

**La lesión al derecho de privacidad en el ámbito laboral,
como consecuencia del trabajo remoto en la era digital¹**

**The injury to privacy rights in the labor sphere,
as a consequence of remote work in the digital era**

Andrea Valeria Pérez Silva²

Mariafernanda Lourdes Sueros Gutarra³

Resumen: La presente investigación tratará el tema del trabajo remoto, en cuanto a la posible existencia de una laguna jurídica, referida a las horas en las que se debe estar cumpliendo las funciones referidas al trabajo remoto/virtual, el cual se mide erradamente por el cumplimiento de los encargos y no por las horas laborables. (Informe Técnico No 001519-2020-SERVIR GPGSC, 2020, Pág. 2). Por ello, buscamos informar y brindar una posible solución para la “laguna jurídica” que se origina ante esta problemática que afecta a 73% de trabajadores peruanos (Tello, 2021). Los mismos que indican que la carga laboral se incrementó entre 1 y 5 horas al día, no teniendo en cuenta el derecho a la privacidad, definido como: “la libertad, la facultad que toda persona tiene de desenvolverse en el ámbito social, familiar o personal, de acuerdo con sus propios patrones de conducta, hábitos o costumbres”. (Quiroz, 2016)

Palabras Clave: Laguna legal, trabajo remoto, derecho a la privacidad, era digital, normativa laboral.

¹ El presente artículo es fruto del concurso Semilleros de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María

² Estudiante del X semestre de la Carrera Profesional de Derecho de la UCSM; Email: andreavps01@gmail.com

³ Estudiante del IV semestre de la Carrera Profesional de Derecho de la UCSM; Email: mariafernanda.sueros@ucsm.edu.pe

Abstract: This research will address the issue of remote work, in terms of the possible existence of a legal loophole, referring to the hours in which remote/virtual work functions should be carried out, which is erroneously measured by the fulfillment of assignments and not by working hours (Technical Report No 001519-2020-SERVIR GPGSC, pág. 2). Therefore, we seek to inform and provide a possible solution to the "legal loophole" that arises from this problem, which affects 73% of Peruvian workers (Tello, 2021). The same indicates that the workload increased between 1 and 5 hours a day, not considering the right to privacy, defined as: "the freedom, the faculty that every person has to develop in the social, family or personal sphere, according to their own patterns of conduct, habits or customs" (Quiroz, 2016).

Keywords: Legal loophole, remote work, right to privacy, digital era, labor regulations.

Introducción

La pandemia ha transformado las relaciones sociales y entre ellas, una tan esencial como es el trabajo, ya que, al estar la sociedad impedida de poder vincularse corporalmente y laborar de la forma tradicional, debido a las medidas de seguridad sanitaria, se tuvo que innovar con la finalidad de proseguir con sus actividades económicas. En tales circunstancias, la virtualidad proveyó de nuevos mecanismos para impulsar y permitir a las personas continuar con sus relaciones laborales.

El trabajo remoto apareció como posible forma de continuar el proceso productivo; entendido como aquella actividad laboral que, manteniendo las características tradicionales del trabajo, reemplaza la realización del trabajo directo por una manera indirecta de hacerlo. Siendo la nueva forma, trabajo desde casa y mediante un ordenador. Esta innovación, no obstante, ser útil para reavivar al mercado laboral, trajo consigo consecuencias negativas. Como es la distorsión del límite entre la jornada laboral y la vida privada del trabajador.

Antes de la pandemia, las actividades laborales comúnmente se llevaban a cabo en un establecimiento, al cual acudían todos los trabajadores, de acuerdo a su horario. Una vez cumplida la jornada laboral, que, según nuestra legislación laboral vigente, no puede exceder a ocho horas (salvando excepciones), el trabajador procedía a retirarse, siendo

así quedaba desvinculado de la potestad a la que se ve sujeto por el principio de subordinación en las relaciones laborales. Quedando a discreción suya la dirección de las horas que constituyen su vida privada.

La problemática que planteamos, emerge debido a las nuevas circunstancias a las que se ve expuesto el trabajador por el trabajo remoto. Ya que, al no existir el soporte fáctico de un ingreso y salida del establecimiento laboral, las relaciones de trabajo se encasillan ahora a la mera virtualidad. El empleador muchas veces, excede el horario legítimo,

pretendiendo que el trabajador realice actividades ajenas a su vida privada, en un horario no contemplado en su contrato laboral.

Hipótesis

Dado que existe una “laguna jurídica” que se origina ante esta problemática que afecta a 73% de trabajadores peruanos (Tello, 2021). Los mismos indican que la carga laboral se incrementó entre 1 y 5 horas al día, no teniendo en cuenta el derecho a la privacidad siendo este la desconexión total del trabajo remoto. Es probable que a la verificación de las normas y su interpretación nos daremos cuenta de que existe una “laguna jurídica”, no habiendo una norma con precisión que establezca que el horario de trabajo remoto sea de 8 horas y que este no invada el derecho a la privacidad.

Antecedentes

a. Contexto político, social y económico de la presente investigación

La presente investigación tratará el tema del trabajo remoto, en cuanto a la ausencia de normas específicas correspondientes a las horas en las que se debe estar cumpliendo las funciones referidas al trabajo remoto/virtual. Las cuales como dicta la página “Servir Autoridad Nacional del Servicio Civil”, dispuesta por la Presidencia del Consejo de Ministros: “Las actividades asignadas a los/as servidores/as deben ser realizables durante la jornada ordinaria de trabajo, que corresponde a la jornada pactada con la entidad, antes de iniciar la modalidad de trabajo remoto o la que hubiera convenido con ocasión de este. Es obligación del trabajador estar disponible durante la jornada de trabajo para las coordinaciones de carácter laboral que resulten

necesarias”. Es decir, las horas pactadas laborales son dispuestas por la propia empresa tratadas en el contrato pre sellado.

El que no exista una norma que establezca ingreso y salida del establecimiento laboral para tener una desconexión digital completa, pese al contrato firmado, trae como consecuencia que el trabajador, al momento de finalizar el trabajo remoto no se libere completamente de sus actividades laborales. Debido a que, durante el trabajo prepandemia se medía el ingreso y salida por la cantidad de horas, a diferencia del trabajo remoto, que se mide por el cumplimiento de los encargos, no por las horas laborables; esto fue señalado por el Informe Técnico N.º 001519-2020-SERVIR GPGSC, teniendo que terminar lo plasmado por la entidad laboral.

Por ello, buscamos informar y brindar una posible solución ante la “laguna jurídica” que se origina en esta problemática, que afecta a 73% de trabajadores peruanos. Los mismos que indican que la carga laboral se incrementó entre 1 y 5 horas al día (Tello, 2021), no teniendo en cuenta el derecho a la privacidad, definido como: “la libertad, la facultad que toda persona tiene de desenvolverse en el ámbito social, familiar o personal, de acuerdo a sus propios patrones de conducta, hábitos o costumbres”. Por lo que nadie debe inmiscuirse en ella, si no es con la autorización debida.

Legislación laboral estudiada

Según el artículo 1 del Decreto Legislativo 854: la jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias. Igualmente se puede contar como cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo. Se puede establecer por ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias. La única diferencia entre ambos es la letra “y” por la “o” en cuanto a las 8 horas diarias v/s los 48 semanales. (pág.1)

La Ley 27671 es vital para distinguir las distintas formas de trabajo y qué acciones debe tomar el MTPE con respecto del empleador que incumple las garantías constitucionales, tales como sanciones pecuniarias. El promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar los máximos a que se refiere el artículo 1, es decir, 48 horas semanales. Y en el caso del horario de trabajo corrido, el artículo 7 sostiene que el trabajador tiene derecho a un mínimo de 45 minutos para tomar su refrigerio, de acuerdo

a lo que establezca el empleador en cada centro de trabajo, salvo convenio en contrario. Y únicamente el convenio colectivo puede disponer que el tiempo de refrigerio forme parte de la jornada de trabajo.

El Decreto de urgencia N.º 026-2020, que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (Covid-19) en el territorio nacional. En su Título II sobre el Trabajo Remoto, artículo 18, se delimitan las obligaciones del empleador y trabajador. Respecto del trabajador: “estar disponible, durante la jornada de trabajo, para las coordinaciones de carácter laboral que resulten necesarias”. (pág.8)

Posteriormente a la publicación del Decreto de Urgencia N°026-2020, el MTPE emitió una guía la cual versa sobre las disposiciones relativas al trabajo remoto en el sector privado. En el artículo 10, se observan las obligaciones especiales de los trabajadores remotos, siendo: “Estar disponible, durante la jornada de trabajo, para las coordinaciones de carácter laboral que resulten necesarias y entregar o reportar el trabajo encargado en los horarios establecidos por el/la empleador/ra dentro de su jornada laboral” (pág. 6)

Por otro lado, también establece que las partes pueden pactar que el/la trabajador/a distribuya libremente su jornada de trabajo en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades. La jornada de trabajo sólo se puede distribuir hasta “por un máximo de seis (6) días a la semana.” (Resolución Ministerial N.º 072-2020-TR - Guía para la Aplicación del Trabajo Remoto, pág. 7)

Asimismo, el Decreto Supremo-2002-TR, en su artículo 9 dispone que: “Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva”. (pág. 4)

Por otro lado, el Decreto Legislativo N.º 1499 (2020), establece que los/a servidores civiles y trabajadores/as que están a cargo del cuidado y sostén de familiares directos que cuentan con diagnóstico de COVID-19 o que son grupo de riesgo ante un posible contagio de COVID19 y que no se encuentran hospitalizados puedan acceder a facilidades laborales como la reorganización de horarios de trabajo, trabajo por turnos o trabajo remoto.

Finalmente, el Decreto Supremo N.º 010-2020-TR, define la jornada laboral del trabajo remoto, excluyendo el caso de los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata de la jornada y los que prestan servicios intermitentes. Por lo demás, queda al acuerdo con el empleador la distribución del horario, el cual no puede exceder los 6 días semanales.

En el caso del Derecho a la privacidad:

La base legal se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. (pág. 35)

Y, en la Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

Inc. 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. (pág.1)

Inc. 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada [...] tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. (pág. 1)

Legislación comparada

a. En Países Latinoamericanos

1. Argentina

La Ley 27.555 para regular el teletrabajo en Argentina entró en vigor el 1 de abril de 2021 y se reglamentó a través del Decreto 27/2021. Ello contiene: la voluntariedad para la implementación de la modalidad, el derecho a la desconexión y la compensación de gastos. Además, la normativa va de contenidos mínimos y deja a criterio de cada sector o rama de actividad las decisiones sobre cómo bajar la

regulación en cada contexto, habilitando una flexibilidad necesaria para una modalidad que abarca un mercado de trabajo heterogéneo, donde las posibilidades de adaptarse al teletrabajo son variables.

La mencionada flexibilidad en el que cada sector o rama tome decisiones en este contexto de teletrabajo, es la misma medida que se implementó en el Perú a inicios del 2021, sin embargo, contiene otros temas mencionados en la ley, como es el derecho a la desconexión y la compensación de gastos. En el caso del derecho a la desconexión en el Perú, se dispuso el «Derecho a la desconexión digital en teletrabajo durante la emergencia sanitaria», indicándose “que debe ser respetada” recién desde el 1 de mayo de 2022 a nivel nacional.

2. Chile

En el país vecino, el trabajo remoto es regulado a través de la Ley N.º 21.220 “Teletrabajo”, emitida el 26 de marzo de 2020 en el Diario Oficial y la cual entró en vigor el 1 de abril del mismo año. Esta, ofrece alternativas aplicables a la modalidad de teletrabajo a empleadores y trabajadores exclusivamente del sector privado; consistiendo en una modificación al Código de Trabajo en materia de trabajo a distancia, directamente. Entre las modificatorias se incluye: a) la modalidad elegida por las partes y la fórmula de combinación respectiva, b) lugar de prestación de servicios, c) duración del acuerdo de trabajo, d) los mecanismos de supervisión o control necesarios para la ejecución del trabajo a distancia, e) el acuerdo de distribución o exclusión de la limitación de la jornada de trabajo, f) el tiempo de desconexión.

Siendo este último aspecto, el que consideramos más destacable en la legislación chilena: la inclusión del derecho a la desconexión digital, el cual es delimitado con precisión a 12 horas continuas entre jornada de trabajo, espacio de tiempo en que el trabajador no estará obligado a responder bajo ningún medio las órdenes y requerimientos del centro de trabajo. Tratándose de trabajadores a distancia, que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión. Asimismo, se reemplazan algunos términos como el caso de la palabra “hogar” por “domicilio”.

3. México

Con el propósito de evitar conglomeraciones en espacios cerrados, el ejecutivo federal implementó ciertas medidas preventivas, como la suspensión temporal de actividades del sector público y privado que necesariamente conlleven concentración física, tránsito o desplazamiento de personas, mientras que, aquellas cuya continuidad sea económicamente preponderante, debían adecuarse a las nuevas medidas sanitarias y la modalidad virtual.

Es así, que la Ley Federal del Trabajo, juntamente con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual debe estar acorde con la dignidad humana, delimita el trabajo como derecho humano y deber social. El 11 de enero de 2021 se reforma el Artículo 311 y se adiciona el Capítulo XII Bis de la Ley Federal Del Trabajo, en materia de Teletrabajo, para subsanar algunas falencias de la normativa anterior.

Como, por ejemplo, en el artículo 330-E acerca de las obligaciones especiales del empleador, enumerado VI que dice: “Respetar el derecho a la desconexión de las personas trabajadoras en la modalidad de teletrabajo al término de la jornada laboral”. (pág., 83)

También, se añade en el Artículo 330-H: “Asimismo, deberá observar una perspectiva de género que permita conciliar la vida personal y la disponibilidad de las personas trabajadoras bajo la modalidad de teletrabajo en la jornada laboral”. (pág. 85). Lo cual denota el interés del legislador en adecuar esta nueva modalidad a la cotidianeidad de la vida en el hogar.

Por otro lado, se incluye como una novedad la implementación de mecanismos, sistemas operativos proporcionados por el empleador para supervisar el trabajo de manera extraordinaria, tales como cámaras de vídeo y micrófonos, en claro respeto del marco jurídico del derecho a la protección de datos personales y la privacidad del trabajador.

b. En Países Europeos

1. Francia

Uno de los países mejor posicionados en la lista de la OIT en cuanto a normativa de teletrabajo es Francia, el cual cuenta con una ley que regula aspectos muy interesantes desde el 12 de marzo de 2012. La Loi N.º 2012-347, relativa al acceso

al empleo permanente y mejorar las condiciones de empleo de los agentes contractuales en el servicio público, consagró en su artículo 133 el principio de igualdad de trato respecto a los trabajadores presenciales, reconociendo expresamente este derecho tanto al personal laboral como a los magistrados. (Rastrollo, 2022, pág.12)

Seguidamente, el Décret N 2016-151 y las modificatorias efectuadas en el Décret N.º 2020-524 se dio una mejor adecuación de la normativa laboral referente al trabajo a distancia en la crisis pandémica, a través de medidas como la flexibilización de las jornadas flotantes y la exigencia de laborar virtualmente por 3 días a la semana como mínimo.

De igual modo, el derecho a la desconexión digital, el cual está estrechamente vinculado con el derecho a la privacidad de los trabajadores, fue propulsado por afirmaciones como la del diputado Benoit Hamon (2017, pág.8) en una entrevista para el diario económico francés Les Echos: “Los empleados salen físicamente de la oficina, pero no dejan de trabajar. Quedan amarrados por una especie de correa electrónica, como si fueran perros. Los mensajes de texto, los e-mails y demás invaden la vida de los trabajadores”. (pág. 250)

Consideramos que estos avances legislativos son fuente de inspiración para la flexibilización dentro de la jornada laboral de 8 horas diarias en nuestro país.

2. Italia

Al igual que en los países mencionados previamente, el teletrabajo, se ha convertido en una nueva forma de cumplir nuestras responsabilidades laborales a distancia. Ante estos nuevos hechos, se tuvo que renovar la base de la normativa laboral, que, en el caso de Italia, donde el horario máximo de trabajo en una semana es de 40 horas, siendo el promedio de 36 horas. Haciendo una suerte de comparación con nuestra legislativa, la diferencia es notable, en tanto, la jornada laboral máxima es de 48 horas, es decir, entre 8 y 12 horas más.

Ahora, en el caso de la legislación del teletrabajo, esta es invariable tanto en nuestra legislación como en la italiana, ya que el horario de la jornada laboral ordinaria se produce gracias al acuerdo entre el empleador y el empleado, teniendo como base cada uno de los máximos semanales, exceptuando que el teletrabajo no fuera

impuesto de forma unilateral por el empleador. Consecuentemente, el Observatorio Smart Working del Politécnico de Milán, vinculado al portal La Vanguardia, arrojó los siguientes porcentajes: el 39% de los empleados italianos cree que el teletrabajo ha mejorado su equilibrio entre trabajo y vida personal, y el 38% se siente más eficiente trabajando desde casa. (La Vanguardia, 2021)

3. España

El Real Decreto Ley 28/2020 de teletrabajo en España, es la ley general que regula el trabajo remoto en España, publicada el día 23 de septiembre de 2020. Comienza definiendo el término “trabajo remoto”: “aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.” (pág. 1)

Además, es muy específica al referirse a los nuevos desafíos que trajo consigo la pandemia del SARS-CoV-2, ya que menciona y describe con gran precisión cada uno de ellos. Asimismo, también valora la posibilidad de la afectación en la esfera privada de la vida de los trabajadores.

Por otro lado, destacamos el artículo en el cual se otorga la facultad a la persona que desarrolla trabajo a distancia, de “flexibilizar” el horario en que desempeña sus actividades, con relación a la exposición que dio motivo a la presente ley.

Discusión

a. Interpretación de la normativa laboral

Comenzaremos definiendo el concepto de “laguna jurídica”, el cual abarca aquellos sucesos para los que no existe norma jurídica aplicable pero que se considera que debería estar regulado por el sistema jurídico, o puede ocurrir también que a la consecuencia prevista debe añadirse otra no prevista para el mismo supuesto (Rubio y Arce, 2017). Tal que, es necesario en estos casos, donde exista una carencia normativa, la aplicación del método de interpretación jurídica, el cual se divide en 3 fases resolutorias: 1) conocer cuáles son las normas existentes y los conceptos aplicables, 2) ver qué dicen esas normas jurídicas y 3) averiguar el objeto de la norma y sus alcances. Para lo cual, previamente a efectuar el análisis pertinente, procederemos a desentrañar

el contenido de las principales normas legales, como son el Decreto Legislativo 854 y la Ley 27671.

1. Decreto Legislativo 854

Anteriormente, en el artículo 9 del Decreto Legislativo 854, se calificaba como “voluntario” el trabajo a sobretiempo, sin embargo, este presenta una excepción: Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva. (pág.1)

La discusión surge al no indicarse con precisión cuáles son las circunstancias que constituyen un riesgo inminente, en la continuidad de la actividad productiva, pudiendo esta categoría incluir más de un supuesto, considerando que la pandemia es considerada una situación de caso fortuito. Asimismo, el INEI (2014) define actividad productiva como:

El conjunto de operaciones económicas realizadas por la empresa y/o establecimiento en las que se combinan recursos que intervienen en el proceso productivo tales como: mano de obra, equipos, materias primas, e insumos, con el objetivo de producir un conjunto homogéneo de bienes y/o servicios. Por tanto, se estaría dejando a libre interpretación del empleador cuándo es necesario que el trabajador permanezca laborando horas extras (de manera remota o presencialmente). (pág. 125)

2. Análisis de las 8 horas diarias ordinarias de la jornada laboral en pandemia

La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad, es de 8 horas diarias y/o el equivalente a 48 horas semanales como máximo, conforme con el Decreto Legislativo 854, norma legal que se publicó el martes 1 octubre de 1996 en el Diario El Peruano a razón de definir el tiempo de trabajo. Tal disposición era respetada y acatada en el Perú hasta el año 2019 tanto por el sector público como el privado.

Sin embargo, dada la Emergencia Nacional declarada por el Decreto Supremo N.º 008-2020-SA, surgió un problema de adecuación de la norma al entorno fáctico de los trabajadores, por la misma premura en la imposición de las nuevas medidas sanitarias, ya que se dio una modificación en el medio donde estos tendrían que desempeñar sus actividades.

Tal que, posteriormente, en el decreto supremo N.º 010-2020-TR, acerca del trabajo remoto se determinó que:

La jornada ordinaria de trabajo que se aplica al trabajo remoto es la jornada pactada con el/la empleador/a antes de iniciar la modalidad de trabajo remoto o la que hubieran reconvenido con ocasión de este. En ningún caso, la jornada ordinaria puede exceder de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales. [...] La jornada de trabajo solo se puede distribuir hasta por un máximo de seis (6) días a la semana. (pág.3)

Lo que significa que no hay un periodo de trabajo establecido en la jornada diaria, delimitado exclusivamente para el refrigerio, el cual no puede ser inferior a 45 minutos y que debería estar presente dentro de la norma.

La segunda cuestión que resolver es la equivalencia fáctica de las horas laborables virtuales, respecto de las que se ejecutan, en el centro de trabajo de manera estrictamente “presencial”. Ocasionándose, entonces, una nueva confusión: ¿Conlleva acaso un mayor esfuerzo trabajar 8 horas diarias físicas que su equivalente de manera virtual? En apariencia, el hecho de que el trabajador se encuentre en su domicilio durante la jornada laboral, da a entender a los empleadores, que, este tendrá a su disposición elementos distractores como el ambiente familiar, la posibilidad de realizar otras actividades ajenas a su labor (cocinar, lavar, actividades de ocio, etc.).

Otro punto por tratar es, que la carencia de un horario laboral establecido por el MTPE (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo), destinado exclusivamente a los requerimientos del trabajo remoto, genera ciertamente una colisión con el derecho a la desconexión digital.

Discrepamos con la inefectiva especificación de las horas diarias en la jornada ordinaria, debido a que, el trabajo remoto es en sí, la prestación de servicios subordinada con la presencia física del trabajador, en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar las labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita: internet, telefonía u otros. (Delgado de la Matta, 2020). En el Perú más de 250,000 trabajadores, se desempeñan en la modalidad de trabajo remoto, según la información recabada por RPP Noticias, y gracias a los datos proporcionados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE, 2020). Además, recalcamos

que esta cifra va en aumento, ya que el trabajo remoto regirá mayoritariamente hasta el 31 de diciembre del presente año 2022, como se dispuso en el diario oficial “El Peruano”.

Concluimos, afirmando que se requiere de una disposición jurídica que describa con exactitud, precisión y coherencia, las horas diarias de jornada ordinaria en el trabajo remoto, para de ese modo, evitar potenciales perjuicios en el Derecho a la Privacidad de los trabajadores.

3. Derecho a la privacidad

La Constitución, en su artículo 2, específicamente en el inciso 7, declara como derecho fundamental el resguardo de la intimidad personal y familiar, no pudiendo producirse injerencias arbitrarias a la esfera personal del individuo. Este artículo, abarca su extensión no únicamente en la reserva de datos personales de distinta índole, sino que también, presenta una fuerte conexión con el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Del mismo modo, el derecho al libre desarrollo y bienestar, establecido constitucionalmente como una garantía del individuo, a expresarse con libertad dentro del ámbito privado, se interrelaciona con su ejercicio, omisión o desatención. Siendo que la libertad en sí misma, es definida con mayor claridad en la sentencia del Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Fundamento 52.- En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones [...] La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. (pág.13)

Partiendo de este concepto, se vuelve necesario distinguir 2 acepciones adicionales a la libertad humana: libertad positiva y libertad negativa. Tomando como referencia lo expuesto por el filósofo Isaiah Berlin, quien definió la primera como la búsqueda de autorrealización y respeto por los principios, convicciones e ideales personales; mientras que, la libertad formal o negativa, es entendida principalmente como la ausencia de obstáculos o limitaciones políticas, económicas, sociales o laborales. De aquí se sigue que hay que trazar una frontera entre el ámbito de la vida privada y el de la autoridad pública.

Donde haya que trazarla es una cuestión por discutir, y desde luego, a regatear. Los hombres dependen en gran medida los unos de los otros, y ninguna actividad humana es completamente privada, como para no obstaculizar nunca en ningún sentido la vida de los demás. “La libertad del pez grande, es la muerte del pez chico”. La libertad de algunos tiene que depender de las restricciones de otros. (Isaiah Berlin, 1958).

Si bien es cierto, la comparación es mínima, ya que en el trabajo remoto sí se tiene como base máxima las 8 horas, la jornada ordinaria vendría a ser un acuerdo entre el “jefe y el trabajador”, sin establecer un horario específico.

En este caso, una adecuada regulación del trabajo remoto y el horario extendido se torna esencial para el desarrollo de las actividades productivas, en concordancia, a los derechos fundamentales vislumbrados en la Constitución y tratados internacionales.

Por lo tanto, podemos colegir que el derecho a la privacidad, engloba definitivamente a la intimidad personal y familiar, indispensables para que el trabajador pueda desenvolverse en el marco de los derechos humanos y en respeto de su dignidad. Y al no haber un horario predeterminado para el trabajo remoto y este siendo establecido por un acuerdo entre el “jefe y el trabajador”, debe evitarse cualquier posible atropello generado por una laguna legal. En relación con este mismo enunciado, corresponde efectuarse una variación del horario de descanso, variación en el horario de refrigerio, en lo que se involucran supuestas circunstancias adversas al trabajo, puesto que, al ser realizado en un lugar distinto al que normalmente se desarrollaba, cabe la posibilidad de que la jornada ordinaria se vea interrumpida. Luego al tener que regresar a las actividades del trabajo remoto, siendo ello observado por el superior y conduciéndonos a la presunción, que, a pesar de las injerencias personales puede cumplirse las actividades del trabajo remoto.

Llegados a este punto: ¿Cuándo se genera una afectación al derecho a la privacidad?

La afectación al derecho a la privacidad se da, al no haber un horario específico, que, tanto el sector público como el sector privado deban cumplir, ante la nueva modalidad del trabajo remoto. Si bien es cierto, las partes pueden pactar que el/la trabajador/a distribuya libremente su jornada de trabajo en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, respetando siempre la jornada máxima establecida de 8 horas, también se debe entregar o reportar el trabajo encargado en los horarios establecidos por el/la empleador/ra dentro de su jornada laboral. En donde no se hace referencia al periodo de

descanso y periodo de refrigerio, produciéndose injerencias arbitrarias a la esfera personal del individuo en su derecho al libre desarrollo y bienestar establecido constitucionalmente, como una garantía del individuo, a razón de la falta de especificación en el horario, periodos de descanso, refrigerio, esta nueva modalidad de trabajo insertada a raíz de la pandemia, sigue su curso hasta diciembre del año 2022, sin un horario especial y diferente como es la modalidad de trabajo remoto.

4. ¿Existe o no una laguna jurídica?

Previamente en la interpretación de la regulación en materia laboral, se observó con gran ahínco, la necesidad de un requerimiento específico que delimite el alcance del trabajo remoto, tanto para los trabajadores que se desempeñan bajo esta modalidad en su totalidad, como para aquellos que cumplen sus funciones de manera mixta o “híbrida”. Debido a que, la existencia de una laguna jurídica, en este ámbito de la vida humana, trae consigo consecuencias negativas al trabajador, su entorno familiar y laboral, y a la sociedad en sí misma; ya que, si bien la vertiginosa evolución de la tecnología ha permitido un incremento en el nivel de productividad de las empresas, por ende, mayores ingresos, ello deriva directamente del correlativo aumento en el rendimiento de los empleados.

Muchas veces, sin tomar en consideración la distribución del tiempo de refrigerio y descanso, por encontrarse el trabajador en su domicilio; generando una sobrecarga laboral no voluntaria. De igual modo, se corre el riesgo de confundir la autodeterminación laboral y autogestión del tiempo del trabajador, con una suerte de conexión ilimitada hacia su centro de trabajo, ignorándose al menos parcialmente el horario oficial, por el cual fue contratado y desdibujando los parámetros que separan el ámbito laboral, del ejercicio del desarrollo personal en la esfera de la privacidad.

De tan desventajosa situación, se derivan problemas de salud: como síndrome de burnout, estrés, depresión, enfermedades musculares y cardiovasculares, patologías en la columna vertebral, entre otras.

Consecuentemente, se busca asegurar la conciliación laboral del trabajador con esta situación excepcional producida por el Covid-19 y la adaptación del horario de 8 horas diarias o 48 horas semanales, con el derecho a la privacidad y los derechos conexos al mismo: derecho al libre desarrollo y bienestar, derecho a la desconexión digital, derecho a un descanso apropiado e incluso, el derecho a una adecuada salud física y mental. Tal

laguna jurídica, sólo puede ser suplida y satisfecha con una mejora pertinente y precisa por el legislador comprometido con el avance de la sociedad.

Por ello, se debe de dar un mecanismo para llenar la laguna jurídica, en este caso, se deriva a razón de la obligatoriedad, de la regulación específica del horario diario de la jornada ordinaria; siendo un método viable la “Solución de Alexy”, como menciona el Dr. Miguel Ángel León Untiveros. Los pasos para suplir una laguna jurídica según Robert Alexis, empieza determinando las propiedades del caso no regulado y estableciendo una relación de similaridad con casos regulados. Además, se deben definir las propiedades que determinan la relación de similaridad. Una vez cumplidos estos dos pasos se determina la solución del caso no regulado.

Entonces, ante lo expuesto en la laguna jurídica encontrada, que trata acerca de la afectación al derecho a la privacidad, no establece un horario específico en cuanto a las horas diarias de la jornada ordinaria en el trabajo remoto. Consecuentemente, las propiedades del caso no regulado, vendrían hacer la cantidad de horas diarias que una persona del trabajo remoto deba cumplir como en los horarios de refrigerio y de descanso adaptado al trabajo remoto. Ahora en el caso de la relación de similaridad con casos regulados, sería la disposición de la hora máxima del trabajo remoto como base de la regulación, no literaria, ni específica, de las horas laborales en el trabajo remoto.

En la segunda parte, se deben definir las propiedades que determinan la relación de similaridad, por lo tanto, para establecer el horario en el trabajo remoto se debe tomar en cuenta la característica fundamental de este: el uso de un dispositivo electrónico (laptop, computadoras, celular, tablets, etc.), el cual debe adecuarse a un horario especial, claramente siguiendo la base de las 8 horas máximas laborales, siendo la función del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, analizar el contexto y establecer un horario que no permita la colisión con el derecho a la desconexión digital, como mencionamos anteriormente.

Conclusiones y Recomendaciones

1.- Se dio a conocer la existencia de la laguna jurídica, ante la inexistencia de un horario establecido para el trabajo remoto; ello genera interferencias al respeto del derecho a la privacidad. Por lo que, se ha verificado no solamente un desperfecto en el horario diario

de la jornada ordinaria, sino que, además, no se ha aplicado una nueva regulación en cuanto a los periodos de descanso o el tiempo de refrigerio. Aunque el trabajo remoto recién fue dado a conocer en el ámbito legislativo en el Perú, a consecuencia de la pandemia y que su efectividad durará hasta diciembre del 2022, es decir el trabajo remoto en el Perú por la pandemia, tiene una fecha de caducidad; sin embargo esta modalidad puede ser adecuada en muchas empresas por la distancia, siendo de suma necesidad un nuevo reglamento basándose en Decreto Legislativo 854 y estableciendo nuevos horarios donde todo lo que engloba el trabajo remoto sea complacido.

2.- Se verificó un retroceso de regulación, ante el hecho de la aparición de la era digital, que el trabajo remoto trajo consigo, para cuya situación no existía regulación jurídica vigente, lo cual manifiesta una legislación laboral incompleta y poco congruente con las nuevas necesidades de los trabajadores en un mundo digitalizado.

3.- La realidad peruana demanda un perfeccionamiento en la legislación, que propicie nuevos métodos más efectivos y respetuosos, de revisión del cumplimiento de la jornada laboral de los trabajadores. Se busca la implementación de medidas de supervisión a los trabajadores, que no afecten sus horarios extralaborales, debido a que, en la actualidad existen suficientes herramientas tecnológicas que aseguran la supervisión del cabal

cumplimiento de sus funciones, como, por ejemplo: el envío de reportes semanales y mensuales; el uso de un software o un formato digital, que permita al trabajador adjuntar sus progresos en relación a la agenda de actividades asignada por el centro laboral, el cual debe ser de conocimiento del empleador. Cabe recalcar, que, con el objetivo de no invadir la privacidad e intimidad del trabajador, no sería factible instalar de manera permanente un dispositivo de vigilancia continuada, puesto que, el uso del mismo no sería compatible con la dignidad humana y los derechos fundamentales del trabajador a la salud, bienestar y descanso.

4.- En tal sentido, estimamos que el Estado peruano aún tiene un largo camino por recorrer en la regulación laboral, referida al trabajo remoto, fuera del contexto de la pandemia. Siendo que se realizó una comparación con la legislación de otros países, de habla hispana con un modelo similar al nuestro, encontrándose avances significativos, como el derecho a la desconexión digital correctamente delimitado, flexibilización del horario y no interposición arbitraria de horas extras, para preservar el derecho a la intimidad y privacidad del trabajador o trabajadora.

Referencias

Autoridad Nacional del Servicio Civil. "Trabajo remoto: ¿Cuál es la jornada laboral durante el trabajo remoto?" SERVIR, 2020. <https://www.servir.gob.pe/tr/preg-frec-tr/>.

De la Matta, Ángel Luis Delgado. "El trabajo remoto en el Perú en tiempos del covid-19". Revista Iberoamericana de derecho del Trabajo y de la seguridad Social, (2020), vol. 2, no 3, p. 73-84.

Diario el Peruano. "Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del Coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional-DECRETO DE URGENCIA-N° 026-2020". Diario Oficial El Peruano, 15 de marzo de 2020. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-de-urgencia-que-%20establece-diversas-medidas-excepcion-decreto-de-urgencia-n-026-2020-%201864948-1/>

Diario el Peruano. "Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30036, Ley que regula el teletrabajo-DECRETO SUPREMO-N° 009-2015-TR". Diario Oficial El Peruano, 2015. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-%20supremo-que-aprueba-el-reglamento-de-la-ley-n-30036-decreto-supremo-n-009-%202015-tr-1307067-3/>

Diario el Peruano. "Decreto Supremo que desarrolla disposiciones para el Sector Privado, sobre el trabajo remoto previsto en el Decreto de Urgencia N° 026-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del COVID - 19-DECRETO SUPREMO-N° 010-2020-TR". Diario Oficial El Peruano, 24 de marzo de 2020. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-desarrolla-%20disposiciones-para-el-sector-decreto-supremo-n-010-2020-tr-1865130-2/>

Diario el Peruano. "Decreto Supremo que establece las medidas que debe observar la ciudadanía en la Nueva Convivencia Social y prorroga el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19-DECRETO SUPREMO-N° 116-2020-PCM".

Diario el Peruano. "Guía para la aplicación del trabajo remoto". Gobierno del Perú, 26 de marzo de 2020. <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/informes-%20publicaciones/541100-guia-para-la-aplicacion-del-trabajo-remoto>

Diario el Peruano. "Ley que modifica la ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo." Archivo Digital de la Legislación del Perú, 21 de febrero de 2021. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27671.pdf>

Diario Oficial El Peruano, 1 de julio de 2020. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-establece-las-medidas-que-debe-observar-decreto-supremo-no-116-2020-pcm-1869114-1/>

Lex & Iuris, 2000, 109–12.

López Ahumada, José Eduardo. "Trabajo remoto y derecho a la desconexión digital ante el riesgo de la flexibilidad horaria". Dialnet, n.º 11 (2021): 77–88.

LP Pasión por el Derecho. "Este es el horario de trabajo remoto y presencial para empleados públicos [Informe 1529-2020-Servir-GPGSC] | LP". LP, 9 de noviembre de 2020. <https://lpderecho.pe/horario-trabajo-remoto-presencial-empleados-publicos-informe-1529-2020-servir-gpgsc/>

LP Pasión por el Derecho. "TUO de la Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo (Decreto Supremo 007-2002-TR) [actualizado 2021] | LP". LP, 2 de noviembre de 2021. <https://lpderecho.pe/tuo-ley-jornada-trabajo-horario-trabajo-sobretiempo-decreto-supremo-007-2002-tr/>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. "TUO de la Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo." A_ TUO del D.Leg. 854 - D.S 007-02-TR, 4 de julio de 2002. http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_007_2002_TR.pdf

Naciones Unidas. (2015). Declaración universal de derechos humanos. Naciones Unidas. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

Ramos Núñez, Carlos. "Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento".

Revilla, César Abanto. "Trabajo remoto y teletrabajo: similitudes, diferencias y perspectivas." Revista Gestión Pública & Control, n.º 17 (2021): 23–56.

Rubio, Marcial y Elmer Arce. Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano. 10a ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editoria, 2017.

Sáenz López, Karla y Gerardo Tamez González. "Métodos y Técnicas cualitativas y cuantitativas aplicables a la investigación en ciencias sociales". TIRANT HUMANIDADES MÉXICO, 2014, 92.

Tello, Luciana. "El 73% de trabajadores indica que carga laboral se incrementó entre 1 y 5 horas al día". Gestión, 13 de mayo de 2021. <https://gestion.pe/economia/management-empleo/el-73-de-trabajadores-indica-%20que-carga-laboral-se-incremento-entre-1-y-5-horas-al-dia-%20noticia/#:~:text=Lograr%20un%20equilibrio%20vida-%20trabajo&text=De%20este%20grupo,%20y%20pese,la%20vida%20personal%20y%20laboral>

Veliz, César. "¿Cuál es la diferencia entre vacío legal y laguna jurídica?" La Ley - El Ángulo Legal de la Noticia, 21 de mayo de 2021. <https://laley.pe/art/11270/cual-laguna-juridica#:~:text=Si%20la%20respuesta%20es%20que,ante%20una%20%E2%80%9Claguna%20jur%C3%ADdica%E2%80%9D>

Verona, José. "Trabajo Remoto: 85% de limeños siente que labora más horas que antes - Grupo Verona". Grupo Verona, 24 de septiembre de 2020. <https://www.grupoverona.pe/trabajo-remoto-85-de-limenos-siente-que-labora-mas-horas-que-antes/#:~:text=85%20de%20lime%C3%B1os%20el%20trabajo,prefiere%20continuar%20haciendo%20home%20office>