezolano, desde la conceptualización del poder de dirección patronal, su naturaleza jurídica y alcance hasta su disposición legal y constitucional. La misma revisión la realiza en torno al derecho a la intimidad.

Para el autor acontecen algunas zonas de encuentro entre el poder jurídico de subordinación y la intimidad de las personas, por ejemplo, en el uso de los datos obtenidos de cara a un proceso judicial; los medios tecnológicos implementados en la relación laboral; el uso de micrófonos; de los teléfonos; las tarjetas electrónicas; los registros en ficheros; la conexión a internet y el correo electrónico; la regulación en el marco del trabajo a distancia; entre otros escenarios.

Se concluye que el derecho a la intimidad en los diferentes escenarios constituye un límite al poder de subordinación pese a los deficientes desarrollos del derecho venezolano en la materia. Además, el autor plantea que algunos contextos presentan retos especiales para armonizar dichos derechos como la inmersión tecnológica o el trabajo a distancia. Sin embargo, la prevalencia de la protección de derechos humanos fundamentales ha de permear la relación laboral.

El artículo *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la relación laboral. Los derechos fundamentales del empleador (2003)* de Nicolás Barrios conceptualiza la posibilidad de hacer efectivos los derechos fundamentales entre particulares y no solo de cara a un conflicto estatal. De manera particular, en la relación laboral y en el marco de la subordinación pueden presentarse tensiones entre derechos fundamentales. La idea de que estos derechos sólo pueden hacerse efectivos en la relación Estado-individuo fue preponderante durante muchos años.

En la actualidad, la preponderancia de esta idea ha disminuido, pues se considera que la eficacia de los derechos fundamentales puede ser entre sujetos de derecho privado y que dichos derechos se conciben en términos de principios y como un sistema de valores que aspira a una vigencia general en el ordenamiento. En esa medida, los derechos fundamentales irradian todas las relaciones de los sujetos, incluso aquellas que se dan entre particulares.

El autor concluye que no se ha presentado un debate adecuado en cuanto a las tensiones que se suscitan en el escenario laboral, puntualmente en el caso chileno. Recomienda que la vigencia de los derechos fundamentales permee a todas las partes de la relación laboral, de manera que, al presentarse un caso de vulneración o colisión, pueda existir un análisis o ponderación que sea justo con las condiciones propias de la relación laboral, y que conciba el cuidado y el trato especial cuando se abordan cuestiones referentes a derechos fundamentales.

Lo expuesto anteriormente se reitera en el trabajo de Diandra Demelsa Liberato: *Derecho a la intimidad del trabajador y poder empresarial = The workers' right to privacy and corporate control (2018)* donde pone en discusión la inmersión de nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, cómo ello ha influido en la forma en que se realizan las actividades y en el control que ejerce el empleador para que las tareas se cumplan de forma certera.

La incidencia de la tecnología, según la autora, atañe dos consecuencias fundamentales. La primera, en cuanto a los nuevos instrumentos que deben emplear los trabajadores y la formación previa que debe garantizarse para su uso efectivo. La segunda, calcular la productividad dada por las nuevas tecnologías, así como las actitudes de los seres humanos, sus competencias y habilidades. Otra de las consecuencias es la necesidad de regular el uso privado de los instrumentos tecnológicos dados por las empresas.

Entre las conclusiones de la autora se destaca que el poder de control que ejerce el empresario ha de adaptarse a la llegada de nuevas herramientas tecnológicas. A su vez, el aumento en la vigilancia de los trabajadores debe conciliarse con la intimidad en tanto derecho fundamental.

La autora insiste en que no hay una regulación explícita que plantee cuáles son los límites y cómo debe armonizarse la tensión existente entre la intimidad y el poder jurídico de subordinación del empleador.

La inmersión de medios tecnológicos e informáticos en la empresa ha sido un aspecto constante de discusión, es lo que aborda J. Fované en su artículo: *El poder de dirección del empleador vs. el acceso de los medios tecnológicos e informáticos dentro de la empresa (2015)* donde plantea que la dirección de la empresa no debe ser absoluta ni desproporcionada, de manera que, los límites transversales a toda relación entre particulares debe ser la dignidad de la persona; la igualdad de trato y no discriminación; el control de la prestación del servicio; entre otros.

La aplicación de los derechos constitucionales en las empresas debe ser un límite, como se ha reiterado, y según el autor, a la discrecionalidad de la dirección del empleador. Igualmente, se hace una diferenciación de los derechos laborales que se insertan en la relación a través del contrato laboral y aquellos que son constitucionales y que se han denominado como “inespecíficos”. Los derechos inespecíficos pertenecen a la esfera de protección de todas las personas y no es estricta de la relación laboral, es decir, se atribuyen a la generalidad de los ciudadanos.

Entre las conclusiones se encuentra lo que ya se ha reiterado en otros documentos, que el concepto de libertad de empresa-poder de dirección debe armonizarse con la fuerza laboral. Además, que la intervención del Estado en cuanto a la regulación debe ser mayor. Los derechos fundamentales no pueden verse menguados por el poder jurídico de subordinación del empleador y han de tener como referencia ciertos principios constitucionales como dignidad, igualdad y no discriminación, buena fe, entre otros.

Jesús Cruz Villalón en su artículo: *Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos (2019)* recalca lo que se ha venido expresando. El autor menciona que hay ciertos lugares que deben ser respetados para la intimidad del trabajador y que allí reposan los límites a las facultades del control empresarial. La regla general que se plasma es que los trabajadores no pueden ser molestados más allá de los espacios de trabajo y por fuera de la jornada laboral.

La inviolabilidad del domicilio privado es un aspecto esencial en este proceso de determinación de los límites, la dirección de la empresa y la jornada de trabajo no pueden irrumpir en el domicilio de forma arbitraria sin el consentimiento expreso de los trabajadores. De allí que, pueda ser de gran utilidad establecer protocolos de uso de dispositivos electrónicos respetando los

estándares de protección a la intimidad en otros ámbitos. Dichos protocolos también deberían establecerse para lo que concierne a los deberes que asume el trabajador cuando se le otorga el uso de dispositivos de la empresa, entre otros escenarios que puedan poner en riesgo el derecho a la intimidad.

Para culminar este apartado, el artículo de Kurt Pärli: *Impacts of Digitalisation on Employment Relationships and the Need for more Democracy at Work (2020)* insisten en los puntos abordados previamente, desde el papel que juega la automatización y digitalización de los instrumentos y espacios laborales, hasta las nuevas formas de trabajar que el mercado exige a ciertas áreas de la vida en comunidad. Para el autor hay suficiente evidencia de que el mundo del trabajo se está transformando de forma dramática y que la subordinación ha entrado en una especie de paradoja.

Pese a las ventajas en cuanto al nivel de productividad, los desarrollos tecnológicos y la subordinación deben comprenderse desde un marco democrático en el que los derechos humanos sean una guía en la relación laboral, lo que el autor nombra como: “la democracia en el trabajo sí es posible” (2020, p. 24). Con la inmersión tecnológica en el escenario del teletrabajo y el trabajo en casa cabe preguntarse si la desconexión laboral puede constituirse como un derecho.

5.3. Derecho a la desconexión laboral

Cristóbal Molina Navarrete en su texto: *El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿Existe un nuevo derecho a la desconexión de los trabajadores fuera de la jornada? (2017)* analiza la llegada del mundo digital en el trabajo y cómo una gama de derechos fundamentales puede garantizar un equilibrio enmarcado en la transparencia y la conexión permanente. De allí surgen una serie de desafíos en la era digital para aquellos derechos humanos denominados como de primera generación.

Según el autor, un derecho que puede jugar un papel importante en ese contexto es el llamado derecho al olvido con la rectificación y la cancelación de datos en tanto derecho humano inespecífico del trabajo. A su vez, aparece el derecho a la desconexión digital enmarcado en una “carrera mundial” que se ha venido implantando, con el que se pretende otorgar tiempo de descanso al trabajador y respetar sus espacios cuando la jornada laboral ha culminado. La iniciativa mundial la tuvo Francia en 2017 y se está irradiando a otros países.

La desconexión digital en el trabajo, para Molina (2017), se presenta como una garantía del contenido esencial del derecho a la vida privada. Sin embargo, basta considerar que el derecho a la intimidad es una herramienta suficiente para que el empleador considere que la jornada de trabajo culmina y que después de ello el trabajador no puede ser molestado, es decir, se impone un límite al poder directivo a partir de la intimidad misma, que, en la actualidad, se puede traducir en la desconexión.

La reflexión de Luz Dary Naranjo: *Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral (2017)* replantea esta concepción acudiendo al concepto de modernización del mundo del trabajo. Ubica el nacimiento de este derecho en la legislación francesa en 2017 y describe el contexto en el que surgió. Para la autora, el derecho a la desconexión es un derecho preexistente, es decir, la jornada de trabajo ya poseía una delimitación taxativa en cuanto a su extensión, y al terminarse dicha jornada se “suspende” la relación laboral.

En la mayoría de países, y de acuerdo a las disposiciones de la OIT, la jornada de trabajo ya posee una estricta delimitación sin la necesidad de un concepto tal como la “desconexión”. Sin embargo, la autora, pese a la crítica que realiza, llama la atención sobre la importancia de consagrar taxativamente este derecho. A su vez, el derecho a la desconexión ha evolucionado gracias a la necesidad de evitar el acoso laboral; no obstante, se puede argumentar que los ordenamientos ya poseían marcos legales para proteger al trabajador de acciones arbitrarias del empleador.

Se ha generado una confusión con la “creación” de este nuevo derecho, al momento de diferenciarlo de las disposiciones jurídicas anteriores. La autora sugiere continuar la discusión al respecto y propiciar escenarios de ponderación para su aplicación. Así como generar claridad en cuanto a cuál es la diferencia de este nuevo derecho “*con otros instrumentos jurídicos como la jornada de trabajo, el acoso laboral y proyectos internacionales como el trabajo decente*”.

Franciso Pérez Amóros en *Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: mail on holiday (2020)* define el derecho a la desconexión como aquel que faculta al trabajador para no responder las comunicaciones que reciba de su trabajo por fuera de la jornada laboral. Ello ha traído una serie de discusiones en torno a la noción del tiempo de trabajo y las nuevas tecnologías. El tiempo de trabajo se ha contemplado por parte de la OIT desde 1919 en cuanto a la regulación de las horas, esto entra en discusión un siglo después con la inmersión de nuevas tecnologías.

Pérez (2020) plantea que este derecho es novedoso; pese a ello, los ordenamientos contaban con regulaciones en torno a la jornada laboral que podían extenderse al escenario de trabajo en

casa o el teletrabajo. Reitera que el tiempo de trabajo como un bien escaso debe limitarse para permitir el descanso y otros derechos laborales. Las tecnologías han facilitado la producción; sin embargo, esto debe armonizarse con la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, en especial, la intimidad. El autor propone un sistema de registro de horas extraordinarias que puedan favorecer el ejercicio de la desconexión digital.

Para Ana Belén Muñoz Ruiz en su reflexión: *El derecho a la desconexión laboral: un derecho estrechamente vinculado con la prevención de riesgos (2020)* la cuestión está vinculada con el marco de la Revolución 4.0 y los avances tecnológicos, así como los retos que ello atañe para nombrar el trabajo decente. La Modernidad ha estado determinada con el surgimiento de nuevos derechos laborales, es el caso de la protección a los datos personales que surgió gracias a la conciencia que implicaba el uso arbitrario de los datos de los trabajadores.

La autora plantea que los límites que se imponen al empresario están claros cuando se trata de intromisiones ilegítimas a los tiempos de descanso y esto lleva aparejada una incidencia en los derechos fundamentales. El derecho a la desconexión se describe como un derecho flexible en su configuración, ello quiere decir que tiene en cuenta las particularidades de la relación laboral, la negociación colectiva, los convenios y demás. En esa medida, el empleador tiene la responsabilidad de elaborar una política interna en materia de desconexión digital y ello debe ser más enfático cuando se trata de trabajo a distancia.

Los límites que posee el empleador, en cuanto a la intromisión en los tiempos de descanso del trabajador, deben ser claros, como lo plantea Miguel Ángel Purcalla en *Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: Notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre (2019)*. El control tecnológico de la prestación laboral es uno de los mayores retos para el autor ya que esto puede aparejar una serie de dispositivos de vigilancia que irrumpen con el derecho a la intimidad. Se recalca que cualquier tipo de intromisión a los tiempos de descanso de los trabajadores debe ser proporcional.

Otros aspectos que pone de manifiesto el autor son: el uso personal y profesional de los teléfonos; el uso del ordenador; la vigilancia con cámaras de seguridad; los dispositivos GPS o de geolocalización; y el control biométrico. El derecho a la desconexión digital aparece en el escenario como una explicitación del derecho al descanso ya reconocido en las regulaciones en materia de jornada laboral, pero se positiviza para garantizar una efectiva desconexión y, sobre

todo, una suspensión de la vigilancia y la disponibilidad tecnológica que debe contar con el consentimiento de las partes de la relación laboral.

La claridad sobre el uso de dispositivos es el primer paso para garantizar este derecho, ello hace que su regulación no sea un capricho o algo superfluo en la medida en que, el reconocimiento garantiza que los trabajadores puedan hacer valer su tiempo de descanso, permisos, vacaciones e intimidad en general. Su ejercicio debe estar sujeto a las negociaciones o convenios entre los trabajadores y la dirección, así como de una política interna de sensibilización del personal sobre el uso razonable y adecuado de las herramientas tecnológicas que disminuyan riesgos en los lugares de trabajo y en la salud de las personas.

La discusión sobre si el derecho a la desconexión digital en realidad sí soluciona un nuevo problema la continúa Eduardo Taléns Visconti en *El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral* (2019). La ordenación del tiempo de trabajo es un problema antiguo, según el autor, la preocupación por la jornada de trabajo ha sido un impulso para las normas jurídicas encargadas de regular la relación laboral en general y evitar jornadas exorbitantes.

Así, la carencia de regulación sobre la desconexión digital en muchos países no se traduce en una desprotección total de los trabajadores, pues ya se contaba con instrumentos jurídicos referentes a la jornada laboral y la regulación del tiempo. La “laguna normativa” también era sorteada con las decisiones a nivel jurisprudencial, pero todo ello cambió con el precedente normativo francés, mencionado en párrafos previos al ser la primera nación en positivizar la desconexión laboral en el 2017.

La posibilidad de una conexión permanente a internet con ocasión de las obligaciones laborales genera un escenario de riesgo para los derechos fundamentales, de allí, que las legislaciones de muchos países hayan empezado a adaptarse a estas transformaciones, como es el caso español. Así mismo, la responsabilidad de regulación y de dar claridad sobre las disposiciones internas en las empresas recae en la negociación colectiva y los acuerdos que se puedan alcanzar, dicho acuerdo no ha de girar en torno al reconocimiento de la desconexión laboral (pues ya está en la ley) sino a lograr que se haga efectivo.

Otro análisis de este derecho en el escenario español se encuentra en el trabajo de Ana Isabel Pérez Campos: *La desconexión digital en España ¿Un nuevo derecho laboral?* (2019) que enmarca, también, la discusión en la revolución digital y los procesos de automatización presentes, en tensión con el concepto tradicional de tiempo de trabajo, descanso y dignidad humana. La autora

analiza, en primer lugar, los efectos del uso de las nuevas tecnologías en el trabajo y cómo esto ha generado un fenómeno de hiperconexión.

Seguidamente, menciona la necesidad de una regulación explícita de este derecho, así como los antecedentes a nivel internacional y europeo. A nivel empírico se ha podido comprobar que los tiempos de descanso no son respetados por los empleadores, lo que favorece el debate en cuanto a la necesaria regulación de este derecho como una herramienta para disminuir riesgos psicosociales. Sin embargo, la implementación de la desconexión digital no es automática y requiere una serie de transformaciones jurídicas, sociales, culturales e incluso económicas.

La autora plantea que el derecho a la desconexión digital es un punto nodal en el mundo del trabajo en la era de la información, ello se encuentra relacionado con las garantías de seguridad y salud que deben estar amparadas en nuevos límites. El análisis de los efectos de la digitalización en el trabajo refleja una complejidad técnica que llama la atención sobre la desconexión como necesaria y saludable, la pregunta que cierra el texto es si dicho derecho puede materializarse realmente, que no quede plasmado en los entramados jurídicos y posteriormente olvidado.

Aunado a ello, lo elaborado por Pierre-Henri Cialti en cuanto a derecho comparado retoma la discusión sobre si este derecho es algo meramente simbólico en su artículo: *El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece? (2017)* donde analiza la pertinencia de proclamar el derecho a la desconexión laboral. Los antecedentes de la declaración francesa se encuentran en las actividades convencionales de ciertos interlocutores sociales que tomaron protagonismo en el debate, entre otros.

Los riesgos de la intensificación del trabajo y la degradación de la salud de los trabajadores también fueron un antecedente para regular el uso de las TIC en escenarios laborales. Haciendo referencia a un informe, el autor menciona seis objetivos perseguidos con la regulación: educación digital; transformación digital, profesionalización y movilidad; marco jurídico protector; calidad de vida del trabajador; co-construcción y co-innovación; y, anticipar los desafíos de la transformación digital.

El derecho a la desconexión permite que se limiten los poderes del empresario para conciliar la vida profesional y personal de muchas personas al igual que su garantía de salud. Sin embargo, adolece de garantías que permitan hacer efectivo su cumplimiento no solo a nivel vertical con el empleador, sino de manera horizontal con los demás compañeros de trabajo. Ello genera que el alcance de este derecho se resuelva de manera simbólica, lo que es insuficiente. La discusión

en términos de derechos comparados se reitera en *El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados (2020)* de María Rosa Vallecillo Gámez.

Los debates y planteamientos expuestos en los párrafos previos aparecen de nuevo en el trabajo de Ignacio Camos Victoria y Alfredo Sierra Herrero: *El derecho a la desconexión laboral: un derecho emergente en el marco de tecnologías de la información y de la comunicación (2020)* en el que se concluye que la potencialidad del uso de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo son un reto indiscutible que continuará marcando la pauta sobre nuevas regulaciones normativas para garantizar el derecho al descanso, a no contestar, a la intimidad, entre otros que se presentan como un límite al poder empresarial o al poder jurídico de subordinación del empleador.

6. Marco teórico

Este marco teórico-conceptual aborda las categorías principales de la investigación: *poder jurídico de subordinación del empleador*, *derecho a la intimidad* y *derecho a la desconexión laboral*. Cada una de las categorías se encuentra amparada por un marco de reflexión más amplio; de allí, que el primer apartado expone los derechos fundamentales del trabajador como límite al poder jurídico del empleador; en un segundo momento, se enuncia un análisis doctrinal y jurisprudencial del derecho a la intimidad; y se cierra esta sección con el derecho a la desconexión laboral.

6.1. Los derechos fundamentales del trabajador como límite al poder jurídico de subordinación otorgado al empleador

El derecho laboral ha exhibido una clara tendencia proteccionista frente a los trabajadores desde su surgimiento, a quienes se les ha identificado como la parte débil de la relación de trabajo, caracterizada por el desequilibrio derivado de la fuerza del capital perteneciente al empleador a quien se le ha reconocido el poder jurídico de subordinación respecto del empleado. Así, esta área se ha nutrido de normas que consagran derechos individuales y colectivos del trabajo direccionadas a contener tal desigualdad.

Pese a lo anterior, la evolución del derecho laboral no se ha agotado en este tipo de regulación, en la medida que no ha sido ajeno al fenómeno de constitucionalización del derecho (Ugarte, 2008). Este fenómeno tiene su inicio en el siglo XX y plantea que la constitución posee un contenido material vinculante, se le otorga la máxima jerarquía en el sistema de fuentes y se convierte en la medida de las demás leyes que se ven así desplazadas en su jerarquía por una norma de orden superior (Zagrebelsky, 1999).

La constitucionalización del derecho permitió que los derechos fundamentales consagrados en la carta superior se concibieran no solo como límites al poder del Estado frente a los administrados, sino como mandatos que irradian todo tipo de relaciones, tradicionalmente reguladas por la ley o dejadas a la voluntad de los particulares. De manera que, “(...) los textos constitucionales, y muy en particular aquellos en los que se consagran derechos fundamentales de las personas, se han convertido en principios y reglas directamente aplicables a todo tipo de conflictos jurídicos” (López, 2006, p. 1).

Aunado a ello, la recepción de estos derechos fundamentales, como mandatos superiores en el derecho del trabajo, se ha verificado a través del llamado constitucionalismo social referido a los derechos de naturaleza laboral que la propia *Constitución* concibe como fundamentales y la ciudadanía de empresa, relacionada con los llamados derechos laborales inespecíficos. Dichos derechos le otorgan una dimensión al trabajador como sujeto, no sólo de derechos propios de la relación de trabajo, sino también de derechos fundamentales dotados de eficacia horizontal, que se insertan en la relación laboral (Ugarte, 2011, pp. 24-30).

Además, los derechos laborales denominados como inespecíficos son aquellos derechos fundamentales que son inherentes a los seres humanos y a los que no se puede renunciar, este nombre se acuña desde la doctrina española y hace referencia a los derechos que acompañan a los sujetos, incluso en la relación laboral (Segura, 2015, p. 9). Para Diana Segura:

De esta forma, los derechos fundamentales constituyen un límite al ejercicio del poder subordinante frente al trabajador, así como el poder de dirección del empleador constituye un límite para el ejercicio irrestricto de los derechos de los trabajadores (sentencia del Tribunal Constitucional [stc. 196/2004] del 15 de noviembre). Por lo que se puede concluir que la protección del derecho a la intimidad del trabajador no es tan intensa como la del individuo en su casa o habitación, y que en todo caso admite una ponderación con los intereses del empleador. (2015, p. 10)

Por otro lado, en el contexto colombiano, la constitucionalización del derecho laboral se ha evidenciado a través de tres aspectos, a saber: i) desde la *Constitución* se instituyó el trabajo como principio fundante, valor y derecho, y se introdujo un catálogo de derecho laborales en el artículo 53; ii) la jurisprudencia ha reconocido que en el marco del contrato de trabajo debe garantizarse el respeto a los derechos fundamentales del trabajador; y iii) para la interpretación normativa acaeció la alteración al sistema de fuentes, donde la norma de normas es la *Constitución* (Benítez, 2016, pp. 106-134).

Así, es de destacar que, desde la Carta Política de 1991, el fenómeno de constitucionalización del derecho también se ha desarrollado teniendo en cuenta el enfoque de “ciudadanía de empresa” que dimensiona al trabajador como sujeto, no solo de derechos propios de la relación de trabajo, sino sujeto de derechos fundamentales dotados de eficacia horizontal, que se proyectan y condicionan la relación laboral. Lo anterior, se evidencia de forma particular en la actividad de la Corte Constitucional, que, a través del control abstracto y concreto de

constitucionalidad, ha realizado una construcción conceptual de los alcances y el sentido de los derechos fundamentales contenidos en la parte dogmática de la *Constitución*, en relación con las demás normas del ordenamiento jurídico de cara a las circunstancias puntuales analizadas (Suarez, 2014, p. 134).

Es así como en el ámbito nacional se ha reconocido que los derechos fundamentales permean las relaciones de las personas y el Estado, y de las personas entre sí, lo que se justifica directamente desde la *Constitución* al establecer en el artículo 86 la procedencia de la acción de tutela frente a particulares “respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”, entre otros casos. Esto explica por qué a nivel doctrinario y jurisprudencial no se ha suscitado un debate profundo respecto a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o la aplicación de la Teoría del *Drittwirkung*.

En palabras de Benítez (2016, p.118):

(...) la introducción del *Drittwirkung* en el ordenamiento jurídico colombiano se da de forma expresa y a raíz de la regulación del aspecto procesal. Esta situación ha determinado que en el debate jurídico colombiano, se eche de menos la discusión acerca de si la eficacia es directa o indirecta: simplemente el constituyente decidió que los derechos fundamentales despliegan su eficacia de forma directa en las relaciones entre particulares y, para garantizarlos, estableció la procedencia de la acción de tutela, aunque restringida a los casos mencionados.

En coherencia con lo afirmado en párrafos previos, en la Sentencia C – 378 de 2010 la Corte Constitucional sostuvo que: “(...) en un Estado social y democrático de derecho como el que reconoce la Carta Política de 1991, los derechos fundamentales se proyectan no sólo en el ámbito de las relaciones persona-Estado sino incluso en las relaciones entre particulares” (párr. 3.3.). Estas relaciones incluyen las que acontecen en el trabajo donde los derechos fundamentales de los trabajadores han constituido un límite al poder subordinante reconocido al empleador (C – 380 de 2000 y C – 636 de 2016).

La argumentación anterior se sostiene en el sentido en que, para la prestación del servicio, el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo que reside en sí mismo, es decir, en su condición de persona. De esa manera, resulta necesario brindar una protección frente al exceso o abuso que pueda presentarse en esa relación de trabajo, que, como tal, lo soportaría la

persona misma del trabajador, al ser inseparable del objeto mismo del cumplimiento del contrato, en otras palabras, de su capacidad laboral.

De acuerdo con Benítez (2016, pp. 64-65):

La importancia de esta “laboralización” de los derechos fundamentales radica en la propia esencia del contrato de trabajo, que le otorga una relevancia particular a la persona del trabajador, con la consecuente y necesaria limitación de los poderes del empresario. En efecto, y siendo el objeto del contrato la prestación personal de un servicio y, entendiendo que la persona del trabajador está “intrínsecamente implicada en el intercambio contractual”, se debe dotar a ese trabajador de las máximas garantías que impidan que se vea menoscabada su dignidad como persona, mediante el respecto de sus derechos fundamentales, razón que permite sostener que el contrato de trabajo está “constitucionalmente condicionado” precisamente por el respeto de tales derechos³. Como lo señala Rodríguez-Piñero, “en el contrato de trabajo se pone en juego la persona del trabajador, su libertad y su dignidad”⁴; por consiguiente, sus derechos fundamentales “han de protegerse frente a peligros o intrusiones provenientes del medio empresarial”.

Este escenario permite que se presenten tensiones entre los derechos fundamentales de los trabajadores y el ejercicio de los poderes de dirección, control y disciplina derivados de la facultad de subordinación jurídica reconocida al empleador de donde:

(...) los derechos fundamentales actúan como elemento racionalizador de los poderes empresariales, que no podrán ejercerse de forma omnímoda, sino en consonancia con las garantías fundamentales de los trabajadores a las que se encontrarán sometidos como consecuencia del reconocimiento de la *Dittwirkung*. Por esto la doctrina iuslaboralista habla de la modulación de las obligaciones contractuales impuesta por los derechos fundamentales del trabajador. (Benítez 2016, p. 121)

Para Alexy (1993, p. 507) la teoría *Dittwirkung* consiste en materializar el efecto en terceros o efecto horizontal de los derechos fundamentales. Para el autor, los derechos iusfundamentales

³ Del Rey Gaunter, S. (1991). Contrato de Trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional. En: Manuel Ramón Alarcón Caracuel. (coord.). *Constitución y derecho del trabajo:1981-1991. Análisis de 10 años de jurisprudencia constitucional*. Marcial Pons, p.32.

⁴ Rodríguez-Piñero, M. y Ferrer, B. (2003). La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo. En: Antonio V. Sempere Navarro. (dir.). *El modelo social de la constitución española de 1978*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

tienen influencia en la relación ciudadano/ciudadano, un ejemplo claro de ello se presenta en lo que concierne al derecho civil. De manera que, se puede argumentar que existe un “efecto de irradiación”, es decir, que los derechos fundamentales permean la totalidad del ordenamiento jurídico al influir materialmente en todas las posiciones del sistema jurídico.

El efecto en terceros o la irradiación de las normas iusfundamentales en la relación ciudadano/ciudadano es horizontal, lo que genera un problema de construcción (cómo influyen) y un problema de colisión (en qué medida influyen). En esa medida, el autor plantea un modelo de tres niveles que determinan el efecto de esta irradiación en los terceros:

El modelo se divide en tres niveles: el de los deberes del Estado, el de los derechos frente al Estado y el de las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado. Entre estos tres niveles no existe una relación de gradas sino una relación de implicación recíproca. (Alexy, 1993, p. 516)

El tercer nivel estipula que:

La propia autonomía privada, no sólo su limitación, es objeto de garantías iusfundamentales y, por lo tanto, del efecto en terceros. Una deficiencia de la discusión de los efectos en terceros ha sido que, a menudo, la cuestión de la limitación de la autonomía privada estaba en primer plano y su protección no era tratada como cuestión de igual rango. La forma como han de trazarse los límites de las competencias de derecho privado es una cuestión material y, en última instancia, un problema de ponderación. Con la constatación de un efecto inmediato en terceros en el sentido presentado no se prejuzga nada acerca de esta cuestión material. (Alexy, 1993, p. 522)

Siendo así, y para lo que es de interés a este trabajo, corresponde analizar el contenido del derecho fundamental a la intimidad, y cómo, a partir de los niveles reconocidos de protección en la jurisprudencia, limita el ejercicio de esta facultad del empleador a quien le resulta permitido, de manera general, adoptar las medidas que permitan el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el trabajador. Esto atiende la prohibición general inserta en el numeral noveno del artículo 59 del *Código Sustantivo del trabajo* respecto de: “Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores”. De manera que, resulta pertinente preguntarse: ¿qué se debe entender por derecho a la intimidad? y ¿qué comprende esta garantía reconocida por nuestro constituyente como fundamental?

6.2. Sobre el derecho fundamental a la intimidad

El derecho de la intimidad se encuentra reconocido en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que, en su artículo 12, establece el derecho de todas las personas a la protección legal, en contra de las injerencias arbitrarias en la vida personal y familiar, su domicilio y correspondencia; de manera similar, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) adoptado mediante Ley 74 de 1968 en el canon 17 instituye el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación, y a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Así mismo, la *Declaración Americana sobre Derechos Humanos* adoptada mediante Ley 16 de 1972, en el artículo 11, establece el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación y a la protección de la ley.

Es pertinente hacer énfasis en cómo estas normas supranacionales prevalecen en el orden interno al integrar el denominado Bloque de constitucionalidad⁵, al tenor del artículo 93 de la Carta Política, en cuanto señala que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. A su vez, establece la protección de la intimidad en cuatro aspectos diferenciados, pero a su vez interrelacionados, a saber: i) en la vida privada, ii) en el ámbito familiar, iii) en el domicilio, y iv) la correspondencia.

Así, la *Constitución Política* consagra esta garantía fundamental a la intimidad en el artículo 15, al señalar que:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. (...). La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

⁵ La Corte Constitucional en Sentencia C – 067 de 2003 definió el bloque de constitucionalidad: “ (...) como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.” (pár. 3).

Además, en el canon 28 se señala que nadie podrá ser molestado en su persona o familia “(...) ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.”. Por su parte, la Corte Constitucional ha identificado el núcleo esencial de este derecho con:

(...) el espacio exclusivo de cada uno, es aquella órbita reservada para cada persona y de que toda persona debe gozar, que busca el aislamiento o inmunidad del individuo frente a la necesaria injerencia de los demás, dada la sociabilidad natural del ser humano. Es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley. (Sentencia T- 696 de 1996, par. 1)

En la Sentencia T – 552 de 1997 se define:

(...) como “el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto”. (par. 2.1.)

En cuanto a su contenido básico, resulta importante citar la sentencia C – 540 de 2012, en la que se señala, como rasgo esencial de esta garantía, el espacio medular donde la personalidad tiene plena libertad al encontrarse excluida del dominio público; de manera que, su protección se garantizará prohibiendo la intrusión irracional en la información reservada, así como su divulgación o tergiversación. Con lo anterior, puede observarse que el derecho a la intimidad se extiende a la autorización del titular, de su presencia e interacción con otros, no se reduce a la sola abstención de acceder a información o espacios reservados, sino que, alude al acceso de la persona como tal, a su disposición como ser social y puede pensarse que le protege en su soledad.

Aunado a ello, ha indicado la Corte que esta garantía iusfundamental se transgrede por la simple intrusión en el espacio reservado, así ello no conlleve a comunicar a otros lo percibido en ese acto transgresor, es así como en Sentencia T – 768 de 2008 se precisó que:

(...) el derecho fundamental a la intimidad ha sido concebido como la posibilidad de rechazar cualquier intromisión arbitraria sobre el ámbito protegido que su titular ejerce. Por tanto, la intromisión en la intimidad de la persona sucede con el simple hecho de ingresar en el campo que ella se ha reservado, como un aspecto puramente material, físico, objetivo, independientemente de que lo encontrado en dicho interior sea dado a conocer o de los

efectos que tal intrusión conlleve. Así pues, el individuo no puede estar sujeto de manera permanente a la observación o a la intromisión de sus semejantes, y en principio, tiene el derecho a reclamar el respeto de espacios excluidos del escrutinio público en donde pueda desarrollarse en plena libertad. (par. 4.1.)

De igual forma, en el libro *El poder subordinante del empleador e intimidación del trabajador en Colombia (2020)*, la autora, luego de analizar el concepto de intimidad desarrollado por la Corte Constitucional, concluyó que:

(...) el núcleo esencial del derecho a la intimidad supone la existencia y goce de una esfera reservada a cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural. (Frías, 2020, p. 32)

Puede advertirse cómo el concepto de intimidad abarca el espacio que requiere el individuo para su desarrollo personal, familiar e incluso cultural, a la garantía de no ser perturbado en esa órbita necesaria de inmunidad frente a lo exterior. Para comprender el alcance de este derecho en la relación de trabajo, es preciso acudir nuevamente a las sentencias de la Corte Constitucional donde se haya analizado este derecho en tal contexto. En este rastreo se advierte la Sentencia T – 405 de 2007 en la cual se brindó protección constitucional al derecho a la intimidad de una trabajadora a la cual se le sustrajo información personal contenida en una carpeta, creada por ella para guardar fotos personales en el computador que le fue suministrado por la empresa para el cumplimiento de sus funciones, y al cual, además, tenían acceso los demás empleados, en este caso indicó la Corte que:

(...) el artículo 15 superior reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar, consagra de manera expresa el derecho de todas las personas a su buen nombre y establece el deber para el Estado de respetar y hacer respetar esos derechos. El derecho a la intimidad, está instituido para garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar, al margen de las intervenciones arbitrarias que provengan del Estado o de terceros. Forma parte de esta garantía, de manera particular, la protección frente a la divulgación no autorizada de los asuntos que conciernen a ese ámbito de privacidad. (par. 5)

La Corte concluyó que hubo una trasgresión del derecho a la intimidad pues la afectada no brindó su consentimiento para acceder a esta información puesto que:

La sustracción y divulgación de la información personal hallada en el computador, se produjo sin autorización de su titular (...) De tal manera que sí hubo una indebida intromisión en una información que sólo concernía a su titular, y que estaba amparada por la reserva que impone el derecho a la intimidad personal. (par. 18)

En la Sentencia T – 768 de 2008 se analizó otro caso sobre afectación del derecho a la intimidad al haberse grabado a un trabajador en horas de descanso besándose con otra empleada de la empresa mediante una cámara instalada por el empleador, cuya presencia no había sido advertida, en tanto estaba ubicada por fuera del sector usual de monitoreo. Este registro fundamentó una sanción disciplinaria. En esta oportunidad la Corte estableció que la instalación de la cámara tuvo como propósito, por parte del empleador, proteger los intereses de la empresa y valorar el desempeño de sus empleados, que, la mayoría de las cámaras eran conocidas por los trabajadores.

Para la Corte, el medio que registró la actividad cuestionada del tutelante fue situada sin previo aviso dado que el empleado impedía, a través de tácticas, la grabación a través de otras cámaras, lo que concluye que la actuación del empleador estaba justificada. Se añade que el derecho a la intimidad en espacios semiprivados no es absoluto y que las grabaciones en las áreas de las empresas se encuentran permitidas bajo determinadas circunstancias: el objeto de la empresa, el lugar de grabación, la necesidad y finalidad de la medida, el conocimiento de esta por parte de los empleados y la de afectación de otros derechos fundamentales.

En esta Sentencia, la Corte indicó que:

(...) el derecho a la intimidad supone la facultad en mantener una vida privada sin intervenciones, puesto que implica la existencia de un espacio propio, interno y personal del individuo. Por tanto, este derecho supone, en principio, el respeto de su vida íntima frente a la interferencia de terceros en su esfera privada. (par. 4.1)

Agrega que:

(...) el derecho fundamental a la intimidad ha sido concebido como la posibilidad de rechazar cualquier intromisión arbitraria sobre el ámbito protegido que su titular ejerce. Por tanto, la intromisión en la intimidad de la persona sucede con el simple hecho de ingresar en el campo que ella se ha reservado, como un aspecto puramente material, físico, objetivo, independientemente de que lo encontrado en dicho interior sea dado a conocer o de los efectos que tal intrusión conlleve. Así pues, el individuo no puede estar sujeto de manera

permanente a la observación o a la intromisión de sus semejantes, y en principio, tiene el derecho a reclamar el respeto de espacios excluidos del escrutinio público en donde pueda desarrollarse en plena libertad. (par. 4.1)

Ahora bien, en esta providencia advierte la Corte que el derecho a la intimidad no es de carácter absoluto y admite restricciones, siempre y cuando, no se afecte su núcleo esencial en casos de pugna con otros bienes fundamentales y al atender los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Adicionalmente, analiza que aún en el ámbito laboral esta garantía fundamental goza de cierta inviolabilidad con el “fin de proteger determinados ámbitos de privacidad y reserva; sin embargo, en ese escenario no se prodiga la misma protección que al lugar de habitación”, pues su grado de intimidad es inferior al del hogar dado que las relaciones son más públicas y las actividades tienen repercusiones sociales, de donde debe distinguirse tal ámbito de aquel que interesa solo al titular del derecho.

En la Sentencia C – 640 de 2010 la Corte expresa:

Así entendido, como derecho casi absoluto, la jurisprudencia constitucional parece haber adoptado, en los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1991, y de su artículo 15 en particular –“todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar [...] y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”-, una visión del derecho a la intimidad cercana a la célebre formulación del magistrado norteamericano Louis Brandeis, de finales del S. XIX: “*The right to be let alone*”, es decir, el derecho a la intimidad como el derecho a estar solo, el derecho a la soledad.

De manera que, el derecho de estar en sociedad también es un derecho al respeto por la individualidad y por el espacio que merece respecto de los otros, esto es, el derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad, inicialmente, se concreta en la vida social de los individuos, en el derecho a estar solo. Sin importar el lugar en que la persona se encuentre, nadie puede imponerle su compañía y ser testigo de su vida íntima o inmiscuirse en ella. Solo aquel que sea aceptado por cada quien en su fuero personal y el quien cuente con la expresa autorización de ley previa, cuando cumpla con las ritualidades señaladas por la norma, puede legítimamente compartir sus vivencias, enterarse de lo que el individuo considera privado, intervenir en sus comportamientos o inquirir por ellos (Sentencia T – 413 de 93, par. 4.2.1).

Este derecho hace parte esencial del Estado social y democrático de derecho como lo reitera la Sentencia C – 640 de 2010:

Desde 1992, la Corte Constitucional reconoció el derecho a la intimidad como un derecho fundamental que permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores. Se dijo en ese entonces que se trataba de un derecho “general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer “erga omnes”, vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular *a priori* de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta (...). Se afirmó también que la intimidad es “el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.” (par. 3.1.1)

Por su parte, en la Sentencia T – 690 de 2015 la Corte analizó el caso de un trabajador que fue despedido por quedar registrado al usar el teléfono celular en horas laborales, al existir una expresa prohibición de entablar comunicación telefónica con externos. En esta oportunidad estableció que:

(...) aunque las nuevas tecnologías desempeñan un papel fundamental en las relaciones laborales porque permiten un mejor desempeño de los trabajadores, también implican un aumento del poder del empleador sobre las tradicionales formas de trabajo, generándose situaciones de control sobre las actuaciones de los empleados que pueden vulnerar o amenazar sus derechos. (par. 7)

Por lo anterior, los empleadores se encuentran facultados por la legislación y la jurisprudencia para ejercer el control del uso de los medios de comunicación de los trabajadores, siempre que se encuentre proporcional y razonable frente a los derechos fundamentales. Respecto a ello, en Sentencia T – 574 de 2017 se analizó el alcance de protección del derecho a la intimidad frente a la información que comparten los trabajadores en sistemas de mensajería como *WhatsApp*, al usarse remisión a la jurisprudencia internacional. Estas situaciones, respectivas al contacto de las relaciones laborales, se analizan desde la expectativa de privacidad que asiste al trabajador al estar sujeto a las condiciones particulares.

En la Sentencia T – 054 de 2018, al analizar un caso de terminación de un contrato basado en la publicación de fotos íntimas del trabajador con su pareja, la corporación, luego de adentrarse a la relación del derecho a la intimidad con el libre desarrollo de la personalidad, precisó que:

(...) la garantía de este derecho implica la posibilidad que tiene cada persona de poder manejar todo aquello que hace parte de su existencia como tal, de la forma que prefiera, siendo inmune a injerencias externas que lo puedan afectar, y dicha relación se encuentra caracterizada por el mandato de no intervención que tienen el Estado y los particulares respecto a los asuntos que únicamente le competen al individuo, lo cual parte del presupuesto de considerarlo como un ser naturalmente libre y autónomo. (par. 6)

Los anteriores casos que han sido sometidos a escrutinio de jueces constitucionales, permiten entrever la tensión presente entre el derecho a la intimidad del trabajador y el ejercicio de poder jurídico de subordinación por parte del empleador. Así, desde las decisiones adoptadas por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, se puede apreciar cómo este derecho ha operado como garantía de los trabajadores frente a intromisiones ilegítimas de su empleador o contratante.

En ese orden de ideas, es posible vislumbrar cómo este derecho iusfundamental representa para el trabajador la garantía de la desconexión laboral, al punto que se pretende demostrar que el nuevo “derecho a la desconexión” es una manifestación o expresión más del derecho a la intimidad. Pese a esta afirmación, resulta pertinente plantearse la pregunta sobre: ¿En qué consiste la desconexión laboral y cuál es su importancia en el escenario del trabajo en casa?

6.3. Sobre el derecho a la desconexión laboral

La desconexión laboral puede definirse desde la palabra “desconectar”, es definida por la RAE como “Interrumpir la conexión entre dos o más cosas.” o como “Dejar de tener relación, comunicación, enlace.”. En el entorno laboral puede entenderse como cesar o interrumpir el contacto entre trabajador y empleador por fuera de la jornada de trabajo, lo que implica un conocimiento adecuado del tiempo y las funciones que se deben llevar a cabo cuando el trabajador está prestando su fuerza de trabajo.

En ese lapso de descanso, no debe haber intromisión del empleador respecto del trabajador por medio alguno, sea presencial, por teléfono, por correo, por mensajería instantánea, etc., y en caso de presentarse, no habría obligación del trabajador de atender tales llamados hasta el inicio

de la siguiente jornada de trabajo. Además, tal situación no puede representarle consecuencia adversa alguna. Para Pérez Amorós (2020, p. 13):

Se deduce que la desconexión, más que impedir al empresario comunicarse, implica que el trabajador no está obligado a responder a las comunicaciones laborales indebidas fuere cual fuere el medio utilizado. Nada se apunta si el trabajador responde, pudiendo no hacerlo. Se trata pues de un derecho subjetivo de todos los trabajadores a no responder las comunicaciones laborales emitidas por su empresario, o en su nombre, fuera de la jornada y horario laboral. De tal modo, se garantizan el descanso e intimidad.

Aunado a ello, la desconexión digital puede interpretarse como el reconocimiento del derecho a no conectarse a herramientas tecnológicas después de la jornada laboral de los trabajadores o en los tiempos de descanso, “En todo caso, el derecho a la desconexión digital debiera ir más allá del derecho al descanso so pena de otra forma de quedar vacío de contenido y limitarse a reproducir un derecho que los trabajadores ya tienen reconocido” (Vallencillo, 2017, p. 35). Este derecho surge en el contexto en que diversas manifestaciones sociales, culturales y, por supuesto laborales, han puesto de presente que las consecuencias negativas del uso de la tecnología pueden dejar huellas significativas que traspasan lo laboral y afectan significativamente la esfera personal (Gutiérrez, 2020, p. 4)

La creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919 contemplaba el tiempo de trabajo como un punto fundamental en la agenda. Se había previsto que la “(...) reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo.” eran algunas de las medidas esenciales que darían una puerta de entrada a la regulación laboral en el mundo y al respeto de los derechos que paulatinamente iban ganando los trabajadores (Aguilera y Cristóbal, 2017, p. 1). Para las autoras:

Los problemas derivados de la falta de desconexión del trabajador con la empresa se pueden plantear tanto en los supuestos en los que la jornada de trabajo se realiza de forma presencial en la empresa, como en los supuestos de teletrabajo. Cuando el trabajo es presencial el problema de la desconexión tecnológica se plantea por la posibilidad que ofrecen las nuevas tecnologías de mantenerse en continuo contacto con la empresa. Por lo que se refiere al teletrabajo el problema se plantea por la ausencia de un control diario de la jornada laboral. (p. 4)

Como se ha afirmado en otros apartes, las tecnologías de la información favorecen y facilitan algunas esferas del trabajo a distancia y pueden permitir un grado de conciliación entre la vida profesional y laboral; sin embargo, la desaparición entre estas fronteras ha generado diversas inquietudes que hacen un llamado de atención al mundo del trabajo para su respectiva regulación. Al diluir las fronteras, el tiempo de descanso genuino de los trabajadores se encuentra en desaparición, a la par que las regulaciones previas sobre la jornada laboral (Serrano, 2019, p. 169).

Otra definición de la desconexión digital se puede tomar de *El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail No 2016-2018 (2017, p. 19) de Francisco Alemán Páez:*

Concibo la desconexión como un «derecho de inversión y reversión que confiere a los trabajadores la posibilidad de decidir, con carácter transitorio o permanente, su disponibilidad conectiva con los dispositivos técnicos digitales, respetando los derechos dignitativos básicos e integrando, en su caso, las condiciones que puedan estipularse al efecto a título individual y en instrumentos de naturaleza colectiva».

Para el autor, la desconexión digital tiene una titularidad individual en cabeza de los trabajadores y su ejercicio es potestativo; además, adquiere carta de naturaleza a través de construcciones jurídico-positivas que posteriormente delimitan el alcance dogmático y material de la institución; por último, aparece un imperativo obligacional de desconexión que tiene efecto personal, pero puede acordarse en entornos de negociación colectiva:

Los derechos de desconexión representan, pues, una réplica frente a la dilución de los códigos de espacio y tiempo antes descrita. Y en este sentido, los ordenamientos dan carta de naturaleza a un «nuevo derecho» para garantizar las condiciones de descanso y el aislamiento de los trabajadores, pero también para preservar los derechos de conciliación de la vida personal y familiar en planos paralelos de protección jurídica. Se instituye entonces un trinomio protector que, por un lado, anude la salvaguarda de los riesgos tecnológicos, la salud laboral y los derechos de conciliación, empero, proyectando a un mismo tiempo una relación con-causal entre dichos anclajes institucionales. (2017, p. 7)

Para el autor, el auge de los derechos a la desconexión se traduce en una evolución de los derechos sociales y del derecho al trabajo. Su llegada analiza y anticipa los riesgos que atañe la sobrecarga laboral y se presenta como una garantía para hacer valer los tiempos de ocio. Este derecho se enmarca en los denominados derechos de tercera generación que, de una u otra forma,

se encuentra vinculado con el derecho a la dignidad humana de los trabajadores. Para Alemán (2017, p. 10):

Entre otras muchas transformaciones sistémicas, la revolución digital produce una licuefacción general de los códigos de espacio y tiempo, que, además, religa el factor trabajo a una condición periférica de la producción. La inercia tecno-informacional sume a los trabajadores en circuitos permanentes de interconectividad digital, de tal manera que, una vez difuminados los códigos de espacio y tiempo, se facilita extraordinariamente el derrubio de los períodos de descanso, ora diario, semanal y anual.

Por otra parte, y como se había planteado con antelación, desde los convenios de la OIT puede encontrarse una regulación sobre el tiempo de trabajo que puede ser relevante para esta materia. El *Convenio 001* sobre las horas de trabajo (industria) de 1919 estableció por regla general que todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza y la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana. Este organismo internacional también reguló sobre la materia en:

- El *Convenio 047 de 1935*, según el cual todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente *Convenio* se declara en favor: (a) del principio de la semana de cuarenta horas, aplicado en forma tal que no implique una disminución del nivel de vida de los trabajadores.
- La *Recomendación R116*, sobre la reducción de la duración del trabajo, 1962 (núm. 116).
- *Convenio 14 de 1921* sobre el descanso semanal (industria), *Convenio 106 de 1957* sobre el descanso semanal (comercio y oficinas) 1957 (núm. 106). Estos establecen la norma general de que los trabajadores deben disfrutar de un período de descanso de al menos 24 horas consecutivas cada 7 días.
- *Convenio sobre las vacaciones pagadas* (revisado), 1970 (núm. 132). Toda persona a la que se aplique el Convenio debe disfrutar de al menos tres semanas laborables de vacaciones anuales pagadas por cada año de servicio.

Por otro lado, el artículo 24 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* del año 1948 establece que: “toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”. Con lo anterior, puede argumentarse que el tiempo de trabajo ha sido una preocupación preponderante de los

instrumentos jurídicos internacionales y que, de cierto modo, el nuevo derecho a la desconexión laboral está emparentado con la preocupación sobre el tiempo de trabajo y la jornada laboral.

En palabras de Pérez (2020, p. 6) y de la OIT:

Según ha asegurado recientemente una alta autoridad laboral: “La regulación del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso juega asimismo un rol central en la defensa del principio en virtud del cual el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo para el comercio [...] las decisiones sobre el tiempo de trabajo pueden tener consecuencias de gran calado, que por lo general van más allá de los intereses inmediatos de una determinada empresa o grupo de trabajadores [...] pueden repercutir en el funcionamiento de la economía, la competitividad de la industria, las tasas de empleo y desempleo [...] La regulación del tiempo de trabajo también puede contribuir a resolver problemas sociales, incluido, en particular, el equilibrio entre la vida laboral y la vida privada, y a preservar la salud, la seguridad y el bienestar de los trabajadores [...] por lo tanto, queda claro por qué las cuestiones relativas al tiempo de trabajo y los periodos de descanso han ocupado durante mucho tiempo un lugar central en los debates, no solo entre trabajadores y empleadores, sino en la sociedad en general.”.

Esta garantía tiene un referente legislativo principal en la Ley francesa 2016-1088 del 08 de agosto, o *Ley Khomri* que introduce un apartado en la L. 2242-8 del *Código de Trabajo Francés*, mencionada en párrafos previos, y que como indica Aguilera y Cristobal (2017, p. 5) trasladó a la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo, 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 (. Pero agrega que, a falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Para estas autoras (2017, p. 4):

Un ejemplo claro sobre la trascendencia que este debate ha adquirido en los últimos tiempos es la Ley francesa 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, conocida como *Loi Travail* o reforma laboral francesa de 2016, que ha venido a regular el “derecho a la desconexión” laboral. La regulación del derecho a la desconexión del trabajador con su empresa una vez finalizada su jornada laboral en Francia ha ido precedida del informe METTLING en el

que el Director General adjunto de ORANGE y redactor del informe que ha servido de base a la normativa francesa (*Transformation numérique et vie au travail*, septiembre de 2015) señalaba que la utilización de equipos informáticos por el trabajador fuera del horario laboral podía producir, en ocasiones, una sobrecarga de información y comunicación dañina para su vida privada por el riesgo de incumplir los tiempos de descanso diarios o semanales.

Se puede argumentar que, a pesar del objetivo loable de esta Ley, se ha criticado que no definió el contenido y alcance del derecho a la desconexión laboral, ni precisó las correlativas obligaciones derivadas de éste, al punto de dejar a la negociación colectiva la determinación de sus límites, y en caso de no llegar a acuerdo queda a juicio del empleador la elaboración de la política empresarial que lo regule. Es decir, que no hay una sanción o garantía material para hacer efectivo el derecho, este punto se retomará en el apartado correspondiente al análisis y discusión.

Para observar el caso español puede observarse el análisis de Gutiérrez (2020) en *La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación* donde argumenta que, pese a la regulación con la Ley Orgánica 3 de 2018 de la desconexión digital, el contenido no ha sido definido por el legislador y traslada la responsabilidad de definición a los trabajadores y empleadores a través de la negociación colectiva, políticas empresariales internas, entre otros elementos.

Pérez (2020, p. 13) expone algunos referentes que dieron paso para la regulación de este derecho inicialmente en Francia, España y otros países de Europa:

Así, por ejemplo, Volkswagen, ya en 2011, desconectaba ciertas comunicaciones de los móviles de los empleados durante horas de descanso; Michelin, en 2016, desaconsejaba y evitaba conexiones de trabajo en horarios de descanso; y, Mercedes Benz, en 2016, redirigía a otras direcciones correos electrónicos de trabajadores durante sus vacaciones (*mail on holiday*). Es clásica a la cita del Convenio Colectivo del Grupo Axa de 2017 porque su pasaje 14, “Derecho a la desconexión digital”, establece que “salvo causa de fuerza mayor 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”. Así, precisa que la desconexión posibilita “no responder”, pero sin que tan extenso artículo aporte más. El acuerdo para la distribución de la jornada en Ikea Ibérica s.a. firmado el 27 de junio de 2017, en su punto 13 “establece que los trabajadores/as tiene derecho a no

responder cualquier comunicación por cualquier canal (correo electrónico, WhatsApp, redes sociales, etc.), fuera de su hora de trabajo, salvo causa de fuerza mayor.

Ahora bien, en el escenario de teletrabajo (como contrato suscrito) y trabajo desde casa (como modalidad) el problema radica en la flexibilidad que se puede generar en los horarios y que esto afecte de forma negativa las esferas laboral y privada. Lo anterior, se ha reiterado en párrafos previos de este documento, pero merece la pena su reiteración y observar si, efectivamente, es la garantía a la desconexión digital en un plano legislativo la que puede resolver la situación. Para Aguilera y Cristóbal (2017, p. 10):

Las nuevas tecnologías pueden llevar al teletrabajador a una situación de disponibilidad del empresario casi permanente al margen de los objetivos que haya pactado con la empresa o del período de tiempo de estricta puesta a disposición del empresario o cliente. En este supuesto, nos encontramos ante los mismos problemas que las nuevas tecnologías pueden plantear en la jornada del trabajador presencial y con ello en su vida privada y salud, si bien en el caso de los teletrabajadores estos problemas se pueden acrecentar aún más debido a la flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo. Por ello, como señala el documento de Eurofound sobre el teletrabajo, “Working anytime, anywhere: the effects on the world of work”, el mayor reto del teletrabajo es el derecho a la desconexión, con el fin de limitar las consecuencias negativas que este tipo de trabajo puede tener para la salud y el bienestar.

Al tener claras las implicaciones del derecho a la desconexión digital, su nacimiento y el marco de revolución tecnológica en que se presenta, es fundamental retomar la discusión sobre el tiempo de trabajo, aspecto que se expone en el apartado de análisis y discusión. Por el momento, es pertinente observar algunas de las disposiciones en Colombia y considerar que:

El tiempo de trabajo —un bien más escaso que el trabajo— se debe limitar para permitir el descanso y garantizar otros derechos laborales. Las nuevas tecnologías permiten producir más y mejor en menos tiempo, pero, mal utilizadas, podrían menoscabar los derechos laborales fundamentales y ordinarios, en general. (Pérez, 2020, p. 18)

6.4. La garantía de la desconexión laboral en el ámbito nacional

En una búsqueda inicial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia no se encuentra una referencia al derecho a la desconexión laboral; no obstante, pueden encontrarse análisis de casos referentes a la jornada de trabajo pactada y a la

disponibilidad del trabajador fuera de ésta. Como aproximaciones se tiene la Sentencia C – 024 de 1998, en la cual, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del artículo 60 del Decreto 1214 de 1990, indicó que la protección del derecho al trabajo establecida en el artículo 25 de la *Constitución* implica la determinación de jornadas máximas de trabajo en las cuales el trabajador está sometido a la subordinación del empleador; por ende, la jornada indefinida, sin períodos de descanso previamente delimitados, atenta contra la dignidad del trabajador, desconoce la garantía de los derechos inalienables de cada persona contenida en el artículo quinto superior y atenta contra el derecho al descanso consagrado en el artículo 53 *ibidem*.

Aunque la Sentencia acepta que en razón a la actividad que se cumple en determinadas instituciones, persiste la obligación de disponibilidad, y con ella, de prestar el servicio cuando sea requerido por autoridad competente: por fuera de la jornada de trabajo, de manera excepcional, previamente definida por la ley al establecer la relación laboral y con la debida justificación en la prevalencia del interés general y para el cumplimiento del objeto propio de aquella.

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, se ha identificado la Sentencia SL5584 de 2017, como hito en el tema de disponibilidad del trabajador en favor del empleador. En esta providencia se analizó el caso de cuatro trabajadores de la Empresa de Telecomunicaciones de Pereira SA ESP, en la que se confirmó la sentencia de primera instancia que condenó al pago de trabajo suplementario, tras concluir:

(...) que los demandantes, algunos sábados y domingos, por 24 horas, estaban disponibles desde sus hogares para atender cualquier problema que se presentara en las centrales de la demandada; además, aun cuando en el plenario reposan documentos que dan cuenta de que se reconocieron algunas horas extras laboradas a los actores, las mismas no se acompañan con la realidad del asunto, esto es que los demandantes, cuando eran programados para realizar turnos operativos, estaban disponibles para remediar algún inconveniente que se presentara, es decir, estaban bajo las órdenes de su empleador, sin importar la hora ni el momento. (p. 21)

En su momento, esta decisión fue objeto de discusión, pues para algunos daba a entender que la mera disponibilidad pactada obligaba al pago del tiempo objeto de esta; no obstante, más allá de las voces más optimistas frente a la retribución que puede generar de la disponibilidad pactada en el contrato de trabajo, de la lectura detenida de la decisión no se infiere más que cuando esta disponibilidad impone al trabajador estar de forma permanente y continua atento de las

directrices u órdenes del empleador implica, además, el cumplimiento de labores constantes sin fijación de hora y momento, tal situación impone la retribución.

Pese a la anterior Sentencia, en nada se alude al derecho al descanso del trabajador con la correlativa obligación del empleador a su reconocimiento, y mucho menos, toca el tema de la posibilidad del trabajador de desatender las órdenes o llamados del empleador fuera de la jornada de trabajo, cuando no se ha pactado disponibilidad, y no se adentra al análisis de la razonabilidad o no del tiempo de disponibilidad pactado, pues se limita a verificar probatoriamente la ocurrencia y la consecuente retribución por orden judicial.

En esa medida, puede afirmarse que el tema de la desconexión laboral no ha sido objeto de análisis judicial concreto en las altas cortes, y tampoco cuenta con regulación legal expresa en vigencia, pero esto no excluye que se encuentre garantizado a partir de otros derechos de índole sustantiva laboral; pero, principalmente, como expresión del derecho fundamental a la intimidad, que entre sus ámbitos de protección comprende el derecho a no ser visto o escuchado cuando no se quiere a tener esfera privada que comprende un aspecto objetivo material o físico, en otras palabras, garantiza el derecho a estar sólo o a tener espacios sin intromisiones o interrupciones ajenas.

Lo anterior adquiere mayor relevancia tratándose del trabajo realizado desde casa, escenario en el cual el trabajador cede parte de su espacio personal y familiar, para seguir en cumplimiento de sus labores subordinadas de manera transitoria ante circunstancias que ameritan cambiar su medio habitual de trabajo. A nivel normativo existen algunas regulaciones que son pertinentes mencionar y que incluyen, de forma novedosa, el derecho a la desconexión digital, como se verá a continuación en el marco normativo.

7. Marco normativo

Este apartado reúne la normativa internacional e interna que enmarca este trabajo. Se exponen una a una, se reiteran otras que se han mencionado en párrafos anteriores y se añaden algunos proyectos de ley que resultan de relevancia. En esa medida, la primera norma que irradia esta reflexión es la *Constitución política de 1991* en su artículo 15 que regula el derecho a la intimidad y su artículo 53 referente a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales donde se contempla el descanso mínimo necesario. A su vez, el artículo 333 regula el control empresarial y la facultad de subordinación.

A nivel internacional se tienen diferentes instrumentos que han ingresado a nuestro ordenamiento a través del Bloque de constitucionalidad, como se mencionó previamente. Entre ellos se encuentra la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en su artículo 12; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* artículo 17 y la *Declaración Americana sobre Derechos Humanos* artículo 11. Así mismo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha preocupado por lo que tiene que ver con el tiempo de trabajo desde 1919.

Se tiene el *Convenio 001* sobre horas de trabajo en la industria de 1919; el *Convenio 047 de 1935* que declara la semana laboral de cuarenta horas; la *Recomendación R116 de 1962* que reduce el tiempo de trabajo; el *Convenio 14 de 1921* sobre descanso semanal, igual que el *Convenio 106 de 1957*; y el *Convenio 132 de 1970* que contempla la posibilidad de que las vacaciones sean pagadas y consistan en al menos tres semanas laborables anuales.

Por su parte, el *Código Sustantivo del Trabajo* en su artículo 23 literal b. regula lo concerniente a la subordinación y en el artículo 56 plantea las obligaciones de las partes en general. El artículo 59 numeral noveno impone una prohibición general en cuanto a “Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores.”. La jornada de trabajo y descansos obligatorios son regulados en los títulos VI y VII del mismo *Código*.

Resulta pertinente destacar que, al momento de la expedición del estatuto del trabajo, no se contemplaba el panorama actual de hiper conectividad, había una asimilación del trabajo al lugar de cumplimiento de funciones en donde se permanece por la duración de la jornada. En la actualidad, se ha desdibujado esa necesaria imbricación, pues las tecnologías de la comunicación han permitido el trabajo a distancia, desde casa o cualquier otro lugar remoto. Sin embargo, las regulaciones internas mencionadas pueden interpretarse a la luz de esos nuevos escenarios.

Así mismo, en la Ley 1010 de 2006: “Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo”, se prevé en el artículo dos, como modalidad de acoso laboral:

2. **Persecución laboral:** toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, **la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.** (Negrilla añadida)

Desde el Ministerio del Trabajo se expidió la Circular 0041 del 02 de junio de 2020 dirigida a empleadores y trabajadores del sector privado, sobre “Lineamientos sobre el trabajo en casa”, como medida adoptada para la prevención y control sanitario de la Covid-19 en virtud de la emergencia sanitaria declarada a través de Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 emitida por el Ministerio de Salud, prevista inicialmente hasta el 20 de mayo de 2020.

En esta Circular se recuerda que el trabajo en casa es una modalidad de trabajo ocasional, temporal y transitoria, no equivalente al teletrabajo regulado por la Ley 1221 de 2008, y en el punto uno: “Sobre aspectos en materia de relaciones laborales”, en el literal d. señala que:

(...) las tareas encomendadas por el empleador deben ser ejecutadas de tal manera que permitan el descanso necesario al trabajador con el fin de recuperar las fuerzas de trabajo y compartir con su núcleo familiar. Para el seguimiento de las tareas a cargo del trabajador se deben precisar los instrumentos, la frecuencia, modelo de evaluación y aprobación o retroalimentación respecto de reporte y/o resultados de estas. Los criterios para el seguimiento de las tareas de los trabajadores, deben obedecer a criterios estándares, objetivos y descritos con anterioridad.

A su vez, en el literal f. se incluye que:

Para respetar los derechos de los trabajadores, los empleadores tratarán de evitar solicitudes o requerimientos por fuera del horario laboral establecido en el contrato de trabajo o incluyendo los fines de semana y días de descanso, en tal sentido, de manera prioritaria se respetarán estos tiempos dentro del marco de los derechos del trabajador, en todo caso debe tenerse en cuenta que en la prestación del servicio pueden presentarse contingencias que ameriten la atención del trabajador y que, por ser excepcionales y necesarias, deben ser atendidas de forma prioritaria, sin que tal circunstancia eventual pueda ser considerada como una forma de acoso laboral.

En el punto dos referido a “Aspectos en materia de jornada de trabajo”, se advierte que el trabajo en casa se sujeta a la jornada máxima permitida por el artículo 161 del CST de ocho horas diarias y 48 a la semana, y lo contenido en el *Convenio 001* de la OIT sobre horas de trabajo y que el trabajo suplementario no podrá exceder de dos horas diarias y 12 a la semana. En el literal b. destaca que los empleadores y trabajadores se deben ceñir al horario y jornada de trabajo, con el fin de garantizar el derecho a la desconexión laboral digital y evitar los impactos que se pueden generar a la salud mental y en el equilibrio emocional de los trabajadores.

Además, en el punto tercero relacionado con la armonización de la vida laboral con la vida familiar y personal, en el literal b., se alude a respetar el trabajo en los días pactados, al evitar el envío de solicitudes en fines de semana y días de descanso, y en el literal c. se advierte que los correos electrónicos y mensajes vía *WhatsApp* serán atendidos de manera prioritaria por el trabajador durante la jornada laboral, al respetar la vida personal y espacios de descanso a los que tiene derecho.

Por otro lado, la Ley 1221 de 2008 “Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo (...)” define el teletrabajo como una forma de organización laboral donde se utilizan soportes de tecnologías de la información y la comunicación entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física en un sitio específico de trabajo. En el artículo sexto referente a las garantías laborales, sindicales y de seguridad social para los teletrabajadores se contempla en el numeral cinco que: “La asignación de tareas para los teletrabajadores deberá hacerse de manera que se garantice su derecho a contar con un descanso de carácter creativo, recreativo y cultural.”.

Aunado a ello, el Decreto 884 de 2012 reglamenta la Ley 1221 de 2008 estipula en su artículo tercero, numeral dos que en el contrato se debe: “Determinar los días y los horarios en que el teletrabajador realizará sus actividades para efectos de delimitar la responsabilidad en caso de accidente de trabajo y evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal.”. Así mismo, el artículo décimo contempla el pago de las horas extras, entre otros factores:

Quando el teletrabajo sea ejecutado donde sea verificable el tiempo laborado y el teletrabajador a petición del empleador se mantiene más de lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social o en el Decreto-Ley 1042 de 1978, para los servidores públicos, el pago de horas extras, dominicales y festivos se le dará el mismo tratamiento de cualquier otro empleado.

Por su parte, la Resolución 2886 de 2012 regula la Red Nacional de Fomento al Teletrabajo que busca integrar mesas de trabajo para acordar cuestiones en materia de tecnología, formación, organización y aspectos legales. Así, como el desarrollo de políticas definidas para contemplar población vulnerable, incentivos y gestión del teletrabajo con base en una agenda anual de desarrollo.

Finalmente, se destacan dos proyectos de ley que esperan regular la desconexión laboral. El primero, es el Proyecto de Ley número 360 de 2020 de Cámara “Ley de Desconexión Laboral” o “por medio de la cual se regula la desconexión en la relación laboral, legal y/o reglamentaria y se modifica la Ley 1221 de 2008.” Radicado en la Secretaría General de la Cámara, el 26 de mayo de 2020.

El objeto del proyecto consiste en:

(...) crear, regular y promover la desconexión de los servidores públicos, trabajadores y teletrabajadores en las relaciones laborales, con el fin de garantizar que, por ejemplo, el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones no transgreda los límites que deben existir entre la jornada laboral y sus espacios de descanso.

La justificación recae en el aumento de horas de trabajo producto de la Covid-19 y las transformaciones que implicó y cómo a través de las medidas tomadas por el gobierno para mitigar la posibilidad de contagio, el teletrabajo adquirió una nueva y renovada perspectiva que debe ampararse bajo un rango normativo más amplio. Se sustenta con base en el artículo 53 de la *Constitución política* de acuerdo a los principios mínimos fundamentales en el trabajo.

El Proyecto de Ley 429 de 2020, “Por medio del cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones.”, tiene por objeto regular la prestación del servicio bajo la modalidad de trabajo en casa en situaciones ocasionales, excepcionales o especiales, y en el artículo cuarto referido a los criterios aplicables al trabajo en casa establece como principio en el literal b. la desconexión laboral que implica que el trabajador puede abstenerse de ejecutar la prestación personal del servicio durante sus periodos de descanso, pero este derecho no perturbará la debida prestación del servicio en el sector público ni las circunstancias especiales y excepcionales que requieran el cumplimiento de tareas impostergables en el sector privado.

El 24 de marzo del 2021 el Senado aprobó por unanimidad en último debate los proyectos de Ley: 352 de 2020 en Senado y 429 de 2020 en Cámara para regular el trabajo en casa donde se argumentó que, debido a las circunstancias coyunturales que afrontan los trabajadores

colombianos como resultado de la Covid-19, esta figura ocasional, excepcional y especial pretende proteger a los empleadores y trabajadores. Allí, se contempla el derecho a la desconexión laboral en el marco del trabajo en casa, puesto que el teletrabajo ya se encuentra regulado. Así mismo, se estipula un auxilio a la conectividad digital. En la sección de discusión y análisis se observará la pertinencia de este impulso legislativo.

8. Marco metodológico

El presente trabajo tiene una metodología caracterizada por tres puntos: alcance, enfoque y diseño. Esta sección se expone con base en estos apartes orientadores. En primer lugar, se profundiza en el enfoque cualitativo; en segundo lugar, se aborda el alcance descriptivo, y finalmente, se expone el diseño no estructurado, sus componentes y cómo se pueden hacer efectivos los objetivos: general y específicos al seguir una estrategia o plan de análisis.

8.1. Enfoque

El enfoque de este trabajo es cualitativo ya que espera observar un fenómeno que no es medible en términos numéricos, dado el alcance descriptivo. Este enfoque se caracteriza por tener planteamientos abiertos que van acercándose en el área problemática; por llevarse a cabo en ambientes naturales o propio de los fenómenos que se investigan; por extraer significados de los datos y no fundamentarse en la estadística. Además, este enfoque es inductivo, analiza múltiples realidades y no tiene una secuencia lineal (Hernández-Sampieri, 2014, p. 3), “Utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevos interrogantes en el proceso de interpretación.” (2014, p. 7).

Como se mencionó, el fenómeno se estudia a partir de jurisprudencia, normas y doctrina; de allí, que se extraigan significados e interpretaciones de estos instrumentos y se sigan las fases del proceso cualitativo: Idea, planteamiento del problema, inmersión en campo (búsqueda de fuentes en este caso), concepción del diseño del estudio, definición de la muestra, recolección de datos, análisis de los datos, interpretación de resultados, y, finalmente, un reporte de los resultados (Hernández-Sampieri, 2014, p. 7).

Los pasos del proceso de investigación cualitativa, y que se siguen en este trabajo, tienen una característica transversal, y es la búsqueda constante de referentes teóricos. Además, la evidencia que se obtiene puede ser verbal o simbólica, en forma de texto o imágenes, lo que permite una amplitud en la posibilidad de obtención de resultados y una interpretación posterior de estos, “La investigación cualitativa se fundamenta en una perspectiva interpretativa centrada en el entendimiento del significado de las acciones de seres vivos, sobre todo de los humanos y sus instituciones (busca interpretar lo que va captando activamente).” (Hernández-Sampieri, 2014, p. 9).

8.2. Alcance

El alcance de este trabajo es descriptivo, en la medida en que se busca exponer las propiedades de un fenómeno: si el derecho a la intimidad como límite al poder de subordinación del empleador fundamenta el derecho a la desconexión laboral. Para lograrlo se espera describir los contextos, sucesos y situaciones que abarcan el problema de investigación; por lo tanto, se acude a la jurisprudencia, a las normas y a la doctrina para analizar y observar cada una de las categorías analíticas:

Con los estudios descriptivos se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Es decir, únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren, esto es, su objetivo no es indicar cómo se relacionan éstas. (Hernández-Sampieri, 2014, p. 92)

El alcance descriptivo sirve para descubrir y mostrar los ángulos de un fenómeno, suceso, comunidad, contexto y diversos escenarios (Hernández-Sampieri, 2014, p. 92). Como puede apreciarse, es un alcance pertinente para lo que se espera en este trabajo, es decir, realizar una descripción de las diferentes categorías a partir de instrumentos teóricos y jurisprudenciales relacionados, y, posteriormente, plantear una interpretación de dichas categorías con los insumos descriptivos.

8.3. Diseño

El diseño consiste en determinar cuál es el camino mediante el cual se va a responder la pregunta de investigación y se van a hacer efectivos los objetivos: general y específicos, “El término diseño se refiere al plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea con el fin de responder al planteamiento del problema (...).” (Hernández-Sampieri, 2014, p. 128). En el presente caso el diseño es no estructurado, esto quiere decir que el camino es una revisión constante de leyes, sentencias y escritos teóricos sobre la materia que no sigue un plan preconcebido.

El plan o estrategia con la que se cuenta para recolectar la información consiste en una revisión detallada de archivo para construir un estado del arte, un marco teórico y un análisis

consolidado del fenómeno que se espera estudiar. Con ello se puede cumplir el objetivo general, “Establecer cómo el *derecho a la intimidad* constituye un límite al *poder jurídico de subordinación del empleador* y fundamenta el *derecho a la desconexión laboral* en el marco del trabajo desde casa.”. Al revisar las normas y la jurisprudencia en la materia por cada una de las categorías analíticas expresadas en cursiva.

De manera que, los objetivos específicos se llevan a cabo de acuerdo con el mismo plan, estrategia o diseño de investigación y se añade un análisis interpretativo final que espera ser la parte diferencial de este trabajo. Para concluir, resulta pertinente traer la afirmación de Hernández Sampieri (2014, p. 128) en cuanto a que: “Si el diseño está concebido cuidadosamente, el producto final de un estudio (sus resultados) tendrá mayores posibilidades de generar conocimiento.”.

9. Análisis y discusión

El marco teórico abordó cada una de las categorías analíticas de investigación, por lo que en esta sección el análisis y discusión se enfocan en observar de manera puntual la categoría de desconexión digital o laboral y responder la pregunta-problema. En primer lugar, se plantean algunos aspectos críticos del derecho a la desconexión digital por parte de ciertos doctrinantes; en un segundo momento, se analizan, de forma sintética, los Proyectos de ley 429 de 2020 y 352 de 2020 de Cámara y Senado concernientes al derecho a la desconexión digital en Colombia; finalmente, se responde de forma reflexiva el interrogante sobre si la desconexión digital si se encuentra fundamentada por el derecho a la intimidad como límite al poder jurídico de subordinación del empleador.

9.1. Elementos críticos del derecho a la desconexión digital

Como se ha advertido en otro momento, el derecho a la desconexión digital ha generado ciertas discusiones desde que se instauró en el ordenamiento jurídico francés y se trasladó al español. Para Alemán (2017, p. 14) es una norma de reconocimiento que trae una categoría jurídica nueva; sin embargo, el contenido material y sus márgenes aplicativos no se encuentran muy claros. Según su construcción en el ordenamiento jurídico español, este derecho puede dividirse, de acuerdo a su contenido, en dos secciones: aspectos sustantivos y los asuntos procedimentales.

En cuanto a los aspectos sustantivos, estos giran alrededor del dispositivo institucional de la interconectividad digital y los bienes jurídicos protegidos:

El párrafo 7º, en efecto, da carta de naturaleza a un nuevo derecho de naturaleza relacional, instrumental y comunicativo, sin embargo adolece de una «debilidad legal» tan sintomática como elocuente. El reconocimiento del derecho de desconexión se efectúa, digamos, de manera rala, con letra pequeña y adjetivamente («su derecho a la desconexión»). Es más, la propia ley devalúa el mentado derecho pues, según reconoce textualmente, caben graduaciones respecto de un «ejercicio pleno» del mismo. En segundo lugar, el art. 2242 CTF asigna al empleador un rol preponderante en el tratamiento aplicativo y regulador de la desconexión. Esta posición de centralidad atribuida al empresario se refuerza incluso más en los aspectos procedimentales. (Alemán, 2017, p. 15)

Los valores jurídicos que se pretenden proteger mediante el derecho a la desconexión se relacionan con el descanso, el respeto del tiempo, las vacaciones, la vida personal y familiar, entre otros, donde se destaca el concepto de respeto. En ese sentido, el respeto se constituye como una obligación de “auto-contención” y retraimiento empresarial que debe tener el empleador para no incurrir en la vulneración del derecho, lo que se resume en el respeto por los tiempos de descanso y se vincula con la dignidad como valor superior protegido.

Respecto a los elementos procedimentales, para el autor, el empleador tiene un rol preponderante pues es el encargado de materializar este derecho cuando no se haya hecho un acuerdo. No hay una delimitación específica para la actuación del empleador, ya que, según Alemán (2019, p. 17), esto se hace en términos muy laxos donde se puede prescindir de la participación de instituciones colectivas. En cuanto a ello, la norma universaliza los derechos de participación colectiva cuando se espera materializar el derecho a la desconexión, sin concebir los elementos particulares.

Para el autor, esta regulación aparece como un acierto en el caso francés; pese a ello, adolece de ciertas insuficiencias en cuanto a su contenido material que ya se encontraba regulado en otros apartes del entramado jurídico. El derecho a la desconexión queda supeditado a las negociaciones privadas o a una decisión del empleador. Además, la poca claridad en cuanto a las condiciones del trabajador, del empleador, de los dispositivos y demás, generan cierta confusión al momento de la materialización del derecho.

En un sentido similar, Molina (2017, p. 22) plantea una serie de interrogantes:

¿En qué consiste, entonces tan necesario derecho? Para nuestra perplejidad, la ley ni lo define ni lo delimita (derecho inconcreto), 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-. Pero aquí viene la segunda sorpresa negativa ¿y si no hay acuerdo, qué pasa? Esta materia no forma parte del contenido obligatorio del convenio, sino del proceso negociador -para empresas de más de 50, según se ha explicado en la nota anterior-, por lo que la ley asume el eventual fracaso, siendo obligación de negociar pero no de acordar. En tal caso, y he aquí la tercera perplejidad, el legislador no prevé ningún régimen subsidiario, como hubiese consecuente, en ausencia de acuerdo colectivo (regulación dispositiva), sino

que lo deja en manos por completo del empleador, sin perjuicio de su deber de consulta previa (que no puede ser negociación en un sentido estricto, pues esa ya habría fracasado).

Como puede leerse, las críticas que realiza este autor se encuentran vinculadas a la regulación puntualmente, ya que no se prevén ciertos aspectos fundamentales para la efectividad del derecho, lo que lo convierte en un derecho incompleto. Aunado a ello, tampoco se plantea una sanción específica en caso de que no se negocie o se incumpla, es decir, este derecho no se encuentra anclado a herramientas e instrumentos jurídicos que permitan su efectivo cumplimiento:

Por lo tanto, tanto boato con que se ha presentado mundialmente este pretendido “derecho” (inconcreto, incompleto y condicionado) queda a toda luz completamente descafeinado, pues se trata un desnaturalizado derecho: carece de la garantía de un poder -a favor del trabajador- para negarse realmente a la conexión y de la imposición de un genuino deber -del empleador- de abstenerse de disposición alguna digital. (Molina, 2017, p. 25)

Por otra parte, Gutiérrez (2020, p. 4) plantea que la clasificación como derecho u obligación de la desconexión digital es un asunto primordial ya que acarrea ciertas implicaciones. La circunstancia mediante la cual los trabajadores puedan desconectarse o ignorar los requerimientos que se les solicitan fuera del horario laboral otorga cierta libertad al trabajador. Dicha libertad se encuentra limitada por la relación de inferioridad que pesa en la relación laboral que se suma al temor de sufrir represalias. En ese punto es donde el autor observa las deficiencias de este derecho.

No se contemplan medidas o sanciones como resultado del incumplimiento del derecho y su efectividad recae en el trabajador. Se presentan algunos riesgos para garantizar la exigencia del derecho y la forma más efectiva, según el autor, es que el empresario cuente con una sanción que le imposibilite la utilización de medios digitales fuera del tiempo de trabajo para relacionarse con sus empleados. Si bien, se insiste, en que es importante el reconocimiento de este derecho y lleva en sí una contrapartida de respeto; que la exigencia tenga que provenir del trabajador merma su efectividad, pues este está supeditado a una relación laboral que en esencia es desigual:

El carácter imperativo de una obligación empresarial sería más acorde con la finalidad que persigue la implementación efectiva de la desconexión digital, ya que omite el carácter optativo del derecho —o la decisión de no ejercer este para evitar represalias empresariales— y lo transforma en una imposición normativa insalvable que admitiría un mayor control de su cumplimiento por parte de los poderes públicos. (Gutiérrez, 2020, p.

4)

Aunado a ello, y con énfasis en las implicaciones de la definición, Naranjo (2017) ha planteado que, si se analiza este derecho en perspectiva de la regulación de la jornada laboral y de la garantía del derecho al descanso, “y así, la esfera persona compuesta por aspectos básicos de ocio, familia y salud”, ya estaban protegidos. Cuestiona si se trata, entonces, de un derecho a desconectarse o de un derecho a ignorar, pues advierte que: “(...) considerar el vocablo desconectar sugiere aceptar que el trabajador está vinculado o guarda algún tipo de deber respecto del empleador aún por fuera de la jornada de trabajo, desnaturalizando la esencia misma de la institución” (2017, p. 55).

Lo anterior, conduce a una “discriminación positiva” del trabajador frente a una situación que se suponía ya estaba reglada con la jornada de trabajo y el derecho al descanso, por lo que concluye que el pretendido “novísimo” derecho a la desconexión aporta al derecho laboral en el sentido en que: “(...) es consagrar la facultad taxativa de un derecho a ignorar tareas y funciones de trabajo por fuera de la jornada laboral, cuando ellas no fueron previamente acordadas, aceptadas y previamente remuneradas” (2017, p. 54).

En un sentido similar, Molina (2017, pp. 25.26) luego de cuestionar la ley francesa y la “vacuidad del derecho en su configuración legal” al carecer de delimitación de contenidos y de sanciones que garanticen su efectividad, concluye que: “(...) en realidad, no se trataría sino de atribuir al trabajador más una garantía de eficacia de su verdadero derecho: el derecho al descanso, derecho fundamental comunitario ex art. 31.2 CDFUE, así como principio general del Derecho de la Unión (Sentencia Tyco).”.

Posteriormente, el autor se cuestiona sobre: ¿Qué aporta de nuevo a cualquier ordenamiento de la UE, como el español, para reconocer y garantizar un poder de autodeterminación razonable de los trabajadores para evitar que tengan que estar conectados siempre, incluso fuera de su jornada de trabajo? Y agrega, entonces, ¿si sólo se refleja el derecho/libertad, pero no el deber/prohibición de la empresa de mantener esa conexión, en qué se ha innovado el ordenamiento jurídico-laboral francés, objeto de deseo por otros, como el español, según se desprende de las iniciativas parlamentarias?

Tras plantear el interrogante sobre si realmente no existe un derecho protegido al descanso, desconexión laboral fuera de la jornada ordinaria y extraordinaria, indica:

En otros términos, fuera de la jornada de trabajo (en su sentido amplio, claro, por lo tanto ordinaria y extraordinaria, y atendiendo siempre a los diversos modos de organización y

distribución flexible del mismo, pues no será lo mismo el trabajador a distancia, o el trabajador a tiempo parcial con horas complementarias...), el tiempo de vida lo es para ejercer la propia personalidad a placer, también, naturalmente, atendiendo a circunstancias de tipo personal, social y familiar (enfoque realista). Pero siempre expresión de libertad y, por lo tanto, no sólo no se le puede exigir que mantenga la conexión productiva, aun digital, sino que incluso cabría extraer un poder de oposición a conductas y prácticas empresariales que lo obstaculizaran, activando la inmensa gama de medidas de tutela efectiva ligadas a la eficacia de los derechos fundamentales, incluidas indemnizaciones disuasorias (...). (Molina, 2017, p. 27)

Las críticas que se han planteado al derecho a la desconexión laboral han aumentado, ya que, si bien es un derecho de reconocimiento, los instrumentos legales para facilitar su cumplimiento no se contemplan y la carga se traslada al trabajador y a la negociación colectiva. En Colombia se han propuesto dos proyectos de ley que fueron aprobados en el 2021. En el siguiente apartado se analizan estos proyectos puestos tras el lente de las críticas en el ámbito teórico al derecho a la desconexión laboral que suscribe este trabajo de grado.

9.2. Análisis del Proyecto de Ley 429 de 2020 y 352 de 2020 sobre desconexión digital

El artículo primero estipula el:

Objeto. Esta ley tiene por objeto crear, regular y promover la desconexión laboral de los trabajadores en las relaciones laborales cualquiera sea su modalidad, así como en las relaciones legales y/o reglamentarias, con el fin de garantizar que el empleador no transgreda los límites que deben existir entre la jornada laboral y los tiempos de descanso, licencias, permisos

Podría argumentarse que el cometido de este derecho ya se encuentra creado y garantizado por los derechos laborales en el *Código sustantivo del trabajo*, por la *Constitución política de 1991* en su artículo 53 y por los instrumentos del derecho internacional que tienen que ver con la jornada laboral, las vacaciones, las licencias, permisos y demás. En cuanto a los:

Artículo 2°. Principios orientadores. El derecho a la desconexión laboral se orientará por los principios contenidos en la Constitución Política de Colombia en lo concerniente al derecho al trabajo, los Convenios Internacionales, en especial los de la

Organización Internacional del Trabajo - OIT ratificados por Colombia y demás normas concordantes.

La norma sustantiva laboral y, como se mencionó en el marco teórico, el movimiento de constitucionalización del derecho genera que esté amparada por los principios constitucionales, así como el mandato del artículo 53 superior y el artículo 93 referente al Bloque de constitucionalidad que estipula que los tratados internacionales sobre derechos humanos hacen parte integrante del ordenamiento interno; de allí, que estos principios orientadores sean un marco del derecho laboral en general. Por su parte:

Artículo 3°. Definición: Desconexión laboral en las relaciones laborales, legales y/o reglamentarias. Es el derecho del que gozan todos los trabajadores y servidores públicos, de disfrutar efectiva y plenamente del tiempo de descanso, licencias, permisos, vacaciones y de su vida personal y familiar.

Podría plantearse que el derecho ya existe a través de las regulaciones sobre jornada laboral, vacaciones, descanso, límites al poder de subordinación del empleador y derechos fundamentales de los trabajadores. La dificultad radica en el cumplimiento por parte de empleadores y su voluntad por los trabajadores. Se puede concluir que la deficiencia radica más en el cumplimiento de la norma que en la regulación como tal, discusión que plantean los doctrinantes en párrafos previos.

Artículo 4°. Garantía del derecho a la desconexión laboral en las relaciones laborales, legales y/o reglamentarias. Los trabajadores y servidores públicos gozarán del derecho a la desconexión laboral una vez finalizados los tiempos de la jornada ordinaria. El ejercicio del mismo responderá a la naturaleza del cargo y al objeto de la relación laboral, legal y/o reglamentaria. Así mismo, el empleador deberá garantizar que el trabajador o servidor público pueda disfrutar efectivamente de este derecho, respetando los tiempos y espacios contemplados en el artículo 2° de esta ley. **Parágrafo 1°.** Cuando el trabajador o servidor público decida voluntariamente renunciar a este derecho, **para cumplir una orden del empleador, se el empleador tendrá que** reconocerá el trabajo suplementario que se realice fuera de la jornada ordinaria de trabajo, de la máxima legal o convenida, de conformidad con las normas establecidas en la materia, según sea el caso. **Parágrafo 2°.** Será ineficaz cualquier cláusula o acuerdo que vaya en contra del objeto de esta ley o desmejore las garantías que aquí se establecen. **Parágrafo 3°.** La inobservancia del derecho a la

desconexión laboral constituye una conducta de acoso laboral, en los términos del literal J del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006.

La ineficacia está regulada en el ordenamiento jurídico laboral sustantivo, así como el acoso laboral. Si se sigue el análisis con los demás artículos y los apartes de ambos proyectos de ley se puede encontrar que su regulación llega para insistir sobre aspectos que ya se encontraban regulados en otros apartes del ordenamiento. Por lo que, aplica para Colombia la discusión internacional respecto al derecho a la desconexión digital en el marco del trabajo en casa, ya que el teletrabajo como modalidad contractual se encuentra regulado en la Ley 1221 del 2008.

Para Gutiérrez (2020, p. 5) esta discusión en el ordenamiento español radica en su materialización, ya que se le da a la negociación colectiva y al poder de dirección empresarial la facultad de regular el derecho a la desconexión, por lo que:

En otras palabras, la norma no dota a este derecho de medidas que impidan de forma preventiva la producción de vulneraciones de este derecho, sino que plasma un reconocimiento sin contenido cuya infracción implica la judicialización del incumplimiento a instancia del trabajador, que podrá incluso optar por la extinción del contrato de trabajo ex artículo 50 del TRLET9. Tal planteamiento dificulta la materialización de la desconexión digital en el ámbito laboral, ya que no se procura una protección efectiva del derecho por parte de la norma, sino un mero reconocimiento sometido a la judicialización por parte del trabajador en caso de incumplimiento, y de ahí su carácter reactivo.

No hay una forma clara para garantizar su cumplimiento, como ocurre en el caso colombiano y con los ejemplos expuestos, ya que, el derecho a la desconexión digital no es catalogado como un derecho fundamental y su exigencia constitucional solo puede hacerse a través de su interpretación armónica con el derecho a la intimidad personal y familiar. El autor concluye que el derecho a la desconexión tiene una eficacia limitada que solo es posible garantizar si se crean los instrumentos para hacer efectiva la regulación ya existente.

Respecto al contenido y alcance del derecho a la intimidad, y su eficacia dentro de la relación de trabajo, es preciso indicar que en variada jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha brindado protección a esta garantía constitucional, al entender que hay ámbito propio del trabajador que no puede ser irrumpido por el empleador aún en el escenario del trabajo, entiéndase durante la jornada laboral, en las instalaciones de la empresa y en uso de los instrumentos propios

del empleador facilitados para el cumplimiento de la labor, como se ha insistido en párrafos previos.

En este escenario, si se traslada la discusión al trabajo en casa, a un espacio privado donde opera el mayor grado de protección del derecho a la intimidad, se pueden plantear una serie de interrogantes: ¿Cuándo el ejercicio del poder de subordinación, que permite controlar la actividad del trabajador, invade la intimidad y se torna en ilegítimo? Ello, cuando el trabajador cumple funciones desde casa. O, desde la otra arista, ¿Cuál es el límite de intervención legítima?

Para concluir, y reiterar lo dicho, ha sido del interés de la Organización Internacional del Trabajo lo relativo al tiempo de trabajo, nótese que en el Sistema de Tratados de Paz de Versalles (1919), en el Preámbulo de la Parte XIII (Trabajo), se previó expresamente la “reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo” como necesario para asegurar mejores condiciones de trabajo, problemática que ha persistido a lo largo del tiempo.

Y el debate sobre el tiempo de trabajo sigue siendo una cuestión de indudable interés. En este sentido, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han hecho surgir nuevas formas de organización del trabajo, y con ellas, nuevos problemas en relación con el tiempo de trabajo. Si bien las tecnologías de la información y la comunicación aumentan las posibilidades de trabajar a distancia y permiten conciliar mejor las responsabilidades familiares y personales, la desaparición de las fronteras espaciales y temporales entre las esferas privada y laboral pueden acarrear una serie de transformaciones negativas para muchas personas.

El reconocimiento del derecho a la desconexión digital se puede traducir como un avance que no está exento de críticas, como se ha pretendido con antelación. El siguiente apartado espera responder a la pregunta-problema de esta indagación en cuanto a que, si este derecho a la desconexión digital se encuentra fundamentado por el derecho a la intimidad como límite al poder de subordinación del empleador y si ello permite garantizarlo a través de la eficacia de los derechos fundamentales expuesta en el marco teórico.

9.3. ¿La desconexión digital se encuentra fundamentada por el derecho a la intimidad como límite al poder de subordinación del empleador?

Esta sección responde a la pregunta de investigación de forma sintética con los insumos teóricos previos. Como se ha dicho, este trabajo de grado se inscribe en las glosas críticas referentes

a la dificultad de materializar el derecho a la desconexión digital dado que no otorgan herramientas para su efectivo cumplimiento, y su reconocimiento llega a complementar lo que se tenía sobre el tiempo de trabajo y la jornada laboral.

Molina (2017, p. 275) indaga sobre si el contenido práctico del derecho a la desconexión, resumido en la opción del trabajador de no atender al empleador durante el tiempo de descanso, aporta algo nuevo al derecho del trabajo español, ante lo cual concluye que dada la doctrina constitucional española: “(...) toda concepción empresarial 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”, tal derecho ya se encuentra reconocido al trabajador.

En su artículo explica que esta doctrina deviene de la Corte Superior de Cataluña contenida en la Sentencia 3616 del 23 de mayo de 2013, en la que se analiza el caso de la empresa de elevadores SCHINDLER, que instaló acelerómetros en los teléfonos móviles entregados a los trabajadores integrado con un geolocalizador que, 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 su funcionamiento, se requiere llevar el dispositivo incluso por fuera de la jornada de trabajo, ante lo que concluyó la Corte que ese dispositivo:

(...) 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. (Molina, 2017, p. 278)

El autor concluye que, aunque en la Sentencia no se nomina este derecho como “a la desconexión digital”, es una expresión más del derecho a la privacidad, que tiene gran impacto en la era digital, y que protege la esfera privada, personal y familiar del trabajador. Así, destaca que el derecho humano a la vida privada limita el ejercicio legítimo del poder del empleador a la jornada de trabajo, es decir, conlleva a una prohibición de irrumpir en el tiempo de descanso del trabajador. En esa medida, desde la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, no es válido al empleador, dar órdenes u obligar la prestación del servicio, así sea por medios virtuales, fuera de la jornada de trabajo.

La desconexión digital fuera de la jornada de trabajo es una garantía para que los trabajadores gocen de un efectivo descanso; por lo tanto, el respeto a su intimidad se enfatiza justo allí, cuando se está por fuera de la jornada laboral. Este derecho a la intimidad puede exigirse en cualquier momento que se vea puesto en peligro, sin necesidad de mediación, como ocurre con el caso de la desconexión digital. Ello va en consonancia con la línea crítica de este trabajo en cuanto a que el nuevo derecho a la desconexión en realidad es una reinterpretación del derecho al descanso y a la intimidad en el marco de las exigencias tecnológicas.

Los límites al poder de subordinación del empleador conllevan el imperativo de que el trabajador no puede ser obligado a prestar servicios fuera de los tiempos debidos, dada la protección proveniente de la regulación sobre la jornada laboral y el tiempo de trabajo. Esta garantía es exigible a través del cumplimiento de los derechos fundamentales mismos que ya posee el trabajador, además de las leyes laborales interpretadas desde la *Constitución* y los instrumentos internacionales.

Lo anterior, reafirma a la tesis que se pretende validar o bien el resultado puede ser desvirtuar, respecto a que, en el ámbito del derecho interno, el derecho a la desconexión se encuentra garantizado por el derecho a la intimidad que asiste al trabajador como persona, y, por ende, desde su naturaleza fundamental, limita el poder jurídico de subordinación del empleador y condiciona la relación de trabajo.

De manera que, la exigencia de atender órdenes o prestar el servicio fuera de la jornada habitual de trabajo, incluso por medios digitales; sin mediar previo acuerdo entre las partes, resulta una intromisión ilegítima al derecho a la intimidad, y en esa medida, su desatención por el trabajador, no puede traerle consecuencias adversas respecto de su empleador, es decir, éste no puede desplegar su poder disciplinario o de control sobre la fuerza de trabajo ni justificar el despido por el cumplimiento de obligaciones de la relación de trabajo.

Para concluir, se ha cuestionado si la desconexión laboral es un derecho nuevo, autónomo y extra sistémico que responde a una realidad social impuesta por los medios digitales de comunicación y las nuevas formas de trabajo aceleradas. Aunado a ello, la pandemia producto de la Covid-19 es un factor adicional. Surge la pregunta sobre si es un derecho preexistente que deriva, no solo de las tradicionales regulaciones contenidas en la normatividad sustantiva laboral relacionadas con la jornada máxima de trabajo, derecho al descanso y respeto a la dignidad del

trabajador, sino también en los derechos fundamentales de las personas, siendo entonces una expresión del derecho humano a la intimidad y a la garantía estatal de su protección.

10. Conclusiones y recomendaciones

En este apartado se exponen de forma general las conclusiones y recomendaciones. Se puede observar cómo se presenta el cumplimiento de cada uno de los objetivos específicos: El primero, describir el contenido fundamental del derecho a la intimidad y su alcance de protección en el ámbito del trabajo; el segundo, explorar el reconocimiento jurisprudencial del derecho a la intimidad y cómo desde allí se han impuesto una serie de límites al ejercicio de la facultad jurídica de subordinación propia del empleador; y finalmente, el tercero es analizar la posibilidad de que el derecho a la intimidad, como límite al ejercicio del poder de subordinación del empleador en el escenario del trabajo en casa, fundamente el derecho a la desconexión laboral.

Como conclusiones parciales se puede argumentar que, dada la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, estos incursionan en la relación de trabajo, la impactan y condicionan. El derecho a la intimidad limita el poder jurídico de subordinación reconocido al empleador como se pudo observar con la indagación jurisprudencial realizada en el apartado del marco teórico y con los aportes de los diferentes doctrinantes.

El derecho a la intimidad como garantía adquiere mayor relevancia en el ámbito del trabajo cuando la ejecución del mismo se traslada del espacio semiprivado de la empresa al espacio privado del hogar, donde pueden verificarse mayores intromisiones ilegítimas del empleador. En el contexto del trabajo en casa es posible verificar si la jornada de trabajo y los tiempos de descanso se ven amenazados por intromisión del empleador y allí el derecho a la intimidad se convierte en un límite al poder jurídico de subordinación.

En esa medida, el contenido y alcance del derecho de la intimidad, fundamenta el derecho a la desconexión laboral como expresión propia de esa garantía fundamental, y como se argumentó en diferentes momentos, la materialización del derecho a la intimidad en el contexto de la globalización y la digitalización exacerbada puede presentarse como derecho a la desconexión digital donde se le exige al empleador no irrumpir en los tiempos de descanso de los trabajadores. Así, el derecho a la intimidad del trabajador, resulta en últimas la mayor garantía constitucional a los derechos laborales y fundamentales de los trabajadores frente a la modalidad de trabajo en casa y los retos que atañe.

El problema al que se vio abocado el mundo del trabajo por la pandemia producto de la Covid-19 en el último año (2020-2021) en Colombia, es muestra que, pese a que existan

regulaciones sobre un sinnúmero de aspectos, su materialización se ve interrumpida, de allí los altos porcentajes de informalidad y de personas que perdieron sus puestos de trabajo de un momento a otro. Esta coyuntura puso en discusión la jornada de trabajo y las condiciones a partir de las cuales se da el trabajo en casa donde las mujeres fueron las más afectadas.

La OIT en diferentes informes advirtió las problemáticas que presentaba el mundo del trabajo de cara a la crisis, la discusión sobre la jornada de trabajo, la hiperproductividad, el poder jurídico de subordinación del empleador, entre otras, lo que llamó la atención sobre una regulación más efectiva y que tuviese injerencia real en la vida de los trabajadores; de allí, que algunos países empezaran a proponer el nuevo derecho de desconexión laboral y lo tramitaran a través de sus corporaciones legislativas.

Los organismos internacionales se han preocupado de la cuestión de la jornada de trabajo desde tiempo atrás, de manera que, el respeto a esta regulación se haya convertido en una línea cardinal de las relaciones laborales. Los derechos fundamentales de los trabajadores, la eficacia horizontal de los derechos y la constitucionalización del derecho laboral son instrumentos a partir de los cuales se puede hacer cumplir el entramado de garantías jurídicas que los trabajadores han ganado globalmente. La intimidad en el entorno del trabajo en casa y fuera de la jornada laboral es uno de ellos.

Los desafíos que enmarcan este trabajo de grado: la Covid-19; el derecho a la intimidad; el trabajo decente y el cumplimiento de la *Agenda para el desarrollo sostenible 2030* son una oportunidad para retomar aquellas garantías que, pese a existir en los ordenamientos, no se han extendido a la mayoría de la población, como el derecho a la intimidad, al descanso, a la desconexión, e incluso, a tener un trabajo decente. En nuestro continente la mayoría de los empleos son informales y las garantías laborales son apenas una frase sin cumplir.

Por lo anterior, las recomendaciones de este trabajo se dirigen a crear instrumentos jurídicos que garanticen y extiendan la materialización del trabajo decente, las garantías constitucionales y los derechos de los trabajadores a la mayoría de la población. La producción legislativa puede detenerse en aras de abogar por políticas públicas de acceso a la empleabilidad formal, de cumplimiento de la jornada laboral y de los derechos de los trabajadores, entre otras prerrogativas que ya se encuentran en el ordenamiento jurídico pero que su efectivo cumplimiento no se ha materializado.

En suma, si bien el reconocimiento del derecho a la desconexión laboral se puede presentar como un triunfo simbólico, su materialización se encuentra anclada con el derecho a la intimidad; por ello, a lo largo de este trabajo se demostró cómo el derecho a la intimidad como límite al poder jurídico de subordinación del empleador fundamenta dicho derecho a la desconexión. Lo que se presenta como un desafío palpable es hacer efectivo el cumplimiento de estos derechos.

11. Referencias

- Aguilera, R. y Cristóbal, R. (2017). Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica. En: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017*. Palacio de Zurbano, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), 2, 331-342
- Alemán Páez, F. (2017). El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail No 2016- 1088. *Revista Trabajo y Derecho*, 30.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Aliaga, C.A. (2001). El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respeto a la intimidad. *Boletín*, 1902, 3015-3045.
- Asenjo Pinilla, J. L. (2013). Los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos, en el marco del contrato de trabajo. *Revista de Jurisprudencia*, 1.
- Barrios, N. (2003). *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la relación laboral. Los derechos fundamentales del empleador [Tesis de pregrado]*. Universidad de Chile.
- Benítez Pinedo, J. M. (2016). *Contrato de Trabajo y derechos fundamentales en Colombia y España: una mirada a la reparación del daño*. Universidad Externado de Colombia.
- Borrero Salamanca, J.P. (2020). *El ciberacoso como manifestación de una conducta lesiva en el marco de las relaciones laborales*. Recuperado de: <https://derinformatico.uexternado.edu.co/el-ciberacoso-como-manifestacion-de-una-conducta-lesiva-en-el-marco-de-las-relaciones-laborales/>
- Camos, I. y Sierra, A. (2020). El derecho a la desconexión laboral: un derecho emergente en el marco de tecnologías de la información y de la comunicación. *Izquierdas*, 49, 1053-1074.
- Carrizosa Prieto, E. (2011). El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores. *Temas laborales*, 116, 251-267.
- CEPAL y OIT. (2020). *Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*. Publicación de las Naciones Unidas.
- César Arese, M. (Dir.). (2020). Derechos humanos laborales y derecho internacional del trabajo. *Dossier de publicaciones universitarias en derechos humanos*. Universidad de Nacional Córdoba.
- Cialti, P.H. (2017). El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece? *Temas laborales*, 137, 163-181.

- Cohen, C. y Cohen, M. (2007). On-duty and Off-duty: Employee Right to Privacy and Employer's Right to Control in the Private. *Employ Responds Rights*, 19, 235-246.
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia T – 413/93 (Carlos Gaviria Díaz, M.P.).
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia T – 696/96 (Fabio Morón Díaz, M.P.).
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia T – 552/97 (Vladimiro Naranjo Mesa, M.P.).
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia C – 024/98 (Hernando Herrera Vergara, M.P.).
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia C – 380/00 (Vladimiro Naranjo Mesa, M.P.).
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C – 067/03 (Marco Gerardo Monroy Cabra, M.P.).
- Corte Constitucional. (2007). Sentencia T – 405/07 (Jaime Córdoba Triviño, M.P.).
- Corte Constitucional. (2008). Sentencia T – 768/08 (Clara Inés Vargas Hernández, M.P.).
- Corte Constitucional. (2010). Sentencia C – 378/10 (Jorge Iván Palacio Palacio, M.P.).
- Corte Constitucional. (2010). Sentencia C – 640/10 (Mauricio González Cuervo, M.P.).
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C – 540/12 (Jorge Iván Palacio, M.P.).
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia T – 690/15 (Jorge Iván Palacio, M.P.).
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia C – 636/16 (Alejandro Linares Cantillo, M.P.).
- Corte Constitucional. (2017). Sentencia T – 574/17 (Alejandro Linares Cantillo, M.P.).
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia T – 054/18 (Alberto Rojas Ríos, M.P.).
- Corte Suprema de Justicia. (2017). Sentencia SL5584/17 (Jorge Luis Quiroz Alemán, M.P.).
- Cruz Villalón, J. (2019). *Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos*. Universidad de Sevilla.
- D'Urso, S. (2006). Who's Watching Us at Work? Toward a Structural-Perceptual Model of Electronic Monitoring and Surveillance in Organizations. *Communication Theory*, 16, 281-303.
- De Freitas, J.E. (2009). *El derecho a la intimidad como límite del poder de control y vigilancia del patrono [Trabajo de grado especialización]*. Universidad Católica Andrés Bello.
- Fované, J. (2015). El poder de dirección del empleador vs. el acceso de los medios tecnológicos e informáticos dentro de la empresa. *Revista Vía Iuris*, 18, 47-71.
- Frías Ávila, P. (2019). Derecho a la Intimidad, límites al control empresarial en los procesos de selección. La influencia de la Constitución Política en el derecho laboral: escritos sobre algunos temas. En: *La influencia de la constitución política en el derecho laboral: escritos sobre algunos temas*. Serie de investigaciones en derecho laboral n.º 23. Universidad Externado de Colombia.

- Frías Ávila, P. (2020). *Poder subordinante del empleador e intimidad del trabajador en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.
- Gutiérrez, D. (2020). La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación. *Revista de Internet, derecho y política = revista d'Internet, dret i política*, 31.
- Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la investigación*. Interamericana Editores.
- Keane, E. (2018). The GDPR and Employee's Privacy: Much Ado but Nothing New. *King's law journal*, 29(3), 353-363.
- La Organización Internacional del Trabajo (2020). *La COVID-19 y el mundo del trabajo*. Observatorio de la OIT.
- Liberato, D. (2018). *Derecho a la intimidad del trabajador y poder empresarial = The workers' right to privacy and corporate control [Tesis de pregrado]*. Universidad de León.
- Lluch Corell, F. J. (2014). Derecho a la intimidad del trabajador versus control empresarial: una jurisprudencia inestable. *Revista de Jurisprudencia*, 1.
- López Medina, D. (2006). *Interpretación Constitucional (2ª ed.)*. Consejo Superior de la Judicatura.
- Molina Navarrete, C. (2017). El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿Existe un nuevo derecho a la desconexión de los trabajadores fuera de la jornada? *Revista Facultad de Derecho de México*, 269.
- Muñoz Ruiz, A.B. (2020). El derecho a la desconexión laboral: un derecho estrechamente vinculado con la prevención de riesgos. En: Correa M. y Quintero M. *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Naranjo Colorado, L. D. (2017). Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral. *Revista Saber ciencia y libertad*, 12(2).
- Organización de Naciones Unidas. (2020). *Agenda de Desarrollo Sostenible 2030*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>
- Organización Internacional del Trabajo. (2011). *Convenio 189. Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189
- Organización Internacional del Trabajo. (2020). *Cómo gestionar el lugar de trabajo durante la crisis de la COVID-19: Una guía para los empleadores*. Publicaciones de las Naciones Unidas.

- Organización Internacional del Trabajo. (2020). *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella*. Publicaciones de las Naciones Unidas.
- Organización Internacional del Trabajo. (2020). *Trabajo decente y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible*. Publicaciones de las Naciones Unidas.
- Palm, E. (2009). Privacy Expectations at Work—What is Reasonable and Why? *Ethic Theory Moral Prac*, 12, 201-215.
- Palomeque, M.C. y Álvarez de la Rosa, M. (2001). *Derecho del Trabajo (9ª ed.)*. Centro de Estudios Ramón Aceres.
- Pärli, K. (2020). Impacts of Digitalisation on Employment Relationships and the Need for more Democracy at Work. *Industrial Law Journal*. doi:10.1093/indlaw/dwaa029
- Pérez Amóros, F. (2020). Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: mail on holiday. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 14(45), 257- 275.
- Pérez Campos, A.I. (2019). La desconexión digital en España ¿Un nuevo derecho laboral? *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, LII, 101-124.
- Persson, A.J. y Hansson, S.O. (2003). Privacy at Work – Ethical Criteria. *Journal of Business Ethics*, 42, 59-70.
- Poquet Catala, R. (2018). La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador. *Revista jurídica de derechos sociales*, 8(1), 113-135.
- Purcalla, M.A. (2019). Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: Notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre. *Thomson Reuters Aranzadi Fusión*.
- Restrepo Yepes, S. (2019). *El alcance de la subordinación frente al derecho de la intimidad y al habeas data en un contrato laboral en Colombia [Tesis de pregrado]*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Rodríguez, J.I. (2020). Teletrabajo y derecho a la intimidad. En: César Arese, M. (Dir.). *Derechos humanos laborales y derecho internacional del trabajo. Dossier de publicaciones universitarias en derechos humanos*. Universidad de Nacional Córdoba.
- Segura Castañeda, D.E. (2015). El derecho a la intimidad del trabajador como restricción al poder subordinante del empleador: el incipiente desarrollo en Colombia frente al derecho comparado. *Revista de Derecho Público*, 34.

- Serrano, 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.
- Sol Teloni, J. (2020). El auge de las redes sociales y la problemática de la afectación del derecho a la intimidad de los trabajadores. En: César Arese, M. (Dir.). *Derechos humanos laborales y derecho internacional del trabajo. Dossier de publicaciones universitarias en derechos humanos*. Universidad de Nacional Córdoba.
- Suarez-Manrique, W.Y. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, 129, 317-351.
- Taléns Visconti, E. (2019). El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. *Revista Vasca de Gestión*, 17, 150-161.
- Ugarte Cataldo, J.L. (2011). *La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad [Tesis doctoral]*. Universidad de Salamanca.
- Vallecillo Gámez, M.G. (2020). El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados. *Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 211-236.
- Weller, J. (2020). *La pandemia del COVID-19 y su efecto en las tendencias de los mercados laborales*. Publicación de las Naciones Unidas.
- Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia (5ª ed.)*. Trotta.