



Facultad de Derecho

Maestría de Investigación en Derecho con mención en Derechos Constitucionales, Humanos
y Ambientales

Tema:

El derecho a la desconexión digital de los servidores públicos como derecho fundamental
autónomo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y su necesidad de tutela constitucional

Tesis para la obtención del título de magíster en investigación en Derecho con mención en
Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Ambiental

Presentada por:

Santiago Ricardo Terán Noboa

Tutor:

PhD. María José Luna Lara

Quito, marzo de 2025

Resumen

El dinamismo, evolución y constantes cambios de las sociedades, obligan al Derecho a repensar su esencia a fin de desarrollar nuevas premisas que le permitan generar paz y bienestar social, controlando y regulando las nuevas actividades que los seres humanos vamos realizando, sea fruto de la investigación o de fenómenos sociales que requieran presencia normativa en los distintos ordenamientos jurídicos.

El presente trabajo pretende analizar los estándares internacionales convencionales y extra convencionales que permiten la creación de nuevos derechos sociales y así posteriormente realizar un estudio sobre la desconexión digital como derecho autónomo, fundamental y con tutela constitucional reforzada, tanto sustantiva como procesal, teniendo en cuenta que el desarrollo de este derecho es escaso y necesita profundización y perfeccionamiento.

Este estudio permitirá analizar jurídicamente al nuevo derecho social y fundamental denominado desconexión digital, cuyos titulares son las personas que prestan sus servicios, sea a instituciones públicas o empresas privadas, enmarcando nuestro análisis en las primeras, con la finalidad de determinar las características de este nuevo derecho.

Finalmente, se abordarán las conclusiones a las que se arriba en esta investigación, las cuales pretenden aportar a la academia y a Derecho como tal.

Palabras clave: estándares internacionales convencionales y extra convencionales, desconexión digital


Declaración de aceptación de norma ética y Derecho

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes.

Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad de Los Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación. Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

**SANTIAGO
RICARDO
TERAN NOBOA**



Firmado digitalmente
por SANTIAGO RICARDO
TERAN NOBOA
Fecha: 2024.12.02
00:31:52 -05'00'

Santiago Ricardo Terán Noboa

CI: 1720438413

Dedicatoria

Agradezco a Dios todo poderoso, por ser mi todo y mi compañero permanente a lo largo de mi vida, por quién he podido alcanzar todas mis metas y en especial la conclusión de este trabajo de investigación.

Doy gracias a mi madre, Silvana Noboa Tufiño, por siempre estar conmigo, por ser mi fuerza, bendición eterna, apoyo constante, ejemplo y gran educadora en toda mi vida, así como para la realización de este máster y trabajo de investigación.

Doy gracias a mi ñaña Wilma Noboa Tufiño, por ser una segunda madre para mí durante toda mi vida y por seguirme apoyando en cada cosa que necesito en ella.

Doy gracias a mis abuelitos maternos, Alfonso Ernesto Noboa Morillo y Esperanza Elizabeth Tufiño Hidalgo, por haberme inculcado los valores necesarios para enfrentar la vida con responsabilidad, ética, perseverancia y por quienes también puedo lograr mis metas cada día.

Santiago Terán Noboa

Índice

Resumen.....	2
Declaración de aceptación de norma ética y Derecho	3
Dedicatoria.....	4
Resumen.....	6
Abstract.....	7
Introducción	8
Capítulo 1.....	9
Estándares internacionales de protección de los derechos humanos, una aproximación al derecho a la desconexión digital como nuevo derecho social	9
Estándares convencionales y extra convencionales de Naciones Unidas	13
Estándares convencionales y extra convencionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	17
Estándares de otros Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos	23
Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos.....	25
Capítulo 2.....	30
El derecho a la desconexión digital como derecho fundamental autónomo en el Ecuador (doctrina).....	30
La desconexión digital como un problema global, más allá del Derecho	30
Fenómeno de la Hiperconexión o hiperconectividad	33
Naturaleza Jurídica de la desconexión digital: Entre lo constitucional y lo laboral....	34
Debate jurídico entre derechos autónomos y derechos conexos en el ámbito digital .	39
Aproximación del derecho a la desconexión digital a la realidad jurídica ecuatoriana	40
Hacia una solución jurídica constitucional. El derecho a la desconexión digital como un derecho fundamental no escrito.....	42
Capítulo 3.....	48
Tutela constitucional a la desconexión digital como derecho fundamental autónomo ..	48
Derecho a la desconexión digital como derecho digital de cuarta generación.....	48
Limitaciones procesales de acceso a la tutela constitucional de la desconexión digital en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en la actualidad.....	50
Relevancia jurídica de la tutela constitucional a la desconexión digital como derecho fundamental autónomo	58
Conclusiones	64
Referencias.....	65

El derecho a la desconexión digital de los servidores públicos como derecho fundamental autónomo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y su necesidad de tutela constitucional

Santiago Ricardo Terán Noboa
santiagoterannoboa@hotmail.com

Resumen

El dinamismo, evolución y constantes cambios de las sociedades, obligan al Derecho a repensar su esencia a fin de desarrollar nuevas premisas que le permitan generar paz y bienestar social, controlando y regulando las nuevas actividades que los seres humanos vamos realizando, sea fruto de la investigación o de fenómenos sociales que requieran presencia normativa en los distintos ordenamientos jurídicos.

El presente trabajo pretende analizar los estándares internacionales convencionales y extra convencionales que permiten la creación de nuevos derechos sociales y así posteriormente realizar un estudio sobre la desconexión digital como derecho autónomo, fundamental y con tutela constitucional reforzada, tanto sustantiva como procesal, teniendo en cuenta que el desarrollo de este derecho es escaso y necesita profundización y perfeccionamiento.

Este estudio permitirá analizar jurídicamente al nuevo derecho social y fundamental denominado desconexión digital, cuyos titulares son las personas que prestan sus servicios, sea a instituciones públicas o empresas privadas, enmarcando nuestro análisis en las primeras, con la finalidad de determinar las características de este nuevo derecho.

Finalmente, se abordarán las conclusiones a las que se arriba en esta investigación, las cuales pretenden aportar a la academia y a Derecho como tal.

Palabras clave: estándares internacionales convencionales y extra convencionales, desconexión digital

Abstract

The dynamism, evolution, and constant changes in societies compel the Law to rethink its essence in order to develop new premises that allow it to generate peace and social well-being, controlling and regulating the new activities that human beings are engaging in, whether the result of research or of social phenomena that require regulatory presence in different legal systems.

This paper aims to analyze the conventional and extra-conventional international standards that allow for the creation of new social rights and subsequently conduct a study on digital disconnection as an autonomous, fundamental right with reinforced constitutional protection, both substantive and procedural, taking into account that this right has been underdeveloped and requires further development and refinement.

This study will allow for a legal analysis of the new social and fundamental right called digital disconnection, whose holders are the individuals who provide their services, whether to public institutions or private companies. Our analysis will be based on the former, with the aim of determining the characteristics of this new right. Finally, the conclusions reached in this research will be addressed, which aim to contribute to academia and law as such.

Keywords: conventional and extra-conventional international standards, digital disconnection

Introducción

En el presente trabajo se realizó un análisis respecto de que la inexistencia del derecho a la desconexión digital como derecho fundamental autónomo, genera que los servidores públicos no puedan acceder a una tutela constitucional cautelar y sustantiva directa de este derecho, así como también la vulneración de otros derechos fundamentales conexos, con lo cual se estableció la pregunta de si ¿La inexistencia del derecho a la desconexión digital como derecho fundamental genera que los servidores públicos no puedan acceder a una tutela constitucional cautelar y sustantiva directa de este derecho ?. En ese sentido, en este trabajo se planteó como objetivo general el estatuir si la desconexión digital puede ser considerada como un derecho fundamental autónomo en el Ecuador a partir de la Constitución de la República del año 2008, para desembocar en los siguientes objetivos específicos: determinar, qué es un derecho fundamental autónomo, qué es la desconexión digital y su naturaleza jurídica, explorar las dificultades procesales constitucionales de no considerar a la desconexión digital como derecho fundamental autónomo y analizar las posturas de los Estándares Internacionales de Protección de Derechos Humanos sobre el derecho a la desconexión digital.

Es así que la presente investigación encuentra su justificación ya que a partir de la pandemia por la COVID-19, el trabajo se ha ejercido a través medios digitales, lo cual será el presente y el futuro, con lo cual, actualmente, no se puede imaginar un mundo laboral sin la aplicación de las plataformas digitales.

A fin de regular estas problemáticas, el legislador ordinario reconoció de forma expresa el derecho a la desconexión digital de los servidores públicos en la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP y en el Código del Trabajo; sin embargo, esta protección se ha quedado en el ámbito infraconstitucional. No obstante, que esta situación es un avance, no es suficiente para brindar una correcta protección a un derecho que posee las características necesarias para ser un derecho autónomo.

Por lo tanto, este trabajo de investigación contempla un primer capítulo en donde se estudia los estándares convencionales y extraconvencionales internacionales materializados en normas como son; el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas) denominados también los pactos gemelos, así también aquellos emitidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Sistema Europeo de Derechos Humanos y el Sistema Africano de Derechos Humanos que

permiten la creación de nuevos derechos fundamentales. En un segundo capítulo, se analiza a través de distintos postulados doctrinarios, la factibilidad jurídica de la existencia del derecho a la desconexión digital como derecho autónomo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, estudio que da sustento al presente trabajo.

Finalmente, se consagró un tercer capítulo que cataloga las diferencias entre las violaciones de derechos que accedan a tutela constitucional y el ámbito de legalidad de las mismas, así como la relevancia constitucional de la desconexión digital, con lo cual, se determina el ámbito de constitucionalidad del derecho, concluyendo con la necesidad de tutela constitucional sustantiva y adjetiva.

Capítulo 1

Estándares internacionales de protección de los derechos humanos, una aproximación al derecho a la desconexión digital como nuevo derecho social

Para iniciar el análisis de la presente investigación es necesario situarnos en la aparición de los derechos humanos propiamente dichos. Alrededor del mundo, las distintas generaciones han buscado la protección y el respeto a los derechos inherentes a la dignidad humana luchando por reivindicarlos y por lograr una evolución cada vez más perfectible de los mismo.

Es así que, los conocidos derechos humanos y el sistema de protección de ellos, son fruto de hechos aberrantes como los ocurridos en la primera y segunda guerra mundial, en la revolución francesa, así como también en la denominada revolución industrial, eventos que dieron paso al reconocimiento y tutela de los derechos de libertad, los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos difusos y finalmente los derechos digitales.

Una vez determinados estos derechos humanos, ha sido una práctica común a lo largo del tiempo que los distintos ordenamientos jurídicos de los países sean reformados y por ende vayan positivizando los derechos humanos en las constituciones, dando origen a la categoría de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, derechos humanos y derechos fundamentales guardan una interrelación en donde los primeros son fuente de los segundos y estos últimos a su vez de los primeros.

Sim embargo debemos tener presente que la fuerza de protección de estos derechos ha ido variando en el tiempo y con base en la realidad de cada Estado. Como ejemplo, en el constitucionalismo ecuatoriano podemos observar el desarrollo de las distintas Constituciones finalizando en la Constitución del 2008, Carta Magna que cuenta con un articulado extenso de los derechos y de la distribución del poder del Estado, albergando en su texto una gran cantidad de reglas constitucionales, aspecto distinto a lo que sucedía en las Constituciones anteriores, que tenían una naturaleza más programática y con normas de carácter de principio por excelencia.

Por lo tanto, esta evolución de los derechos humanos y de los derechos fundamentales evidencia una mayor carga axiológica y fuerza normativa de la norma suprema.

Por otra parte, a fin de lograr una justiciabilidad y exigibilidad de los derechos, los Estados decidieron crear los distintos sistemas de protección con la finalidad de generar precedentes, doctrina, y disposiciones dirigidas a los Estados sobre la protección y el respeto que deben desplegar sobre los derechos humanos.

Estos sistemas de protección se fundamentan en varios principios como son el desarrollo progresivo del sistema y de los derechos humanos, el efecto de verticalidad de sus decisiones y el principio de subsidiariedad. Es decir, el sistema de protección de derechos humanos bajo el principio de desarrollo progresivo evidencia la apertura de tutelar tanto los derechos ya conocidos, como los derechos que pudieran desarrollarse en el futuro, como ejemplo, se puede citar al derecho a la desconexión digital. Respecto del efecto de verticalidad, se evidencia que el sistema de protección de derechos humanos ha sido diseñado para emitir pronunciamientos de distinta índole dirigidos hacia los Estados, mismos que son destinatarios responsables y encargados de cumplir y materializar aquellos pronunciamientos emitidos en los sistemas de protección de derechos humanos.

En lo que respecta al principio de subsidiariedad, se desprende que los sistemas de protección de derechos humanos no pretenden superponerse a la normativa nacional y a las disposiciones de las autoridades nacionales competentes para el desarrollo, reconocimiento y tutela de los derechos humanos. Es decir, que, para acceder a los mecanismos directos del sistema de protección de derechos humanos, se debe agotar primero los mecanismos nacionales de protección de derechos.

Sin embargo, de lo anterior, los casos ya estudiados por estos sistemas sirven de guía para los Estados a fin de no permitir la conculcación de derechos humanos en sus respectivas jurisdicciones.

En virtud de todo lo expuesto dentro de los instrumentos emitidos por los sistemas de protección de derechos humanos, podemos encontrar a los denominados estándares internacionales de protección de derechos humanos

Los estándares internacionales son el conjunto de prescripciones que han permitido construir un sistema de protección de los derechos humanos de las personas, mismos que disponen a los Estados, entre otras cosas, adecuar sus ordenamientos jurídicos a las directrices impartidas. Dentro de los distintos instrumentos internacionales se encuentran contemplados varios derechos humanos desarrollados en forma expresa, a partir de los cuales, se ha ido generando doctrina y decisiones. Esto ha permitido que los ordenamientos jurídicos de las distintas sociedades adopten estas directrices en forma de derechos positivizados a los que ciudadanos y autoridades deben atenerse.

Es así que, la profesora Adelina Loianno, catedrática de la Universidad de Buenos Aires ha señalado que:

Lograr el respeto de los derechos humanos ha sido el principal objetivo del derecho constitucional desde su origen. Esa fue la razón del “constitucionalismo” que se caracterizó, precisamente, por formalizar en textos de jerarquía superior a las leyes (Constituciones) un sistema de protección de derechos, a los que se los denominó “fundamentales”, estableciendo al mismo tiempo ciertas garantías para su efectivo goce y ejercicio.

La incorporación de tales derechos y garantías en las sucesivas cartas superiores fue la particularidad esencial del desarrollo del constitucionalismo en el mundo, el que se fue ampliando con la recepción de nuevos derechos fundamentales y el aumento de garantías mínimas para su protección. (Loianno, 2017, p. 15).

Sin embargo, al encontrarse las sociedades en constante evolución, es claro, que no todos los derechos humanos que puedan existir se encontrarán previamente escritos y contemplados en los instrumentos internacionales, razón por la cual, la construcción de los denominados derechos humanos es constante y en tal virtud, esta debe innovarse en medida de la evolución de las sociedades.

Es por ello, que las autoridades competentes de cada nación y en especial aquellas que ostentan jurisdicción, adquieren una relevancia fundamental al reconocer nuevos derechos humanos que pudieran aparecer fruto de la especificidad de las relaciones sociales dentro de cada sociedad.

Como ejemplo de lo anterior, encontramos a la desconexión digital, como un nuevo derecho que debe ser reconocido, sin embargo, para su correcta comprensión, ámbito, alcance y protección jurisdiccional, es necesario analizarlo a profundidad como es el objetivo del presente trabajo de investigación.

Uno de los efectos de la globalización en las diferentes sociedades, fue el apareamiento de tecnología con sus distintos usos; podríamos decir, que, en el Ecuador, este fenómeno tuvo su apogeo en los años 2000, razón por la cual, a partir de ello, la evolución de la tecnología se ha dado a pasos agigantados, al punto de crear computadoras, dispositivos desarrollados de comunicación, internet, celulares inteligentes, entre otros, que han generado una hiperconexión del ser humano a la red y por ende a todo el mundo de información que ella genera.

Los efectos de ésta hiperconexión se han irradiado a todas las actividades del ser humano, entre las cuales, se encuentra el trabajo, por lo tanto, la desconexión digital se considera entre los nuevos derechos humanos que deben ser tutelados y materializados en la práctica.

Por lo tanto, es necesario aproximarnos al tema desde el estudio y análisis de las posiciones emitidas por los distintos órganos a nivel internacional que tienen relación con la construcción de este nuevo tópico, sea de forma directa o indirecta. Es así que, tanto los estándares de las Naciones Unidas, del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, de los Sistemas Regionales de Derechos Humanos; así como, de aquellos que han sido resultado de las experiencias de otros países, permitirán al lector, construir un marco ordenado desde el cual se parte con el fin de justificar jurídicamente el presente trabajo de investigación.

Con la finalidad de desarrollar herramientas efectivas de protección de los derechos, se han emitido varios instrumentos internacionales que han positivizado todos los derechos que se pretenden proteger, evolucionando a lo largo del tiempo hasta la actualidad en la que nos encontramos en una época de grandes retos con el advenimiento de la tecnología, el espacio digital y los derechos de las personas. Estos instrumentos han determinado varios

estándares o medidas internacionales que los Estados deben acoger, a fin de lograr una mejor protección de los llamados derechos humanos, desde los tradicionales hasta los derechos digitales producto de la era actual.

Estándares convencionales y extra convencionales de Naciones Unidas

Estándares convencionales

Como se señaló anteriormente, existen distintos tipos de instrumentos internacionales, considerando el origen desde el cual fueron creados. Es así como, se desarrollaron los denominados estándares convencionales, que son normas escritas de protección de derechos, es decir, de derecho positivo y que marcan las reglas de juego en lo que a protección de derechos se refiere.

Dentro de los estándares convencionales, encontramos al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales han sido denominados Pactos Gemelos, creados el 16 de diciembre de 1966 vigentes a partir del 23 de marzo de 1976. Estos instrumentos jurídicos fueron creados con la finalidad de materializar de forma positivizada los postulados de la Declaración Americana de Derechos Humanos creada en 1948, y de esta manera, fortalecer la protección de cada derecho.

Estos pactos desarrollan los diferentes derechos según su ámbito competencial, constituyéndose en un gran avance a fin de positivizar los derechos que debían ser protegidos, especialmente, en los denominados derechos económicos, sociales, culturales y actualmente ambientales, DESCAs, que al no ser considerados durante muchos años como justiciables o como de directa aplicación, permanecieron a la sombra de los derechos civiles y políticos mermando su nivel de especificidad en su protección.

Teniendo en consideración que los DESCAs, son derechos inherentes a la dignidad humana, debían ser protegidos al mismo nivel que los derechos civiles y políticos. Sin embargo, es real, que de alguna manera se debía iniciar la protección de derechos, a pesar de esta falencia que se mantuvo durante un tiempo determinado.

Consecuentemente, como se ha estudiado en la doctrina y en la experiencia práctica, la creación de estos pactos fue un gran avance en la historia del sistema de protección de derechos humanos, determinando derechos macro, a partir de los cuales, se pueden construir

nuevos derechos, tomando en cuenta la evolución de las sociedades, situación que se analizará más adelante en el presente trabajo.

Por lo tanto, la igualdad e interdependencia son las características innegables existentes entre los derechos civiles y políticos con relación a los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, característica que se impregnará también en los nuevos derechos que aparezcan en cualquiera de estas calidades.

Estándares extraconvencionales.

Los estándares extraconvencionales son aquellos que materializan las disposiciones y los niveles de protección (estándares) que han sido contemplados en las convenciones, siendo estos elaborados por los actores de los sistemas de protección de derechos.

Dentro de los estándares extraconvencionales del sistema de las Naciones Unidas, encontramos los informes de sus relatores que permiten observar los análisis específicos que se realizan a fin de lograr una mayor protección de cada derecho y a su vez, las acciones que han contribuido a evitar su vulneración.

Dentro de las relatorías de las Naciones Unidas encontramos las siguientes:

- Relatoría especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, creada en 1982.
- Relatoría Especial sobre la cuestión de la tortura, establecida en 1985.
- El Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la detención arbitraria, constituido en 1991.
- La Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, establecida en 1993.
- La Relatoría Especial sobre la independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados, creada en 1994.

Relatorías de mecanismos extraconvencionales por el carácter temático:

- Relatoría Especial sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.
- Relatoría Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

- El Representante Especial del Secretario General encargado de la cuestión de las repercusiones de los conflictos armados en los niños.
- Relatoría Especial sobre la intolerancia religiosa.
- Relatoría Especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia.
- El mandato del Representante Especial del Secretario General sobre los desplazados internos.
- Relatoría Especial sobre la cuestión de los efectos nocivos sobre el disfrute de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos.
- Relatoría Especial sobre la cuestión de la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos. (...)

Si bien, estas relatorías tradicionales han venido trabajando en los temas sometidos a su competencia, es claro que ellas, no han podido escapar a la evolución de las sociedades y a los fenómenos que en ellas se presentan. Es decir, las relatorías de las Naciones Unidas, así como el sistema de protección de los derechos humanos, han debido enfrentarse al desarrollo tecnológico y con ello al mundo digital que ha penetrado en el mundo humano, así como en cada una de sus actividades. Sin embargo, no es sino hasta el apareamiento de la pandemia COVID-19 que todos los actores sociales y los organismos de protección de derechos humanos se enfrentaron a la necesidad y obligación de proteger varios derechos que se vieron afectados por esta dura enfermedad. Esta pandemia trastocó el sistema tradicional de los derechos humanos en general y sus bienes jurídicos principales, como son la vida y la dignidad humana, como origen de todos los derechos humanos.

Como resultado de la afectación de la vida y la dignidad, otros derechos humanos fueron afectados, como son varios de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, se pudo observar el apareamiento de nuevas casuísticas que hacían repensar el derecho y a los derechos como tal, apareciendo los denominados derechos de cuarta generación o derechos digitales, sin perder de vista la complicación devenida de ellos, puesto que, en el mundo digital los tiempos son extremadamente acelerados y por ende las

violaciones que se pueden suscitar también, con lo que, los sistemas de protección de derechos debieron pronunciarse sobre este nuevo fenómeno social.

Por lo tanto, los derechos digitales se han convertido en una prioridad para los Estados y los particulares ya que es un ámbito generalizado en el que se deben desarrollar otros derechos inherentes a la dignidad humana que les permitan a las personas tener un buen nivel de vida o el denominado buen vivir -sumak kawsay- como se lo conoce en Ecuador.

Bajo esta nueva realidad, el derecho a la desconexión digital toma una gran relevancia al ser parte de estos nuevos derechos digitales a los que las organizaciones han atropellado y con mucho más acento, desde la pandemia de la COVID-19. No es desconocido que, a partir del inicio de esta, el trabajo debía continuar en la modalidad que fuere, es así que, la virtualidad se convirtió en el mecanismo que permitió lograr este objetivo. Es a partir de esta necesidad, que la tecnología fue mal utilizada, extendiendo los horarios de trabajo y el nivel de conexión a la red de los servidores públicos y trabajadores, vulnerando el derecho a la desconexión digital. Es decir, este nuevo escenario virtual se convirtió en un terreno minado en el que las personas se sometían a malos tratos de distinta índole, entre ellos, el irrespeto a la desconexión digital.

Los expertos reiteraron la necesidad de que los Estados mantengan su obligación positiva de promover y proteger los derechos humanos, incluyendo a través de regulaciones dirigidas a las empresas tecnológicas para que estas respeten los derechos humanos. Las iniciativas para regular los espacios en línea deben ser participativas y basarse plenamente en las normas de derechos humanos. Las empresas deben cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, incluyendo la revisión de sus modelos de negocio, y rendir cuentas por los actos de represión digital, como las retiradas de contenidos no transparentes y las manipulaciones que se han producido recientemente en varias regiones del mundo. "La opacidad que prevalece en las formas de moderación de contenidos por parte de gobiernos y empresas refuerza la percepción global de discriminación, ineficacia y censura. Hay una necesidad urgente de transparencia", subrayaron los expertos. (D. Ní Aoláin Fionnuala D, 2021, párrafo décimo).

Consecuentemente, en estas condiciones las relatorías apoyaron y continúan apoyando en la construcción del sistema de protección de los derechos humanos, con el fin de evitar

que el abuso de los derechos sea la norma general. Debemos tener en cuenta que, las relatorías son de alguna manera, la voz de las convenciones e instrumentos internacionales, así como de los actores restantes del sistema de protección de derechos, pero sobre todo son la voz de los que no tienen voz, es decir, de las personas a las que se les ha vulnerado o se les podría vulnerar sus derechos, tanto en casos concretos, como en abstracto.

En una primera aproximación, se puede concluir que, el derecho a la desconexión digital puede configurarse como uno de los nuevos derechos sociales que las autoridades deben proteger y que encuentra su fundamento jurídico internacional en la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros cuerpos normativos que se analizarán más adelante.

Estándares convencionales y extra convencionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En la primera etapa de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, fueron las Declaraciones y Tratados de los instrumentos normativos que con diferente alcance enunciaron derechos protegidos, estableciendo su contenido, límites y restricciones durante los estados de emergencia.

En una segunda etapa se crearon los sistemas de protección, mecanismos y órganos cuya finalidad fue controlar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar los Tratados sobre Derechos Humanos.

Estándares convencionales.

Los estándares convencionales en el sistema de protección de derechos humanos hacen referencia a todos aquellos instrumentos que positivizan a los derechos y su protección, como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la Convención Americana de los Derechos Humanos se incorporan ambos aspectos. La primera parte define de los “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” mientras la segunda se refiere a los “Medios de Protección” cuyo objetivo es la promoción y protección de los derechos humanos. Se describe aquí la

organización y funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Loianno, 2017, p. 18-19).

Como se ha analizado anteriormente, tanto la aplicación de los Pactos Gemelos, como la Convención Americana de Derechos Humanos fueron únicamente direccionadas a proteger los derechos civiles y políticos hasta la emisión de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de los casos, Lagos del Campo y Cinco Pensionistas versus Perú, mismos que permitieron obtener una justiciabilidad y exigibilidad de los denominados DESCAs. Al respecto, me permito citar el análisis realizado en los referidos casos:

Caso Lagos del Campo vs. Perú:

El 31 de agosto de 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte”) dictó Sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado peruano en perjuicio del señor Alfredo Lagos del Campo con motivo del despido irregular de su puesto de trabajo, con lo cual se declaró la vulneración del derecho a la estabilidad laboral (artículo 26 en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante “la Convención”). Asimismo, se declaró la vulneración del derecho a la libertad de expresión (artículos 13 y 8 en relación con el artículo 1.1 de la Convención), así como del derecho a la libertad de asociación (artículos 16 y 26 en relación con 1.1, 13 y 8 de la Convención) y el derecho al acceso a la justicia (artículos 8 y 25 de la misma).

La Corte determinó por primera vez, que con esta sentencia se desarrolló y concretó una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lagos del Campo vs Perú, resumen oficial emitido por la Corte Interamerican, 2017, p. 1).

Caso Cinco Pensionistas vs. Perú:

Artículo 26 (desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales)

147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha

pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

148. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso cinco pensionistas vs Perú, 2017, párrafos 147-148).

Consecuentemente, a partir de las decisiones citadas, se lleva a cabo un reconocimiento expreso de la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, avance importante en la protección de los derechos humanos. Como se puede observar, el análisis de los derechos económicos, sociales y culturales que hace la Corte en las dos sentencias, les otorga un ámbito de protección principal e independiente de los derechos civiles y políticos que pudieran estar inmersos, es decir, la Corte, ya no analiza los derechos económicos, sociales y culturales dentro de un derecho civil y político. Esta acción sentó las bases para que en la actualidad no exista duda que se puede exigir la tutela directa de los derechos económicos, sociales y culturales expresamente determinados, así como de los nuevos derechos que pudieran crearse y configurarse, como es el caso de la desconexión digital.

Ahora bien, todo lo analizado encuentra mayor fundamento al estar conscientes que con el paso del tiempo, los conflictos que enfrentan los derechos sociales son más complejos y mayores, tomando en cuenta el apareamiento de la tecnología en las sociedades y su evidente encuentro con los derechos humanos.

Por lo tanto, es claro que los efectos e impactos de la tecnología en los derechos sociales, económicos y culturales es fuerte y podría ocasionar graves daños que, si no son prevenidos, se constituiría en una flagrante violación a estos derechos y a otros conexos.

Estándares extra convencionales.

Los informes temáticos de las relatorías de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuentran clasificados dentro de los instrumentos que generan estándares extra convencionales. De igual modo, son aquellos instrumentos que permiten materializar los estándares convencionales con la finalidad de desarrollar mejores mecanismos de protección específica para cada derecho.

El informe titulado Trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales ha expuesto lo siguiente:

Un hilo conductor en los pronunciamientos del sistema interamericano de derechos humanos ha sido el vínculo entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales. La Convención Americana consagra en su preámbulo que sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre “si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el “Protocolo de San Salvador”) describe estos derechos como “un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr una vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.....”¹ (Shelton Dinah, 2011, p. 1).

De lo analizado anteriormente, se puede determinar que, los informes de las relatorías nos ayudan a determinar conceptos, límites y ámbitos de protección desarrollando la entidad de cada uno de los derechos sujetos de análisis, generando así estos estándares extraconvencionales sobre los cuales se ha venido construyendo el sistema de protección de los derechos humanos a fin de lograr mecanismos específicos de protección de cada derecho.

¹ Véase, CIDH, Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, Informe Anual 2002, 7 de marzo de 2003, párr.87; CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Karen Atala e Hijas c. Chile, 17 de septiembre de 2010, párr. 76, citando Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7; Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 92

Si bien, la mayoría de los análisis han sido realizados sobre la base de los derechos tradicionales, no es menos cierto, que el sistema ya se ha preocupado por todos los nuevos derechos que están evidenciándose en las distintas sociedades y que deben ser tutelados marcando su esfera de protección. Consecuentemente, estos estándares extraconvencionales ayudan al avance del sistema de protección de derechos, sin embargo, siempre dependerá también del desarrollo que exista en cada Estado.

Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (Relatoría Especial DESCAs).

Esta relatoría ha realizado un trabajo intenso en lo que se refiere a la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, mucho más desde la pandemia ocasionada por el virus COVID-19, realidad que concuerda con el análisis anteriormente expuesto. La relatoría ha señalado que:

1) Pandemia y SACROICOVID19

17. Tan pronto se declaró la pandemia, e incluso antes, el trabajo de REDESCA ha estado fuertemente orientado a asegurar que su propia respuesta, como la de la propia CIDH en su conjunto, estuviera a la altura de los retos que la crisis sanitaria representa para el continente y en especial para las poblaciones en mayor situación de vulnerabilidad o discriminación histórica. Así, la visión y el trabajo de la REDESCA, como los estándares adelantados en materia DESCAs durante su primer periodo de mandato han sido determinantes para que el derecho a la salud y otros DESCAs se hayan mantenido en el centro de los análisis y recomendaciones dadas a los Estados por la CIDH y sus Relatorías Especiales

19. Las tareas desplegadas por REDESCA en el marco de la SACROICOVID19, han incluido trabajar en relación con todos los mecanismos de la CIDH, a los que seguido se hace referencia, como también en relación con la amplia agenda de promoción desarrollada a través de Webinars. Por otro lado, la REDESCA ha participado activamente en todos los Foros Sociales desarrollados y en reuniones con Estados. (...)

70. Por otra parte, como lo tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

existen dos tipos de obligaciones que derivan de los DESCAs: aquellas de exigibilidad inmediata, como lo es la de no discriminación, y aquellas de realización progresiva.
(...)

71. En tal sentido, estando los DESCAs plasmados tanto en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, como en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y su Protocolo de San Salvador – entre otros instrumentos normativos y tratados específicos de derechos humanos del sistema interamericano – la característica de “progresividad” de los DESCAs no hace de los DESCAs son derechos menos arraigados en la dignidad humana o en los mismos instrumentos interamericanos que los derechos de tipo civil o político. Muy al contrario, la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos aparecen cada vez más como elementos centrales al momento de asegurar su efectiva protección, como también la preservación de la Democracia y el Estado de Derecho en Estados que estén realmente comprometidos con el desarrollo de sus pueblos y, por ende, con el cumplimiento de la Agenda 2030. (García, 2021, p.8, 26-27, párrafos 17,19,70 y 71).

En virtud de todo lo analizado, se puede observar que dentro de los estándares extra convencionales se ha determinado la progresividad, no regresividad, interdependencia, no discriminación y justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales tradicionales, características que se puede aplicar sin ningún óbice a todos los nuevos derechos que pudieran aparecer, como se ha señalado anteriormente. Es así que, la relatoría anterior, obliga a los Estados a poner el acento en el cuidado y protección de los derechos de las personas a partir de las nuevas tecnologías que han debido ser adoptadas y que, por ende, ha obligado a realizar los distintos análisis jurídicos de los diferentes derechos nuevos, como es el caso del derecho a la desconexión digital. Con lo desarrollado por las relatorías tradicionales, además del informe sobre lo ocurrido en pandemia, podemos observar que el estudio del derecho a la desconexión digital es necesario, pero no solo en la superficialidad del concepto sino también en la profundidad del mismo, Es decir, que, los estándares extraconvencionales analizados son el fundamento jurídico para el estudio, desarrollo y tutela de un derecho de cuarta generación, como es el derecho a la desconexión digital.

Los Estados deben acentuar su preocupación de cumplir estos estándares fijados extra convencionalmente puesto que son ellos los primeros garantes y protectores de los derechos de sus ciudadanos.

Estándares de otros Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos

En conjunto con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se encuentra el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos y el Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos.

Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos

El Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH) es el marco regional de promoción y protección de los derechos humanos en Europa con base en distintos instrumentos internacionales donde se los reconoce, se establecen obligaciones tendientes a su promoción y protección y se crean órganos destinados a velar por su observancia. Este sistema, desarrollado bajo la órbita del Consejo de Europa, se inició formalmente con la aprobación de la “Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”, más conocida como Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), el 4 de noviembre de 1950 en Roma, instrumento destinado a la protección de los derechos civiles y políticos (los derechos de carácter socioeconómico tuvieron que esperar hasta 1961, año en el que se adoptó la Carta Social Europea).

En la actualidad, además de la Convención Europea de Derechos Humanos y sus 16 protocolos, en el ámbito del Consejo de Europa se han adoptado más de 200 instrumentos que abarcan una amplia gama de temas: derechos económicos y sociales, los abusos físicos, la cooperación jurídica, la cultura y la educación, entre otros. (Embajada abierta, 2021).

El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos se encuentra conformado por las siguientes normas:

1950. Aprobación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

1961. Aprobación de la Carta Social Europea.

1987. Convención Europea sobre la Prevención de Tortura.

1994. Convención Marco para la Protección de Minorías Nacionales.

1995. Aprobación de un Protocolo de Denuncias Colectivas al Estatuto Social Europeo.

1996. Aprobación del Estatuto Social Revisado.

1996. Convención de Derechos Humanos y Biomedicina. (Drzemczewski, 2002, p. 158).

Si bien el Sistema Europeo de Derechos Humanos funciona con un procedimiento distinto al conocido en Latinoamérica, se constituye en un referente para nuestras Cortes en el desarrollo de los derechos humanos y fundamentales, aspecto que permite tener una comprensión distinta desde la óptica de su sistema y es enriquecedor para nuestros sistemas, teniendo en cuenta que la experiencia de los países europeos en violaciones derechos es bastante amplia, basta con tener en cuenta que Europa vivió el holocausto nazi, la dictadura de Stalin y Franco, entre otros.

Pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(...) el Tribunal señaló en 1979 en Airey contra Irlanda, “El Tribunal es consciente de que el progreso en la puesta en práctica de los derechos económicos y sociales depende en gran manera de la situación –sobre todo, la situación económica- existente en el Estado de que se trate (...). Si bien el Convenio establece lo que son esencialmente derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen implicaciones de naturaleza social y económica. Por ello el Tribunal estima, en la misma forma que la Comisión, que el mero hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse en la esfera de los derechos económicos y sociales no debe ser un factor decisivo contra esa interpretación; no hay una división estanca que separe esa esfera de la del ámbito protegido por el Convenio” (López, L, s.f., p. 3, párrafo 2).

c) (...) en relación con la igualdad de trato, debe añadirse que en casos como Thlimmenos contra Grecia (2000) y Chapman contra Reino Unido (2001) el Tribunal ha extendido el alcance del principio de igual trato y no discriminación, señalando que en algunos casos podría estar justificado (e

incluso resultar obligatorio) un tratamiento especial o distinto de situaciones aparente o formalmente iguales, debido a las circunstancias personales o sociales de los sujetos afectados. (López, L, s.f., p. 13, párrafo 3).

De la doctrina y jurisprudencias expuestas, se puede observar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado como estándares de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, su interdependencia de los derechos civiles y políticos, su exigibilidad, justiciabilidad directa, progresividad, no regresividad y no discriminación.

Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos

El sistema africano de protección de los derechos humanos es el más reciente y el menos evolucionado de los sistemas regionales actualmente en funcionamiento. El principal instrumento convencional con el que cuenta es la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de junio de 1981 en el marco de la XVIII Conferencia de Jefe de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana (OUA), Organización que a partir de 2001 se ha transformado en la Unión Africana (UA). En la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, que entró en vigor en octubre de 1986, se expresa un concepto peculiar de derechos humanos, que es reflejo de las propias singularidades del continente africano.

Aportaciones de la Carta Africana.

Las principales aportaciones y características del concepto africano de derechos humanos inserto en la Carta podrían ser las siguientes:

(...) reconocimiento de los derechos humanos de la tercera generación, en especial el derecho de los pueblos al desarrollo. (...) el derecho a la paz tanto en el ámbito interno como internacional (art. 23), el derecho al medio ambiente satisfactorio y global (art. 24) y el más importante, el derecho al desarrollo (art. 22).

La segunda nota definitoria de la Carta Africana es que, a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, constituye el único instrumento de carácter regional que recoge en su seno tanto los derechos civiles y políticos más relevantes como los derechos económicos, sociales y culturales. Ya en

el párrafo n° 8 del Preámbulo de la Carta, los Estados de la OUA se declaran *"convencidos de que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y en su universalidad, y de que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos"*.

Una tercera característica importante de la Carta Africana es que, como ya se deja entrever en su mismo título, dedica una especial atención a los derechos de los pueblos (...)

Un cuarto rasgo definitorio de la Carta Africana es que trata del texto de derechos humanos en el que se realiza un reconocimiento más significativo de los deberes del individuo. El Preámbulo considera que "el disfrute de los derechos y libertades conlleva el cumplimiento de los deberes de cada uno", mientras que el artículo 27 señala que "todo individuo tiene deberes respecto a la familia y la sociedad, el Estado, y las demás comunidades legalmente reconocidas y respecto a la comunidad internacional". Sin embargo, el artículo más importante en este sentido es el artículo 29, que formula un auténtico catálogo de deberes humanos del individuo: preservar el desarrollo armónico de la familia y trabajar por su respeto, servir a la comunidad nacional, preservar la solidaridad social y la seguridad nacional, trabajar y pagar tributos, preservar los valores culturales africanos, etc. (Gómez, F., párrafo 1, 2, 5,6 y 7).

De lo expuesto se puede observar que este sistema de protección derechos humanos es el más nuevo entre los mencionados anteriormente, sin embargo, a pesar de ello, se puede observar la importancia y preocupación que tenían los derechos económicos, sociales y culturales para esta sociedad. Es así que se evidencia una marcada diferencia con los otros sistemas de protección.

En el Sistema Africano, la CADHP ha declarado violaciones autónomas a derechos sociales consagrados en la Carta de Banjul, o bien, ha desarrollado otros derechos sociales que no se encuentran expresamente reconocidos en la Carta a través de los existentes en dicho instrumento internacional.

(...) en el caso *Ogiek vs. Kenia*, la Corte Africana se pronunció sobre la violación de derechos sociales relacionados con una comunidad indígena. En este, el Gobierno (a través del Servicio Forestal de Kenia) había emitido un decreto por el cual los miembros de la comunidad debían desalojar la zona del Bosque Mau debido a que estaba reservada para la captación de agua. Este es el primer caso en el que la Corte Africana declara violaciones a DESCA contenidos en la Carta de Banjul (...) (Góngora, 2020)

Como se puede observar, el Sistema Africano, además de haber enfrentado en un inicio la misma realidad de la unión de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, que ha sido superada en la actualidad, también ha evolucionado al punto de reconocer nuevos derechos que no están contemplados en la Carta. Es decir, no existe imposibilidad jurídica para tutelar derechos nuevos que no se encuentren contemplados expresamente en la Carta.

Este proceder, es un ejemplo que sustenta la idea planteada en este trabajo de investigación, respecto de la procedencia jurídica de determinar derechos nuevos no escritos en los instrumentos internacionales que posteriormente puedan ser positivizados en los ordenamientos jurídicos de las sociedades.

En tal virtud, los estándares fijados por este sistema regional de protección de derechos humanos, se traduce en respetar, proteger, promover y cumplir los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en sus elementos de exigibilidad, justiciabilidad directa, progresividad, no regresividad y no discriminación.

Por lo tanto, con los estándares fijados, es jurídicamente procedente configurar desde los instrumentos internacionales, a la desconexión digital como un derecho social que puede ser considerado dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, a pesar de no encontrarse expresamente determinado.

Caso de la legislación española

Una vez que se ha analizado desde los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, la procedencia

jurídica de considerar a la desconexión digital como un nuevo derecho no escrito, que se encuentre inmerso en el grupo macro de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, es necesario tener en cuenta que en la actualidad, como resultado de ello, el continente europeo ha sido el pionero en el tratamiento de regulaciones en distintos niveles sobre el derecho a la desconexión digital. Es así, como Francia, Italia, España han analizado la desconexión digital, con un diferente nivel de descripción del derecho y su tutela, siendo pioneros en tratar este nuevo derecho en forma independiente y autónoma de otros derechos fundamentales y legales.

España presentó un gran avance en este tema, ayudando a resto de legislaciones a pensar en normativizar el derecho a la desconexión digital dependiendo de sus ordenamientos jurídicos y sus realidades. ²

España ha desarrollado el derecho a la desconexión digital con el objetivo de armonizar la vida personal de los servidores públicos y trabajadores con su vida laboral, aspecto que se comparte con el resto de los países alrededor del mundo en los que pretendemos tutelar dicho derecho. Es decir, comprendiendo que el espacio laboral se ha traducido en un espacio digital y no tradicional. Asimismo, se ha desarrollado que las relaciones de trabajo se han convertido en relaciones digitales en donde se generan derechos digitales, como es el derecho a la desconexión digital. Adicionalmente, se pretende armonizar la vida familiar de las personas

² En España, el derecho a la desconexión digital fuera del horario de trabajo se conceptúa como la limitación al uso de las tecnologías de la comunicación para garantizar el tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores. La inexistencia en España de una regulación específica hasta que se publicó la LOPDGDD, no significa la inexistencia de previsiones normativas sobre el derecho de los trabajadores a la desconexión una vez finalizada su jornada laboral. La dispersión normativa se inicia con la Constitución española que en su artículo 40.2 insta a los poderes públicos a fomentar una política que garantice el descanso laboral a través de la limitación de la jornada laboral. (...). Y si nos centramos en la regulación en materia de seguridad y salud en el trabajo, tanto el ET como la LPRL, establecen veladas referencias. Este elenco normativo, sin embargo, no está exento de polémica puesto que carece de la rigidez que debería para dejar el mínimo posible de flexibilidad al arbitrio de la empresa. Sin embargo, la ley, no recoge el contenido del derecho ni las garantías intrínsecas de eficacia, remitiendo a la negociación colectiva o a las políticas que en cada caso se establezcan a través de acuerdo, en la empresa, por parte del empresario, tras consulta a los trabajadores o sus representantes. El derecho a la desconexión digital fuera del horario de trabajo, por tanto, se conceptúa – no se regula específicamente – como la limitación al uso de las tecnologías de la comunicación, mensajerías y correos electrónicos en su mayor medida, para garantizar el tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores. Vallecillo, M. (2020), El Derecho a La Desconexión Digital: Perspectiva Comparada Y Riesgos Asociados. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, volumen 8, numero 1, p. 213-217.

con el trabajo, por lo tanto, el ámbito de protección del derecho es amplio. Como elementos que se han tutelado en España se puede resumir en los siguientes:

- El descanso de la persona.
- El tener tiempo libre para cualquier actividad.
- El tener la posibilidad de prescindir de utilizar la tecnología para cualquier actividad relacionada al trabajo.
- La salud de la persona.
- El respeto a la intimidad de las personas.

Si bien, como se ha citado, en el continente europeo, ya se trataba sobre el derecho a la desconexión digital, sigue siendo necesario el estudio profundo de este derecho, a fin de especializarlo cada vez más, logrando una mejor protección del mismo.

Desde la segunda postguerra, los derechos humanos en sus diferentes vertientes han sido el centro de la preocupación y estudio del Derecho. Tanto es así que modificaron la concepción de los ordenamientos jurídicos de manera profunda, tanto su parte sustantiva como adjetiva. Se crearon nuevas figuras jurídicas procesales que permitieran materializar la protección de los derechos humanos en cada ordenamiento jurídico.

Es así que, los instrumentos derechos humanos, como los analizados, reconociendo los distintos derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación, que son parte de los derechos humanos e incluso la gran mayoría de ellos, positivizados en las Constituciones de los Estados, adoptando su versión de derechos fundamentales. Dentro de este grupo están, como ya se ha estudiado anteriormente, los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, más conocidos como DESCAs.

En virtud de todo lo expuesto en este capítulo, es claro que los DESCAs son plena y directamente justiciables, así como también que, por la naturaleza de los instrumentos que los reconocen, éstos no impiden que jurídicamente se pueda reconocer nuevos DESCAs, independientes de los ya escritos. Consecuentemente, en la actualidad, la Convención Americana de Derechos Humanos, los pactos gemelos y todos los instrumentos de derechos humanos, se constituyen en el basamento jurídico internacional sobre los cuales se pueden construir y configurar nuevos derechos. Tal es el caso, del derecho a la desconexión digital, respecto del cual realizaré un estudio detallado en los siguientes capítulos.

Capítulo 2

El derecho a la desconexión digital como derecho fundamental autónomo en el Ecuador (doctrina)

La desconexión digital como un problema global, más allá del Derecho

Previamente a ingresar en el estudio de este derecho, Terán (2017) ha señalado que:

Desde los pueblos más antiguos el interés de los seres humanos conforme avanza la evolución de las sociedades, es lograr una protección real y efectiva de los derechos y obligaciones de sus ciudadanos, por lo que a medida que, al trascurrir el tiempo, se han creado sus normas de funcionamiento conductual de conformidad a sus necesidades y obviamente a sus limitaciones según el tiempo en que se han desarrollado las mismas. Es así que dependiendo de la forma de Estado que se haya promulgado en determinado momento, se han construido los diferentes ordenamientos jurídicos y distintos grados de tutela que los mismos han otorgado a los derechos de los ciudadanos. Tal es así, que encontramos los Estados Liberales de Derecho, Estados Sociales de Derecho, Estados Sociales y Democráticos de Derecho y los Estados Constitucionales de Derecho, en los cuales la concepción respecto del funcionamiento del ordenamiento jurídico ha sido diferente y cada uno de ellos aporta en la medida correspondiente y de diversas formas con la finalidad de ir construyendo y mejorando las vías de garantía de los derechos.

Desde la aparición de los Estados Sociales de Derecho, en que se promueve la protección de los derechos sociales, se han concebido varias garantías dentro de los ordenamientos jurídicos a las que están sujetos los ciudadanos y las funciones del Estado, por lo que, en caso de tener o querer interferir en la órbita de los derechos de los mismos, debe existir un proceso judicial que será llevado por las partes ante una autoridad judicial competente, misma que deberá aplicar dichas garantías y resolver conforme corresponda las pretensiones y excepciones presentadas. Es así que, en este devenir, ha tenido gran influencia los postulados del Derecho Constitucional contemporáneo, por lo que en la actualidad los ordenamientos jurídicos se ven influenciados por ellos, obteniendo así una nueva visión y concepción para el funcionamiento de los mismos.

Posteriormente, se han creado las cláusulas de los Estados Constitucionales de Derecho, con las cuales se pretende otorgar una mayor protección a los derechos sociales desde la norma, dándoles el carácter de fundamentales y, por ende, otorgarles protección reforzada. Los rasgos de estos Estados se han perfilado por la doctrina de la siguiente manera:

El segundo rasgo característico del constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico. Esto constituye un cambio importante respecto a las concepciones del Estado de Derecho. (Zagrevelsky, G, 2016, p. 93)

Dentro de los postulados que implica esa aparición de un nuevo Derecho Constitucional, se encuentra el de dotar a las nuevas constituciones, no solo de un contenido meramente ideológico político sino también de un contenido normativo, es decir que la Constitución ya no sea considerada como un catálogo político que alberga el funcionamiento de los Estados que no se puede invocar en forma directa, cuando no media una ley que los desarrolle, sino que la Carta Fundamental, sea considerada, como una auténtica norma con un alto contenido axiológico en sus preceptos, es decir, la Norma Normarum del Estado, mediante la cual, además, se conciben derechos que puedan ser aplicados y exigidos en forma directa e inmediata y que no pueda haber excusa de la inexistencia de un desarrollo normativo infraconstitucional para limitar su protección, derechos a los cuales se los ha denominado, derechos fundamentales, mismos que son inherentes a la persona por ser tal y que se encuentran positivizados en la Norma Suprema. (Zagrevelsky, G., 2016, p. 21-94).

Tal es el caso de los derechos tradicionales sociales laborales que fueron reivindicados en la primera revolución industrial generada en los siglos XVIII al XIX, mediante los cuales se exigió el reconocimiento del derecho al trabajo, al descanso, a un salario digno, entre otros. Este antecedente marca un hito de referencia importante por cuanto, la evolución tecnológica de ese momento, aunque aún precaria, sin embargo, de gran trascendencia para la época, marcó la necesidad de que se protejan los nuevos derechos. Es así que:

La expresión revolución industrial denomina el proceso de transición de una fase primitiva y todavía inmadura del capitalismo a otra posterior en el que el sistema realiza, sobre la base del maquinismo y cambio técnico, su específico proceso de producción fundado en una unidad colectiva a gran escala, la fábrica. (...). Junto a

factores de carácter demográfico y financiero, es desde luego la innovación tecnológica que experimenta la producción de bienes y servicios el elemento decisivo del proceso. (Palomeque, M., 2016, p. 48).

Asimismo, se ha señalado que:

(...) se derivan otros principios que se estudian en el Derecho de la información, pero que también imperan en estas ramas del Derecho. A saber, **el principio de objetividad**, por el que debe transmitirse la información de la realidad tal cual es, **el principio de autenticidad**, por el que el informante debe presentarse sinceramente como quien es, **los principios de relevancia e integridad**, por los que deben comunicarse todos los mensajes relevantes dentro de cada contexto comunicativo, **el principio de precisión**, por el que debe usarse un lenguaje adecuado para expresar fidedignamente lo que se informa, y el **principio de honestidad**, que determina que en toda comunicación las partes deben actuar honestamente y transmitir mensajes honestos. (Riofrío, J., 2014, p. 27, párrafo primero).

Todos estos principios tienen especial vigencia en el mundo digital, donde todavía la regulación positiva no siempre se articula bien con el elevado desarrollo tecnológico que se ha alcanzado. (Riofrío, J., 2014, p. 27, párrafo segundo).

En virtud de lo anterior, como una definición del derecho a la desconexión digital podría ensayarse la siguiente:

El derecho a la desconexión digital en el trabajo

Es la aptitud que poseen los servidores públicos y trabajadores bajo cualquier modalidad contractual, tanto tradicional, como digital, que les permite interrumpir los nexos de comunicación que se generan entre éstos y sus empleadores fuera de los horarios de trabajo establecidos por la Ley o el contrato.

Con la definición anterior, podemos observar que la tecnología ha sido, al pasar del tiempo, el detonante para la evolución de la sociedad, sus fenómenos, sus derechos y obligaciones. Es así que, muchos de estos derechos laborales tradicionales fueron elevados a

rango constitucional y posteriormente desarrollados mediante normas laborales de carácter infraconstitucional, como leyes, reglamentos, acuerdos, instructivos, entre otros.

Fenómeno de la Hiperconexión o hiperconectividad

Así como sucedió en la primera revolución industrial, la globalización, generó lo que muchos estudiosos del tema denominan, como la cuarta revolución industrial.³

El avance y el desarrollo tecnológico actual, al poseer dispositivos electrónicos de la más alta tecnología e inalámbricos ha producido que las personas los utilicen en todo momento, generando el fenómeno de la hiperconexión o hiperconectividad a la red. Este fenómeno ha impregnado todas las áreas de la vida de las personas, no solo la laboral. Consecuentemente, esta hiperconexión ha generado efectos nocivos sobre la vida de los seres humanos.

Es en este contexto, que podemos realizar un estudio profundo sobre el derecho a la desconexión digital, como uno de aquellos derechos, generados a partir de la cuarta revolución industrial. Como su nombre lo indica, la desconexión digital es un fenómeno relativamente novedoso ya que da cuenta de la transición desde los medios y derechos tradicionales hacia todos aquellos que devienen del uso de los medios tecnológicos. Es decir, este concepto se encuentra íntimamente ligado con el apareamiento de la tecnología y a su desarrollo en las sociedades a nivel mundial. Las personas que realizan sus actividades productivas siempre han luchado por sus derechos y por asegurar mejores condiciones de vida y status dentro de sus organizaciones laborales. La protección de los derechos de los trabajadores y servidores públicos se ha ajustado al cambio de los tiempos y la evolución de las sociedades. En este sentido, se ha expuesto que:

La desconexión digital es un nuevo derecho laboral, de reciente articulación legislativa, 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

³ Teniendo en cuenta todo lo desarrollado y a fin de concluir la presente ponencia resulta conveniente compartir las observaciones a las que se llegó en su desarrollo, al respecto Daniel Peña Valenzuela afirma que, la cuarta revolución industrial llegó con la promesa del desarrollo de la datificación del mundo y del posible encuentro de tecnologías avanzadas y emergentes, la influencia de estas se hace evidente en la digitalización de las empresas, de la cultura, el arte y la sociedad en general, estando el derecho en el centro de esta situación (...) (Buitrago, A., y Ordoñez, E., (2016). Desconexión Digital: ¿Un Derecho Laboral Sin Reglamentación Jurídica En Colombia?, Editorial Universitaria Ramón Areces,

mensajes derivados del puesto de trabajo que le lleguen a través del teléfono, del ordenador o de cualquier otro dispositivo electrónico. (Turcke, S., 2019, p. 2).

En virtud de todo lo expuesto, se puede concluir que la desconexión digital es uno de los mecanismos aplicables en contra de los efectos nocivos de la hiperconexión digital. Conforme ha sido expuesto, esta desconexión digital puede ser aplicada en las diferentes aristas de la vida de las personas.

Asimismo, se puede concluir que por el amplio espectro en el que la tecnología ha penetrado, concibe el interés de sociólogos, antropólogos, profesionales de la salud, entre otros. Este amplio espectro nos lleva a determinar a la desconexión digital como un fenómeno que debe ser tratado a nivel integral y no solo desde el Derecho. No se puede garantizar un verdadero derecho a la desconexión digital solo desde el Derecho; es indispensable tomar medidas de acción a nivel del funcionamiento de las empresas e instituciones públicas y por ende de la misma sociedad.

Con todo lo expuesto, se puede observar que la salud es uno de los factores más afectados con la hiperconexión digital y con un no reconocimiento de este derecho. Esta afectación se extiende a los ámbitos de la seguridad ocupacional en las empresas, a la política ya que las autoridades de los Estados deben emitir las políticas necesarias para contrarrestar los efectos nocivos de la hiperconexión, a la sociología al tener que estudiar el comportamiento de las sociedades a fin de generar soluciones.

Naturaleza Jurídica de la desconexión digital: Entre lo constitucional y lo laboral

Desconexión digital como derecho laboral

La desconexión digital aparece en el sector trabajo al ser inherente a la persona que presta sus servicios a un tercero, es decir engloba a los trabajadores y los servidores públicos, mismos que necesitan armonizar su vida personal con la vida y las exigencias laborales.

En tal virtud, es un derecho típicamente laboral pero no solo eso, pues podría también ser un derecho constitucional nominado o innominado como se analizará más adelante. Este derecho debe ser regulado puesto que la tecnología avanza a pasos agigantados y siempre va a superar los esfuerzos de los Estados por prevenir casos de hiperconexión bajo el concepto que fuere, es por ello, que la necesidad de regulación es primordial.

La tecnología es una herramienta muy positiva, sin embargo, se ha prestado también para abusos produciendo graves afectaciones a las personas que los experimentan. En la actualidad, la digitalización de las actividades humanas es innegable, razón por la cual, el trabajo ha sido impregnado con esta dinámica.

Anteriormente, la posibilidad de utilizar herramientas tecnológicas para trabajar estaba considerado como una excepcionalidad, sin embargo, con la pandemia, todas las sociedades tuvieron que hacer del uso de la tecnología una regla en todo momento, sin importar los horarios y las condiciones para ello, generando un consecuente derecho a la desconexión digital como derecho laboral.

Por lo tanto, de lo analizado se desprende que la desconexión digital es el derecho a no tener contacto con el empresario o las instituciones del Estado, como empleadores, fuera de su horario de trabajo.

Con base en lo anterior, se desprende que una de las dimensiones del derecho a la desconexión digital es de carácter laboral y se enmarca en los derechos laborales digitales de nueva generación, el cual debe ser construido y normado por los ordenamientos jurídicos a fin de otorgar una protección especializada y adecuada a este derecho, lejos de las concepciones tradicionales concebidas o atado a derechos positivizados preexistentes.

La desconexión digital como derecho fundamental constitucional

Ahora bien, el hecho de que la naturaleza jurídica de la desconexión digital sea la de un derecho laboral digital y nazca desde los derechos sociales laborales, no obsta para que el mismo pueda ser elevado a la categoría de constitucional y por ende de derecho fundamental.

Para comprender de mejor manera la procedencia jurídica de tratar al derecho a la desconexión digital como un derecho fundamental constitucional autónomo, se ha señalado que:

En fin, (...) el TC reiteró que “los derechos fundamentales no solo son normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental

y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir la dimensión objetiva [...]” (Sánchez, S., 2015, p. 29).

Adicionalmente, el profesor Robert Alexy, manifiesta que:

La posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico de Alemania se caracteriza por cuatro extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo y, segundo, con máxima fuerza jurídica, objetos, tercero, de la máxima importancia con, en cuarto lugar, máxima indeterminación (...). (Alexy, R., 2009, p. 32-33).

El maestro Carlos Bernal Pulido expone en su obra de Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales que (...) todo derecho fundamental, se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental⁴. (Bernal, C., 2014, p. 100-101).

⁴ **2. Las disposiciones de derecho fundamental:** A causa de su redacción lapidaria, casi todas las disposiciones de derecho fundamental presentan un elevado grado de indeterminación normativa. Como consecuencia de esta circunstancia, a cada una de estas disposiciones puede serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas de derecho fundamental. Bernal, C., (2014). *Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Editorial Departamento de publicaciones Universidad Externado de Colombia, pp. 101-102. **3. Normas de derecho fundamental (...)** las *normas de derecho fundamental* se definen como el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental. (...) En otros términos, las normas de derecho fundamental son un conjunto de proposiciones que prescriben el “deber ser” establecido por las disposiciones iusfundamentales de la Constitución. (...) según R. Guastini, mientras la disposición jurídica es “un enunciado legislativo (o de manera general, un enunciado perteneciente a un documento normativo, a una fuente de derecho)”, la norma es “el contenido semántico de un enunciado legislativo”. Bernal, C., (2014). *Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Editorial Departamento de publicaciones Universidad Externado de Colombia, pp. 102-103 en Alexy, R., Teoría de los derechos fundamentales, p.53 y Guastini, R., *Le fonti del diritto e l’ interpretazione*, pp. 17. **4. Las posiciones de derecho fundamental o los derechos fundamentales en sentido estricto (...)** las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos y el Estado. Como tales, las posiciones de derecho fundamental son una especie de amplia gama de relaciones jurídicas existentes en el Derecho. (...). El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma, que el sujeto pasivo debe desarrollar a favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido por el sujeto pasivo. Bernal, C., (2014). *Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Editorial Departamento de publicaciones Universidad Externado de Colombia, pp. 104-106.

1. Normas de derecho fundamental y disposiciones de derecho fundamental: Por su parte el maestro Robert Alexy en su obra Teoría de los Derechos Fundamentales señala que, disposiciones de derecho fundamental son los enunciados formulados en los artículos 1 al 19 LF (...). *Normas de derecho fundamental* son las normas directamente expresadas por los enunciados. Las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse en dos grupos: las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas adscritas de derecho fundamental. (...) Para catalogar como válida una norma derecho fundamental directamente estatuida, basta hacer referencia a su inclusión en el derecho positivo. (...) Una norma adscrita tiene validez y es una norma de derecho fundamental, si para su adscripción a una norma derecho fundamental directamente estatuida es posible

El derecho a la desconexión digital es uno de aquellos que se encuentran íntimamente ligados con la dignidad humana al ser la puerta para la realización de otros derechos que se encuentran positivizados en la norma suprema, por lo tanto, su afectación, viola directamente la esencia del ser humano, con lo cual, se le podría otorgar esa calidad de derecho fundamental con una dimensión constitucional que ostente tutela jurisdiccional constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

Desde el ámbito de la doctrina jurídica de los derechos fundamentales se puede concluir que son normas directamente estatuidas, es decir, positivizadas en las Constituciones de los Estados que contienen una serie de posiciones fundamentales que generan una norma y que permitirá crear normas adscritas para cada caso concreto, dependiendo de los hechos y los factores específicos de cada caso. Los derechos fundamentales han sido un avance para los Estados ya que son los bienes jurídicos supremos inherentes a la dignidad humana y de mayor importancia en los ordenamientos jurídicos que deben ser protegidos con garantías y mecanismos jurídicos reforzados o específicos.

Existen algunas Constituciones que traen un catálogo de derechos fundamentales que son aquellos que tienen protección reforzada, mientras que, en otras, como la ecuatoriana, todos los derechos constitucionales son multidimensionales, los cuales poseen en abstracto, el mismo valor, importancia e igual jerarquía conforme lo dispone el artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

Por lo tanto, es necesario insistir en que, al ser la dignidad humana, el origen de la de los derechos fundamentales, se puede concluir que, cuando aparecen nuevos derechos que devienen de la dignidad humana, es jurídicamente posible y procedente que éstos puedan ser catalogados dentro de los denominados derechos fundamentales con una dimensión constitucional que ostente tutela jurisdiccional constitucional.

En el caso de la desconexión digital de los servidores públicos, es evidente que, de ser vulnerado, se trastoca la dignidad humana en forma directa, por lo tanto, es jurídicamente procedente que se lo considere como un derecho con una dimensión fundamental constitucional para de esta manera obtener tutela constitucional directa.

aducir una *fundamentación iusfundamentalmente correcta*. Alexy, R., (2017). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 46-53.

Ahora bien, desde el ámbito normativo, se debe considerar lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución de la República que determina: Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático (...). En esta de esta norma constitucional se desprenden dos elementos importantes.

De lo anterior, se debe analizar que, primero, la cláusula del Estado constitucional de derechos y no de Derecho, así como la característica de ser un Estado social y democrático evidencia que el legislador constituyente ecuatoriano ha ido más allá del simple ordenamiento jurídico como junto de normas, a fin de dejar claramente establecido en la Norma Suprema, que, en el Ecuador, todos los ciudadanos y autoridades del país, deben subyugarse a los derechos y no solo al Derecho. Es decir, que aun cuando existan ciertos derechos que no hayan sido positivizados en los instrumentos internacionales generales y de derechos humanos, así como tampoco en la Constitución de la República o en las normas infraconstitucionales, las autoridades competentes se encuentran habilitadas para reconocer derechos y protegerlos a nivel sustantivo y procesal. Segundo, que el Estado ecuatoriano no ha dejado de ser un Estado social y democrático de derecho, por lo tanto, se debe continuar con la protección y el reconocimiento de los derechos sociales tradicionales, así como de los nuevos derechos que vayan apareciendo conforme evolucionan las sociedades y sus fenómenos.

Tal es el caso de la desconexión digital, que como se ha determinado, es claramente un derecho social laboral de nueva generación que tiene sus propias especificidades por su naturaleza distinta a los derechos tradicionales y que por tanto debe ser necesariamente regulado y protegido con claridad, pero que sin embargo de ello, no deja de ser un derecho que tiene una relación directa con la dignidad humana, por lo tanto, puede ser elevado a la categoría de fundamental constitucional al realizar un análisis integral de su naturaleza y esencia.

Algunas teorías de los derechos propenden por la redefinición de los catálogos de los derechos y hacen caso omiso a su jerarquización, ya que el hombre es capaz de modificar su entorno y su historia para crear cada vez nuevas condiciones de vida y que por lo tanto hacen necesaria su consagración como derechos; de otra manera, el ser humano no podría ver realizada su existencia dentro de los parámetros propios de la dignidad humana si no se le garantizan los derechos que surgen del desarrollo de su entorno.

Los derechos fundamentales están condicionados a factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad. La posibilidad de aceptar nuevas necesidades históricas que impliquen el surgimiento de nuevos derechos o en otros casos se adapten los existentes a nuevas condiciones, permitiría que la inclusión digital sea considerada como un nuevo derecho en concordancia con lo señalado por Norberto Bobbio, que considera los derechos humanos como una clase variable, evidencia de la historia de la humanidad, cuyo catálogo de derechos se ha modificado y continúa haciéndolo con el cambio de las necesidades, intereses, clases en el poder, las transformaciones técnicas, etc. (Chacón, A, párrafo 2 y 3 del numeral II).

Por todo lo expuesto, la desconexión digital podría ser considerada sin ningún óbice como un derecho constitucional laboral autónomo con su dimensión constitucional, incluso de aplicación directa en caso de que no exista un desarrollo infraconstitucional, como sucede en ciertos ordenamientos jurídicos.

Debate jurídico entre derechos autónomos y derechos conexos en el ámbito digital

Desde hace varios años, la discusión entre si ciertos derechos debían ser autónomos o conexos a un derecho macro o previamente establecido, ha estado en el radar de los estudiosos del Derecho. Es así que, en el primer capítulo de este trabajo, se analizó la existencia de los pactos gemelos, aquel de derechos civiles y políticos, así como aquel de los derechos económicos sociales y culturales. No obstante, a pesar de estos dos instrumentos normativos, en la práctica, los derechos protegidos por excelencia, fueron durante mucho tiempo, los derechos civiles y políticos; y solo a partir de estos, se podía reconocer los derechos económicos sociales, culturales, hasta la sentencia del caso Lagos del Campo versus Perú, en el que se independizaron los derechos económicos sociales y culturales de los civiles y políticos y por tanto, se abandonó la idea de derechos conexos, para tratarlos como derechos independientes, autónomos y plenamente justiciables en todo nivel.

Debemos considerar, que, si bien este es un antecedente importante sobre los derechos económicos sociales y culturales tradicionales como autónomos e independientes de los derechos civiles y políticos, con la aparición de la tecnología se pone en la palestra del Derecho, la necesidad de consagrar a varios derechos digitales de las personas como autónomos por el uso de la tecnología, como es el derecho a la desconexión digital. Al

respecto, el juez MacGregor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue muy claro al señalar:

Autonomía e interdependencia de los derechos humanos

43. La “autonomía” hace alusión a que cada derecho tiene un contenido jurídico propio, distinto de otros. Los diversos derechos se refieren a diferentes bienes (salud, libertad, educación, vida, etc.), para cuya tutela o protección existe un conjunto de obligaciones que deben cumplirse. El contenido de cada derecho presenta particularidades, que dan sentido a su reconocimiento jurídico diferenciado. (Anuario Interamericano de derechos humanos, 2020, P. 1265).

De todo lo expuesto, se desprende que, la tecnología ha generado diversos efectos en los diferentes ámbitos de las personas, por lo que, indudablemente es necesario consagrar varios derechos digitales en forma autónoma a fin de lograr una mejor protección de estos.

Tal situación se fundamenta, en que el Derecho, así como las sociedades, evolucionan y es necesario ajustar los derechos a los cambios que se generan.

Es claro que, los modos tradicionales de enfrentar las posibles violaciones de derechos tradicionales también son insuficientes para las nuevas realidades que se generan, mucho más, cuando hablamos del ámbito de acción de las nuevas tecnologías.

En virtud de lo anterior, se justifica que varios derechos abandonen su status de conexos para pasar a ser considerados derechos autónomos con su propio contenido y ámbito de protección.

El mantener derechos conexos, reduce el ámbito de su reconocimiento, protección y estudio detallado de los mismos, mucho más si consideramos que la tecnología es un ámbito que no es conocido en su totalidad, con lo cual, el no reconocimiento de ciertos derechos como autónomos podría afectar gravemente a sus titulares.

Es así que, de conformidad a los razonamientos realizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina, ha quedado claro que los jueces con sus decisiones orientan a la creación de derechos humanos autónomos y no conexos. Dentro de este criterio, se encasilla al derecho a la desconexión digital.

Aproximación del derecho a la desconexión digital a la realidad jurídica ecuatoriana

La pandemia causada por la COVID-19 ha generado que en las sociedades se incorporen soluciones tecnológicas que les permitan continuar con sus obligaciones y vida normal, muchas veces sin tener el cuidado de no violar los derechos de las personas.

No es ajeno al conocimiento de todos, que el uso de las nuevas tecnologías para desarrollar el trabajo penetró en forma descontrolada en los hogares ecuatorianos y del mundo, razón por la cual, el ordenamiento jurídico debía reaccionar a aquellas situaciones. Estos efectos se vieron reflejados tanto en el sector privado como público del país. En el caso del sector público, la afectación a este derecho fue claro, ya que varias autoridades y jefes de la función pública, a pretexto de que el personal debía estar conectado a los medios digitales para desarrollar el trabajo, abusaron de esta facilidad, razón por la cual, muchos servidores públicos se vieron la obligación de encontrarse atados a sus computadoras, teléfonos celulares, tablets y demás dispositivos hasta altas horas de la noche. Existieron casos en que, por la facilidad de mantenerse permanentemente conectados, en varias instituciones, se obligó a los servidores públicos a responder en horarios que tradicionalmente son destinados para desconectarse. Como ejemplo de ello, es el horario de almuerzo y las horas fuera de la jornada de trabajo, entre otros.

Es así que, en el Ecuador, a partir de esta pandemia, mediante la Ley de Apoyo Humanitario, se reformó la Ley Orgánica del Servicio Público-LOSEP y el Código del Trabajo, contemplando el derecho a la desconexión digital de los trabajadores y de los servidores públicos como derecho de rango legal. Sin embargo, esta posibilidad se encuentra circunscrita a la modalidad de teletrabajo y no se la ubicó entre los derechos o principios generales de dichas normas.⁵ Además, cabe recalcar que, esta normativización se quedó en el ámbito legal.

⁵ La disposición reformativa tercera de la Ley de Apoyo Humanitario dispone lo siguiente: “Tercera. - Agréguese el siguiente artículo innumerado a continuación el artículo 25 de la Ley Orgánica de Servicio Público: Artículo (...). - Del teletrabajo. - El teletrabajo es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación para el contacto entre el trabajador y la institución contratante, sin requerirse la presencia física del servidor en un sitio específico de trabajo. En esta modalidad el empleador ejercerá labores de control y dirección de forma remota y el servidor reportará de la misma manera (...)” (...) La institución empleadora deberá respetar el derecho del teletrabajador a la desconexión, garantizando el tiempo en el cual este no estará obligado a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de al menos doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores.” Adicionalmente, el Ministerio del Trabajo emitió el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-181, que dispone: **Art. 3.- Del teletrabajo.** - El teletrabajo no afecta ni altera las condiciones esenciales de

Como se puede observar, la desconexión digital está relacionada directamente con el teletrabajo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como se señaló anteriormente, situación que comporta una evolución importante ya que se considera a la desconexión digital como un derecho autónomo dentro del ordenamiento jurídico laboral ecuatoriano, sin embargo, no es un avance suficiente. A pesar de ser un derecho reconocido a nivel legal, al no estar positivizado en la Constitución de la República, no puede ser considerado ni reconocido expresamente como derecho constitucional o fundamental *prima facie*.

Finalmente, se debe aclarar que, en el Ecuador, si bien es una ganancia que la desconexión digital, sea un derecho legal autónomo, éste no es un derecho constitucional fundamental con acceso a tutela de jurisdicción constitucional, lo cual es preocupante; sin embargo, esto será analizado en el tercer capítulo de este trabajo.

Hacia una solución jurídica constitucional. El derecho a la desconexión digital como un derecho fundamental no escrito

Al verificarse que el derecho a la desconexión digital no puede acceder a tutela constitucional directa, una solución para transformar este problema podría ser que éste sea positivizado en la Constitución de la República. Sin embargo, dicho proceso es tortuoso, desgastante y lento.

Es decir, no se puede ignorar los problemas de gobernabilidad que enfrenta el Ecuador a nivel de todas las funciones del Estado y sus instituciones, altamente caóticas, como son precisamente las funciones legislativa y ejecutiva. Esta realidad ocasiona un gran problema

la relación laboral. La aplicación de esta modalidad no puede vulnerar derechos de las partes de la relación laboral y no constituye por sí misma causal de terminación de la relación de trabajo. El empleador podrá optar por la modalidad de teletrabajo en cualquier momento de la relación laboral según la necesidad del negocio y/o la actividad que ejecute el trabajador. Esta modalidad podrá aplicarse en jornada completa o en jornada parcial, debiendo respetársela jornada vigente, los límites de jornada máxima, los días de descanso, el pago de horas extraordinarias y suplementarias y los demás rubros previstos en el Código del Trabajo. **Art. 5.- Del derecho a la desconexión.** - Una vez finalizada la jornada de trabajo, el empleador garantizará el derecho a la desconexión del trabajador, el cual será de al menos doce horas continuas en un periodo de veinte y cuatro horas; y, durante el cual el empleador no podrá establecer comunicaciones con el teletrabajador, ni formular órdenes u otros requerimientos, salvo en el caso que se verifique una o más de las circunstancias previstas en el artículo 52 del Código del Trabajo.

para el reconocimiento y correcta construcción legislativa de varios derechos de nueva generación, no solo como la desconexión digital, sino también otros que pudieran aparecer a partir del uso de las tecnologías de la información. Sin embargo, esta realidad no puede ser óbice para que se encuentren fórmulas jurídicas que permitan lograr un mejor reconocimiento de los derechos de las personas a nivel constitucional.

Respecto a los anterior, la cláusula del Estado constitucional de derechos y justicia determina que todo el ordenamiento jurídico, así como los actos de los ciudadanos, se encuentran subyugados a los derechos y no solo al Derecho como se señaló anteriormente. Esta realidad, permite entender que en el Ecuador los derechos sean el centro de todo y, por lo tanto, es jurídicamente procedente encontrar las vías jurídicas para reconocerlos, configurarlos y determinarlos. Tanto es así que, el artículo 11 numeral 7 de la Norma Suprema, habilita este postulado a través de la norma regla constitucional de obligatorio cumplimiento consagrada en este artículo, así como en aquella del artículo 427 de la misma Carta Magna⁶

Es decir, los asambleístas constituyentes en ejercicio del poder constituyente originario de simple organización estuvieron conscientes de la evolución de la sociedad, dejando esta cláusula constitucional que permite considerar otros nuevos derechos que se encuentren ligados a la dignidad de la persona. Por lo tanto, es perfectamente posible que el derecho a la desconexión digital de los servidores públicos sea considerado como un nuevo derecho fundamental, con su respectiva tutela constitucional.

Asimismo, también se desprende que, la autonomía del derecho a la desconexión digital, no es una cuestión de controversia en el Ecuador en su dimensión legal, ya que el legislador ordinario ha visto la necesidad de contemplarlo como tal, tanto en la Ley Orgánica del Servicio Público, así como también en el Código del Trabajo vigentes, sin embargo, si es

⁶ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

necesario considerar la complicación de que este derecho no ostente una dimensión constitucional y por ende, tutela de este rango, como se ha expuesto anteriormente.

Por el contrario, si este derecho es concebido como un derecho fundamental merecerá protección constitucional, y reforzada, con todo lo que ello implica.

Por lo tanto, nuestra propia Constitución habilita a la creación de nuevos derechos que no estén escritos y estos pueden ostentar incluso el carácter de fundamentales. La Corte Constitucional colombiana mantiene la idea de que los derechos fundamentales no necesariamente deben encontrarse positivizados en la Constituciones para ser fundamentales. Respecto a esta argumentación, el profesor Carlos Bernal Pulido expone que:

(...) la jurisprudencia constitucional puede atribuir un carácter fundamental a ciertas normas o posiciones jurídicas que no pertenecen al margen semántico de una disposición de derecho fundamental. Esto ocurre en el caso del reconocimiento de derechos fundamentales no escritos por parte de la jurisdicción constitucional.

En este caso, no se trata de derechos fundamentales adscritos sino de derechos fundamentales que no han sido establecidos por una disposición de derecho fundamental. Algunas constituciones prevén explícitamente la validez de derechos fundamentales que no han ido establecidos por la Constitución, es decir, de derechos fundamentales no escritos. Un ejemplo conocido es el texto de la novena enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que establece lo siguiente:

No por el hecho de que la Constitución enumere ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo. (Bernal, C., 2015, p. 1583).

Es así que, se ha dejado claramente establecido que existen; y, son perfectamente reconocibles los derechos fundamentales no escritos o innominados, señalamiento que permite en gran medida seguir evolucionando en la protección y reconocimiento de derechos dentro de los Estados constitucionales contemporáneos. Bajo el presente estudio, los mecanismos de protección de derechos deben ser eficientes, efectivos y céleres, razón por la cual, el reconocimiento de derechos fundamentales innominados, permite a las autoridades reaccionar en menor tiempo a fin de evitar violaciones, pero, sobre todo, permite obtener una tutela más específica de acuerdo al caso concreto.

De lo analizado, se evidencia que, a nivel mundial se considera jurídicamente procedente el reconocimiento de derechos fundamentales que no se encuentren positivizados en la Norma Suprema en forma expresa.

Por lo tanto, en el Ecuador, la cláusula del Estado constitucional de Derechos se constituye en un pilar que permite reconocer a los nuevos derechos fundamentales innominados o no escritos, lo cual es perfectamente aplicable a la desconexión digital.

Consecuentemente, al ser los derechos fundamentales, bienes jurídicos supremos que hay que proteger, su no positivización en la Cartas Fundamentales de los países no es un impedimento para su reconocimiento y construcción, mucho más en este tiempo en el que las nuevas tecnologías han determinado cambios sustanciales al modo de vida de las personas.

En este sentido, se evidencia que el uso de las nuevas tecnologías ha obligado a que el Derecho se modifique y evolucione, así como también a que los juristas, operadores de justicia, profesores, estudiantes de Derecho, y otros operadores intervinientes en el sistema de justicia, cambien su forma tradicional de estudiar y concebir el Derecho. Por lo tanto, la existencia de derechos fundamentales innominados permite realizar una construcción de nuevos derechos fundamentales y que estos no queden sin protección. En este caso se encuentra inmersa la denominada desconexión digital.

Cabe hacer referencia a que la idea de considerar a la desconexión digital como un derecho fundamental constitucional autónomo en el Ecuador que se defiende en este trabajo de investigación también es defendido en otros países de la región, como se ha dejado señalado en los apartados anteriores.

Una vez que la doctrina ha dejado en claro, la procedencia jurídica de acoger a los denominados derechos fundamentales constitucionales innominados, y con base en las disposiciones contenidas en la Constitución de la República del año 2008, podemos aseverar que el derecho a la desconexión digital que al momento es un derecho legal en Ecuador, perfectamente puede ser catalogado como derecho fundamental autónomo no escrito o innominado a través de las decisiones emitidas por los jueces constitucionales o la Corte Constitucional en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, aspecto que solucionaría el impedimento de tutela constitucional directa que enfrenta este derecho en la actualidad.

No obstante, es necesario determinar qué características ostentan los derechos fundamentales autónomos para posteriormente analizar si el derecho a la desconexión digital cumple con ellos y por ende podría gozar de esta característica.

Con el objetivo de abordar este análisis, el profesor Carlos Bernal Pulido ha precisado las características que deben tener los derechos para ser considerados como derechos fundamentales al exponer lo siguiente:

Como resultado del estudio de las propiedades formales puede señalarse que un derecho subjetivo está dotado de carácter fundamental, y por lo tanto, es un derecho fundamental, cuando se cumple una de las siguientes condiciones: ha sido establecido por una disposición que (1) pertenece al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución o (2) pertenece, en general, al texto constitucional o (3) al bloque de constitucionalidad; o (4) cuando la norma o posición jurídica relativa al derecho ha sido reconocida como una norma o posición de derechos fundamental por parte de la jurisprudencia. (4), sumada a una propiedad material, es una condición suficiente, al paso que, para ser un derecho fundamental, es una condición necesaria que el derecho subjetivo relevante satisfaga por lo menos una de las condiciones formales. (Bernal, C., 2015, p. 1584).

En virtud de lo anterior, a continuación, se realiza un estudio pormenorizado de los elementos de los derechos fundamentales indicados por el profesor Carlos Bernal Pulido aplicándolos al derecho a la desconexión digital en el Ecuador.

Pertenece al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución

En el caso ecuatoriano, el legislador constituyente no contempló un capítulo con derechos fundamentales específicos sino todo lo contrario, determinó que todos los derechos *prima facie* son de igual jerarquía al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 numeral 6⁷ de la Norma Suprema, con lo cual, pueden acceder a la tutela constitucional. En concordancia con esta afirmación, el artículo 11 numeral 7 de la Carta Magna⁸ faculta a que las autoridades no

⁷ “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”

⁸Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá

desconozcan los demás derechos derivados de la dignidad de las personas. Por lo tanto, el derecho legal a la desconexión digital podría catalogarse a través de las decisiones de jueces como un derecho fundamental autónomo innominado a pesar de no encontrarse positivizado en la Constitución de la República.

Pertenece, en general, al texto constitucional

Al momento, en el Ecuador, el derecho a la desconexión digital solo existe en el texto de dos normas infraconstitucionales y no en el texto de la Constitución de la República del año 2008. Sin embargo, la desconexión digital, es un derecho, que, deviene de la dignidad humana conforme lo ordena el artículo 11 numeral 7 de la Norma Suprema, constituyéndose en el basamento escrito constitucional para que los jueces puedan reconocer y configurar la fundamentalidad del derecho a la desconexión digital.

Al bloque de constitucionalidad

De lo analizado, en el numeral anterior, al ser la disposición artículo 11 numeral 7 de la Norma Suprema una norma regla escrita en ella, con la decisión de los jueces de dotarle el carácter de derecho fundamental con su dimensión constitucional al derecho a la desconexión digital, este derecho podría situarse dentro del bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

Cuando la norma o posición jurídica relativa al derecho ha sido reconocida como una norma o posición de derechos fundamental por parte de la jurisprudencia

Como se analizará en el siguiente capítulo, actualmente no ha existido un estudio con el nivel de detalle solicitado por el autor por parte de los jueces constitucionales, así como tampoco de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sin embargo, es perfectamente posible que mediante jurisprudencia declaren del derecho a la desconexión digital como derecho fundamental que pueda acceder a tutela jurisdiccional constitucional.

los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Sumada a una propiedad material, es una condición suficiente, al paso que, para ser un derecho fundamental, es una condición necesaria que el derecho subjetivo relevante satisfaga por lo menos una de las condiciones formales

El derecho a la desconexión digital cumple con las condiciones formales y materiales anteriormente expuestas ya que protege las facultades morales de la persona, su capacidad de discernimiento, o cuando su finalidad es satisfacer las necesidades fundamentales de la persona.

Finalmente, de todo lo analizado, es claro que es jurídicamente procedente considerar al derecho a la desconexión digital como un derecho fundamental autónomo innominado o no escrito que merezca acceder a su tutela jurisdiccional constitucional, tanto sustantiva, adjetiva y cautelar.

Capítulo 3

Tutela constitucional a la desconexión digital como derecho fundamental autónomo

Derecho a la desconexión digital como derecho digital de cuarta generación

Los derechos de cuarta generación son todos aquellos a los que se los podría considerar como derechos digitales puesto que su origen se encuentra en el mundo digital y en la sociedad de la información, por lo tanto, son derechos de actualidad que requieren de tutela, determinación y configuración.

Del análisis realizado a los capítulos anteriores, se puede observar que las sociedades evolucionan en su dinámica y tratan a su vez de que el Derecho sea cada vez más especializado y cierto en su construcción, con lo cual, es claro que el derecho a la desconexión digital es un derecho digital de cuarta generación, autónomo.

Terán (2017), ha señalado que:

Un elemento de trascendental importancia de los nuevos ordenamientos jurídicos, como se ha visto anteriormente, es la necesidad de otorgar una protección real, eficaz y efectiva a los derechos fundamentales en todas las áreas en las que se desenvuelven

los ciudadanos integrantes de una sociedad, y en una forma especial, por su naturaleza, en las relaciones existentes entre trabajadores y empresarios en donde como se conoce, a pesar de que con el contrato de trabajo y la normativa laboral desplegada, se ha intentado equiparar la desigualdad de las partes, la misma, por su esencia, no desaparece completa y definitivamente, aspecto por el cual ha tenido cabida el desarrollo de la tutela cautelar, como se lo conoce actualmente.

El trabajo y sus formas de prestarlo han evolucionado contundentemente y es necesario que el ordenamiento jurídico despliegue su protección sobre los derechos que pudieren verse afectados o vulnerados completa o parcialmente, entre lo que se hace posible, el estudio y regulación del derecho a la desconexión digital.

Al ser el derecho a la desconexión digital una especie de switch que activa al resto de derechos que se ejercen en el mundo digital, es procedente catalogarlo entre aquellos denominados de cuarta generación. Podemos decir entonces que, estos derechos de cuarta generación, podría tener un ámbito de protección legal y otro a nivel de su dimensión constitucional digital.

Es así que, a través de la tutela jurisdiccional constitucional del derecho fundamental a la desconexión digital se busca equiparar las relaciones de poder en el trabajo prestado a través de medios digitales, es decir, las relaciones clásicas de poder entre los empleadores y sus trabajadores, así como también, las relaciones de poder entre la administración pública con sus servidores públicos, en el sentido amplio de la palabra.

El proceso de digitalización de las áreas laborales, a las cuales no escapa el Estado, es innegable y por ello, es necesario respetar la jerarquía de derecho fundamental del derecho a la desconexión digital, ya que de no hacerlo estamos sacrificando una protección eficiente, efectiva y célere de este derecho.

Se debe tener en cuenta, que el Estado, tradicionalmente ha ostentado una facultad de gran poder sobre los ciudadanos, por lo tanto, las vulneraciones de derechos efectuadas por el Estado son muy comunes y reiterativas. Esta práctica extendida desde los Estados absolutos y los Estados liberales de Derecho, no se detuvo a pesar de las transformaciones a Estados sociales y Estados constitucionales.

En virtud de lo anterior, se desprende que hasta la actualidad dichas prácticas se mantienen y en el caso ecuatoriano, las instituciones del Estado y sus servidores públicos no han logrado comprender que son los primeros garantes de los derechos de los ciudadanos.

Con base en lo expuesto, se considera que es el momento correcto para realizar una construcción profunda del derecho a la desconexión digital, que es el derecho objeto del presente estudio.

Por lo tanto, siendo la desconexión digital un derecho de cuarta generación, es necesario el desarrollo de nuevas herramientas que permitan ir construyendo y perfilando el contenido de este derecho, teniendo en cuenta que las categorías tradicionales de protección, no van a desplegar la protección específica que este nuevo derecho requiere, mucho menos, si al momento, este no goza del carácter de fundamental al no haber sido positivizado en la Norma Suprema y tampoco ha sido tratado aún como un derecho fundamental innominado o no escrito.

Limitaciones procesales de acceso a la tutela constitucional de la desconexión digital en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en la actualidad

En los distintos ordenamientos jurídicos, los derechos fundamentales son aquellos bienes jurídicos supremos que gozan de una protección reforzada, a fin de que su tutela sea especializada, inmediata, sumarísima, eficaz y efectiva. Al fin de una mejor comprensión, (Terán, 2017) APA Terán ha señalado que:

... en España, el modelo de Estado que se promulga (...), es el de Estado Social y Democrático de Derecho, promulgado por el artículo 1 de la Constitución Española en adelante CE, dentro del cual debemos tomar en cuenta que se encuentran plasmados varios de los postulados de este nuevo Derecho Constitucional mencionado anteriormente. En virtud de ello, el legislador constituyente clasificó el grado que deben ocupar ciertos derechos dentro de la Constitución española, distinguiéndolos así por grupos bien definidos como son los derechos fundamentales, los derechos y deberes de los ciudadanos que son constitucionales, pero no fundamentales y los principios rectores de la política social y económica, que también son constitucionales, pero no fundamentales. Del estudio de dichos derechos, se desprende que los derechos fundamentales son los de mayor protección dentro del ordenamiento jurídico,

contando estos con mecanismos reforzados para dicho efecto, para lo cual el legislador Constituyente tuvo a bien concebir el art. 53.2 CE, (...) es decir que para que se pueda materializar la protección de dichos derechos, se debió crear una modalidad procesal que cuente con las características de preferencia y sumariedad (...)

Señalado lo anterior, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no es la excepción. Sin embargo, se debe tener en cuenta que, en el Ecuador, no existe un catálogo de derechos fundamentales, como en España, sino que todos los derechos, *prima facie*, son de igual jerarquía, por lo que merecen la misma protección conforme lo dispone el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución de la República.⁹, situación que cambia al momento de analizar cada derecho en los casos concretos. Para este efecto, en nuestro país se crearon las denominadas garantías jurisdiccionales como mecanismos de protección para los derechos constitucionales en su dimensión constitucional, es decir, en su carácter de fundamental. Estas garantías se encuentran contempladas en la Constitución de la República y en la Ley Orgánica e Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y son: medidas cautelares constitucionales autónomas y conjuntas, acción de protección, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública, acción de incumplimiento, acción por incumplimiento, acción extraordinaria de protección, teniendo en cuenta que cada garantía será utilizada para un objeto diferente y propio. Para este trabajo analizaremos solo a la acción de protección en las partes pertinentes.

Por lo tanto, para que el derecho a la desconexión digital sea tutelado directamente en el Ecuador a través de la garantía jurisdiccional de acción de protección, necesita tener esa calidad de derecho fundamental, con su dimensión constitucional, de protección propia y específica para así poder acceder a la tutela en jurisdicción constitucional.

Tutela de la Legalidad vs tutela constitucional

Transformación de los modelos de Estado

Para poder comprender la limitación de la tutela constitucional que al momento experimenta el derecho a la desconexión digital en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es

⁹ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía

necesario analizar la transformación de los Estados legalistas decimonónicos de corte iuspositivista clásico, en donde el juez era la boca muda de la Ley y mero aplicador mecánico del derecho escrito normalmente contenido en leyes, aún por sobre o en contra de la Constitución.

Como se señaló en el capítulo segundo de este trabajo, la cláusula del Estado Constitucional de Derecho trae consigo una evolución y modificación de la forma de entender, estudiar y aplicar el Derecho, como una nueva respuesta a los Estados legicentristas en los cuales la ley se encontraba en primer lugar en el sistema de fuentes.

En el Ecuador, este cambio se fue registrando poco a poco, sin embargo, es a partir de la Constitución de Montecristi del año 2008 que se considera al Ecuador como un Estado Constitucional, incluso yendo más allá, catalogándolo como un Estado constitucional de derechos y no solo de Derecho, sin embargo, en los países europeos pertenecientes a la familia del civil law, esto no es tan reciente, ya que su realidad cambió a partir de los acontecimientos de la segunda post guerra, es decir, hace ya muchos años. Esta modificación a los ordenamientos jurídicos, hizo que los derechos humanos y derechos fundamentales entren en juego y que el Derecho como tal, sea estudiado y aplicado de una forma distinta de lo que se lo hacía en los Estados legicentristas, iuspositivistas clásicos.

En los Estados de Derecho liberales, gobernaba el imperio de la ley y por ende el principio de legalidad. Es decir, si las leyes no desarrollaban los derechos contemplados en la Constitución, era imposible que la Norma Suprema sea aplicada directamente e incluso existían casos en los que la ley modificada en parte o en todo la Constitución, contrariando la Teoría General del Derecho mismo, situación que en la práctica era resuelta por los jueces, mediante la aplicación de la ley y no de la Constitución. Tal realidad tornó a las Normas Supremas en programáticas y en catálogos políticos sin aplicación directa.

Es a partir de estos nuevos modelos de Estado, que se genera una tensión entre la Constitución como norma suprema viva y de aplicación efectiva frente a las leyes. Este cambio de paradigma trae consigo un cambio profundo en la práctica del Derecho y su protección de los derechos fundamentales a nivel sustantivo y procesal.

Por su parte el profesor Zagrevsky expone que:

Quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. (...)

La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del «Estado Constitucional». La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido en la Constitución. (...). Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de Derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho. (Zagrevelsky, 2016).

Los asuntos de legalidad siempre fueron tratados en la jurisdicción ordinaria, siendo la jurisdicción constitucional residual. Por el contrario, en la actualidad, los juristas debemos preocuparnos también por los asuntos de tutela constitucional ordinaria que atañen a los derechos, reto en el que nos encontramos día a día del ejercicio profesional, sea desde el ámbito público o privado.

Esta diferencia de conflictos de legalidad o de tutela constitucional, irradia su efecto directo a nivel procesal. En el Ecuador, como se analizará más adelante, los mecanismos procesales de protección son distintos a nivel de legalidad y de tutela constitucional, teniendo así dos temáticas diferentes con dos jurisdicciones diferentes. Los asuntos de legalidad o mera legalidad serán conocidos, tratados y resueltos en la jurisdicción ordinaria y los asuntos de tutela constitucional serán tratados en la jurisdicción constitucional, no pudiendo superponerse una a otra.

Por lo tanto, en nuestro país, la jurisdicción constitucional es la especializada para el tratamiento de las vulneraciones de los derechos fundamentales o derechos constitucionales en su dimensión constitucional y la jurisdicción ordinaria es la específica para el tratamiento de las vulneraciones de los derechos a nivel legal o de los que han sido catalogados solo como derechos legales, como al momento es la desconexión digital.

Debido a la diferencia anterior, es que a pesar de que el derecho a la desconexión digital se encuentra contemplado en la Ley, es necesario que se argumente y explique con

toda claridad la existencia de una vulneración a la dimensión constitucional de este derecho si se desea acceder a la tutela constitucional del mismo.

Jurisdicción constitucional ordinaria frente a la jurisdicción legal ordinaria

La tensión entre jurisdicción constitucional ordinaria y la jurisdicción legal ordinaria se acentúa con la entrada en escena de la cláusula de los Estados constitucionales de Derecho y por ende cuando los asuntos inherentes a las violaciones de los derechos en la dimensión constitucional o fundamental obtienen trascendental importancia, incluso más que los temas de legalidad por la naturaleza y objeto de las violaciones a los derechos tratados.

Es necesario hacer una diferenciación; en ciertos países del mundo, como es España, la jurisdicción constitucional, no es ordinaria, sino que es residual. Esta entra en escena cuando se ha agotado la vía ordinaria, incluso para la protección de los derechos fundamentales. Esta realidad se ha dado, ya que, en España, con base en la disposición de una tesis integradora emitida por el Tribunal Constitucional español, los garantes naturales de la protección de los derechos fundamentales son los mismos jueces ordinarios mientras ejercen jurisdicción ordinaria. Para el efecto, las partes deben generar un incidente intraprocesal a través del denominado recurso de amparo ordinario. Al respecto, el profesor español, José Antonio Baz Tejedor indica que:

Los jueces y tribunales ordinarios están llamados a ser garantes naturales de éstos, que con independencia e imparcialidad ejercen su potestad jurisdiccional mediante el proceso legalmente establecido, salvaguardando los derechos procesales del justiciable, quién solo a través del proceso puede canalizar su derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 CE. (Baz, J., 2006, p. 33).

En Ecuador, por el contrario, se creó la denominada jurisdicción constitucional ordinaria, a la cual se accede a través de las llamadas garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos constitucionales en su dimensión constitucional como se ha señalado anteriormente. Tal postulado es confirmado al momento en que se entregó la competencia para conocer y resolver estas garantías jurisdiccionales constitucionales a los jueces ordinarios constitucionales. Es decir, los jueces ordinarios en la esfera en la que conocen temas de legalidad, abandonan dicha calidad y se transforman en jueces

constitucionales cuando, después del sorteo respectivo realizado por la Función judicial, ha recaído en su judicatura, una garantía jurisdiccional constitucional.

Por lo tanto, es claro que, en el Ecuador, la protección reforzada de los derechos fundamentales como bienes jurídicos supremos del ordenamiento jurídico, se la despliega a través de las garantías jurisdiccionales ante la jurisdicción constitucional ordinaria y sus jueces, así como también ante la Corte Constitucional, no en la justicia ordinaria.

En referencia a la afirmación anterior, en la sentencia No. 016-13-SEP-CC de 18 de mayo de 2013 dentro del caso No. 1000-12-EP emitida por la Corte Constitucional del Ecuador se manifiesta:

... el juez constitucional al conocer una acción sobre la base de los presupuestos fácticos, jurídicos y de los elementos probatorios actuados, está en la obligación de verificar si las actuaciones del Estado o particulares violaron o no un derecho en su dimensión constitucional. (...). (Samaniego, K & Téllez, C., 2022, p. 95-96).

Por otra parte, en la justicia ordinaria, se conocerán y resolverán el ámbito legal de los derechos o lo que se conoce como temas de mera legalidad. Es así que, en la sentencia No. 001-16-PJO-CC de 22 de marzo de 2016 dentro del caso No. 0530-10-JPO-CC dictada por la Corte Constitucional del Ecuador se expone que:

“la dimensión constitucional de un derecho es aquella que tiene relación directa con la dignidad de las personas como sujetos de derechos”. De forma: [...] que, si se trata de una vulneración que ataca otra dimensión legal, que no tiene relación directa con la dignidad de las personas, por ejemplo, los de índole patrimonial, deberán contar con otros mecanismos jurisdiccionales que permitan resolver adecuadamente sobre la vulneración del derecho en la justicia ordinaria.” (Samaniego, K & Téllez, C., 2022, p. 100).

De lo expuesto, se desprende una vez más y con toda claridad, que los derechos solo pueden tutelarse en la jurisdicción constitucional cuando nos encontremos frente a esa dimensión constitucional, aspecto que va a depender de los argumentos de las partes y del acervo probatorio presentado en juicio.

Lo anterior sucede por cuanto nuestra Constitución es rica en haber positivizado muchos derechos, dando la oportunidad de que se pueda accionar su dimensión constitucional en caso de existir alguna vulneración, como además se refuerza a través de la cláusula abierta del Art. 11 numeral 7 de la Norma Suprema (Sólo si te sirve)

En la práctica procesal se puede observar cómo los jueces que conocen garantías jurisdiccionales, en especial la acción de protección, las rechazan aduciendo a que tal cual derecho puede ser tutelado a nivel legal, a pesar de estar positivizado en la Norma Suprema, por lo tanto, en el caso de la desconexión digital es un obstáculo mayor, puesto que;

- En primer lugar, este derecho no se encuentra positivizado en la Constitución de la República.
- En segundo lugar, en caso de que el argumento sea atar el derecho a la desconexión digital a un derecho constitucional previamente escrito en la Norma Suprema, en caso de que no se logre probar las violaciones de los derechos macro positivizados, automáticamente, no se podrá tutelar el derecho de la desconexión digital.
- Finalmente, los jueces no lo han tratado en sus decisiones o jurisprudencia como un derecho fundamental innominado o no escrito.

Cabe precisar en este punto que, no se trata de subsumir el derecho a la desconexión digital a un derecho constitucional positivizado, como en algún momento los DESCAs estaban “subsumidos” a la tutela de los derechos civiles y políticos, como elementos principales; es decir, sin estos últimos, los DESCAs no eran exigibles ni justiciables directamente. Consecuentemente, esto se constituiría en una involución y no en la evolución que se pretende para los derechos.

Como se ha indicado, en nuestro país, la garantía que por excelencia se utiliza para garantizar los derechos, es la acción de protección, misma que se encuentra contemplada en el artículo 88 de la Constitución de la República que determina:

Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta

servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

En concordancia con lo anterior, se encuentra el texto contemplado en el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que manda:

Art. 39.- Objeto. - La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Asimismo, se debe señalar que, esta garantía no puede ser aplicada a violaciones de derechos de rango legal, o en casos de mera legalidad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 40 numerales 1, 2 y 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que manda:

Art. 40.- Requisitos. - La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

A continuación, se analizará cada elemento de procedencia de la acción aplicada a derecho a la desconexión digital:

1.- Violación de un derecho constitucional: A primera vista, para acceder a la acción de protección, es necesario que:

- El derecho sea constitucional, al haber sido positivizado en la Norma Suprema o que sea un derecho constitucional innominado.
- Se pretenda tutelar la dimensión constitucional del derecho y no la dimensión legal.

En la actualidad, el derecho a la desconexión digital se diagrama de la siguiente manera:

- Es un derecho que no está positivizado en la Constitución de la República.
- Sin embargo, es un derecho inherente a la dignidad humana, por lo tanto, puede ser considerado como un derecho constitucional innominado con base en todo lo analizado en el presente trabajo y en la cláusula abierta contemplada en el artículo 11 numeral 7 de la Norma Suprema.
- Hasta la presente fecha, no ha sido tratado como un derecho constitucional innominado por los jueces constitucionales.

En virtud de lo anterior, se requiere que el derecho a la desconexión digital cumpla con:

- Ser considerado un derecho constitucional innominado con acceso tutela constitucional directa cuando se esté alegando la vulneración de la dimensión constitucional de este derecho. Así de este modo, se configura el primer requisito de procedencia para la tutela del derecho a la desconexión digital.

Acción u omisión de autoridad pública o de un particular (...): Es procedente este numeral cuando existe un acto que vulnere la dimensión constitucional del derecho a la desconexión digital al ser un derecho constitucional innominado autónomo.

Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado:

Considerando a la desconexión digital como un derecho constitucional innominado, al probar que se ha violentado su dimensión constitucional, no existe otra vía judicial adecuada y eficaz que no sea la jurisdicción constitucional.

Teniendo en cuenta, que, la desconexión digital es un derecho innominado constitucional, éste tiene acceso a la denominada tutela cautelar constitucional autónoma o conjunta a la garantía de acción de protección conforme lo determina el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Relevancia jurídica de la tutela constitucional a la desconexión digital como derecho fundamental autónomo

Se debe recordar que, con los postulados del Derecho Constitucional contemporáneo, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se pretende dar esta calidad a todos los derechos cuando haya sido vulnerada su dimensión constitucional, ya que éstas podrían ocasionar graves daños a las personas, que, en muchos de los casos, son de imposible reparación.

Nuestra Constitución de la República ha positivizado varios derechos como: el descanso, al trabajo, a la integridad física y psíquica, así como a la salud, entre otros, mismos que poseen una dimensión constitucional. En el caso de la desconexión digital, como se ha mantenido a lo largo del presente trabajo, no puede ser la excepción.

Es necesario tener en cuenta además que, la desconexión digital se constituye en una barrera protectora cuya vulneración, puede generar un daño a otros derechos como los señalados anteriormente, por lo tanto, es claro su valor y relevancia.

Por otra parte, es relevante y necesario que la desconexión digital sea tutelada como un derecho fundamental autónomo puesto que tiene sus especificidades propias y los derechos positivizados en la Constitución, tienen sus límites y ámbito de protección distinto, de conformidad a cada caso en concreto.

A continuación, se realizan las siguientes reflexiones sobre esta afirmación

- Derecho al descanso y ocio: Si bien se podría argumentar que existe tutela constitucional a través de este derecho, se debe tener presente que, en la práctica, si una persona necesita desconectarse de la red, no es necesariamente para ejercer su derecho al descanso y ocio.
- Piénsese en todas aquellas personas quienes deben desconectarse para cumplir otras actividades como, por ejemplo: atender a un familiar enfermo.
- Derecho al trabajo: Si bien en un primer momento se podría pensar que la desconexión digital puede estar protegida en este derecho, no se debe olvidar que, se tutela a la multiplicidad de condiciones para acceder al trabajo y desarrollarlo, así como a las condiciones de los trabajadores en el mismo, sin embargo, el derecho a la desconexión digital protege todo ese tiempo fuera del horario laboral y a las novedades que pueden aparecer en el mundo digital, con lo cual su ámbito de protección es distinto.
- Derecho a la integridad física y psíquica: En caso de que se equipare a la desconexión digital a este derecho, no se debe perder de vista que no en todos los casos, la falta de desconexión digital, produce a priori y de inmediato evidencias de una afectación a la parte física o psíquica del ser humano que pueda ser alegada y probada en juicio.
- Por lo tanto, si en algún caso judicial concreto, no se puede demostrar la existencia de una vulneración a la integridad física y psíquica y se niega la acción, no se podría tutelar a la desconexión digital, con lo cual se evidencia la necesidad de autonomía entre ellos.

A continuación, se presenta el siguiente ejemplo:

En la vida práctica, los servidores que pertenecen al nivel jerárquico superior, debido a sus funciones y responsabilidades, muy difícilmente ejercen su derecho a la desconexión digital del trabajo, demostrándose, que, si bien esta acción no genera síntomas inmediatos y evidentes de alarma, en el transcurso del tiempo, si genera un daño continuado, y el hecho de que no aparentemente no exista una afectación integridad física y psíquica, no quiere decir, que se esté respetando el derecho a la desconexión.

Por lo tanto, se evidencia esta necesidad de autonomía en la tutela de derechos, ya que, encontrándonos en un Estado constitucional de derechos y justicia, no se puede esperar a la evidencia de una afectación a la integridad física y psíquica para recién encontrar tutela para el derecho a la desconexión digital.

- Derecho a la salud: Podría señalarse que es procedente y suficiente alegar la violación de este derecho como si la desconexión digital fuera parte del mismo; sin embargo, el hecho de no desconectarse digitalmente del trabajo, no necesariamente produce evidencias inmediatas de un deterioro en la salud, por lo tanto, no se puede mantener la tesis de que hay que esperar a poder demostrar un daño a este derecho para recién tutelar a la desconexión digital. Al respecto, se presenta el siguiente ejemplo:

Un funcionario jerárquico superior, lleva trabajando un año en el cargo de director, y lo hace a más de las ocho horas establecidas en la ley, por órdenes de su jefe. En ese año no se evidencian problemas de cansancio, depresión, ansiedad o cualquier otro problema de este tipo por lo que no podría demandar por un daño a la salud. Si no existe la tutela autónoma a la desconexión digital, quedaría el derecho desprotegido. Y surge nuevamente la necesidad de tutelar en forma autónoma al derecho a la desconexión digital.

Analizando este interrogante, se puede observar que, si la desconexión digital es tratada como un derecho constitucional innominado autónomo con su propia dimensión constitucional podría acceder a una tutela constitucional directa a través de una acción de protección, así como también a través de medidas cautelares constitucionales autónomas y conjuntas.

En ese sentido, cabe la siguiente reflexión, ¿existiría la posibilidad de negarse a reconocer a la desconexión digital como un derecho constitucional innominado habiendo observado su importancia y trascendencia para el buen vivir de los ciudadanos?

Muy posiblemente, muchos tratadistas estarán en contra respecto de lo mantenido en el presente trabajo, sin embargo, de lo analizado se desprende que en el Ecuador contamos con el basamento jurídico internacional y nacional para poder tutelar el derecho a la desconexión digital a nivel constitucional por la relevancia para el buen vivir de los ciudadanos y así lograr una protección sumarásima, célere, eficiente, efectiva y eficaz.

Contemplar a la desconexión digital como un derecho constitucional autónomo e innominado, viabilizaría la realización del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador.

La Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene elementos: “i) el derecho al acceso a la administración de justicia, ii) el derecho a un debido proceso judicial y iii) el derecho a la ejecutoriedad de la decisión.” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 889-20-JP/21, 2021, p. 22).

Al tutelar directamente el derecho a la desconexión digital como un derecho constitucional autónomo en el Ecuador, podrían ser efectivas todas las garantías citadas anteriormente.

Así también, la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que:

[...] para evitar la reiteración argumental en los análisis y para dotar de un contenido específico claro a cada derecho, cuando se argumente la violación de la tutela efectiva a partir de cualquiera de las garantías del debido proceso, el juez o jueza podrá direccionar el análisis a la garantía que corresponda del debidoproceso y podrá tratar cada garantía de forma autónoma. (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 889-20-JP/21, 2021, p. 24).

En este contexto, el reconocimiento de la desconexión digital como un derecho autónomo con carácter de fundamental deviene en indispensable para hacer efectivo el mandato de exigibilidad contenido en el artículo 11 numerales 1 y 7 de la Constitución de la República¹⁰ como se analizó anteriormente.

¹⁰ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento

Se debe tener en cuenta que, la naturaleza jurídica del derecho a la desconexión digital se encuentra íntimamente relacionado con la dignidad de los servidores públicos y de los trabajadores, con lo cual, posee una alta dimensión constitucional que podría ser afectada y no solo una dimensión legal del derecho.

Al existir una dimensión constitucional que podría ser vulnerada, es necesario que la desconexión digital encuentre como su principal mecanismo de justiciabilidad a la jurisdicción constitucional, haciendo efectiva su tutela judicial efectiva constitucional, ya que por sus características resulta la vía idónea para proteger de manera adecuada este derecho.

La celeridad, como una de las principales características de la justicia constitucional, es un elemento imprescindible en la protección del derecho a la desconexión digital ya que el transcurso del tiempo incide en una mayor vulneración de este derecho que puede devenir en la provocación de un daño de grandes proporciones.

Así entraría en el tablero de juego también la posibilidad de interponer medidas cautelares constitucionales como un mecanismo para prevenir, impedir, interrumpir o cesar las violaciones a este derecho y que como lo prescribe la norma que rige la materia, éstas deben ser dictadas en el tiempo más breve posible desde su presentación¹¹, como se indicó anteriormente.

Debe tomarse en cuenta también el pronunciamiento que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó en relación con los hechos de la pandemia causada por el virus COVID 19. En su parte pertinente este organismo internacional señala que: “Se debe velar porque (...) se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, 2020, pag. 3) Recordemos que este documento se emite como un instrumento para advertir a los Estados de sus obligaciones enmarcadas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Si bien este instrumento no plantea de manera específica derechos u obligaciones en los contextos de pandemia, en virtud del reconocimiento de que la Convención es un instrumento vivo, que debe ser interpretado de manera evolutiva, frente a las nuevas

¹¹ Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52. 20 de octubre de 2009. Art.29.

circunstancias sociales y necesidades que tengan las personas, las obligaciones estatales deben ser adecuadas.

Así, recalcando la importancia de la autonomía del derecho a la desconexión digital, la resolución 1/20 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, plantea la obligación de respeto a los derechos laborales de las personas trabajadoras. En este sentido, y por control de convencionalidad, esta obligación es plenamente aplicable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Respecto de lo anterior, Salvador señala que “Se trata de optar por la abstracción antes que, por la literalidad, lo que permite ampliar y actualizar el espectro de los derechos de las personas (...)” (Salvador, A. p.47).

Siendo la Corte Interamericana el intérprete oficial de la convencionalidad, esta resolución debe ser tomada en cuenta como una interpretación conforme que establece estándares de obligatorio cumplimiento para los Estados parte.

Esta obligación no es ajena para el Ecuador ya que:

Con la ratificación de este instrumento, el Ecuador se comprometió a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su ejercicio a toda persona sin discriminación, y de forma complementaria adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Estos deberes estatales se han desarrollado y definido su alcance a través de las funciones de la Corte IDH, cuya competencia contenciosa fue reconocida por el Ecuador en julio de 1984. (Salvador, 2021).

Por lo tanto, reconocer al derecho desconexión digital como constitucional e innominado con su propia dimensión constitucional con la posibilidad de acceder a una tutela jurisdiccional constitucional, asegura una protección especializada de relevancia constitucional dentro de los derechos digitales o de cuarta generación, situación que es concordante con el desarrollo progresivo de los derechos contemplados en el artículo 11 numeral 8 de la Norma Normarum del Estado.

Un accionar jurídico como el que se propone, cumple el reto de poner en funcionamiento a los instrumentos internacionales que se han analizado en un tema tan novedoso como es la desconexión digital.

Conclusiones

El apareamiento de las nuevas tecnologías ha generado la creación de nuevos derechos digitales o de cuarta generación, mismos que requieren una protección especializada y autónoma a los derechos tradicionales, como es el derecho a la desconexión digital.

El derecho a la desconexión digital se encuentra ligado a la dignidad humana, por lo tanto, es jurídicamente procedente que sea considerado como un derecho constitucional innominado autónomo con su propia dimensión constitucional que debe ser protegida mediante dicha jurisdicción.

Al ser una necesidad imperante que el derecho a la desconexión digital sea protegido en dimensión constitucional, es perfectamente posible que, en el Ecuador, los jueces constitucionales o los jueces de la Corte Constitucional, tutelen este derecho configurando su contenido esencial de protección.

El negar la tutela de la dimensión constitucional del derecho constitucional innominado de la desconexión digital, vulneraría el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

El reconocimiento del derecho a la desconexión digital como un derecho fundamental autónomo es indispensable para garantizar su tutela constitucional ya que, de acuerdo con la configuración legislativa del sistema jurídico ecuatoriano, es la puerta de acceso a una justiciabilidad directa que permite su efectiva vigencia.

Referencias

(s.f.). Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33357.pdf>

Alexy, R. (2009). *Teoría de los derechos fundamentales*.

Anuario Intera, e. d. (2020). *Ebooks*. Obtenido de

<https://books.google.com.ec/books?id=6CRXEAAAQBAJ&pg=PA1265&lpg=PA1265&dq=43.+La+%E2%80%9Cautonom%C3%ADa%E2%80%9D+hace+alusi%C3%B3n+a+que+cada+derecho+tiene+un+contenido+jur%C3%ADdico+propio,+distinto+de+otros.+Los+diversos+derechos+se+refieren+a+diferent>

Baz, J. (2006). *La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Proceso de Trabajo*. Valladolid.

Bernal, C. (2014). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*.

Bernal, C. (2015). *Jurídicas UNAM*. Obtenido de Archivos jurídicas UNAM:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/24.pdf>

Caso Lagos del Campo vs Perú, SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2017 (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 31 de AGOSTO de 2017).

Chacón, Á. O. (4 de septiembre de 2016). *Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Politécnica Javeriana*. Obtenido de Scielo:

[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602017000100139#fn21,](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602017000100139#fn21)

D. Ní Aoláin Fionnuala D, D. S. (4 de junio de 2021). *Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas*. Obtenido de Centro de Prensa de las Naciones Unidas:

<https://www.ohchr.org/es/2021/06/pandemic-recovery-digital-rights-key-inclusive-and-resilient-world>

De la Lama Eggerstedt, M. (JUNIO de 2023). *DIALNET*. Obtenido de DIALNET:

<file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-ProteccionInternacionalDeLosDerechosHumanos-5002611-2.pdf>

Drzemczewski, A. (17 de julio de 2002). Obtenido de Corte Interamericana de derechos humanos : <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12106.pdf>

- Embajada abierta*. (9 de diciembre de 2021). Obtenido de Mundo multilateral:
<https://www.embajadaabierta.org/post/mundo-multilateral-11-el-sistema-europeo-de-derechos-humanos>
- García, S. (30 de marzo de 2021). *Relatoría Especial sobre los derechos económicos, sociales y culturales*. Obtenido de Jurinfo:
<https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/pdf/redesca.pdf>
- Gómez, F. (s.f.). Obtenido de dic egoa:
<https://www.dicc.hegoa.ehu.eus/listar/mostrar/63.html>
- Góngora, J. (2020). *jurídicas UNAM*. Obtenido de archivos juridicas UNAM:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6407/25.pdf>
- Humanos, C. I. (9 de abril de 2020). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos :
https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf
- Loianno, A. (2017). *Control de Convencionalidad*. Quito: 2017.
- Luis, L. (s.f.). Obtenido de Tribunal Site Storage:
<https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/14446/ponencia-luis-lopez-guerra.pdf>
- Palomeque, M. y. (2016). *El Derecho del Trabajo*.
- Rofrío, J. C. (junio de 2014). Obtenido de Corte Imteramericana de derechos humanos:
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33897.pdf>.
- Salvador, A. (2021). *Obligaciones estatales en materia de derechos humanos [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]*. Repositorio institucional. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8602/1/T3763-MDE-Salvador-Obligaciones.pdf>
- Samaniego, K., & Téllez, C. (2022). *Manual Práctico de Litigio Constitucional para Servidores Públicos*. Quito.
- Sánchez, S. (2015).
- Shelton Dinah, O. J. (3 de noviembre de 2011). *Organización de Estados Americanos*. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MujeresDESC2011.pdf>

Terán, S. (2017). *La Tutela Cautelar de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en el Proceso Laboral [Trabajo de fin de máster, Universidad de Salamanca]*.
Repositorio institucional.

Turcke, S. (2019).

Zagrevelsky, G. (2016). *El derecho dúctil*.