

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



# IPSO JURE

AÑO 13 N° 51 NOVIEMBRE 2020

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA



## PRESENTACIÓN



**Oscar Burga Zamora**  
**Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque**

# CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Oscar Burga Zamora. Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
  - Dra. Blanca Cervera Dávila, en representación de los señores Jueces Especializados
- Dres. Willy López Fernández, Hellen Guevara Jiménez, Carla Paredes Ciccía y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados
  - Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Kelly Mego Alarcón

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



# INDICE

<b>PALABRAS DEL DIRECTOR</b>	5
.....	
<b>EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL. ENTRE EL DERECHO AL DESCANSO Y LOS DEBERES LABORALES</b> <i>EDWIN FIGUEROA GUTARRA</i>	6
.....	
<b>WALDRON SOBRE LA DIGNIDAD</b> <i>MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ (ESPAÑA)</i>	21
.....	
<b>CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO EN EL DAÑO MORAL</b> <i>MSC. RONALD HERNÁN TIRADO MALAVER</i>	28



## PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Seguimos en pandemia y, además, sin visos de una fecha cierta de término. Lo objetivo sí es que, en relación al mundo del Derecho que es el rubro que nos interesa, el desenvolvimiento de los quehaceres jurídicos ha sufrido una transformación radical en estos últimos meses.

Prácticamente en Perú, a estas alturas del nuevo coronavirus y sus efectos, hogaño no existen audiencias presenciales y casi el 100% de las diligencias programadas por el corpus iuris son virtuales, así como un gran porcentaje del trabajo judicial se realiza en forma remota. Adicionalmente, son ya moneda corriente en las Cortes Superiores de Justicia las mesas de partes electrónicas, y a su vez, las demandas y escritos conexos solo tienen lugar a través del ciberespacio, situación que conlleva, en forma simultánea, el cambio de paradigmas jurídicos en general.

En relación a lo acotado, precisamente nos preguntamos, de inicio, si las audiencias virtuales cumplen el principio de inmediación, entendido éste como una cercanía referencial entre el juez y las partes en el desarrollo de las audiencias, elemento que a su vez permite al juzgador el desarrollo, control y supervisión de la audiencia y de sus incidencias propias. Pues bien, este principio se cumple, y no solo porque el juez es supervisor y guardián de los derechos fundamentales en el decurso de una audiencia, sino porque la función de supervisión se extiende al mundo virtual, controlando el juez el desarrollo de los actos procesales.

A tal efecto, se pierden, es verdad, algunos caracteres de las audiencias presenciales, y de ese modo, no podría nadie descartar, a modo de ejemplo, que en una declaración un tercero, detrás del ordenador, pueda pausar el desarrollo de algunas respuestas de la persona declarante, y sin embargo, será la sapiencia, versación y experiencia del juzgador el elemento habilitante para detectar alguna irregularidad procesal, y descartar o anular cuestiones extra procesales que afecten el debido proceso.

De otro lado, la pandemia nos hace pensar en que muchos de estos nuevos esquemas de trabajo han de permanecer, en gran medida, una vez que la etapa más difícil de los contagios se haya superado. Obsérvese, y lo ratifican los expertos, que la vacuna contra el SARS COV 2 no es la panacea que vencerá en forma total a la enfermedad, y de allí que las salvaguardas de salud hayan de seguir conservándose en distintos grados. Ello nos induce a inferir en que es muy posible que hablemos a futuro de un trabajo mixto, en el cual una parte menor ha de ser presencial y quizá otra parte mayor habrá de ser virtual.

Lo cierto es que los comportamientos laborales han cambiado radicalmente, y es muy posible que se conserven una vez concluida la parte más peligrosa de la pandemia. Y decimos esto porque no existe certeza de término de esta pesadilla existencial. Europa vive, por estos tiempos, una segunda gran oleada de contagios y muertes, y Latinoamérica viene saliendo, con mucha dificultad, de la primera gran ola del nuevo coronavirus. En consecuencia, es previsible que estemos atentos a que los efectos de la segunda ola hayan de ser menores, mas en estricto eso nadie lo puede garantizar.

Por último, este contexto complejo que vivimos deja un espacio interesante para los cambios que puedan existir más adelante en el ámbito de la inteligencia Artificial a impulsar como consecuencia del nuevo estándar de manejo de expedientes a través de las audiencias virtuales. Ya la Fiscalía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en Argentina, maneja un programa interesante denominado "Prometea", incluso desde antes de la pandemia, para combatir la enorme carga procesal, así como la Corte Constitucional de Colombia lo hace con el programa "Pretoria", a efectos de reducir el tiempo de análisis de las miles de acciones de tutela que debe resolver. En suma, observemos pues el panorama de esta pandemia como una oportunidad de desarrollo de ideas innovadoras. Creemos que ello es un imperativo moral.

Hasta la próxima edición.

**Edwin Figueroa Gutarra**  
Director



# EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL. ENTRE EL DERECHO AL DESCANSO Y LOS DEBERES LABORALES<sup>1</sup>

Edwin Figueroa Gutarra<sup>2</sup>



## Sumario

**Introducción. 1. El derecho al descanso, los deberes laborales y la tecnología. 2. Un esbozo de definición sobre el derecho a la desconexión digital. 3. Las experiencias sobre desconexión en Francia y España. 4. ¿Implementar el derecho a la desconexión digital en Latinoamérica? 5. Buscando un punto de equilibrio entre la desconexión digital y los deberes laborales. 6. Conclusiones provisorias.**

## Introducción

La noción de frontera siempre nos lleva a la idea de límite. La extensión de un país concluye donde se inicia el dominio de otro. Hemos asociado el concepto de frontera, usualmente, a una representación física y así nos la solemos imaginar en nuestra descripción de ese concepto.

La reflexión que antecede es válida en el mundo de las relaciones laborales contemporáneas pero en clave opuesta. El poder y facultades del empleador en relación al trabajador, en la práctica, se han extendido hoy más allá de los límites convencionales, en atención a la importancia de la naturaleza de los deberes laborales, más aún cuando el ciberespacio hoy implica un escenario donde ya no se suele distinguir entre la vida pública y privada.

Desde ese enfoque, la jornada de trabajo se suele extender bajo formas inusuales de necesidades de servicio, interacciones sin límite de tiempo a través de la comunicación celular, etc., sumando a ello gravosamente una noción de ocupación de todo a través de las redes sociales. En ese contexto, las tecnologías de la información y la comunicación TIC juegan un rol que parece ocupar nuestras vidas más allá de la jornada laboral, desarrollando una sensación de hiperconectividad que, en suma, asume una tendencia regresiva respecto a lo que denominamos un buen clima laboral.

Desde esa dimensión, el derecho al descanso, una de cuyas expresiones es el derecho a la intimidad o privacidad, ha visto reducido en exceso sus espacios; a su vez, la jornada de trabajo ya no se entiende como una institución en proceso de reducción, de 48 a 45 horas, o de 40 a 35 horas. Ello queda, muchas veces, en una aspiración legítima pero que se ve excedida por la interacción de las TIC, la cual asume diversas variantes. Entonces, cabe preguntarnos: ¿cuál es la dimensión actual

<sup>1</sup> Ponencia presentada en las V Jornadas Nacionales sobre Derechos Fundamentales. Pontificia Universidad Católica del Perú. Mesa Temática No. 6: "Derechos fundamentales y empresa". Lima, 25 y 26 de setiembre de 2020.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID y del Consejo General del Poder Judicial de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL). [efigueroag@pj.gob.pe](mailto:efigueroag@pj.gob.pe)



del derecho al descanso desde una perspectiva laboral y cuáles son sus contenidos? Adicionalmente, ¿ cabe aceptar la premisa de sobre importancia del ciberespacio y de la necesidad de estar conectados en forma permanente al mundo digital porque ello constituye una expresión de modernidad? ¿Es acaso una relación saludable aquella en la cual el empleador exige al trabajador estar conectado permanentemente a una red digital?

Anotemos que el escenario al cual pretendemos circunscribirnos, prevalentemente, es el de las relaciones laborales. Sin embargo, es de aceptarse hidalgamente que el ámbito de interacción en el ciberespacio por las TIC, invade prácticamente todos los espacios de nuestra vida privada. Antaño, la comunicación telefónica exigía una instalación fija, usualmente costosa, sometida a un proceso lento de instalación de redes; hogaño, la interrelación comunicativa se extiende geográfica y virtualmente a todos los ámbitos. Basta una llamada de Whatsapp, de un continente a otro, para que una persona pueda recibir una indicación urgente de otra, y si volvemos la mirada a nuestro segmento de análisis laboral, bastan segundos para que el trabajador reciba indicaciones urgentes del empleador de un lado a otro del océano.

Se hace necesario, en consecuencia, nos indaguemos si acaso existe un derecho del trabajador a desconectarse digitalmente, redimensionando así una vinculación siempre compleja entre el derecho al descanso y los deberes laborales. Estos últimos son de capital importancia: sin ellos la relación de trabajo puede incumplir sus funciones esenciales y, sin embargo, es importante, e incluso necesario, un reenfoque de la relación iusfundamental entre estos dos conceptos, uno derecho y el otro deber, pero ambos a ser entendidos como elementos a cohesionarse para un mejor desarrollo de la relación laboral.

Desde esas premisas, el estudio que pretendemos desarrollar nace de las reflexiones generadas a partir de la Disposición Final 13ª de la Ley Orgánica 3/2018 española, la misma que inserta un nuevo artículo al Estatuto de los Trabajadores de España. Dicho agregado establece la desconexión digital como un derecho del trabajador fuera de la jornada de trabajo, o según convención entre las partes, a efectos de respetarse los tiempos de descanso, permisos y vacaciones, en salvaguarda de la intimidad y personal y familiar del trabajador.

El antecedente que citamos es propiamente una última regulación legal. Antes Francia ya enfocó su atención en la implementación legislativa de esta premisa. Corresponde, ahora, dirigir una mirada a la realidad latinoamericana y discernir, a partir de la experiencia comparada, si resulta razonable implementar las pautas fijadas por dos sistemas legislativos como los señalados: de un lado, Francia, pues representa la cuna de las libertades esenciales traducidas en la Revolución francesa de 1789, que a su vez enarboló desde la Bastilla, ya tomada, la bandera de los valores de libertad, igualdad y fraternidad; y de otro lado, España, en tanto la realidad latinoamericana absorbe de continuo las tendencias reguladoras de la normativa hispana, así como se nutre de los fallos emblemáticos de respeto de los derechos fundamentales por parte de los jueces ibéricos.

Las previsiones a que hacemos referencia, por consiguiente, abren un intenso debate sobre las fronteras entre el derecho propio a la intimidad del trabajador, y cuál es el límite de las exigencias del propio empleador en relación a las obligaciones laborales, aspectos que nos llevan a delimitar, una vez más, los contornos contemporáneos de los derechos fundamentales en materia laboral. Miramos así hacia Latinoamérica como escenario de implementación de este nuevo derecho.



## 1. El derecho al descanso, los deberes laborales y la tecnología.

Construir una noción del derecho a la desconexión digital, implica establecer algunas ideas previas respecto a las fronteras entre vida personal y profesional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, prevé en su artículo 24: *"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"*.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, señala en su artículo 7: *"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: (...) d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos."*

En relación a ambos instrumentos, un elemento común es el derecho al descanso, principio que en el Derecho laboral es importante delimitar en relación a las obligaciones propias de toda relación de trabajo.

En examen de los conceptos acotados por los instrumentos internacionales referidos, el derecho al descanso debe ser entendido, consideramos, en un sentido amplio, como una noción complementaria de la jornada de trabajo. De esa forma, no es un concepto opuesto al de jornada laboral, en tanto ésta necesita, para su continuación razonable, de un periodo de corte temporal, de interrupción aceptable, para su prosecución.

De otro lado, el disfrute del tiempo libre se acerca, con más énfasis, a la idea de desconexión, pues no existe tiempo real de disfrute si el trabajador está vinculado *in extremis* a los requerimientos continuos del empleador más allá de la jornada de trabajo. El tiempo libre se ha entendido comúnmente, también, bajo la perspectiva anglosajona, como un *right to be alone*, o "derecho a estar solo", asumida esta facultad, desde una perspectiva amplia, como la idea de estar propiamente solo consigo mismo, o en compañía de quienes por cuya presencia queramos optar, pero no implica estar asidos, en extremo, a los deberes laborales.

Molina efectúa algunas precisiones adicionales sobre este "derecho a estar solo": y se refiere a un "derecho a tomar las decisiones" sin interferencia de terceros ( Molina; 2017, p. 897), criterio que el mismo autor extiende a tener el poder de controlar el flujo de nuestra información. Por consiguiente, ese "estar solo" apunta, colateralmente, a no ser desbordados por el flujo de información que hoy representan las redes sociales, las cuales son necesarias, por cierto, para la concreción de las libertades comunicativas, pero peyorativas, sin más, si exceden de largo el derecho al descanso y recortan su contenido material.

A su turno, la limitación razonable de las horas de trabajo debe vincularse a la noción de *trabajo decente*, expresión acumulada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT; 2018, p. 18) y al respecto, ya la 107ma. Reunión de la OIT abordó este problema de razonabilidad, y desarrolló la idea base de un tiempo de *trabajo decente* en un mundo laboral en transformación, de donde corresponde inferir la idea de que no





podemos entender una faceta de *trabajo decente* propiamente dicho, si la jornada de trabajo se extiende *sine die*, es decir, sin término. Observemos que la hiperconectividad extiende irrazonablemente la jornada de trabajo.

Por último, las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos, involucran un correlato remunerativo necesario respecto del derecho al descanso, lo cual debe entenderse desde una noción omnicomprendensiva de la remuneración, pues si bien la misma, en principio, se asocia a días efectivos de trabajo desde un contexto de satisfacción respecto de la labor efectivamente realizada, debemos asumir que una faceta extensiva de la remuneración comprende su abono en aquellos días en que, por vacaciones o días festivos, corresponda al trabajador gozar del derecho al descanso. En consecuencia, es parte del derecho al descanso, integralmente debemos subrayarlo, que ese período de no labores merezca una contraprestación económica.

Delimitados los conceptos referidos, conviene un ejercicio de oposición de los mismos para referirnos, a *vol d'oiseau*, o muy prestamente, a las implicancias de los deberes laborales en la relación de trabajo. Destaquemos un carácter relevante a cargo del trabajador: la subordinación al empleador, en ejercicio de las facultades directrices de éste. A su turno, es obligación del empleador el abono de la remuneración en el plazo convenido.

Satisfechas estas exigencias base, los deberes laborales, mejor expresados en la noción de subordinación, nos conducen al deber de realización que involucran las órdenes del empleador. Desde una definición lineal, entenderíamos que esta exigencia se cumple con al acatamiento de las órdenes del empleador en el ejercicio usual de la relación de trabajo.

Sin embargo, entra aquí al debate un tercer elemento y el mismo viene a ser el rol que juega la tecnología hoy en la relación de trabajo, lo cual nos lleva a preguntarnos: ¿podemos hablar, ante el exceso de la tecnología en las relaciones laborales, ya de una Cuarta Revolución Industrial, asociada ésta a la idea de una Industria 4.0 (Molina; 2015, p. 894) o de *fábricas inteligentes*?

La inquietud que planteamos merece alguna explicación de orden histórico. Las Revoluciones Industriales, desde el siglo XIX, cambiaron para siempre el enfoque de desarrollo de las relaciones de trabajo. La aparición de las máquinas replanteó la vinculación empleo- persona, y cambió los parámetros de referencia de la relación laboral.

Frente a la desvalorización del trabajo en la vinculación de cuasi esclavitud previa a la Primera Revolución Industrial, cuando la prestación de trabajo era apenas una mercancía, la humanidad transcurrió por otra senda diferente pero en el mismo sentido: el de deshumanización de la relación de trabajo, pues las máquinas comenzaron a jugar no solo un rol de reemplazo, sino de exigencia de la prestación efectiva personal mas sin límites de tiempo, en la idea de una mayor acumulación patrimonial a favor del empleador.

Transcurrió casi una mitad del siglo XX y los derechos laborales fueron enunciados desde diversos instrumentos internacionales, tanto de *soft law* como de *hard law*, comenzando un impulso iusfundamental sostenido de las relaciones laborales, para admitirse, en este siglo XXI, que nunca habían existido antes tantos derechos enunciados como los que hoy proclaman todas las Constituciones de esta aldea global.



Sin embargo, notemos que en ese devenir de las relaciones laborales, la tecnología, unas veces progresivamente, otras veces vía grandes cambios, ha cambiado la faceta de las relaciones laborales en muchos sentidos, pues el derecho al descanso ha sufrido una transformación sustantiva a partir de la característica *always on* (Turkle, 2019, 2) que hoy matizan las comunicaciones en el ciberespacio. Esta alocución se refiere a que los dispositivos móviles han creado, dice Turkle, la percepción de que las personas tienen que estar siempre conectadas y disponibles las 24 horas del día, los 7 días de la semana. Por consiguiente, ello causa tecno estrés y desaparece esa necesaria sensación de separación entre la jornada de trabajo y el necesario período de descanso, entendido este último como un complemento necesario de las relaciones de trabajo.

A partir de esa idea, esa Cuarta Revolución Industrial asume una faceta de suyo invasiva. Yo no se circunscribe solo a la relación de trabajo, sino su misma naturaleza invade la vida personal y desnaturaliza el derecho al descanso, quitándole la naturaleza de verdadero *diritto*. De esa forma, todo está muy cerca de todo, en términos digitales, y se diluyen las necesarias ideas de una separación entre el trabajo y el descanso, creando una sensación negativa.

Y es esa percepción anotada una consecuencia de esa hiperconectividad que ahora enfocamos. No negamos las bondades de las TIC, ellas han cambiado nuestras vidas para siempre favoreciendo las libertades de comunicación, el acceso a la información, una mejor concreción también del derecho a la libertad de expresión, y también ha simplificado mucho la tediosa comunicación con fallas continuas de hace unos lustros, mas es una pregunta de valor necesario: ¿justifica la actual dimensión de las TIC el exceso de invasión de derecho a la intimidad no solo de los trabajadores sino de las personas en general?

La pregunta enunciada merece una justificación: el exceso de conexión que hoy demandan la vida personal así como la laboral, en especial esta última, dado que nuestra vida privada corresponde a un ámbito muy de entorno propio, desnaturaliza las relaciones laborales. Y esto último sucede cuando el empleador, implícitamente a través de sus decisiones o directivas, exige del trabajador satisfacer requerimientos que van más allá de las obligaciones de trabajo durante la jornada laboral.

Entonces, ese exceso de conexión vendría a provocar un intento de desconexión, pues a toda causa corresponde un efecto, y he aquí que el Derecho Comparado, conforme habremos de ver más adelante, ya nos brinda algunas experiencias de valor, en ese intento de reducir la hiperconectividad laboral, entendida ésta como una faceta en la cual el derecho al descanso del trabajador es afectado por las circunstancias de la afluencia de una comunicación digital excesiva, que a su vez reduce los espacios personales mínimos exigibles en una relación de trabajo.

## 2. Un esbozo de definición sobre el derecho a la desconexión digital

Un esbozo de definición del derecho a la desconexión digital es abordado por Turkle (Turkle, 2019, p. 2), quien señala que: *"...apunta a una regulación del derecho de toda persona colaboradora de una organización a no responder fuera del horario laboral a comunicaciones y a mensajes derivados del puesto de trabajo que le lleguen a través del teléfono, del ordenador o de cualquier otro dispositivo electrónico"*.

Es importante aquí desbrozar algunas especificaciones de interés. La primera de ellas es que se trata de un derecho del trabajador o colaborador, aspecto que nos remite a una relación de trabajo, en la cual existen por supuesto derechos y obligaciones. El derecho a la desconexión digital incide en ambas facetas: es un derecho del trabajador desconectarse y ello tiene lugar, con más adjetivación, en cuanto al marco de cumplimiento de sus deberes. La idea es que éstos no tengan una representación desmedida, y que la relación de trabajo no implique un deber permanente de conexión, que a su vez trastoque en clave negativa la vida privada del trabajador.

En un segundo rango de conceptos, la aludida facultad de desconexión implica un escenario de aplicación que tiene lugar respecto de respuestas del trabajador fuera del horario laboral, en tanto este último espacio implica gozar de una privacidad e intimidad respecto a la cual el empleador tiene acceso vedado. Es más, entenderíamos como una trasgresión de los deberes del empleador exigir una respuesta o conducta del trabajador fuera del horario de sujeción laboral, salvo cuestiones de emergencia que ameriten una actuación excepcional, debidamente justificada.

Adicionalmente, otro elemento de valoración conceptual alude a un segmento específico de comunicaciones y mensajes derivados del puesto de trabajo. Aquí la incidencia se produce respecto de deberes laborales, y es de asumirse que la delimitación de los mismos tiene lugar en el ámbito de la relación de trabajo, y no fuera de ese rango.

La facultad directriz del empleador debe entenderse, de este modo, vigente y vigorosa mas respecto del escenario de la relación laboral, cuando ésta está en curso en el centro de trabajo. El problema ocurre, valga reiterarlo, cuando la tecnología trastoca ese escenario clásico laboral y ya no se entiende una noción tradicional de los límites del horario de trabajo, convirtiéndose en invasiva respecto del derecho al descanso del trabajador.

Por último, aludimos respecto de este derecho al medio de comunicación que admiten dichos mensajes: a través del teléfono, del ordenador o de cualquier otro dispositivo electrónico. No debe dejarse de lado que el uso intensivo de estos aparatos genera un sentimiento de hiperconexión y esa sensación de estar hiperconectados (Turkle; 2019, p. 2) genera una bruma de confusiones respecto al distingo necesario entre la vida laboral y la vida privada.

Estos elementos en conjunto ameritan una explicación adicional, en la medida que asume este derecho la calidad de medio de prevención de riesgos laborales como el *burn out* o sensación de desequilibrio en el trabajador, y el tecno estrés o fatiga tecnológica (Turkle; 2019, p. 2), esta última producida por una sobreabundancia de información y ruido comunicativo, elementos que a su vez dan lugar a lo que Turkle llama *infoxicación*, concepto que de la misma forma puede ser entendido como una intoxicación por exceso de información. ¿Dónde residiría esa intoxicación? En el hecho propio de que la tecnología del exceso de conectividad diluye y convierte en vaga la barrera del derecho al descanso.

El reconocimiento de este derecho da lugar a determinadas ventajas según Turkle (Turkle; 2019, p. 3): en un primer orden de ideas, hay una calidad del tiempo de ocio. Igualmente, se genera una menor exposición a riesgos psicosociales, así como mejor calidad de compromiso y desempeño dentro del horario laboral. Por último, en su impulso vía la negociación colectiva existe, en definitiva, un mejor diálogo entre empleadores y trabajadores respecto a las necesidades y expectativas comunicativas.



Otra definición de interés de este derecho a la desconexión digital es la que nos proporciona Alemán (Alemán; 2017. p. 31), al definir 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."*

Coadyuva a formarnos una idea de la desconexión el Informe Mettling (Chiuffo; 2018, p. 7), en relación al examen de la transformación digital en el mundo del trabajo. Bruno Mettling, director de recursos humanos de la empresa de telecomunicaciones Orange en el año 2015, elaboró para el Ministerio de Trabajo francés, un listado de 36 recomendaciones sobre la materia encomendada, entre las cuales destacan las siguientes:

- Desarrollar la educación digital a través de la formación inicial y continua;
- Situar a la transformación digital en el centro de los mecanismos de profesionalización y de cambio entre oficios;
- Proporcionar un marco legal y fiscal protectorio e incentivador;
- Poner la transformación digital al servicio de la calidad de vida en el trabajo;
- Alcanzar un modelo empresarial de co-construcción y co-innovación;
- Comprender y anticipar los retos de la transformación digital.

Chiuffo destaca que para Mettling saber desconectarse del trabajo en el hogar debe ser considerada una habilidad que debe construirse a nivel individual, con tiempo y constancia (Chiuffo; 2018, p. 7). A su vez, debe ser apoyado ese *know how* a nivel empresarial así como por convenios colectivos laborales.

Es así que como perspectiva de este Informe, se consolida la idea del derecho a la desconexión como un derecho- deber, bajo la fórmula de una corresponsabilidad entre empleador y trabajador. Para su materialización, por tanto, comienzan a ser necesarias estrategias para establecer una medición de la carga de trabajo, así como deviene exigible una organización laboral interna para evitar la sobre carga de tareas.

En otra faceta de este tema, ¿cuáles serían las consecuencias de la sobre conexión? Alemán recoge algunas ideas de la "sociedad del cansancio" de Byung Chul Han (Alemán; 2017, p. 17) y enumera algunas problematizaciones respecto a la hiperdisponibilidad informativa: ciber cansancio, acoso institucional, tecno-estrés, tecno-estresores, tecno-fobia, tecno-filia, tecno-adicción, tecno-ansiedad, habeas data, esquirolaje tecnológico, ciber-vigilancia, autodeterminación informativa, expectativas de confidencialidad.

Chiuffo (Chiuffo; 2018, p. 9) agrega algunos problemas más: sentimiento de cansancio o excitación, agotamiento mental y cognitivo, síndrome de *burn out*, entre otros.

Estos riesgos de exceso de conexión son, con énfasis, situaciones que involucran una desmejora del clima laboral, y pierden ambos estamentos: empleadores, en tanto disminuye la calidad de la fuerza de trabajo como un aspecto base de la productividad; y trabajadores, porque se producen mellas físicas y psicológicas que perjudican la salud de éstos.

Podemos entender la desconexión también, a tenor de lo afirmado, como una *naheit* o exceso de cercanía ( Alemán; 2017, p. 13), desde la idea de una hiperdisponibilidad informativa que se identifica con una visión no adecuada del empleo. En efecto, si ya



no se advierte una frontera razonable entre la vida personal y laboral, entonces, la expresión alemana a que aludimos *supra* tiende a hacer más que brumosas las diferencias en esos ámbitos, y ya no sabríamos cuándo estamos ante un espacio de trabajo, y cuándo ante un entorno propiamente privado, donde el derecho al descanso y el derecho a la intimidad devienen elementos necesarios.

### 3. Las experiencias sobre desconexión en Francia y España.

El derecho a la desconexión digital ya goza de una carta de ciudadanía legislativa en Francia y España.

En Francia, a través de la Ley *El Khomri*, denominada así por su impulsora, Miriam El Khomri, ministra de Trabajo de Francia ( Chiuffo; 2018, p. 11), previó el legislador galo adaptar el Derecho del Trabajo a la era digital. Chiuffo identifica así en la norma los siguientes aspectos:

- *La obligación de negociar colectivamente sobre el derecho a la desconexión ( art. 55);*
- *La adaptación de las herramientas digitales de trabajo para los trabajadores con discapacidades (art. 56).*
- *La exhortación a llevar a cabo una concertación respecto del desarrollo del teletrabajo y el trabajo a distancia, entre las organizaciones de empleadores y asociaciones sindicales, con la promoción de una negociación posterior (art. 57).*
- *El uso de las TIC existentes en la empresa por parte de los representantes de los trabajadores (arts. 58, 59)*
- *El régimen jurídico de los trabajadores independientes que utilizan plataformas de contacto electrónico (art. 60).*

Una rápida apreciación de los elementos aquí anotados nos brinda la idea de un intento de conciliación entre la fuerza de trabajo y la tecnología. Asumió Francia que era necesario regular legislativamente este ingreso con fuerza de la tecnología en el mundo de las relaciones laborales y de esa forma, el énfasis en términos como "negociación", "adaptación", "exhortación", antes que referencias a sanciones a los empleadores, nos brindan la noción de abrir un espacio a la discusión de este derecho al interior del centro laboral.

Estos aspectos legislativos consolidan ya, según Chiuffo, una posición jurisprudencial de la Corte de Casación de Francia del año 2016, en relación a convenios colectivos de importación- exportación y de comercio mayorista, fallos que abordan la facultad de la desconexión de los trabajadores respecto de las herramientas de comunicación remotas y recomendaciones para asegurar la efectividad de los tiempos de descanso. (Chiuffo; 2018, p. 4).

Y si bien esta mirada a fallos de la Corte francesa, aludimos, es de consolidación, recuerda Chiuffo ( Chiuffo; 2018, p. 8), que no debe dejarse de lado decisiones que en el año 2001, casos Zurich Insurances y Nikkon, respectivamente, ya abordan inicialmente el tema de la desconexión, en relación, el primer caso, a un trabajador que no estaba obligado a trabajar en su casa con herramientas de trabajo proporcionadas por el empleador, luego de que la empresa cerrara, pues debía entenderse ello como invasión a la privacidad del trabajador; y en el segundo caso, aludía la Corte a que no podía violarse el secreto de correspondencia del trabajador incluso durante la jornada de trabajo.



Se complementa esto con un fallo del año 2004 (Chiuffo; 2018; p. 6), de la misma Corte de Casación gala, en el cual se estableció que no se podía despedir a un trabajador, chofer de una ambulancia, por no contestar tres llamadas telefónicas de su empleador a su teléfono personal durante su tiempo de descanso en medio de la jornada laboral, aún cuando se puso en peligro la vida de un paciente en riesgo.

En relación a España, Todoli ( Todoli; 2019) destaca la entrada en vigencia en el país ibérico de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales, la cual incluye un Décimo Título sobre derechos digitales, el mismo que desarrolla las siguientes precisiones:

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

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

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

Es importante notar, tanto en la experiencia francesa como en la española, una mención enfática respecto a la negociación o los acuerdos empleador- trabajador respecto a la implementación del derecho a la desconexión digital.

Este rango de enfoque - la discusión y el acuerdo- es el más adecuado, en nuestra opinión, pues antes que establecer un régimen de sanciones al empleador por infracción de este nuevo derecho laboral que se configura, existe una mirada más privilegiada, más de acuerdo, hacia los aspectos consensuados que puedan alcanzar las partes en la relación laboral.

A nivel de otros países, verificamos algunos otros avances (Molina; 2017, p. 895): desde 2016, Corea del Sur y Filipinas vienen promoviendo esfuerzos por una mejor desconexión. Incluso Corea del Sur representa un caso especial, en razón de que a 2014, el promedio de trabajadores surcoreanos registró 2124 horas de trabajo, el segundo más alto entre los países miembros de la OCDE, después de México, y muy superior al promedio del conjunto, de 1170 horas. (Molina; 2017, p. 907). Ante tamaña hiperconectividad al trabajo, alegamos, el derecho a la desconexión digital se convierte en una medida necesaria.

Ahora bien, el apego al trabajo, el exceso de horas de trabajo puede formar parte de una cultura laboral, ello puede ser propio en las economías asiáticas, y sin embargo, es importante que empleadores y trabajadores discutan sobre las implicancias de





estas tendencias. Los riesgos de estos fenómenos de jornadas hiperextendidas, en las cuales la sobre conexión de suyo es una constante, se asocian a problemas de salud del trabajador por el exceso de horas de trabajo.

Hasta donde hemos avanzado corresponde entonces formular una interrogante de relevancia: ¿ Qué hacer para una mejor desconexión?

Turkle (Turkle; 2019, p. 5) refiere algunas experiencias comparadas: *siestas digitales*, o períodos cortos de desconexión durante la jornada laboral que realizan una función análoga a los estiramientos en los trabajos repetitivos; *días de descompresión tecnológica*, o un día semanal para hacer cosas "a la antigua", como leer un libro en papel y no en medio digital; y *correos diferidos*, para que pueda programarse que un mensaje de correo electrónico, si se elaboró el fin de semana, se pueda auto enviar en un horario de jornada laboral el día lunes.

Algunas experiencias en empresas (Turkle; 2019, p. 7 y sgtes.) son también de interés: Volkswagen bloquea el acceso a los teléfonos de la organización de 18.15 a las 07.00 del día siguiente; IKEA, por su lado, ha consagrado como parte de sus convenios colectivos el derecho de los trabajadores a no responder a los correos o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo.

En conjunto, una mirada al Derecho Comparado nos refiere que este derecho viene ganando arraigo en diversos países, y ello nos lleva a plantearnos emprender la propuesta de sus ventajas potenciales en Latinoamérica.

#### 4. ¿Implementar el derecho a la desconexión digital en Latinoamérica?

Llegado nuestro análisis a esta etapa reviste interés examinar en qué medida puede implementarse el derecho a la desconexión digital en Latinoamérica, a partir de las experiencias, de Francia y España principalmente, sobre la materia.

Creemos necesaria una precisión previa: corresponde desterrar de nuestro debate jurídico sobre derechos laborales, el argumento de que una realidad no puede ser implantada en otra porque corresponde a otro país o cultura. Apreciada con rigor esta afirmación, advertimos que se trata de una falacia de redundancia. Es obvio que las culturas y realidades son diferentes, ello es una cuestión implícita en cada sociedad.

A cuanto apuntamos, por consiguiente, es a que las buenas prácticas laborales de otra realidad, sean adaptadas a un entorno diferente, con las variaciones propias del lugar de destino, pues la naturaleza de los derechos fundamentales, en especial de los relacionados con la prestación de trabajo, asume una naturaleza comprensiblemente tuitiva, esto es, en clave de progresividad y avance de los entornos que ese derecho define.

En atención a lo manifestado, las aristas del derecho a la desconexión digital que viene implementando el Derecho Comparado- Francia y España son nuestros ejemplos trabajados- son experiencias a capitalizar, más aún en una realidad como la latinoamericana, cuya homogeneidad es más próxima por razones de idioma y tendencias.

Una primera visión sobre esta cuestión de implementación a que nos orientamos, es que el derecho a la desconexión digital en los países europeos referidos y otros, tuvo lugar a partir de algunas primeras decisiones jurisprudenciales sobre estos items, las



cuales fueron consolidando este nuevo derecho respecto de regulaciones a tener en cuenta en las relaciones laborales.

Esto refuerza, incluso, que la jurisprudencia pueda ser entendida, descomponiendo sus términos, en *juris*, o sea el derecho mismo, y *prudencia*, asumida como una cuestión de equidad establecida por los jueces. Desde esa perspectiva, la prudencia forma el juicio de derecho.

En consecuencia, los fallos de los jueces miden el nivel de equilibrio, de razonabilidad y de aceptabilidad en las relaciones de trabajo, y una vez que éstas se consolidan, pues tiene lugar la configuración legislativa respectiva del caso. Es lo que sucede, en el caso que nos ocupa, con el derecho a la desconexión digital; primero, es una atinencia de criterio interpretativo de los jueces, y más adelante, se convierte en una norma con rango de ley que impulsa esta figura en los países acotados.

En el caso de Perú - la realidad más próxima a examinar para nosotros- ya el Tribunal Constitucional de nuestro país ha sentado criterios en relación al derecho al descanso, como el derecho a un entorno acústicamente sano, en la STC 007-2006-PI/TC, caso calle de las Pizzas. Su delimitación tuvo lugar frente al derecho a la libertad de trabajo que alegaban un grupo de comerciantes de la ciudad de Lima, afectados por una serie de medidas restrictivas de funcionamiento, dispuestas por la autoridad edil del caso, en aras de proteger la paz y tranquilidad en el vecindario colindante con aquellos negocios.

De igual forma, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es una vertiente abordada en la STC 0032- 2010-PI/TC, caso del Tabaco, fallo en el cual se analiza si el derecho de los fumadores, entendido como una libertad de disponer sobre nosotros mismos, se veía lesionado al expedirse una norma que anulaba el derecho de fumar de éstos en lugares públicos cerrados. Notoriamente, el Tribunal opta por atribuir un mayor peso al derecho a la salud frente al derecho al libre albedrío del fumador.

Adicionalmente, ha establecido el Tribunal la existencia ilegítima de un procedimiento contrario a los derechos fundamentales en la STC 1058-2004-AA/TC, caso Rafael García, proceso en el cual la empresa de servicios postales del Perú SERPOST, había dispuesto intervenir una computadora del trabajador, en el propio centro laboral, por el intercambio de información lesiva a la libertad sexual. Si bien ésta era una actitud de suyo reprochable del trabajador, el procedimiento de intervención directa en el terminal informático vía el ingreso al correo personal del trabajador, era contrario al derecho fundamental al trabajo, pues éste implicaba un espacio de privacidad del trabajador.

Los criterios jurisprudenciales abordados *supra*, así como muchos otros más y similares en varios países de la región, marcan un derrotero importante para que consideremos que se dan las condiciones mínimas necesarias para la adopción de normas específicas sobre el derecho a la desconexión digital en esta área geográfica.

Una cuestión de interés a reseñar es si acaso en esta región del mundo los excesos del empleador respecto a las obligaciones del trabajador pueden merecer un nivel de sanción. La respuesta es positiva pues si el empleador, abusando de su posición de dominio en la relación laboral, afecta el derecho al descanso del trabajador vía la excesiva intromisión digital, debemos asumir que ello califica como acto de hostilidad del empleador, y en rigor esta acción ya acusa una sanción laboral a las empresas por parte de las autoridades de fiscalización laboral en los Estados al sur del Río Bravo.

Sin embargo, la referencia al derecho a la desconexión digital, y he aquí una segunda idea de sustento de la viabilidad de implementación de esta figura, supera la noción de



existencia de los procedimientos administrativos o jurisdiccionales por simples actos de hostilidad del empleador hacia el trabajador, para apuntar a consolidar una obligación específica del empleador en el ámbito de las TIC, más aún si éstas configuran nuevos parámetros, hasta hace pocos quinquenios enteramente desconocidos, de la información y la comunicación en sus distintas vertientes.

En concordancia con lo sostenido, por tanto, es saludable la consolidación de una norma específica que aborde la existencia de este problema, más aún si las TIC constantemente reposicionan, bajo nuevos ejes, la vida personal y por ende, extensivamente la relación de trabajo.

En tercer lugar, es de observarse que las realidades laborales entre los países europeos aludidos y Latinoamérica, cada vez ven más reducidas sus diferencias en el ámbito de las TIC respecto de la interacción empleador- trabajador en el ciberespacio. Hoy, en ambos continentes, basta una videollamada para controlar si el trabajador está en su plaza de trabajo; o cada vez más el trabajador, en ciertos empleos, debe reportar su geolocalización para el cumplimiento de sus funciones, etc.

Nos referimos así a que las relaciones laborales en diferentes continentes, con la salvedad que representan las idiosincrasias propias de cada cultura, tienden a ser más similares, y prueba de ello es que las TIC han entrado a gravitar con fuerza en todos los centros laborales, a uno y otro lado de los océanos Pacífico y Atlántico.

Entonces, corresponde tomar partido, y es una de las conclusiones principales de este breve estudio que, recogiendo la experiencia del Derecho Comparado, se implementen en nuestros países en Latinoamérica, con las adaptaciones respectivas de cada realidad, políticas de convenios y acuerdos entre empleadores y trabajadores, sobre el derecho a la desconexión digital, otorgándole luego entidad legislativa en los ordenamientos jurídicos de esta región.



## **5. Buscando un punto de equilibrio entre la desconexión digital y los deberes laborales.**

El punto de equilibrio que proponemos entre los valores aludidos, de un lado el derecho del trabajador a desconectarse digitalmente, y de otro la contextualización adecuada de los deberes laborales, pasa, a juicio nuestro, por un reconocimiento legislativo de esta materia, en la forma que ya prevén Francia y España respecto de su relaciones de trabajo.

Sería una alternativa entretanto, de inicio, y hasta la configuración legislativa definitiva en Latinoamérica, incorporar como parte de las *buenas prácticas* en las relaciones de trabajo de esta región, niveles de negociación colectiva que involucren estos aspectos en el campo de trabajo.

Observemos que los caso de Francia y España, a los que se suman otros países de a pocos, implicaron un primer reconocimiento jurisprudencial, esto es, fueron los fallos judiciales los primeros estamentos de reconocimiento inicial de este derecho a la desconexión digital. Luego, tuvieron lugar en los referidos países niveles de negociación empleadores- trabajadores, a efectos de configurar mejor los avances de este derecho. Entonces, ese binomio jurisprudencia - negociaciones fue el elemento impulsor de la dación legislativa.

Acotaríamos que es precisamente ese nivel de reconocimiento - el de la ley- el adecuado punto de equilibrio, si queremos llamarlo el *óptimo de Pareto*, para que realmente apreciemos una reconfiguración del derecho al descanso, más aún en un escenario como el actual, en el cual las fronteras entre el derecho al descanso del trabajador y los deberes laborales, implican una débil separación.

¿Qué más se logra con la consolidación de este derecho en Latinoamérica? Consideramos, respecto de empleadores y trabajadores, un mejor reposicionamiento de las buenas relaciones laborales. No son políticas onerosas que demanden implementaciones muy costosas.

Por el contrario, se trata de mejorar la calidad en la prestación de trabajo, a fin de que se realice la fuerza de trabajo con el énfasis necesario para beneficio del empleador, de un lado, y para que el trabajador recobre ese espacio de intimidad, parte del derecho al descanso, al cual tiene legítimo disfrute por su condición de trabajador. En esa lógica, consecuentemente, estamos ante un juego de sumatoria de beneficios, en el cual todos los estamentos logran sustantivos avances, y en el cual pocos o nadie pierde.

De otro lado, gana el Estado pues se trata de una realización de su *deber especial de protección* cuando aludimos a los derechos fundamentales que tiene la obligación de impulsar respecto de la relación de trabajo. Y precisamente esa tarea de protección consiste en el establecimiento de pautas que mejoren, siempre en clave progresiva y no de regresividad, la relación de trabajo.



### Conclusiones provisionarias

Reafirmamos nuestra idea inicial respecto a las fronteras diluidas entre la vida personal y laboral. Ello tiene lugar a raíz de la hiperconectividad que hoy transmiten en esencia las redes sociales, a través de las tecnologías de la información y la comunicación. La afectación que esto ha significado en el mundo de las relaciones laborales no es una preocupación menor. Por el contrario, en el ámbito laboral la experiencia de países como Francia y España, naciones pioneras en legislación específica sobre el derecho a la desconexión digital, nos transmite la idea de la consolidación progresiva de esfuerzos necesarios para enfrentar los fenómenos vinculados a un exceso de conexión.

No podemos negar, de otro lado, la importancia del espectacular avance de las comunicaciones y la trascendencia de primer orden de ello en la historia de la humanidad. Sin embargo, viene a ser necesario nos indaguemos si esa velocidad de progreso y avances, acaso no merece, en el camino, un reexamen de sus resultados. Tecno estrés, fatiga tecnológica, infoxicación, son, entre muchas otras, algunas de las características que pueden identificar una sociedad del cansancio.

Y si esto último ocurre, entonces la valía de los indicadores de avance del progreso en sentido general en la relación de trabajo, es sustantivamente menor, aún cuando existan enormes saltos tecnológicos. Nos referimos así a que el progreso tecnológico es bienvenido, de suyo que sí, pero corresponde hacer una reflexión sobre la esencia de los derechos laborales, en especial en este caso del derecho al descanso, en ese pedregoso camino de los progresos en apariencia extraordinarios de la humanidad.

La reflexión que antecede es aún más valiosa en el mundo de las relaciones laborales. Por supuesto que es legítimo que el empleador pretenda lograr los máximos beneficios

en el iter de su actividad empresarial; a su turno, es válido que el trabajador sea bien remunerado y de la forma más óptima como contraprestación de su fuerza de trabajo. Y sin embargo, esos avances implican una reflexión en el camino y ello se traduce en cuestionarnos si acaso no van desapareciendo, en clave regresiva, los principales matices del derecho al descanso.

De esa forma, se hace más que necesaria una confluencia de razonabilidad y proporcionalidad entre el derecho al descanso y los deberes laborales, para asumir que un escenario de aceptables fronteras entre ambos conceptos, es la regulación legislativa del derecho a la desconexión digital, figura que existe aún con cierto aire inicial de leyes de aproximación en Francia y España.

Desde esa lógica, por tanto, no se configura impedimento alguno para que Latinoamérica siga la misma ruta de concesiones y beneficios respecto de los derechos de equilibrio del trabajador en una relación laboral idónea.

Negarnos, por último, que esta implementación equivalga a la misma preocupación de Cronos: aquel se comió a sus hijos porque temía que se levantaran en su contra, magnificando sus temores. Sin embargo, el destino de sus hijos debía cumplirse, inexorablemente, es decir, debían echar a su padre del poder. De la misma forma, derechos como el que enunciarnos, más temprano que tarde, deben gozar de reconocimiento legal y constitucional. Desde ese enfoque, no dejemos de regular, bajo temores infundados, una realidad que exige actitudes de respuesta de la sociedad.

**Publicado en "DERECHOS FUNDAMENTALES",  
Actas de las V Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales. 2020.  
Lima. Palestra Editores. p. 225-242**



## BIBLIOGRAFIA

**Alemán, F.** ( 2017) El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la "Loi Travail No. 20161088". En *Trabajo y Derecho* No. 30. Junio 2017. Recuperado de [http://portal.ugt.org/actualidad/2017/NEG\\_COL\\_NUM\\_31/D7.pdf](http://portal.ugt.org/actualidad/2017/NEG_COL_NUM_31/D7.pdf)

**Chiuffo, F.** (2018) El derecho a la desconexión: contenidos y perspectivas para su implementación desde la experiencia francesa. Recuperado de [file:///C:/Users/usuario/Downloads/El derecho a la desconexion contenidos y%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/El%20derecho%20a%20la%20desconexion%20contenidos%20y%20perspectivas%20para%20su%20implementacion%20desde%20la%20experiencia%20francesa.pdf)

**Molina N, Cristóbal.** ( 2017). El tiempo de los derechos en un mundo digital ¿Existe un nuevo "derecho humano a la desconexión" de los trabajadores fuera de la jornada de trabajo? En. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo LXVII, Número 269, Septiembre-Diciembre 2017. Recuperado de [file:///C:/Users/usuario/Downloads/62482-181602-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/62482-181602-1-PB%20(1).pdf)

**ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.** ( 2018). Conferencia Internacional del Trabajo. Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio relativo a los instrumentos de trabajo. 107 Reunión. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_618490.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf)

**Todoli, A.** ( 2019). El derecho a la desconexión digital aprobada por la LOPDGDD y la prevención de riesgos laborales. En Blog "*Argumentos en Derecho Laboral*". Post 17 de enero de 2019. Recuperado de <https://adriantodoli.com/2019/01/17/el-derecho-a-la-desconexion-digital-aprobada-por-la-lopdgdd-y-la-prevencion-de-riesgos-laborales/>

**Turkle, S.** (2019) Desconexión digital. Fundació factor humà. Recuperado de <https://factorhuma.org/attachments/article/14089/desconnexio-digital-cast.pdf>





# WALDRON SOBRE LA DIGNIDAD

Manuel Atienza Rodríguez  
España



En los últimos tiempos se ha escrito mucho sobre la dignidad. Por lo que se refiere a la filosofía del Derecho, está siendo muy influyente la postura de Jeremy Waldron, expuesta en una serie de trabajos que recientemente han sido recopilados y traducidos al castellano con el título de *Democratizar la dignidad. Estudios sobre dignidad humana y derechos*<sup>1</sup>.


El hecho de que no se trate de un libro orgánico sino de una colección de artículos, explica, al menos en parte, las dificultades que tiene el lector para hacerse una idea cabal de cuáles son exactamente las tesis de Waldron en relación con la dignidad. Por ejemplo, en algunos de esos trabajos contrapone su concepción de la dignidad (como un estatus, y no como un valor) a la de Kant, o a la de quienes basan la dignidad en la idea de que los seres humanos han sido creados a imagen de Dios (vid. Waldron 2019, p. 199), e insiste en que la dignidad debe verse como un concepto-estatus y no como un concepto-valor. Pero en otros, esas afirmaciones aparecen más que matizadas, en el sentido de que Waldron reconoce que cabe interpretar que, en algunas de sus obras, Kant habría entendido también la dignidad como estatus (Waldron 2019, pp. 59 y 248); que la función de términos como “la imagen de Dios” y “la dignidad humana” “puede reconstruirse parcialmente en referencia a un estatus que poseemos en virtud de algo extraordinariamente profundo y poderoso que se encuentra en la raíz de nuestro ser y en nuestra relación con quien nos ha creado” (Waldron 2019, p. 233): de manera que su concepción no se contrapondría en realidad a la que se basa en la imagen de Dios; o que “la dignidad se articula inescindiblemente con la idea de valor humano” (p. 251), en cuyo caso, resulta difícil de entender por qué hay que considerar la dignidad como un concepto-estatus y no (también) como un concepto-valor.

A pesar de esas oscilaciones, creo que se puede decir que la idea central que defiende Waldron viene a ser la siguiente. La dignidad humana no es un concepto completamente secularizado (p. 235). La noción moderna de dignidad no se desliga de la idea tradicional de rango o estatus (p. 176). Lo que habría ocurrido en la época de la modernidad, que es cuando empieza a hablarse de derechos humanos, es una traslación, no una sustitución de valores (p. 65): de manera que la vieja noción (la dignidad como algo que iba unido a la circunstancia de ocupar un alto cargo y que era

<sup>1</sup> Se trata de una edición a cargo de Vicente F. Benítez R., Jesús Gallego Saade y Leonardo García Jaramillo, publicada en 2019 en la Universidad Externado de Colombia. Incluye seis trabajos de Waldron sobre el tema de la dignidad: “Dignidad y rango” (2012), “Derecho, dignidad y autocontrol” (2012), “Dignidad, derechos y responsabilidades” (2012), “Tratos inhumanos y degradantes: las palabras en sí mismas” (2010), “¿Es la dignidad el fundamento de los derechos humanos?” (2015), “Una lista de casos sobre la dignidad. La dignidad humana en decisiones judiciales alrededor del mundo” (2017). Al igual que una útil introducción a esos textos por parte de los editores, que son también los traductores. A esa lista conviene añadir, en mi opinión, y para comprender del todo la posición de Waldron al respecto, un trabajo de 2010, “TheimageofGod: Rights, Reason, and Order”, *New York UniversityPublicLaw and Legal TheoryWorkingPapers*, Paper 246 ([http://lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/246](http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/246)). Y, en fin, creo que la postura de Waldron se entiende también mejor habiendo leído la entrevista que le hacen en *Isonomía* Leonardo García Jaramillo y Vicente F. Benítez-R: “ ‘El control judicial le cuesta demasiado a la democracia’ . Entrevista a Jeremy Waldron”, en *Isonomía* nº 48, abril 2018.



graduable: la dignidad no era la misma referida a un abad o al papa, a un marqués o al rey) no es destruida, sino universalizada. A partir de entonces, todos los hombres pertenecen a un mismo rango, anteriormente reservado a la nobleza: “Esta es mi hipótesis: la noción moderna de dignidad *humana* supone una igualación ascendente de rango, que nos permite ahora intentar otorgarle a cada ser humano algo parecido a la dignidad, rango, y expectativa de respeto que alguna vez se le reconocía a la nobleza” (p. 68). En los análisis que Waldron ofrece de rango no se llega a establecer algo que pudiera considerarse como una definición. Lo más parecido a ello (la determinación más precisa de lo que habría que entender por rango o estatus) que he podido encontrar en sus escritos es esto: “En general un estatus no es un fin o un *telos*: un estatus contiene un determinado grupo de derechos (no los identifica como instrumento)” (p. 52). De manera que poseer un estatus o gozar de cierto rango significaría ser titular de cierto tipo de derechos; ocupar, en el contexto de un ordenamiento jurídico, ciertas posiciones deónticas (una combinación de ellas) que vendrían a ser las distinguidas por Hohfeld: derechos en sentido estricto, libertades, poderes e inmunidades. Y si ese estatus es elevado y el mismo para todos, entonces eso significa que todos los seres humanos deben ser tratados, y por igual, de acuerdo con esa elevada categoría. Como Waldron dice en algún momento: “todos somos nobles” (p. 91), y si en algún caso está justificado, por ejemplo, que se nos castigue (Waldron, por cierto, no parece albergar ninguna duda sobre la posibilidad de justificar el castigo), tendrá que ser de acuerdo con esa elevada posición: “toda persona que es hoy sujeto de castigo debería ser castigada como un noble descarriado antes que como un esclavo descarriado” (p. 96).



Para decir la verdad, no me parece fácil de entender por qué se le ha dado tanta relevancia a esa concepción de la dignidad humana<sup>2</sup>. O, mejor dicho, quizás no sea difícil encontrar una *explicación* para ello, pero no creo que esos elementos explicativos ayuden mucho a justificar la posición de Waldron. A mí me parece que esa concepción es poco interesante en el plano teórico o conceptual, y más bien regresiva desde la perspectiva de la historia de las ideas. Me explicaré.

El que sea de escaso interés teórico o conceptual no significa, por supuesto, que yo crea que todo lo que Waldron dice en relación con la dignidad (y que afecta tanto a la “forma” como al “contenido” de los derechos) sea equivocado. Lo que quiero decir es más bien que la tesis de Waldron, al menos en su aspecto central, no pasa de ser una obviedad. O sea, no parece que nadie niegue que poseer dignidad supone también ser titular de una serie de derechos, o sea, situar a quienes quepa calificar así en una posición de -igual- preeminencia en relación con lo(s) que carece(n) de dignidad. Y de ahí la tendencia, en las constituciones nacionales o en las declaraciones de derechos de ámbito internacional, a fundamentarlos derechos en la noción de dignidad, y a entender esta noción en un sentido que incluye la de igualdad (y la de autonomía): si los derechos humanos son los que se tienen por el mero hecho de ser hombre, de

---

<sup>2</sup> Discrepo en esto, por ejemplo, de Habermas, que dice aceptar esa manera de entender la dignidad (en ). Una aceptación que, dicho sea de paso, me parece que se conecta a su vez con la descalificación completa que Waldron hace de la idea de Rawls de “razón pública” (en la Entrevista que se menciona en la nota 1, Waldron califica ese concepto de Rawls como “ridículo” –p. 180) y su coincidencia aquí con Habermas, con el deber de traducir en términos seculares las nociones religiosas. Waldron califica su postura (que entiende como un desarrollo de la de Habermas) de “traducción de doble vía: ”Creo que no va en contra de la civilidad esgrimir razones religiosas en la esfera de la política, en parte debido a que varios asuntos que se debaten en la política son muy importante –como la idea de dignidad- y debemos aceptar la posibilidad de que una persona que no profesa religión alguna tenga la capacidad de apreciar la importancia de la religión en este tipo de temas” (Entrevista, p. 182).

estar dotado de dignidad, entonces parece claro que, en relación con ellos, no cabe que puedan trazarse distinciones basadas en el nacimiento o en la posición social. Pero, como digo, esta no parece en absoluto una idea novedosa.

Quizás sí pudiera parecerlo, dentro de ciertos ámbitos académicos o culturales, algunas ideas de Waldron en relación con los derechos humanos y que derivarían de (o resultarían coherentes con) su noción de dignidad. Así, él trata de desmarcarse del liberalismo individualista y de la pretensión de hacer de la autonomía (entendida, diríamos, en un sentido puramente liberal, como respeto de los deseos o preferencias de los agentes) la base de los derechos. Y, al mismo tiempo, pone mucho énfasis en reivindicar la noción de responsabilidad que, en su opinión, es esencial para dar cuenta, al menos, de una buena parte de nuestros derechos. De nuevo, me parece que en esto también le asiste la razón. Pero, por un lado, yo no creo que para llegar a esas conclusiones se necesite para nada interpretar la dignidad como lo hace Waldron: como una noción de estatus que parecería excluir otras dimensiones del concepto. Y, por otro lado (lo que se vincula con la objeción anterior), tengo la impresión de que Waldron incurre en muchas ocasiones, en su análisis de la dignidad, en lo que bien cabría llamar la falacia de la falsa oposición. Por ejemplo, no veo por qué la dignidad no pueda ser, al mismo tiempo, una noción de estatus y una noción de valor: la posesión de ciertas propiedades valiosas hace que ciertos seres se consideren dotados de dignidad; y poseer dignidad -el que se les atribuya ese valor, ese estatus- tiene como consecuencia (fundamenta) el ser titular de una serie de derechos; me parece, por lo demás, que eso es lo que explica las oscilaciones de Waldron al referirse a la noción de dignidad de Kant, porque la del autor alemán contiene esas dos dimensiones. También creo que es una falsa oposición el plantearse si la noción de dignidad deberíamos verla esencialmente en términos jurídicos (como propone Waldron) o morales: simplemente, no podemos prescindir de ninguna de esas dos dimensiones que, además, están estrechamente vinculadas entre sí. Y se sigue incurriendo, en mi opinión, en una falsa oposición cuando, al analizar la expresión “tratos inhumanos y degradantes”, Waldron contrapone una de las estrategias utilizadas en la doctrina, la de la “elaboración racional”, o sea, usar el precedente judicial para sustituir esos estándares por reglas más específicas, a la suya propia, consistente en dar peso al significado propio de las palabras (a los términos usados en el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos: “inhumanos” y “degradantes”): simplemente, no tienen por qué verse como estrategias distintas y, menos aún, incompatibles entre sí, sino que lo más razonable sería utilizar ambas conjuntamente.

Y ahora vamos al plano ideológico (empleada esta última expresión en un sentido no peyorativo). La impresión que a mí me ha dado la lectura de los textos de Waldron es que, en último término, lo que él pretende con su concepción de la dignidad es oponerse a ver en esa idea, y en la de los derechos humanos, una consecuencia del fenómeno de la secularización característico del mundo moderno y que lleva consigo una separación de las cuestiones de fe y de razón, del pensamiento teológico, por un lado, y el científico y filosófico, por el otro lado<sup>3</sup>. Al negar esa ruptura (o al tratar de quitarle fuerza), lo que Waldron hace es ofrecernos una visión de la dignidad humana y de los derechos humanos que inevitablemente recuerda a la de un cuento de hadas. O sea, lo que sus textos sugieren es el relato de que, en algún momento de la historia (a partir de la modernidad), la humanidad (o una parte de la

---

<sup>3</sup> Impresión que resulta ratificada con la lectura de la Entrevista a la que he hecho varias veces referencia



misma) habría decidido que a partir de entonces debería haber ya ni esclavos ni villanos, sino que ahora “cada hombre es un duque, cada mujer es una reina” (p. 126). Una concepción de los derechos humanos que solo puede estar basada en una filosofía muy idealista y que, por lo demás, pone bien de manifiesto hasta qué punto la corriente principal de la filosofía del Derecho en los últimos tiempos se ha construido completamente de espaldas a las ciencias sociales o, dicho de otra manera, a la realidad histórica y social. Y así, si se adoptara un punto de vista, digamos, más materialista, en el sentido de partir de que las ideas filosóficas o jurídicas (como la de dignidad y la de derechos humanos) no pueden estar completamente desligadas del contexto social e histórico en el que surgen, con lo que nos encontraríamos, me parece a mí, es con que la libertad e igualdad de todos los hombres (y la idea de dignidad humana) tiene mucho que ver con la aparición del capitalismo y de la burguesía, el desarrollo de la ciencia moderna y, precisamente, el fenómeno de la secularización y la concepción del hombre como un individuo, como una entidad única e irreplicable, que tiene valor en sí misma y no por su relación con alguna otra entidad (política o religiosa) que la englobe o trascienda.

El interés que Waldron ha mostrado por la crítica de Marx (del joven Marx) hacia los derechos humanos en *La cuestión judía*<sup>4</sup> no parece haberle permitido captar lo que, en mi opinión, constituye la principal aportación de Marx en este campo: ofrecer una explicación de las declaraciones modernas de los derechos humanos no en términos idealistas (según una tradición continuada ahora por Waldron), sino materialista, al ponerlos en conexión con un cierto momento del desarrollo histórico. Es cierto que la crítica de Marx es, por así decirlo, excesiva, porque no ve la dimensión moral de los derechos (en general, consideró los derechos humanos como instrumentos políticos que, según los contextos, podían jugar o no un papel positivo, o sea, podían o no contribuir a la llegada del socialismo) y tiende a configurarlos más bien como una ideología (ahora en el sentido peyorativo de la expresión): la libertad y la igualdad son, en el ámbito del Estado moderno y de la sociedad burguesa, realidades puramente abstractas, irreales. Y el modelo de ideología, para Marx, es precisamente la religión; o sea, de la misma manera que el cristianismo -escribía en *La cuestión judía*- hace a los hombres iguales en el cielo, pero desiguales en la tierra, las declaraciones de derechos (el Estado moderno) parte de que los diferentes miembros del pueblo “son iguales en el cielo de su mundo político y desiguales en la existencia terrestre de la sociedad”<sup>5</sup>. A mí me parece que hay buenas razones para no aceptar (o no del todo) una concepción materialista de las ideas como la de Marx; en relación

<sup>4</sup> Jeremy Waldron (ed.), *Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, Londres, 1987.

<sup>5</sup> Por esa razón, me parece que Waldron se equivoca cuando critica a Marx porque este habría considerado que la “dimensión moral” de la personalidad sólo se da en el ámbito comunitario, no en el plano individual (vid. *Imago...*, p. 232). Y se equivoca porque cuando Marx, en ese texto de juventud que es el que toma en consideración Waldron, habla de que los derechos del *ciudadano* (frente a los derechos del *hombre*) son los que consideran al hombre como una “persona moral”, Marx está usando esta expresión (“persona moral”) en un sentido, digamos, peyorativo: la persona moral es el miembro del Estado político, el ciudadano en cuanto persona puramente alegórica y que, en su esquema, se contrapone al hombre en el plano de la sociedad civil (un concepto este último que en su pensamiento terminará por equivaler al modo de producción, a la base socio-económica), o sea, al hombre de la sociedad burguesa, que es un individuo egoísta y aislado de los demás (una mónada). Eso explica que Marx defienda ahí una noción de hombre -de emancipación humana- que supone la superación de ese hiato, o sea, un tipo de organización en el que haya desaparecido “la reducción del hombre, de una parte, a miembro de la sociedad burguesa, al individuo *egoísta independiente*, y, de otra parte, al *ciudadano del Estado*, a la persona moral” (Marx y..., p. 52).

con la de derechos humanos, desvela sin duda elementos importantes de esa noción, si bien hay otros que no logra captar<sup>6</sup>. Pero, con todo, creo que es preferible a una visión -puramente idealista- como la de Waldron que, en mi opinión, no explica nada. La conquista de los derechos y de la idea de dignidad humana no ha consistido precisamente en un cuento de hadas.

Al referirse a la conocida crítica que Steven Pinker hace de la dignidad humana y a la propuesta de este último de abandonar esa noción (a la que califica de “estúpida”) y sustituirla por la de autonomía, Waldron afirma lo siguiente: “Sospecho que la hostilidad de Steven Pinker hacia la dignidad humana se asocia, en buena medida, con sus matices religiosos (los matices religiosos de la noción)” (p. 234). Pues bien, tal y como yo veo las cosas, mi sospecha es que las creencias religiosas de Waldron es lo que explica su concepción de la dignidad y de los derechos humanos y, en particular, su pretensión de explicarlos y fundamentarlos en términos que, en el fondo, tienen un carácter religioso<sup>7</sup>. Así, para Waldron, la noción moderna de dignidad, su democratización, podría rastrearse incluso en el *Génesis*<sup>8</sup>. Pero eso plantea, creo yo, una considerable dificultad a la hora de interpretar la historia: si no se hubiese producido, a partir de la modernidad, una ruptura representada, entre otras cosas, por la aparición de las nociones de dignidad y de derechos humanos, ¿cómo entender que durante tanto tiempo las sociedades cristianas se caracterizaran por la existencia en ellas de instituciones -apoyadas, por supuesto por las autoridades religiosas- como la esclavitud y, en general, todas las del “Antiguo régimen” que presuponían la negación completa de la idea de dignidad humana? Y por más que Waldron subraye el carácter complejo y heterogéneo de los derechos humanos y la necesidad de combinar diversas perspectivas jurídicas y filosóficas para dar cuenta de toda esa realidad, parece también claro que, para él, la fundamentación religiosa de los derechos, la idea de que hemos sido creados a imagen y semejanza de Dios, presenta ventajas en relación con otras concepciones, digamos, de carácter no religioso: “Creo que si construimos una concepción de los derechos humanos sobre la base de que los hombres son creados a imagen de Dios, tenemos que aceptar encontrarnos con algunas diferencias entre nuestras concepciones y concepciones erigidas sobre otros fundamentos(...)Me parece, por ejemplo, que es más fácil defender algunos derechos (como el derecho a no ser torturado) como absolutos morales a la luz de la doctrina que hemos estado considerando; y también sostengo que *imago Dei* permitirá un énfasis más insistente en la humanidad y en los derechos de aquellos sobre los que tenemos buenas razones (buenas razones *morales*) para temer y despreciar, que concepciones seculares de los derechos que responden sólo a nuestros juicios contemplados en un equilibrio reflexivo. Otros cambios podemos considerarlos desconcertantes: un mayor énfasis en los derechos que pueden verse también como

<sup>6</sup> He desarrollado esta tesis en mi libro *Marx y los derechos humanos*, Mezquita, Madrid, 1983.

<sup>7</sup> “...creo que todos tenemos que aceptar que hablar de ‘dignidad’ suena un poco religioso”. “Considero que la dignidad es un concepto que tiene unas connotaciones necesariamente religiosas” (Entrevista, p. 178)

<sup>8</sup> “Algunos estudiosos de la Biblia hacen notar que *imago Dei* va deliberadamente contra la antigua proposición babilónica de que sólo el rey fue creado a imagen de Dios y que ese estatus respalda su ejercicio del poder real. Ahora vemos esa imagen real en cada hombre. Así, en la medida en que se pone en práctica políticamente, la imagen de Dios está representada necesariamente por la participación de millones en la política y no solo de una persona” (*Imago*, p. 233). Y lo que queda por explicar es cómo es que han pasado tantos siglos desde la escritura del *Génesis* hasta que aparecieran los regímenes democráticos en los que parece estar pensando Waldron.





responsabilidades y un mayor énfasis en el ejercicio responsable antes que en el ejercicio voluntarioso o desordenado de nuestros derechos.” (Imago, p. 234).

Y, en fin, para poner las cosas en su justo término, creo que es necesario destacar también que el cristianismo de Waldron, muy inspirado en Locke, es de carácter liberal (aunque no se trate del liberalismo individualista al que antes se hizo referencia), y sus posiciones en relación con cuestiones como el aborto, la eutanasia, el matrimonio igualitario, etc. no coinciden con las de otros iusfilósofos contemporáneos de inspiración cristiana: piénsese, por ejemplo, en Finnis y en sus muchos seguidores en los últimos tiempos.

Es además posible que todo eso tenga que ver con el hecho de que Waldron no sea un iusnaturalista, sino un autor positivista (se trataría de un positivista normativo e inclusivo) dispuesto a aceptar una “lectura moral” de los derechos (de la Constitución), pero siempre y cuando la moral se entienda exclusivamente como moral social, no como moral crítica o justificada (p. 181).

Al igual que se conecta también<sup>9</sup> con su concepción procedimental de la democracia. O sea, ver la dignidad como un estatus y no (también) como un valor sustantivo, encaja bien con su idea de que lo que hay que preservar en una democracia es que todos sean tratados por igual, en el sentido de que a todos se les reconozca el derecho a participar en igualdad de condiciones en los procesos electorales y a que esas opiniones, traducidas en las decisiones de una asamblea, de un parlamento, tengan una fuerza tal que no pueda ser derrotada por las opiniones de una elite de jueces, por un tribunal constitucional<sup>10</sup>. En la *Entrevista* a la que varias veces me he referido, Waldron afirma lo siguiente: “La democracia es una forma de gobierno que trata de resolver desacuerdos y que empodera a cada persona por igual, dado que reconoce que cada uno tiene una dignidad para expresar su opinión sobre una decisión política. Y el control judicial es una forma de bloquear ese empoderamiento: es una forma de delegar la toma de decisiones a ciertas personas con fundamento en criterios pretendidamente objetivos, como los de ser más listos o los mejores, en lugar de confiarlo a gente del común”. “No otorgamos derechos de participación porque se trata de un juego interesante y atractivo del que todos deberíamos participar, sino que lo hacemos porque lo exige la dignidad humana y es un asunto de respeto(...) [E]l voto es un mecanismo notable que establecimos para otorgar respeto a millones de personas. A los filósofos no les gusta esto... los filósofos solo respetan a otros filósofos” (p. 173). Ahora bien, la objeción obvia a lo anterior sería esta: ¿Pero qué pasa si un órgano legislativo dicta una ley contraria a los derechos humanos y, por tanto, a la dignidad humana? ¿Acaso se trata de una imposibilidad lógica? Y, si no lo es, ¿no parece razonable establecer una institución –un tribunal constitucional– que controle al legislador, aunque eso deba hacerse con muchas cautelas? Pues bien, como lo aclara también en esa *Entrevista*, Waldron parece haber matizado algo su postura en contra de los tribunales constitucionales, aunque eso no suponga un cambio en su tesis fundamental: “A pesar de esto [de la existencia de diversos tipos de control de constitucionalidad y de comunidades políticas y de que los principios democráticos no se reduzcan al valor de la legitimidad política], creo que el argumento se mantiene: en un Estado con un legislativo que funciona adecuadamente, me parece que se inflige un daño considerable a la legitimidad del sistema político cuando se

<sup>9</sup> Le quedo muy agradecido a Josep Aguiló por haberme hecho esta observación, tras la lectura de una versión anterior del texto.

<sup>10</sup> Lo que explica el título de una de sus obras más conocidas, *The dignity of legislation*. Por lo demás, es obvio que el término “dignidad” se está utilizando ahí en un sentido metafórico o traslaticio.





permite que las decisiones definitivas sean tomadas por los tribunales constitucionales en vez del legislativo. Aunque no es un daño fatal, es un daño serio a la legitimidad del sistema político” (p. 174). ¿Pero de cuantos Estados se podría decir que cuentan con un legislativo “que funciona adecuadamente” en el sentido de Waldron?



# CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO EN EL DAÑO MORAL

MSc. Ronald Hernán Tirado Malaver  
Abogado Distrito Judicial Lambayeque  
rtiradom@gmail.com



## RESUMEN

Estableciendo criterios para desarrollar y utilizar la uniformidad al momento de determinar el quantum indemnizatorio por Daño Moral y evitar esta incertidumbre que contribuye a la inseguridad y deslegitimación del sistema jurídico y que factores determinan o inciden sobre el mantenimiento de este estado de cosas; para ello hemos precisado previamente los fines y objetivos con cuya concreción se pretende contribuir al enriquecimiento de la teoría jurídica al respecto.

Los Tribunales Franceses crearon el "Baremo del Precio del Dolor", el que tiene una conexión íntima con un problema de bases de datos estadísticos que pudieran servir de antecedentes a los jueces y a las partes procesales en la determinación de un adecuado quantum indemnizatorio por daño moral.

**Palabras clave:** Daño Moral, criterios y cuantificación.

## ABSTRACT

Establishing criteria to develop and use uniformity when determining the indemnifying quantum for Moral Damage and to avoid this uncertainty that contributes to the insecurity and delegitimization of the legal system and which factors determine or affect the maintenance of this state of affairs; For this purpose, we have previously specified the aims and objectives whose purpose is to contribute to the enrichment of legal theory in this regard.

The French Courts created the "Scale of the Price of Pain", which has an intimate connection with a problem of statistical databases that could serve as background to the judges and the procedural parties in the determination of an adequate compensatory amount for moral damages.

**Keywords:** Moral damage, criteria and quantification

## 1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo de investigación denominado: "**Criterios para la Determinación del Monto Indemnizatorio en el Daño Moral**", el Problema planteado, se identifica en nuestra trayectoria profesional, pues vemos que los Operadores del Derecho, se tiene que fijar criterios para determinar la cuantificación del Daño Moral que puedan ser utilizados.

Nuestra Hipótesis, es la siguiente: **Si** se realiza precisiones respecto al concepto de Daño Moral y establecen criterios para determinar el quantum indemnizatorio, **entonces**, las decisiones de los jueces serán predecibles y se reparará de manera razonable este tipo de daño.

Ante la problemática descrita, la misma que además de grave es numerosa, he recopilado información objetiva y adecuada, realicé encuestas y estadísticas y revisión de Resoluciones, propendiendo a la comprensión de la misma por parte de Jueces, Fiscales y Abogados en general, para plantear criterios para la determinación del Quantum Indemnizatorio en el Daño Moral.

## 2. LIQUIDACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL: EL CRITERIO EQUITATIVO.

La frase guía que el operador jurídico judicial va a tomar en consideración para la cuantificación del daño es el principio de la “reparación integral” que significa, en primer lugar, la valoración necesaria de una operación de reequilibrio de los intereses contrapuestos del cual el deudor y el acreedor son portadores. En otras palabras, la garantía de un resarcimiento adecuado relacionado con los daños efectivamente padecidos (Pinori & Corradi, 2014).

Los elementos que se deben tomar en cuenta para la cuantificación equitativa del daño moral, son: a) la gravedad del hecho que genera la responsabilidad civil, b) la entidad que sufre los padecimientos del ánimo; c) las condiciones económicas, sociales y personales de las partes; d) la relación de parentesco, de casados, de convivencia que posea la víctima; e) El grado de sensibilidad de la persona afectada con el daño (Pretelli, 2014).

## 3. EL EMPLEO DE TABLAS, BAREMOS Y OTROS MÉTODOS.

Citando al doctrinario (Pintos Ager, 2014) precisa que el Baremo es el empleo de matrices indemnizatorias en donde la cuantía correspondiente se obtiene en función de las variables que determinan el daño indemnizable; a diferencia de lo que ocurre con los sistemas tabulares donde existen máximos a pagar por tablas indemnizatorias.

En el sistema por punto se toma en cuenta las decisiones jurisprudenciales, anotando los puntos de incapacidad para luego dividirlos entre una suma líquida por la invalidez permanente, por la tasa de invalidez reconocida para cada caso concreto por el Juez (Espinoza Espinoza, Derecho de la Responsabilidad Civil, 2006, pág. 268). El método por punto se parece más a un sistema de Baremos.

La matriz que enunciaremos a continuación, tiene como eje la edad y la gravedad que padece la víctima.

### MATRIZ PARA INDEMNIZAR EL DAÑO MORAL

Gravedad de la lesión	0-10 años	10-17 años	17-35 años	35-50 años	50-65 años	Más de 65 años
1,2	2	4	5	3	6	2
3	4	9	10	7	12	5
4	5	9	11	7	13	5
5	7	14	16	11	20	8
6	30	61	68	48	88	35
7,8	199	401	448	317	574	228
9	87	176	196	139	252	100

Los niveles de **gravedad** de la lesión son:

- (1) solo emocional o anímico;
- (2) temporal e insignificante;
- (3) temporal menor;
- (4) temporal mayor;
- (5) permanente menor;
- (6) permanente considerable;
- (7) permanente mayor;
- (8) permanente grave; y
- (9) la muerte.



En el Perú, ya existe un sistema de tablas, como señala el doctrinario (Espinoza Espinoza, Derecho de la Responsabilidad Civil, 2006), denominándolo método tabular que emplea el reglamento en materia de accidentes de tránsito, el artículo 29 del Decreto Supremo N° 036-2001-MTC, Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito que señala:

- ✓ Muerte c/u : Cuatro (4) UIT
- ✓ Invalidez permanente c/u hasta : Cuatro (4) UIT
- ✓ Incapacidad temporal c/u hasta : Uno (1) UIT
- ✓ Gastos médicos c/u hasta : Cinco (5) UIT
- ✓ Gastos de sepelio c/u hasta : Cinco (5) UIT

Para el maestro (Espinoza Espinoza, Derecho de la Responsabilidad Civil, 2006) encontrar una fuente tabular que permita establecer escalas para otorgar el resarcimiento del daño. Debemos señalar que es el único trabajo que ha abordado con profundidad el tema de la cuantificación de los daños con seriedad en el Perú. Tal y como establece el mencionado autor, los montos pueden sufrir un incremento equitativo de acuerdo a las particularidades de cada caso en concreto (pág. 177).

### 3.1. La Cuantificación del Daño Moral y cuando se puede solicitar la indemnización.

La cuantificación se entiende como “La liquidación equitativa del daño no patrimonial no obedece a los principios generales de la liquidación equitativa del daño en general; ésta puede, por consiguiente, tener lugar sólo en el caso de dificultad en el dar prueba del daño efectivamente sufrido”. (Alpa, Responsabilidad Civil y Daños. Lineamientos y cuestiones., 2001, pág. 597)

Se puede apreciar que el legislador peruano ha optado por admitir la aplicación de la reparación en cualquier acto ilícito y en el incumplimiento contractual. Siendo que en la exposición de motivos del Código Civil de 1984 el doctrinario León Barandiarán señala que compete al juez fijar el monto de la reparación por el daño moral, actuando con un criterio discrecional; esto se debe a que la reparación ha de hacerse por un determinado *quantum* pecuniario, o sea, el daño moral sufre una especie de metástasis o transmutación para el efecto de que él, siendo extrapatrimonial, solo puede repararse mediante una indemnización de carácter patrimonial; de otro modo, el daño moral no podría ser reparable. (Revoredo , 1988, pág. 807)

## 4. MÉTODOS

He empleado los siguientes métodos: Método inductivo, Método analítico, Método sintético, Método comparativo y Método dialéctico.

Realice el fichaje de la información obtenida de la bibliografía y Jurisprudencia existente clasificándola de acuerdo al esquema del trabajo de investigación. Utilice el método de contrastación de las posiciones y teorías al respecto para establecer las diferencias existentes.

## 5. RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS.

### 5.1. Diseño de Contrastación de Hipótesis.

En nuestra investigación se ha realizado con un campo de estudio, utilizando la información doctrinaria y jurisprudencial desarrollada y una información estadística de las encuestas que he realizado en nuestro Distrito Judicial de Lambayeque.

#### 5.1.1. Población y Muestra.

La población está constituida por los Jueces Superiores, Jueces Especializados Civiles, Laborales, Familia, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque (en adelante Operadores del Derecho), donde el campo de estudio son cien (100) Operadores del Derecho.

### 5.1.2. Encuesta:

La población estudiada ha comprendido a cien (100) operadores del derecho, habiendo requerido de una muestra, como instrumento de recolección de la información, a toda la población encuestada. De la revisión y análisis de la Encuesta, los resultados del trabajo de investigación, en base al recojo de la información lo presentamos a través de Figuras con su respectiva descripción.

### 5.1.3. Cuadros estadísticos del campo de investigación:

Figura N° 1.-

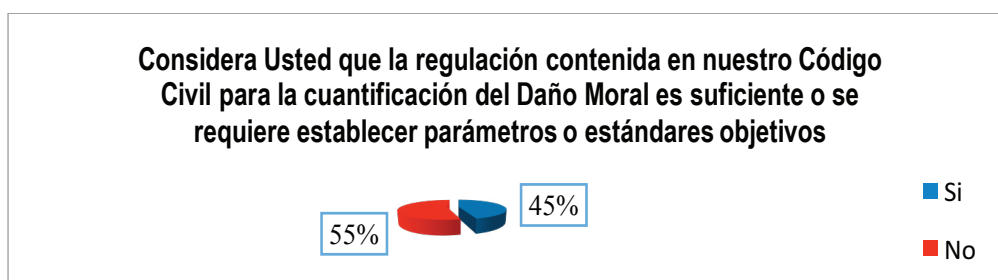


Figura N° 2.-

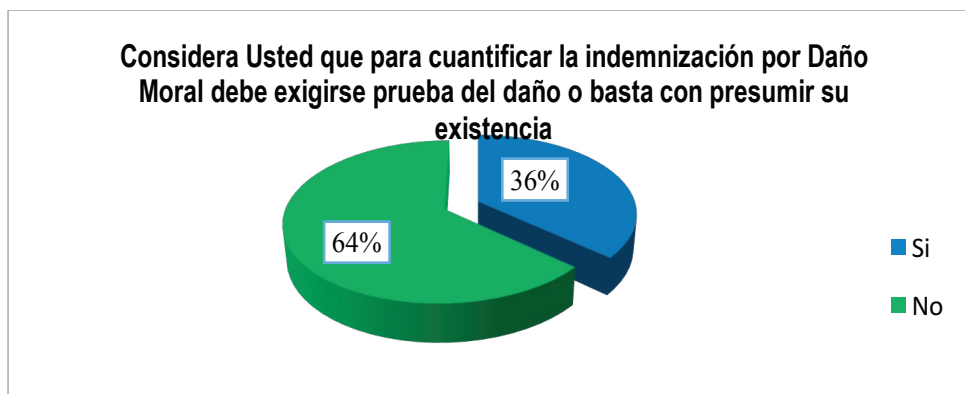


Figura N° 3.-



Figura 4.-

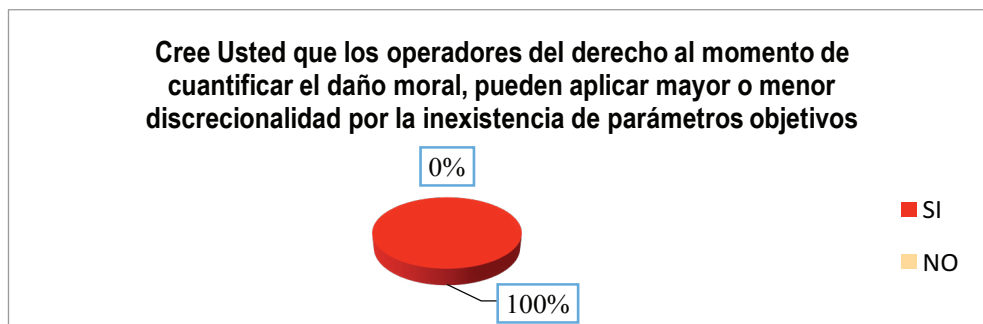
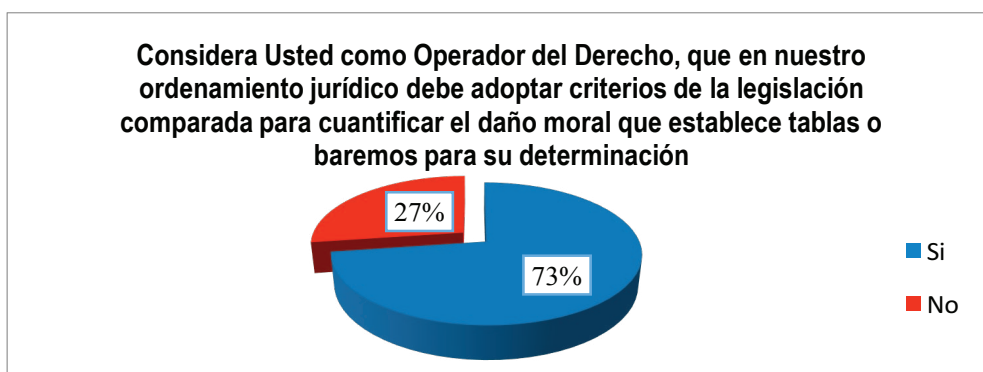


Figura 5.-



## 6. DISCUSIÓN.

**Figura N° 1:** Nuestro actual Código Civil recoge la noción del daño moral indemnizable en el artículo 1322 si se trata de una obligación indemnizable derivada de inejecución de obligaciones y en los artículos 1984 y 1985 del mismo Código en el caso de responsabilidad extracontractual. En tal sentido, podemos decir que nuestro actual Código sí recoge la idea del daño moral indemnizable.

**Figura N° 2:** En efecto, si a nivel sustantivo es complicado optar por el reconocimiento de dicha categoría de daño, a nivel procesal dicha labor lo es más, pues si se entiende, en términos generales, al daño moral como el sufrimiento, el menoscabo emocional, la afectación psicológica de una persona, imponerle la obligación (a quien padece el daño) de probar la existencia de un daño que tiene tanto de subjetivo, se convierte en una tarea bien complicada y más aún para en la posición de quien lo padece, pues a la par de soportar el daño tiene que encargarse de recaudar pruebas para demostrar su sufrimiento, su angustia, su menoscabo emocional.

**Figura N° 3:** Se debe tener en cuenta que no se trata de castigar al responsable, sino de apaciguar las heridas causadas a la víctima. Bajo ese pensamiento, se debe considerar además la condición económica del responsable, ya que el derecho no busca convertir a éste en una víctima más. (Osterling Parodi, 2010, pág. 20)

**Figura N° 4:** En el estudio realizado y analizar las condiciones que el derecho comparado he propuesto algunas legislaciones, para dar una solución lógica a este problema de determinar una cuantificación adecuada, correcta y digna cuando se trate de otorgar una indemnización por daño moral. Siendo así, los Tribunales Franceses crearon el “Baremo del Precio del Dolor”, el que tiene una conexión íntima con un problema de bases de datos estadísticos que pudieran servir de antecedentes a los jueces y a las partes procesales en la determinación de una adecuado quantum indemnizatorio por daño moral.



## CONCLUSIONES

1. En cuanto a la razonabilidad y sustentabilidad del Daño Moral creemos que fijar sumas dinerarias por concepto de daño moral, resulta razonable, al menos, mientras no se encuentre un equivalente más adecuado, y si el dinero no puede restablecer el equilibrio perturbado de nuestro bienestar puede procurar la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño sufrido o que se sufre.
2. La estimación de la concreta cuantía en la reparación de daño moral ha de ser razonada en los supuestos que la motivación sea posible. El Juez dispone del criterio discrecional para fijar el quantum indemnizatorio y para ello deberá ponderar el valor de la cosa o del daño que se trata de reparar, entendiéndose los perjuicios morales, siempre que los daños aparezcan determinados como ciertos, rechazándose aquellos que parezcan meras hipótesis o suposiciones.
3. En nuestra Legislación no existe Tablas o Baremos de cuantificación, que nos permitan establecer el quantum indemnizatorio del daño moral.
4. Los Jueces otorgan muchas veces indemnizaciones cuyo quantum no se encuentra debidamente motivado; no existiendo forma de establecer si el monto otorgado por concepto de indemnización por Daño Moral y si en el caso particular, resulta verdaderamente resarcitorio del daño ocasionado a los ofendidos, debido a que las sumas asignadas se basan estrictamente en el criterio discrecional del Juez.
5. Los elementos que se deben tomar en cuenta para la cuantificación equitativa del daño moral, son:  
a) la gravedad del hecho que general la Responsabilidad Civil; b) la entidad que sufre los padecimientos de ánimo; c) las condiciones económicas, sociales y personales de las partes; d) la relación de parentesco, de casados, de convivencia que posea la víctima; e) el grado de sensibilidad de la persona afectada con el daño.



## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA:

- Alpa, G. (2001). Responsabilidad Civil y Daños. Lineamientos y cuestiones. *Gaceta Jurídica*, 595.
- Espinoza Espinoza, J. (2006). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Pedriel, M. R., Compiani, M. F., Talco, G. A., & Magri, E. (2004). *Fundamentación de la Resparación del Daño Moral en la Jurisprudencia Argentina, con particular referencia a los Tribunales Superiores de la Provincia de Buenos Aires*. Recuperado el 11 de Setiembre de 2017, de [En línea], Revista Jurídica, <http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/123456789>
- Pinori, A., & Corradi, E. (2014). Il principio della riparazione integrale dei danni. *Gaceta Civil & Procesal Civil I* N° 12, 172.
- Pintos Ager, J. (2014). Baremos, seguros y derechos de daños. *Gaceta Civil & Procesal Civil I* N° 12, 176.
- Pretelli, P. (2014). Il danno patrimoniale. Criteri di valutazione. *Gaceta Civil & Procesal Civil I* N° 12, 174.
- Revoredo, D. (1988). *Compiladora. Código Civil Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima.

# IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

---

---

**La República**

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2020