

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social

“Por más que quiera”: Las dificultades para el adecuado
tratamiento de información médica de trabajadores

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Autor:

Gemma María Lourdes Rodríguez Bernal

Asesor:

Saulo Roberto Galicia Vidal

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, GALICIA VIDAL, SAULO ROBERTO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado ““Por más que quiera”: Las dificultades para el adecuado tratamiento de información médica de trabajadores” del autor(a) RODRIGUEZ BERNAL, GEMMA MARIA LOURDES, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/12/2023.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 20 de febrero del 2024

<u>GALICIA VIDAL, SAULO ROBERTO</u>	
DNI: 46591339	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4405-1876	

RESUMEN

El tratamiento de información médica en el ámbito laboral es una materia poco investigada estrechamente vinculada al ejercicio de los derechos fundamentales a trabajar en un entorno seguro y saludable, a la intimidad y a la protección de información sensible. Más aún, se han identificado ciertas incongruencias entre las disposiciones normativas de seguridad y salud en el trabajo y de protección de datos personales que obstaculizan el adecuado tratamiento de esta información médica de trabajadores a cargo del empleador.

El presente artículo académico realiza una investigación explicativa que identifica -en las intrincadas disposiciones normativas y en la ausencia de un diálogo entre las ramas jurídicas involucradas- las principales dificultades para un comprobado estado actual de afectación a derechos fundamentales por la ausencia de una fórmula jurídica certera para el adecuado tratamiento de información médica de trabajadores.

Palabras clave

Información médica | Derecho a la intimidad | Vigilancia de la salud | Protección de datos personales | Secreto profesional médico

ABSTRACT

The treatment of medical information in the workplace is an under-researched subject closely linked to the exercise of the fundamental rights to work in a safe and healthy environment, to privacy and to the protection of sensitive information. Furthermore, certain inconsistencies have been identified between the regulatory provisions on safety and health at work and the protection of personal data that hinder the adequate processing of this medical information of workers under the employer's care.

This academic article carries out an explanatory investigation that identifies -in the intricate regulatory provisions and in the absence of dialogue between the legal branches involved- the main difficulties for a proven current state of impact on fundamental rights in the absence of an accurate legal formula for the adequate treatment of workers' medical information.

Keywords

Medical information | Right to privacy | Health monitoring | Protection of personal data | Medical professional secret

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
SECCION I. MARCO TEÓRICO	3
1.1. El necesario acceso a información médica para la vigilancia de la salud de los trabajadores.....	3
1.2. El derecho a la intimidad como límite al acceso de datos médicos.....	9
1.3. Representante y subordinado: el secreto profesional del médico ocupacional.....	15
SECCION II. DIFICULTADES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN ADECUADO TRATAMIENTO DE INFORMACIÓN MÉDICA DE LOS TRABAJADORES	20
2.1. Dificultades vinculadas a disposiciones normativas en SST	20
2.1.1. Obligatoriedad e independencia del médico ocupacional	21
2.1.2. La necesidad de un servicio de seguridad y salud en el trabajo y de un servicio de salud ocupacional.	32
2.2. Dificultades vinculadas a disposiciones normativas en PDP	37
2.2.1. Calidad de los datos médicos	37
2.2.2. Derecho de información	39
2.2.3. Ejercicio de derechos ARCO	42
2.2.4. Seguridad de los datos médicos	43
SECCIÓN III. REMEDIOS PARA LAS DIFICULTADES IDENTIFICADAS	45
3.1. Análisis de interrogantes originadas en la normativa de SST	45
3.2. Análisis de interrogantes originadas en la normativa de PDP.....	53
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	57

INTRODUCCIÓN ¹

Cuando un trabajador entrega a su empleador su información médica le traslada una parte de su fuero más íntimo. El acceso a esta información se encuentra plenamente justificado en la protección de la vida, integridad y salud en el curso de la relación laboral, pero eso no enerva que el empleador deba asumir las responsabilidades propias del tratamiento de información médica.

La información médica de una persona se caracteriza por la vulnerabilidad que su uso puede representar para el titular de los datos personales vinculados a la salud, para ejemplificarlo desde el ámbito laboral se propone el siguiente caso real anonimizado: Un trabajador obtuvo un descanso médico firmado por su médico psiquiatra. Dado que en su centro de labores no existía un profesional de la salud (con el deber de resguardar el secreto profesional) que recibiera dicho documento el certificado fue recibido por el jefe inmediato. Al percatarse que el médico firmante era especialista en psiquiatría el jefe inmediato interrogó al trabajador, quien se negó a brindarle mayor información a la que aparecía en el documento. Ante dicha negativa, el jefe inmediato interpretó la posición del trabajador como “insubordinada”, además de asumir que al llevar un tratamiento psiquiátrico el trabajador podría resultar “peligroso” para el resto de trabajadores y para los clientes. Este suceso generó que el trabajador sea desvinculado de la empresa.

Desde una perspectiva no experta, puede resultar razonable el miedo al “peligro” que pueda representar una persona que lleva un tratamiento psiquiátrico o tal vez puede interpretarse la negativa del trabajador como una actitud poco colaborativa con la implementación de un sistema de seguridad y salud en el trabajo. No obstante, el jefe inmediato no era un médico ocupacional; es decir, no tenía la cualificación adecuada para interpretar la incidencia que el diagnóstico del trabajador podría generar en sus labores habituales (para ello se incluye una evaluación psicológica en los exámenes médicos ocupacionales), además de que podía dar a la información que el trabajador pusiera a su

¹ Artículo académico basado en el Informe Jurídico sobre la Resolución Directoral N° 429-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP, Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado presentado por la autora, asesorada por el Dr. Saulo Galicia Vidal en julio del 2023.

disposición usos inadecuados con efectos discriminatorios, como lo prevé el artículo 102 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Este ejemplo nos permite clarificar porqué es importante conocer nuestros derechos ante un empleador que infringe deliberadamente la normativa; sin embargo, el empleador no siempre es un antagonista. La presente investigación pretende analizar las dificultades que enfrenta inclusive un empleador diligente, debido a que: (i) La normativa de seguridad y salud en el trabajo y la normativa de protección de datos personales no son compatibles; (ii) las normas referidas han sido emitidas sin tomar en cuenta el contexto del mercado laboral peruano; (iii) la flexibilización de disposiciones regulatorias planteada como una solución para hacer más factible la aplicación de las normas puede terminar vaciando de contenido a los derechos que se pretende resguardar.

Tal como ocurre con la emblemática canción de El Gran Combo de Puerto Rico a la que se hace referencia en el título: **por más que un empleador diligente quiera** observar los derechos fundamentales de sus trabajadores en el tratamiento de información médica, **no podrá encontrar en el intrincado mundo** del sistema jurídico peruano **una norma que los respete así**. Resultará necesario interpretar críticamente la regulación actual y propiciar una modificación normativa que genere un estado constitucional de las cosas.

Este artículo de investigación parte de presentar un marco teórico que ilustra los conceptos jurídicos que deben tomarse en consideración para comprender la problemática y que, eventualmente, pueden contraponerse en su aplicación. En un segundo apartado se realizará un repaso de las dificultades identificadas para la implementación de un adecuado tratamiento de información médica de trabajadores en el Perú, sea que se originen en la normativa de seguridad y salud en el trabajo o en las disposiciones de protección de datos personales. Finalmente, en el tercer apartado se plantean las pautas y recomendaciones para hacer factible la aplicación de la normativa actual a la luz de nuestra Constitución; además de proponer modificaciones normativas que permitan simplificar para los empleadores la fórmula adecuada para el tratamiento de información médica de trabajadores.

SECCION I. MARCO TEÓRICO

La recopilación de información médica de trabajadores obedece a la necesidad de protegerlos de los efectos que el trabajo puede generar en su salud y seguridad por afectaciones a su vida e integridad. Siendo así, tomando en cuenta que el empleador tiene el poder de organizar el trabajo (*ius variandi*) –trabajo que en sí mismo constituye una actividad riesgosa para el trabajador-, recae sobre él el deber de implementar medidas que permitan evitar la exposición de la salud y seguridad de sus trabajadores.

Sin perjuicio de ello, tomando en cuenta que nos encontramos ante una relación asimétrica, el acceder a información médica le otorga al empleador una ventaja adicional sobre la vida “no laboral” del trabajador cuyo uso inadecuado podría influir en las decisiones que se adopten sobre trabajadores específicos, exponiéndolos a recibir un trato discriminatorio; en otras palabras, el poder sobre esta información acrecienta la asimetría propia de la relación laboral. Ello implica la necesidad de reconocer límites a este tratamiento de información, tal es el caso del derecho a la intimidad del trabajador –como persona y como paciente-, además del ejercicio de su derecho a la autodeterminación informativa manifestada en su derecho fundamental a la protección de datos sensibles médicos a partir de la intervención de un personaje que actúa en representación del empleador pero que no lo personifica íntegramente: el médico ocupacional. Este último tiene un vínculo estrecho con el empleador en base a una relación civil o laboral; sin embargo, esta cercanía se encuentra equilibrada por su deber de secreto profesional a favor de la confidencialidad de la información sensible médica de sus pacientes/trabajadores. En síntesis, en la presente sección se analizará el deber de vigilancia de la salud del empleador en contraposición con el derecho a la seguridad y salud en el trabajo; el derecho a la intimidad de los trabajadores en conflicto con el deber de prevención del empleador; así como el deber y derecho al secreto profesional del médico ocupacional.

1.1. El necesario acceso a información médica para la vigilancia de la salud de los trabajadores

Cuando una persona efectúa una actividad puede ver expuesto su derecho a la vida, integridad y salud. En consecuencia, al asumir el empleador un poder de dirección y organización sobre el trabajador; así como el control sobre el espacio

en que se realiza la prestación personal, se le adiciona también la responsabilidad de que en el curso de esta relación subordinada garantice el resguardo de estos derechos humanos inespecíficos de la persona trabajadora. En consecuencia, el derecho a la seguridad y salud en el trabajo tiene como objetivo proteger estos derechos humanos en el marco de la relación laboral, tomando como fundamento el respeto a la dignidad de la persona trabajadora y limitando el ámbito de actuación del empleador.

Partimos del reconocimiento de la protección al derecho a la vida del trabajador, en ausencia de este derecho, la fuerza trabajadora que genera productividad al empleador se vería extinguida. Por el lado del trabajador, la afectación a este derecho suprime el ejercicio de otros derechos humanos y niega su propia existencia. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para satisfacer este derecho no solo basta que el Estado se abstenga de quitar la vida a sus ciudadanos, sino que deberá garantizar condiciones adecuadas para el resguardo del derecho a la vida. (1999, p. 40) En el ámbito laboral, este derecho sería traducido como la obligación de evitar que los trabajadores no gocen de condiciones adecuadas para una vida digna por causa de la relación laboral o sus consecuencias.

La naturaleza del derecho a la integridad hace que comparta la misma fundamentación del derecho a la vida, manifestando un estado físico, psíquico y moral óptimos que garanticen el pleno desenvolvimiento del ser humano trabajador mientras continúa con vida. Este derecho encuentra un reconocimiento sistemático a nivel interamericano en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Organización de Estados Americanos, 1969)

A razón de ello, se incorpora el derecho a la vida y a la integridad en el ámbito de protección de la seguridad y salud en el trabajo como límite al poder de dirección del empleador. Para André Cossio estos dos derechos deben ser considerados el componente esencial del derecho a la seguridad y salud, pero no pueden alejarse del derecho fundamental a la salud, que constituiría el componente laboral de dicho derecho. (2018, p. 73)

Históricamente, la Constitución de 1979 consagraba en su artículo 47 el derecho a la salud en el trabajo; no obstante, la Constitución de 1993 marcó un retroceso de cara a este derecho en el contexto de una relación asimétrica: solo mantuvo el reconocimiento del derecho fundamental a la salud de forma general en su artículo 7. Siendo así, resulta coherente la perspectiva de Cossio, quien realza la importancia del derecho fundamental a la salud por su asidero constitucional textual para cimentar el derecho a la seguridad y salud en el trabajo que, como será desarrollado más adelante, inclusive ha sido reconocido por la OIT en el derecho fundamental a trabajar en un entorno seguro y saludable.

Las afecciones a la salud en el trabajo pueden ser de diversa índole; no obstante, conforme al principio de atención integral de la salud reconocido en el artículo VI del título preliminar de la LSST, las empresas solo se encuentran obligadas a brindar cobertura frente a accidentes laborales y enfermedades ocupacionales. El artificio radica en que para definir ambos tipos de afectaciones la normativa se fundamenta en listados demarcados; su probanza resulta en una carga considerable para el trabajador²; o, en algunos casos, esta responsabilidad requiere ser declarada en sede judicial. Siendo así, existirá un tercer grupo de afectaciones que, aun cuando se encuentren vinculadas al trabajo, no serán consideradas accidentes laborales ni enfermedades ocupacionales y no se encontrarán cubiertas por el empleador. Conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio 155 de la OIT³, los empleadores sí deberían asumir la responsabilidad por este tercer grupo de afecciones vinculadas a la salud, ya sea que involucren el estado físico o mental del trabajador.

En concordancia con este concepto de alcance integral propuesto por la OIT, la labor comprendida por la rama de salud ocupacional ocupa, como parte de la salud pública, no solo una dimensión colectiva; sino también la responsabilidad de atender la salud individual de cada trabajador involucrado.

² Las enfermedades ocupacionales se encuentran enlistadas en la NTS N° 068-MINSA/DGS-PV.1, "Norma Técnica de Salud que establece el Listado de Enfermedades Profesionales", es de difícil probanza acreditar la relación de causalidad descrita en el último párrafo del artículo 3 del Decreto Supremo N° 003-98-SA. En el caso de los accidentes laborales, no siempre se logra acreditar la concurrencia de las condiciones descritas en el Glosario de Términos del RLSST.

³ El Convenio OIT N° 155, Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981), no ha sido ratificado por el Perú; no obstante, ha sido reconocido como un convenio fundamental sobre SST desde que el derecho a un entorno seguro y saludable fue declarado un derecho fundamental por la OIT. En consecuencia, su cumplimiento es obligatorio para todos los países miembros de la OIT, incluyendo al Perú.

Tal como lo refiere EsSalud, esta rama de las ciencias de la salud se ocupa de un rol promotor y garante en la tarea de lograr el bienestar físico, mental y social de los trabajadores, de acuerdo a las condiciones en las que cada uno labora y a los riesgos a los que se ve expuesto por razón de sus ocupaciones. (Centro de Prevención de Riesgos del Trabajo, 2013) Ello implica una cobertura total de los efectos en la salud que puede generar el trabajo en el ser humano trabajador; en ese sentido, el trabajador no deberá adecuarse a las medidas de seguridad y salud en el trabajo previamente implementadas en el centro de labores; sino que será responsabilidad del empleador adaptar las medidas conforme a las aptitudes y capacidades del trabajador. (Centro de Prevención de Riesgos del Trabajo, 2013)

La cobertura de la salud, vida e integridad en el trabajo debe ser ejecutada por el empleador, pero garantizada por el Estado; este último traslada una serie de obligaciones al sujeto empleador como potencial agresor de estos derechos y, en consecuencia, lo designa como el encargado de materializar medidas concretas para su no afectación en el curso de la relación laboral. Estas medidas no solo deben orientarse a un enfoque de abstención; sino que involucran la adopción de medidas individuales y colectivas que garanticen un entorno seguro y saludable para el trabajador.

Para comprender la magnitud de la relevancia del derecho a un entorno seguro y saludable es preciso analizar que en el año 2022 la Conferencia Internacional de la OIT, un órgano tripartito con representación de Estados Parte, organizaciones de trabajadores y de empleadores, decidió integrar el derecho a un entorno seguro y saludable a los derechos fundamentales reconocidos en la Declaración fundacional de la OIT, la misa que resulta de obligatorio cumplimiento para todo Estado Parte. Para ello, el acta de la decisión adoptada por la Conferencia reconoce los Convenios de desarrollo del derecho fundamental que constituyen de obligatorio cumplimiento, al margen de su ratificación; en el caso del derecho a un entorno seguro o saludable, los Convenios 187 y 155 de la OIT son de obligatorio cumplimiento. (Conferencia Internacional de Trabajo, 2022, p. 2)

A razón de lo señalado, aun cuando nuestra Constitución no reconozca textualmente el derecho fundamental a la seguridad y salud en el trabajo, se

incorporaría en nuestro bloque constitucional a partir de una interpretación sistemática de los artículos 3 y 55 de la Carta Magna. Asimismo, el desarrollo de este derecho fue recogido, a nivel legislativo, en la Ley N° 29783, a nivel regulatorio en el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR y sus normas de desarrollo.

Estas obligaciones de hacer y no hacer atribuidas por el Estado al sujeto empleador constituyen un límite para el ámbito de decisión o *ius variandi* del empleador que ha adquirido un enfoque principalmente preventivo, conforme al deber de prevención reconocido en el artículo I del Título Preliminar. Existe una discusión doctrinaria vigente respecto a definir si se trata de una obligación de medios o de resultados; no obstante, es innegable que la abstención de algún medio o condición que permita prevenir las afecciones a la salud de los trabajadores constituirá un flagrante incumplimiento. Adicionalmente, este deber se configura con un alcance mayor en cuanto a los sujetos protegidos, toda vez que la norma dispone que se debe proteger a todo ocupante del centro de labores, al margen de su vinculación laboral directa con el empleador a cargo; en otras palabras, incluye a trabajadores tercerizados, intermediados, locadores de servicios, practicantes, visitantes, etc.

Con este deber en mente, Ahumada Bautista sostiene las siguientes recomendaciones sobre el ejercicio del deber de prevención:

- Debe existir una planificación previa a su implementación.
- La planeación del cumplimiento del deber debe involucrar medidas proactivas y anticiparse a peligros o riesgos que hayan sido adecuadamente identificados en la empresa.
- Debe tomarse en cuenta la experiencia de los peligros o riesgos sufridos por los trabajadores.
- Debería materializarse para suprimir la concreción del daño a la salud y vida o, en su defecto, para evitar que el daño generado se revista de mayor gravedad. (2021, p. 11)

Uno de los medios principales para prevenir afectaciones a la salud proactivamente es el ejercicio del deber de vigilancia de la salud. Este deber, que se encuentra a cargo de los Servicios de Salud en el Trabajo que los

empleadores forman, constituye una labor esencial para el adecuado funcionamiento del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo en las empresas. Además, este deber goza de reconocimiento a nivel internacional en el inciso k) del artículo 1 de la Decisión 584 de la CAN y en el artículo 5 del reglamento de la Decisión.

Una de las principales manifestaciones del deber de vigilancia es la realización de exámenes médicos ocupacionales (en adelante “EMO”) periódicos a los trabajadores; sin embargo, Estela Ospina nos recuerda que existen también otras herramientas para este deber, tales como la recopilación de “estadísticas de los incidentes reportados, encuestas de salud, estudios de ausentismo laboral o epidemiológicos, entre otros.” (Ospina, 2014, p. 190)

El deber de vigilancia de la salud de los trabajadores, según el Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña, debe contar con cuatro características constitutivas:

- Debe incluir acciones de recopilación, análisis e interpretación de datos de la salud.
 - Debe proteger la salud y prevenir enfermedades vinculadas o derivadas de las acciones en el trabajo.
 - Sus resultados deben influir y orientar las decisiones empresariales conexas a las medidas de prevención.
 - Debe involucrar acciones que protejan al colectivo de trabajadores tomando en cuenta las condiciones propias de cada puesto laboral.
- (Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña, 2013, p. 92)

En dicho sentido, se encuentra validado el acceso y la recopilación de información médica de los trabajadores a cargo del empleador; más aún, el uso de esta información no se agota en el ejercicio de la vigilancia de la salud, sino que constituye información clave para la orientación e implementación de otras obligaciones de prevención en materia de seguridad y salud cuya ejecución es obligación del propio empleador. Tal es el caso de la mejora de condiciones de trabajo y la identificación de factores de riesgo de acuerdo a las aptitudes y capacidades de cada trabajador, conforme fue señalado previamente.

En suma, el ejercicio de la vigilancia de la salud en el marco del deber de prevención involucrará necesaria el tratamiento de información médica de salud, cuyo ejercicio debe efectuar el empleador tomando en cuenta que el respeto de los derechos fundamentales de sus trabajadores es un límite a su ámbito de decisión o acción, individual o colectiva. De otro modo, ello expone a los sujetos sometidos a su poder de dirección ilegítimamente ejercido a la afectación del derecho a la intimidad o a la no discriminación. Será materia del presente artículo analizar aquellos supuestos regulados normativamente que oscilan en el límite determinado entre el deber de vigilancia de la salud de los trabajadores y una eventual afectación a otros derechos fundamentales por un insuficiente o inadecuado manejo de su información médica, además de identificar las posibles incongruencias existentes en la regulación actual de estas materias.

1.2. El derecho a la intimidad como límite al acceso de datos médicos

La definición de datos personales se encuentra recogida en el inciso 4 del artículo 2 de la LPDP, haciendo referencia a todo dato o información que idéntica o hace identificable a una persona. Además, delimita dentro del universo de datos personales un ámbito reducido de protección superlativa; a saber, los datos sensibles, los mismos que, en el ámbito laboral comprenden un listado limitado de información:

- La información biométrica (por ejemplo, la huella dactilar recopilada para la marcación del ingreso al centro de labores) que por sí misma permite identificar al trabajador. (Congreso de la República del Perú, 2011a)
- Datos vinculados a la raza u origen étnico del trabajador, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales, que en su mayoría resultarían datos irrelevantes para la prestación de servicios, salvo que la naturaleza de las labores haga indispensable conocer esta información. Muchas veces estas necesidades corresponden con empleadores ideológicos; no obstante, inclusive en dicho caso, el indicador para determinar si el empleador debe o no conocer estos datos sensibles de sus trabajadores es la naturaleza de la labor realizada. Por ejemplo, si se contrata a una persona para que efectúe limpieza en una iglesia, no será relevante conocer cuál es la religión que profesa el trabajador, salvo que requiera algún tipo de permiso o modificación de horario de labores para

cumplir con algún rito religioso con el que sus condiciones laborales interfieran. (Congreso de la República del Perú, 2011a)

- Datos sobre ingresos económicos; en ese caso, el empleador se encuentra obligado a conocer esta información para efectos de cumplir con su obligación contractual de pagar la remuneración pactada, la misma que constituye un ingreso económico. (Congreso de la República del Perú, 2011a)
- Datos sobre afiliación sindical; el empleador también conoce esta información en la medida que se encuentra obligado a retener la cuota sindical en la boleta del trabajador y abonarla en la cuenta bancaria de la organización sindical, conforme lo dispone el artículo 28 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR. (Congreso de la República del Perú, 2011a)
- Finalmente, la información vinculada a la salud o vida sexual. Es preciso tomar en cuenta que la LSST solo se pronuncia respecto a la información vinculada a la salud. La información sobre la vida sexual no se encuentra vinculada a la ejecución de las labores. (Congreso de la República del Perú, 2011a)

La opción legislativa no fue introducir características que permitan identificar a los datos sensibles, sino que se optó por introducir un listado limitativo que determina aquellos datos personales que se considerarán como datos sensibles.

El derecho a la protección de datos personales posee garantías de rango constitucional a través del derecho a la autodeterminación informativa recogido en el artículo 2 inciso 6 de la Constitución Política del Perú, como expresión del derecho a la privacidad. Este último ha sido desarrollado en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (en adelante "TC") y posee diversas formas de manifestarse en el mismo artículo 2 de la Constitución: el inciso 7 reconoce el derecho a la intimidad como "derecho-regla", el inciso 9 reconoce la inviolabilidad de domicilio y el inciso 10 reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones.

No obstante, conforme lo sostiene el TC, dentro del concepto de privacidad existe un ámbito de protección superlativo; **se trata del derecho a la intimidad que protege precisamente a los datos sensibles**. Conforme lo desarrolla el

máximo intérprete constitucional, este espacio acotado de protección suele pertenecer a información que solo es conocida por nuestra esfera más íntima, compartida con un número mínimo de personas o con el entorno familiar; en dicha línea, si personas externas a dicho núcleo infranqueable acceden a esta información sin el consentimiento del titular le generaría un daño irremediable. Es por ello que consideran a este espacio como íntimo y exclusivo para el “libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social”. (Tribunal Constitucional, 2005, p. 27)

Para el tratamiento de datos personales, como regla general, se requiere el consentimiento del titular de los datos personales, el mismo que debe ser previo, informado, expreso e inequívoco. (Artículo 5 de la LPDP) No obstante, aun cuando para el tratamiento de datos sensibles el numeral 13.6 del artículo 13 de la LPDP prevé que este consentimiento sea otorgado por escrito, el tratamiento de información sensible no escapa de las excepciones al consentimiento previstas en el artículo 14 de la LPDP. En específico, el numeral 6 de dicho artículo permite una excepción de cara al tratamiento de datos de salud: Aquellos casos en que se ponga en riesgo la vida o salud del paciente, o cuando exista un interés público en la salud colectiva u otros bienes jurídicos fundamentales.

No obstante, es preciso recalcar que lo señalado corresponde a un supuesto excepcional; ello implica que la regla general para el tratamiento de datos sensibles siempre será el otorgamiento del consentimiento previo, informado, expreso, inequívoco y por escrito del titular de los datos personales.

En este punto es pertinente efectuar una aclaración específica respecto al tipo de consentimiento que la persona trabajadora otorga al empleador para el tratamiento de su información médica. Como puede intuirse, la regulación del artículo 14 numeral 6 de la LPDP parece ser una causal de excepción al consentimiento dirigida al médico que debe efectuar algún tratamiento a un paciente. Sin embargo, esta excepción al consentimiento se encuentra dirigida a un sujeto específico (médico) y no al empleador; además de ser exceptuado para una finalidad específica (por ejemplo, atención médica de emergencia) que no necesariamente implica el acceso del empleador a los resultados de la atención médica de emergencia recibida por el paciente-trabajador.

Es decir, la autorización otorgada por un trabajador/paciente para que se le efectúe un tratamiento médico, o para la propia realización de un EMO -conforme a los subnumerales 6.6.2 y 6.6.3 del numeral 6.6 del Documento Técnico: “Protocolos de Exámenes Médico Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad”, aprobado por la Resolución Ministerial N° 312-2011-MINSA (en adelante “Documento Técnico”)-, no es el que autoriza al empleador a utilizar esta información en el marco del deber de prevención en materia de SST.

Se trata de actos de consentimiento originados en deberes distintos:

- En el caso del médico ocupacional, existe la obligación de solicitar un consentimiento informado previo a la realización de cualquier acto médico, conforme es desarrollado en el Acuerdo N° 006-2018: Precedente administrativo de observancia obligatoria sobre el registro del consentimiento informado en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (en adelante “IPRESS”) emitido por la Superintendencia Nacional de Salud.
- En el caso del empleador, que no efectúa propiamente el acto médico, el trabajador tendría que autorizar el acceso a su información médica (por ejemplo, a los resultados de un EMO) para el ejercicio del deber de prevención. No obstante, tomando en cuenta que nos encontramos ante la ejecución de un contrato de trabajo y que el cumplimiento de los deberes de SST contemplados en la normativa específica es obligatorio para la ejecución del contrato en beneficio del trabajador, resultaría aplicable la excepción regulada en el inciso 5 del artículo 14 de la LPDP, que precisamente exceptúa del consentimiento para el tratamiento de los datos cuanto sean necesarios en el marco de la preparación, celebración y ejecución de un contrato en el que el titular de los datos ocupe una posición contractual. Ello, siempre que el acceso se efectúe conforme a las disposiciones establecidas en la propia LSST; es decir, cuando la información sea administrada por el médico ocupacional, como será desarrollado posteriormente. Empero, esto no exonera al empleador de

cumplir las demás obligaciones que corresponden al responsable del tratamiento de datos personales, conforme a la LPDP y su reglamento.⁴

Tabla 1: Cuadro comparativo entre el consentimiento para la realización del EMO y para el acceso a los resultados de exámenes médicos.

Evento	Realización de un EMO	Acceso a los resultados médicos del EMO
Tipo de autorización	Autorización para realizar acto médico	Autorización para el acceso a información sensible médica
Sujetos involucrados	Médico / Paciente	Empleador / Trabajador
Consentimiento del titular	Sí se requiere consentimiento del paciente	No se requiere consentimiento del trabajador (Art. 14,5 LPDP)
Oportunidad	Antes del EMO	Desde el inicio de la relación laboral
Sujetos responsables	Médico que realiza el acto médico	Empleador (representado por el Médico Ocupacional)
Normativa que lo regula	Normas del sector salud	Normas de SST

Elaboración: Propia

La obligación del empleador de cumplir estas obligaciones adicionales en materia de protección de datos personales permite equiparar la asimetría generada por el acceso a información de salud del trabajador sin la necesidad de consentimiento. Cuando se efectúa el tratamiento de información de salud individual de un trabajador se identifica una clara asimetría de poder y de información respecto al manejo de datos médicos, la misma que se adiciona a la asimetría propia de una relación laboral.

⁴ De forma ilustrativa, se presentan algunos ejemplos de obligaciones que conciernen al responsable del tratamiento de los datos personales: “Deber de informar al titular de los datos personales (Art. 18 de la LPDP); deber de inscribir un banco de datos personales (Art. 78 del RLPDP); deber de restringir el acceso a esta información respecto a terceros no autorizados (Art. 17 de la LPDP); la implementación de medidas de seguridad de la información conforme al nivel de riesgo de la información (Art. 9 de la LPDP); deber de utilizar la información exclusivamente necesaria (Art. 7 y 8 de la LPDP), para las finalidades previstas (Art. 6 de la LPDP) y autorizadas por el titular de los datos personales (Art. 5 de la LPDP); permitir al titular de los datos personales el ejercicio de los derechos ARCO (acceso, rectificación o actualización, cancelación u oposición al tratamiento de los datos personales), conforme al Título III de la LPDP, que comprende los artículos del 18 al 27; entre otros.” (Rodríguez Bernal, 2023, p. 16)

En otras palabras, como regla general, el empleador se encontraría prohibido de acceder a los datos sensibles de sus trabajadores en cuanto involucra el fuero protegido por el derecho a la intimidad; no obstante, tomando en cuenta la asimetría laboral y la necesidad de que sea el empleador el que asuma la responsabilidad de aplicar medidas de vigilancia de la salud para proteger al propio trabajador, nos encontraríamos ante un supuesto excepcional que, de forma acertada, se introduce en el contrato de trabajo al encontrarse recogido en un mandato legislativo. (Tascón López, 2005, p. 95) Tal es el caso de la regulación específica de seguridad y salud en el trabajo, siempre que se efectúe conforme a sus determinaciones específicas (como la necesaria intervención del médico ocupacional). La existencia de esta asimetría cuando se efectúa el tratamiento de información de salud en una relación laboral se puede identificar a partir de los siguientes indicios:

- El empleador suele poseer un mayor conocimiento de los derechos y deberes establecidos en la normativa de protección de datos personales, a comparación del trabajador;
- La remuneración recibida por el trabajador, en muchos casos, tiene como objetivo la satisfacción de sus necesidades esenciales que puede connotar un carácter alimentario, adscribiéndonos a la definición de salario social propuesta por Mónica Pizarro. (2006, p.54) El trabajador no puede negarse a la entrega de información de salud, pues haría insostenible la ejecución de la relación laboral y, en consecuencia, no podría recibir este salario social exponiéndose a no poder sustentar su vida, que debería ser digna;
- En la medida que la mano de obra del trabajador o su fuerza de trabajo puesta a disposición del empleador (único aporte del trabajador) sea menos calificada, la posibilidad y celeridad de reemplazo, así como el riesgo asumido por el empleador ante la desvinculación: la presencia del trabajador es fungible. Esto expone al trabajador a un mayor riesgo por las decisiones que adopte su empleador en ejercicio del *ius variandi* o *ius puniendi*; en contraparte, las consecuencias para el empleador por la adopción de decisiones discriminatorias en base a la información personal a la que accede serían mínimas para el curso de su actividad productiva,

salvo que intervenga una autoridad estatal con alguna sanción económica.

- El empleador, como la parte que posee ventaja en la asimétrica relación laboral, tendrá en su mayoría una gran incidencia sobre la continuidad de la relación laboral, conforme al poder de dirección otorgado en el art. 9 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Pues bien, estos indicios nos permiten demostrar la necesidad del estricto cumplimiento de las disposiciones en materia de seguridad y salud en el trabajo y de protección de datos personales para equiparar esta asimetría cuando se efectúa el tratamiento de información médica de los trabajadores, tal como será desarrollado.

1.3. Representante y subordinado: el secreto profesional del médico ocupacional

El artículo 102 del RLSST contiene disposiciones detalladas respecto al sujeto que podrá acceder a la información sensible médica de los trabajadores. Si bien la responsabilidad por el adecuado tratamiento de los datos sensibles radica íntegramente en el empleador, el reglamento atribuye al médico ocupacional la responsabilidad específica de aplicar el deber de confidencialidad sobre la información que contiene datos sensibles. Si bien este profesional actúa representando al empleador al administrar la información, no lo personifica íntegramente; es decir, ningún otro representante del empleador, al margen de su jerarquía o poder en la organización, podrá acceder a la información médica de los trabajadores.

En una interpretación sistemática de las disposiciones legislativas a la luz del marco constitucional, el derecho fundamental a la intimidad aplicable en el presente caso se fundamenta en el carácter sensible de la información médica, en este ámbito de protección superlativo, cuya divulgación pondría al trabajador en una situación de vulnerabilidad de cara a las decisiones adoptadas por el empleador.

Teniendo ello en mente, los elementos clave que permiten un equilibrio entre el deber de prevención en materia de SST del empleador y la limitación a su ámbito

de actuación definida por el derecho a la intimidad del trabajador son: 1) el acceso del empleador a las condiciones generales de salud colectiva de los trabajadores⁵; 2) el acceso del empleador al certificado de aptitud médica⁶ con información acotada y únicamente con recomendaciones en materia laboral esbozadas por el médico ocupacional, que le permitan tomar decisiones de gestión laboral; y, 3) el rol del médico ocupacional como ente de articulación entre el resguardo de la salud individual y colectiva del trabajador y el respeto de su derecho a la intimidad.

Si bien el certificado de aptitud médica contiene información de salud, se tratan de datos generales y de vital importancia para la implementación de medidas de prevención adecuadas a las condiciones de trabajo propias del puesto ocupado por el trabajador. Si no se permitiera el acceso a esta información general, las medidas de vigilancia de la salud individual en el trabajo carecerían de efectos prácticos, en cuanto el médico ocupacional no tiene posibilidad de adoptar decisiones de gestión laboral en una empresa, sino que requiere de un trabajo coordinado con un representante que ocupe un puesto jerárquico capaz de adoptar las medidas pertinentes.

No obstante, el extremo antagónico también genera perjuicios al trabajador: Un médico ocupacional que no posea filtros y que ponga a disposición de un gerente de recursos humanos los resultados médicos individuales de los trabajadores podría generar que este gestor adopte decisiones fundamentándose en causas discriminatorias. Por ejemplo, el despido de trabajadores que sufran de enfermedades estigmatizadas sin que exista una vinculación con las condiciones del puesto ocupado, o por el costo laboral que le generaría dar permisos de salud o para citas médicas a personas que sufren de enfermedades crónicas. En atención a este riesgo latente, el reglamento decidió incluir un mandato expreso

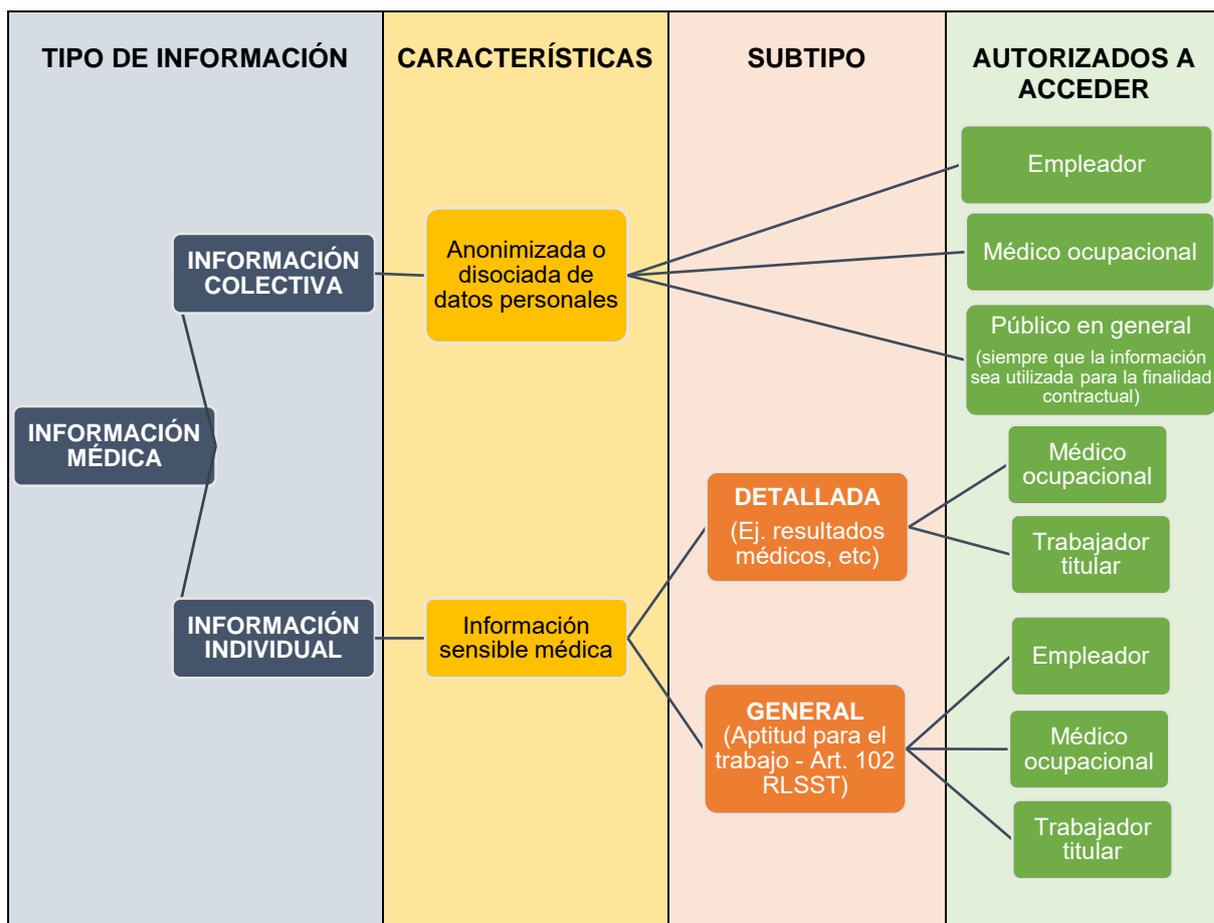
⁵ Debe diferenciarse la información médica individual, con datos de salud referida a un solo trabajador con su nombre o algún dato personal que lo hace identificable, en contraste con la información colectiva de salud, que contiene datos estadísticos o generales sobre el estado de salud de un colectivo de trabajadores, no debe ser posible que los resultados puedan individualizarse de forma que pueda identificarse qué datos corresponden a qué trabajador. Para esto último, es indispensable que la información de salud se haya disociado o anonimizado. Además, no se requiere consentimiento del titular de los datos personales cuando se atraviesa un proceso de disociación o anonimización, de acuerdo al numeral 8 del artículo 14 de la LPDP.

⁶ Conforme al numeral 6.4.6 del Documento Técnico.

de no discriminación, en adición al mandato de confidencialidad dirigido al médico ocupacional.⁷

En atención a estas consideraciones, la información médica de los trabajadores se encontraría subdividida conforme al siguiente cuadro explicativo:

Gráfico 1: Clasificación de la información médica en la relación de trabajo y los sujetos autorizados a acceder a la misma



Elaboración: Propia

Ahondando en el deber de confidencialidad, es preciso tomar en consideración que, a diferencia de cualquier otro representante de empleador, el médico ocupacional se encuentra obligado a resguardar el secreto profesional médico: plasmado como un deber y un derecho. Siendo así, en el artículo 17 de la LPDP, el secreto profesional tiene un tratamiento particular, toda vez que materializa el

⁷ Debe tomarse en cuenta que este mandato surte efectos tanto al momento de recopilar y tratar la información médica, como durante su almacenamiento en aplicación de la disposición de registro de exámenes médicos dispuesta en la Resolución Ministerial N° 050-2013-TR.

deber de confidencialidad sin perjuicio del derecho del profesional de continuar guardándolo inclusive luego de recibido el consentimiento del titular de los datos personales. El derecho a guardar el secreto profesional tiene reconocimiento constitucional en el numeral 18 del artículo 2 de la Carta Magna. Este derecho se manifiesta también como la protección del médico frente a cualquier agente externo que busque generarle algún perjuicio, amonestación o sanción debido a que obediencia estricta del deber de confidencialidad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, p. 24) Empero, este derecho no tiene mayor desarrollo legal o reglamentario en el Perú.

En cuanto al deber del secreto profesional, se encuentra regulado en los siguientes instrumentos normativos:

- La Ley General de Salud reconoce el carácter reservado del acto médico en su artículo 25; no obstante, este deber no es absoluto, sino que admite excepciones equivalentes a las contempladas en el artículo 14 de la LPDP, vinculadas a bienes jurídicos públicos o la protección del propio titular. En ese sentido, el incumplimiento de estas disposiciones generará responsabilidades civiles o penales para el profesional de la salud.
- El Colegio Médico del Perú cuenta con una Comisión de Ética y Deontología, que se encuentra habilitada a emitir pronunciamiento y sancionar al responsable del incumplimiento del secreto profesional médico, conforme a lo dispuesto en los artículos 136, 137 y siguientes de su Código de Ética. Además, este Código estipula que la muerte del paciente no exime al médico del cumplimiento de este deber.
- El delito de violación del secreto profesional se encuentra contemplado en el artículo 165 del Código Penal vigente y sanciona el incumplimiento de este deber con una pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

Por otro lado, es preciso atender a la relación que existe entre el empleador y el profesional de la salud que ocupa las labores de médico ocupacional, en cuanto podría comprometer su independencia y su capacidad de resistir a los intereses del empleador en resguardo de la confidencialidad de los datos de sus pacientes. En el caso de una relación laboral, el elemento de subordinación sería neurálgico

al existir la posibilidad de que el empleador someta ilegítimamente al médico ocupacional mediante el *ius variandi*. Esta sería la oportunidad idónea para el ejercicio del secreto profesional como derecho; para ello, el médico debería considerar las acciones del empleador como actos de hostilidad equiparables al despido conforme a lo establecido en el inciso g) del artículo 30 del T.U.O de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, toda vez que la limitación al ejercicio de su derecho fundamental al secreto profesional afectaría su dignidad.

Estos indicios nos podrían dirigir erróneamente a considerar que la vinculación civil con el profesional médico es la solución idónea ante el posible condicionamiento de un empleador que actúe de mala fe. Sin embargo, el empleador contratante del servicio siempre tiene la posibilidad de ejecutar alguna cláusula resolutive del acuerdo contractual o que, en su defecto, al término del plazo del servicio pactado no se renueve la contratación. En suma, al margen del ámbito de vinculación entre el empleador y el médico ocupacional, el criterio ético de ambos sujetos posee preponderancia; no obstante, existen supuesto de mayor exposición que inclinan la balanza y pueden resultar un obstáculo para un eficiente rol articulador del médico ocupacional.

A manera de colofón de la primera sección del presente artículo, es preciso tomar en cuenta que la administración de información médica de los trabajadores a cargo del empleador se origina en el deber preventivo de vigilancia de la salud para el resguardo del derecho fundamental a la seguridad de salud en el trabajo de sus trabajadores. Siendo así, el tratamiento de esta información expone la afectación al derecho a la intimidad del trabajador manifestada a través de su derecho a la autodeterminación informativa, constituyendo un límite al uso inadecuado de los datos sensibles médicos de los trabajadores. En tal sentido, el papel del médico ocupacional, representante del empleador que administra estos datos médicos, resulta fundamental para equiparar el desequilibrio generado por el acceso del empleador a este tipo de información a través del derecho y deber al secreto profesional médico.

SECCION II. DIFICULTADES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN ADECUADO TRATAMIENTO DE INFORMACIÓN MÉDICA DE LOS TRABAJADORES

En esta sección se parte por reconocer que existen ciertas disposiciones de la normativa de seguridad y salud en el trabajo que no armonizan con un adecuado resguardo de la información sensible médica conforme a lo establecido en la normativa de protección de datos personales; lo propio ocurre inversamente. Asimismo, esta falta de armonía se ve acrecentada por algunos factores sociales propios de nuestro país.

Tal es el caso de la informalidad empresarial y laboral en el Perú, adicionada al hecho de que en el sector formal la mayor cantidad de empleadores se caracterizan por ser micro y pequeñas empresas. Ello conlleva a que la formalidad en grandes empresas (con más de quinientos trabajadores) sea una realidad reservada a un porcentaje inferior al 19% de trabajadores en nuestro país. (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2023, p. 13) Estas peculiaridades de nuestro mercado laboral tienen una incidencia directa en las normas aplicables para el resguardo de la información sensible médica de trabajadores en el Perú, tal como se detallará a continuación.

2.1. Dificultades vinculadas a disposiciones normativas en SST

Conforme a lo establecido en el inciso f) del artículo 36 de la LSST, es responsabilidad de todo empleador a través del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante "SSST") efectuar la vigilancia de la salud de los trabajadores. Una de las principales fuentes de información para evaluar el estado de salud de los trabajadores de aplicación obligatoria son los EMO, regulados en el inciso d) del artículo 49 de la LSST, norma que también atribuye esta responsabilidad al sujeto empleador.

En ese sentido, el artículo 71 de la LSST establece cómo se debe administrar la información médica, conforme a la clasificación previamente esbozada:

- Se debe informar a todos los trabajadores, de forma colectiva, por qué deben cumplir con realizarse periódicamente los EMO.

- Se debe informar a título individual los resultados de los exámenes médicos, de forma que se cumpla con resguardar la información confidencial y no se incumpla el principio de no discriminación.

Esta regulación debe interpretarse sistemáticamente con lo establecido en los artículos 101 y 102 del RLSST, los mismos que designan al médico ocupacional del empleador como el representante encargado de administrar la información sensible: es el médico el que debe impedir que cualquier otro representante del empleador acceda a la información sensible, respetando el deber de confidencialidad e informando al empleador solo las condiciones generales que la propia norma prevé.

2.1.1. Obligatoriedad e independencia del médico ocupacional

En el Perú, la presencia física de un médico ocupacional en las instalaciones de la empresa es residual, aun cuando la normativa le otorga una gran cantidad de responsabilidades en representación del empleador, muchas de las cuales no pueden ser efectuadas por un sujeto que carezca de la obligación de resguardar el secreto médico. En el presente apartado se revisarán las obligaciones que se derivan al médico ocupacional, la reducida cantidad de supuestos en que nuestra normativa dispone la obligatoria concurrencia del médico ocupacional al centro de labores y las dificultades contextuales, ajenas a la normativa, que agravan la problemática: El reducido mercado de trabajo formal al que le sería aplicable la normativa y la ausencia de profesionales médicos especialistas, capaces de cubrir la atenciones de pacientes trabajadores en el Perú.

Las obligaciones en materia de SST presuponen la existencia de un médico ocupacional que se encuentre en constante contacto con el empleador y los trabajadores, para cumplir con las siguientes responsabilidades atribuidas a los empleadores conforme a la normativa de la materia:

- “Atender, registrar y notificar los accidentes de trabajo y las enfermedades relacionadas al trabajo de acuerdo al Anexo N° 01, y a la Ficha Única de Aviso de Accidentes de Trabajo (FUAAT), para el desarrollo de la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores, y a las disposiciones de la normatividad actual de la Seguridad y Salud en el

Trabajo” (Ministerio de Salud, 2011, p. 8), conforme a lo establecido en el numeral 6.4.1 del Documento Técnico.

- “Determinar la metodología y la técnica que se requerirá para las evaluaciones médico ocupacionales de acuerdo al tipo de exposición” (Ministerio de Salud, 2011, p. 8), conforme al numeral 6.4.2. del Documento Técnico.
- Indicar la realización de exámenes auxiliares o complementarios con mayor o menor frecuencia, de acuerdo a la exposición a los factores de riesgo, en concordancia con las evaluaciones medico ocupacionales periódicas, conforme al numeral 6.4.5. del Documento Técnico.
- Determinar la aptitud del trabajador en las evaluaciones medico ocupacionales en relación al puesto de trabajo, conforme al numeral 6.4.6. del Documento Técnico.
- Almacenar y administrar los datos sensibles médicos que se encuentren en poder de la empresa. No solo los exámenes médicos, sino también los certificados de aptitud laboral (que no dejan de contener información médica sensible por ser de carácter individual), registros, formatos, informes médicos particulares, certificados de descansos médicos o cualquier otro documento con información médica individual de los trabajadores, conforme al deber de confidencialidad establecido en el artículo 102 del RLSST y al secreto profesional médico. Cabe señalar que, conforme a lo establecido en el numeral 6.6.6 del Documento Técnico, “la documentación debe de permanecer en custodia en el Servicio de Salud Ocupacional, y se debe informar a la empresa las conclusiones necesarias para la toma de medidas preventivas, y de ninguna manera se usara en contra del trabajador o para fines administrativos de orden laboral. Las Evaluaciones Medico Ocupacional deberán de ser conservadas durante 40 años” (Ministerio de Salud, 2011, p. 10).
- Disociar o anonimizar la información médica para la elaboración de matrices y estadísticas que permitan al empleador obtener información médica colectiva para la vigilancia de la salud de los trabajadores

conforme a la facultad de acceso a información médica colectiva establecida en el artículo 71 de la LSST.

- Analizar los datos de salud antes de su disociación o anonimización para alertar al empleador sobre la existencia de patrones específicos de afectación a la salud o características comunes en un grupo de trabajadores afectados, que permitan identificar riesgos a la salud de difícil percepción y adoptar medidas de control acertadas, conforme a lo establecido en el inciso d) del artículo 36 de la LSST.
- Entregar los resultados de exámenes médicos a los trabajadores, incluyendo el informe médico requerido por el artículo 102 del RLSST.
- Brindar atención de primeros auxilios y atención de urgencia para los trabajadores, conforme a los antecedentes evidenciados para cada trabajador, en aplicación de lo previsto en el inciso j) del artículo 36 de la LSST. Por ejemplo, si nos encontramos ante un trabajador que requiere atención urgente por una reacción alérgica, el médico ocupacional debería estar adecuadamente instruido sobre las alergias que presenta el trabajador para administrarle los medicamentos antialérgicos adecuados e instruir adecuadamente al personal médico que reciba al trabajador en la IPRESS a la que se le derive.
- Brindar asistencia en pro de la adopción de medidas de rehabilitación profesional luego de constatados incidentes, accidentes de trabajo, enfermedades ocupacionales, retorno de los trabajadores luego del goce de un descanso médico prolongado, conforme a lo establecido en el inciso h) del artículo 36 de la LSST.
- Remitir por escrito un informe anual o en forma virtual según disponga la Autoridad en Salud, según Anexo N° 05 del Documento Técnico, “los resultados obtenidos en la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores a la Autoridad en Salud de su jurisdicción” (Ministerio de Salud, 2011, p. 8), conforme al numeral 6.4.10 del Documento Técnico.

- Prestar las facilidades a la Autoridad de Salud, y a las Autoridades competentes cuando esta las requiera, conforme al numeral 6.4.10 del Documento Técnico.
- Cuando atienda, en coordinación con “el Servicio de Salud Ocupacional, un Accidente de Trabajo y/o una Enfermedad Relacionada al Trabajo para su diagnóstico definitivo según se requiera, deberá de referir al trabajador a la Comisión Calificadora y Evaluadora de Invalidez de la jurisdicción para su evaluación y calificación de la invalidez por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” (Ministerio de Salud, 2011, p. 9), conforme al numeral 6.4.11 del Documento Técnico.
- Absolver la entrega de documentos adicionales cuando ESSALUD lo requiera para efectos del reconocimiento de los subsidios otorgados por la seguridad social a partir del decimoprimer día de descanso médico gozado por el trabajador en un mismo año. Estos documentos pueden contener información sensible médica, por lo que su acceso se debe encontrar restringido a cualquier otro representante del empleador.

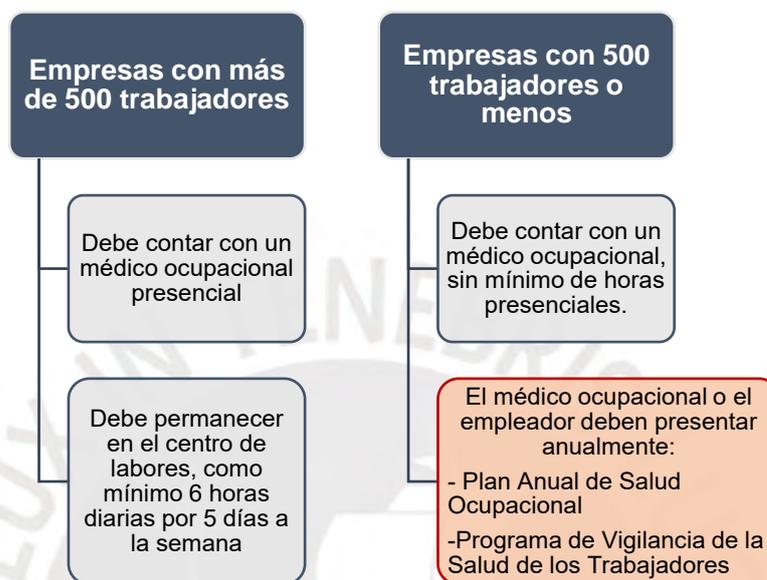
Puede resultar llamativo que las responsabilidades listadas no solo se originen en la LSST y su reglamento; sino también en normativa de salud. Al respecto, cabe precisar que el artículo 101 del RLSST deriva al sector salud la regulación de los exámenes médicos ocupacionales; no obstante, la LSST no hace referencia alguna a la obligatoriedad de contar con la intervención del médico ocupacional en la empresa, en el marco del ejercicio de la vigilancia de la salud.

Atendiendo a este listado no limitativo de responsabilidades recopiladas de la normativa vigente, parece necesaria la intervención constante e independiente de un profesional de la salud en el devenir diario del centro de labores, por el carácter particular de las actividades, riesgos y necesidades que conlleva cada empresa, así como por la obligación de tomar decisiones para la vigilancia de la salud y la obligación de confidencialidad durante el almacenamiento de la documentación médica que contiene datos médicos sensibles de los trabajadores.

No obstante, para que exista la obligación de contar con la presencia de un médico ocupacional en el centro de labores será necesario tomar en cuenta lo

establecido en el numeral 6.7.2. del Documento Técnico, que fue modificado en el año 2014 mediante la Resolución Ministerial N° 571-2014-MINSA, la misma que dispone lo siguiente:

Gráfico 2: Obligación de contar con médico ocupacional presencial



Elaboración: Propia

Esta norma inclusive contempla la opción de que un grupo de empresas o ambientes de trabajo que tengan proximidad física y que en conjunto superen los quinientos (500) trabajadores puedan asegurar la permanencia de un médico ocupacional mínimamente por 6 horas diarias por 5 días a la semana, para garantizar la vigilancia de la salud del conjunto de empresas o ambientes de trabajo. (Ministerio de Salud, 2011, 15) De acuerdo a esta regulación, para que las empresas con menos de quinientos (500) trabajadores demuestren que cuentan con un médico ocupacional solo necesitan presentar dos documentos anuales. La elaboración del Plan Anual de Salud Ocupacional y el Programa de Vigilancia de la Salud de los Trabajadores no garantiza la presencia del médico ocupacional en la empresa ni por un tiempo mínimo.

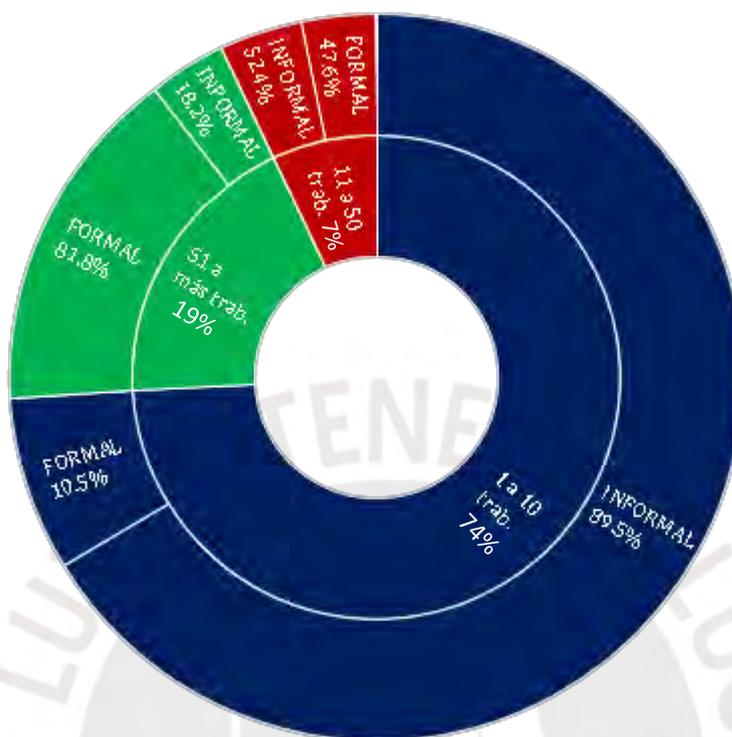
Cabe advertir que antes de la modificación introducida en el año 2014, el Documento Técnico contemplaba las siguientes opciones:

1. Un servicio de salud ocupacional podía brindar servicios a solo una empresa o a más de una empresa, en función de ello, se clasificaba en servicios internos o externos.
2. Si en la empresa habían 200 o más trabajadores, debían contar con la presencia del médico ocupacional por 6 horas diarias. En este caso, los servicios debían ser propios o “internos”.
3. Por otro lado, si la empresa contaba con menos de 200 trabajadores, las empresas debían garantizar la presencia del médico ocupacional por 4 horas diarias, dos veces por semana. Es decir, se trata de servicios semipresenciales que podían ser prestados por terceros o “externos”.
4. En ambos casos, para el conteo total de los trabajadores se debía considerar al personal tercerizado. (Ministerio de Salud, 2011, p. 15) (énfasis añadido)

Es preciso aclarar que el Documento Técnico inicialmente solo hacía referencia al Servicio de Salud Ocupacional toda vez que, de acuerdo su conformación, este servicio debía encontrarse a cargo de un médico ocupacional.

Para atender a estas interrogantes es preciso también considerar la cantidad de trabajadores que posee cada tipo de empresa en el Perú, así como el alto índice de informalidad que nos aqueja. Según el INEI, las estadísticas de personas ocupadas y de informalidad de acuerdo al tipo de empresa durante el primer trimestre del año 2023, se presenta conforme al siguiente detalle:

Gráfico 3: Población ocupada de acuerdo al tipo de empresa y formalización - I trimestre 2023



CUADRO ANALÍTICO

Tipo de empresa	1 a 10 trab. (74%)	11 a 50 trab. (7%)	51 a más trab. (19%)
Empleo formal	10.5%	47.6%	81.8%
Empleo informal	74%	52.4%	18.2%

Elaboración: Propia⁸

Aun cuando no fue posible identificar índices que consideren la variable de empresas con quinientos (500) o más trabajadores, las estadísticas proveídas por el INEI son más que ejemplificativas. Del gráfico presentado se desprende que el 81% de la población ocupada se encuentra empleada en empresas que tienen de un (01) a cincuenta (50) trabajadores y solo el 19% de la población

⁸ Los datos utilizados para la elaboración del gráfico se encuentran disponibles en el Informe “Perú: Comportamiento de los Indicadores del Mercado Laboral a nivel Nacional y en 26 Ciudades - I Trimestre 2023” elaborado por el INEI el 15 de agosto de 2023, con los resultados de la Encuesta Permanente de Empleo Nacional (EPEN). Acceso digital: <https://www.gob.pe/institucion/inei/informes-publicaciones/4519379-peru-comportamiento-de-los-indicadores-del-mercado-laboral-a-nivel-nacional-y-en-26-ciudades-i-trimestre-2023>

ocupada labora en empresas que cuentan con cincuenta y uno (51) trabajadores a más. Consideremos que dentro de este 19%, existirán inclusive algunas empresas que superen los cincuenta y uno (51) trabajadores, pero que no superen los quinientos (500) trabajadores; en tal sentido, no contarían con un médico ocupacional presencial conforme a la normativa actual. (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2023, p. 13 y siguientes)

Además, el porcentaje de informalidad en empresas de uno (01) a diez (10) trabajadores es de 89,5%; siendo así, el porcentaje de informalidad va disminuyendo a medida que las empresas poseen una mayor cantidad de trabajadores. (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2023, p. 23) La informalidad debe ser considerada una variable que acentúa la exposición de la información médica de los trabajadores toda vez que dificulta la labor fiscalizadora de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Esto implica una doble vulnerabilidad respecto al tratamiento de su información médica; no solo no contarán con un médico ocupacional que tenga presencia mínima en su centro de labores, sino que la fiscalización del adecuado tratamiento de su información médica a cargo de su empleador será de casi imposible fiscalización.

A este índice es importante añadirle una dificultad adicional en nuestro país: la poca disponibilidad de profesionales médicos que cumplan con las cualificaciones exigidas por la norma para realizar las funciones de médico ocupacional. Conforme a lo establecido en el numeral 6.6.1 del Documento Técnico, para ser un médico ocupacional, el profesional de la salud debe “ser un médico con especialidad en Medicina Ocupacional, Medicina del Trabajo, Medicina Interna, o Médico Cirujano con Maestría en Salud Ocupacional o con experiencia en Medicina Ocupacional por mínimo por 3 años”. (Ministerio de Salud, 2011, 14)

Posterior a esta regulación, se realizó una modificación normativa a través de la Resolución Ministerial N° 004-2014/MINSA que dispuso dos tipos de medidas ante la ausencia de profesionales que cuenten con esta cualificación para cubrir las funciones de médico ocupacional:

- Primero, dado que en el Perú no existe la especialidad señalada en la versión original de la norma para los estudiantes de medicina,

la norma admitió que estos conocimientos puedan ser adquiridos en una segunda especialidad o maestría; suprimió el requisito de tres años de experiencia; y, precisó la necesidad de que el médico se encuentre titulado, colegiado y habilitado por el Colegio Médico del Perú.

- Adicionalmente, introdujo medidas transitorias de flexibilización, adicionales a las señaladas en el punto precedente, por un periodo de tres años; es decir, vigentes desde enero del 2014 hasta enero del 2017.

Estas medidas no fueron suficientes, surgió la necesidad de conformar una Comisión Sectorial encargada de elaborar una propuesta normativa que aborde lineamientos temporales para la adaptación de la norma y facilitar el ejercicio de la medicina ocupacional en médicos cirujanos que no cuenten con segunda especialidad en Medicina del Trabajo o Medicina Ocupacional y Medio Ambiente, acción concretada mediante la Resolución Ministerial N° 763-2017/MINSA. Asimismo, esta misma resolución estableció criterios de flexibilización temporal con vigencia de un año. A manera de síntesis, se incluye el siguiente cuadro de doble entrada sobre las características exigidas por cada fuente normativa sectorial de salud a lo largo del tiempo:

Tabla 2: Comparativo de la cualificación exigida para un médico ocupacional

Característica	Resolución Ministerial N° 312-2011-MINSA (Documento técnico)	Resolución Ministerial N° 004-2014/MINSA (Medidas temporales desde enero 2014 a enero 2017)	Resolución Ministerial N° 763-2017/MINSA (Medidas temporales vigentes durante el 2017)	Resolución Ministerial N° 004-2014/MINSA (Modificación de Documento Técnico)
Colegiatura y habilidad ante el Colegio Médico del Perú	No lo considera	Sí lo requiere	Sí lo requiere	Sí lo requiere
Nivel de estudios requerido	Especialidad o	Diplomado emitido por Universidad, de un mínimo de 36 créditos	Diplomado emitido por Universidad, de un mínimo de 24 créditos	Segunda especialidad (con título) o

	Maestría y 3 años de experiencia	y 3 años de experiencia o Egresado de Maestría con 1 año de experiencia	y 3 años de experiencia o Egresado de Maestría con 1 año de experiencia	Maestría (no solo egresado)
Nomenclatura de especialidades / diplomados / maestrías aceptadas	Medicina Ocupacional, Medicina del Trabajo, Medicina Interna	Salud Ocupacional, Salud Ocupacional y Ambiental, Medicina Ocupacional y Medio Ambiente	Salud Ocupacional, Salud Ocupacional y Ambiental, Medicina Ocupacional y Medio Ambiente	Medicina Ocupacional y Medio Ambiente, Medicina del Trabajo, Salud Ocupacional, Salud Ocupacional y Ambiental.

Elaboración: Propia

Al respecto, según información proporcionada por SUNEDU a través de una solicitud de transparencia y acceso a la información pública, la actual cantidad de médicos cirujanos que cumplen con los requisitos para ejercer como médicos ocupacionales conforme a los requisitos vigentes regulados por Resolución Ministerial N° 004-2014/MINSA, son los siguientes:

Tabla 3: Cantidad de médicos cirujanos con maestría o segunda especialidad conforme al detalle regulado en la Resolución Ministerial N° 004-2014/MINSA

DEPARTAMENTO	MAESTRO			TITULO DE SEGUNDA ESPECIALIDAD PROFESIONAL	Total
	MEDICINA OCUPACIONAL Y MEDIO AMBIENTE	SALUD OCUPACIONAL	SALUD OCUPACIONAL Y MEDIO AMBIENTE	MEDICINA OCUPACIONAL Y DEL MEDIO AMBIENTE	
Lima	41	61	69	119	290
Arequipa	0	11	54	0	65
La Libertad	42	1	0	0	43
Piura	0	30	0	0	30
Ica	0	0	8	0	8
Callao	0	0	7	0	7
Cajamarca	0	0	0	6	6
Tacna	0	0	4	0	4
Junín	0	1	0	0	1
Cusco	0	1	0	0	1

Total	83	105	142	125	455
-------	----	-----	-----	-----	-----

Elaboración: Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria - Respuesta a solicitud de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

De los datos presentados en el presente apartado se concluye que en el Perú actualmente solo existen cuatrocientos cincuenta y cinco (455) médicos capacitados para ocupar labores de salud ocupacional, para la atención de un aproximado de trescientas cuarenta y cinco mil (345,000) empresas que declararon trabajadores solo en el sector formal privado. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2023) Siendo así, las disposiciones vinculadas a la obligatoriedad de un médico ocupacional por empresa no poseen un correlato en la realidad; no solo por la ausencia de profesionales capacitados para el puesto, sino también por los elevados índices de empresas con menos de quinientos (500) trabajadores y la alta tasa de informalidad laboral. Estas características generan que en las empresas no existan profesionales médicos con la obligación de guardar el secreto profesional que tengan capacidad de garantizar un adecuado tratamiento de la información sensible médica de los trabajadores.

En atención a los hallazgos presentados surgen las siguientes interrogantes: **¿Por qué se dispuso flexibilizar la normativa incrementando el umbral mínimo de trabajadores de 200 a 500 para contar con un médico ocupacional presencial? ¿Por qué se eliminó el mínimo de horas de presencia del médico ocupacional en empresas con menos de quinientos (500) trabajadores? ¿La ausencia de un mínimo de horas con la presencia de un médico ocupacional en empresas con menos de quinientos (500) trabajadores garantiza un adecuado tratamiento de la información médica? ¿Es factible que un solo médico ocupacional pueda encargarse de la vigilancia de la salud de 200 o 500 trabajadores, tomando en cuenta la cantidad de responsabilidades que se le atribuyen? ¿Esta flexibilización es compatible con la protección de información sensible tomando en cuenta el contexto de nuestro mercado laboral?**

2.1.2. La necesidad de un servicio de seguridad y salud en el trabajo y de un servicio de salud ocupacional.

El Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo en una empresa debe contar con dos órganos especializados: un Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante “CSST”) - o en su defecto un supervisor - y un Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante “SSST”). El artículo 36 de la LSST recoge las obligaciones que debe cumplir este Servicio, incluyendo en el inciso f) la obligación de efectuar la vigilancia de la salud de los trabajadores; asimismo, el artículo 26A del RLSST contempla las restricciones aplicables ante la contratación de una empresa especializada que se encargue del SSST.

No obstante, a diferencia del CSST, no existe reglamentación alguna que establezca cómo debe conformarse un SSST en el Perú. Conforme señala Cossio Peralta, solo contamos con un proyecto de reglamento que en su artículo 6 prevé que solo tendrán la obligación de contar con un SSST propio aquellas empresas que cuenten con más de quinientos (500) trabajadores o que se dediquen a ciertos sectores empresariales que se caracterizan por efectuar actividades que involucran un riesgo alto o moderado. (2018, 104)

En tal sentido, para contemplar las características que debe tener un SSST será necesario observar las regulaciones supranacionales que nos sean aplicables. Tal es el caso del inciso l) del artículo 1 de la Decisión 584 de la Comunidad Andina de Naciones y los artículos del 1 al 5 de su reglamento, la Resolución N° 957. La primera referencia normativa se ocupa de caracterizar un Servicio de Salud en el Trabajo como “dependencias” del empleador con funciones preventivas que le aportan la información necesaria a los empleadores, trabajadores u organizaciones sindicales para la adopción de decisiones sobre la forma de mantener un entorno seguro y saludable en el centro de labores, las formas de adaptar el trabajo que efectúan los trabajadores a sus capacidades individuales, tomando en consideración su salud física y mental. (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina de Naciones – CAN, 2004)

Se concluye de la lectura de la definición aportada que el SSST tiene finalidades amplias que no se limitan a una gestión de salud; sino que también involucra

labores técnicas y especializadas vinculadas a la seguridad en el trabajo, conforme al referido artículo 36 de la LSST. Más aun, el inciso h) del artículo 5 del reglamento señala expresamente que una de las responsabilidades del Servicio de Salud en el Trabajo será la vigilancia de la salud de los trabajadores de acuerdo al puesto que ocupen. Es preciso atender a que la normativa de la CAN no hace referencia a un Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, sino a un Servicio de Salud en el Trabajo que contempla casi las mismas funciones que el primero; con los siguientes aportes complementarios:

- Se consideran las siguientes responsabilidades adicionales:
 - “Elaborar, con la participación efectiva de los trabajadores y empleadores, la propuesta de los programas de seguridad y salud en el trabajo enmarcados en la política empresarial de seguridad y salud en el trabajo;
 - Verificar las condiciones de las nuevas instalaciones, maquinarias y equipos antes de dar inicio a su funcionamiento;
 - Mantener los registros y estadísticas relativos a enfermedades profesionales y accidentes de trabajo;
 - Elaborar la Memoria Anual del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo” (Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones – CAN, 2005, 3)
- Se establece su responsabilidad de participar no solo en el análisis de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, sino también de las enfermedades producidas por el desempeño del trabajo;
- Se dispone que la asistencia en pro de la adopción de medidas de rehabilitación profesional también sea extensiva a la reinserción laboral; y,
- Se precisa que el fomento de la adaptación del trabajo a los trabajadores debe efectuarse en función de sus equipos y herramientas, según los principios ergonómicos y de bioseguridad.

Sin perjuicio de lo desarrollado, puede generar confusión el llamamiento al Servicio de Salud Ocupacional al que hace referencia el Documento Técnico, que fue emitido con posterioridad a la LSST. Este documento le atribuye las siguientes características:

- El numeral 6.6.1 de dicho documento dispone que el Servicio de Salud Ocupacional debe encontrarse a cargo de un médico ocupacional, esta característica no fue atribuida al SSST.
- El previamente citado numeral 6.7.3. contempla la posibilidad de que el Servicio de Salud Ocupacional pueda fungir funciones para una sola empresa o ambiente de trabajo, como para más de una empresa
- El numeral 6.7.4 contempla un necesario registro ante las Direcciones Regionales de Salud y/o de la Dirección General de Salud Ambiental (en adelante “DIGESA”).
- El numeral 6.7.5. prevé que debe estar conformado por un equipo multidisciplinario, con cualidades particulares.

En dicha línea, DIGESA cuenta actualmente con un listado de Servicios de Salud Ocupacional acreditados conforme a los requisitos establecidos por dicha autoridad sanitaria.⁹ Uno de estos requisitos consiste en acreditar encontrarse en el Registro Nacional de Institución Prestadora de Servicios de Salud – RENIPRESS de la SUSALUD y que se cuenta mínimamente con Categoría I-3, dentro de las clasificaciones de dichas instituciones.

El servicio de salud ocupacional al que se hace referencia en la LSST no requiere de autorización de una entidad pública ni mucho menos una inscripción en el Registro Nacional de Institución Prestadora de Servicios de Salud, sino que se trata del área de SSOMA o de SST que debe implementar la empresa para cumplir y hacer seguimiento al cumplimiento de sus obligaciones como empleadores en materia de SST.

⁹ Puede revisarse el listado de Servicios de Salud Ocupacional autorizados por DIGESA en el siguiente enlace: <http://www.digesa.minsa.gob.pe/Expedientes/BusquedaSSO.aspx> También pueden revisarse los requisitos del año 2023 para acreditarse como un Servicio de Salud Ocupacional en el siguiente enlace: http://www.digesa.minsa.gob.pe/DSO/formularios/REQUISITOS_SSO-2023.pdf

A partir de lo revisado, se propone que **el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo contemplado en la LSST y el Servicio de Salud en el Trabajo de la Decisión 584 de la CAN no es equivalente al Servicio de Salud Ocupacional previsto en el Documento Técnico**. Esta postura se ve confirmada por las disposiciones establecidas en el propio Documento Técnico en los numerales 6.7.8., 6.7.9. y 6.7.10.

- El numeral 6.7.8. dispone que los miembros del Servicio de Salud Ocupacional tienen el deber de colaborar, entre otros, con los servicios que se ocupan de la seguridad de los trabajadores en la empresa y los demás servicios interesados. Esta forma de redacción nos permite considerar que el sector salud, a diferencia de la Autoridad Laboral encargada de la promulgación de la LSST, tiene en mente un SSST subdividido conforme a sus competencias. Es posible que esta subdivisión de funciones atienda a la necesidad de diferenciar responsabilidades para el manejo de información sensible médica, una de las principales responsabilidades de un profesional de la salud que podría hacerlo responsable ante su colegio profesional e inclusive penalmente.
- El numeral 6.7.9. el Documento Técnico incorpora a dos servicios adicionales que, presuntamente, se encontrarían diferenciados del Servicio de Salud Ocupacional. Mientras este último se ocupa principalmente de la vigilancia de la salud se prevé que podría realizar funciones conjuntas con los servicios encargados de los Servicios de Higiene y Seguridad Ocupacional, así como con los Servicios de Salud en General y/o Integral. Es preciso que no es claro si la autoridad de salud tenía en mente que estos servicios se implementen en cada empresa o si más bien hace referencia a que las empresas especializadas que brinden el servicio de Salud Ocupacional de forma externa también pueden incorporar otro tipo de servicios para las empresas que los contrates. Tomando en cuenta el contexto de informalidad y fragmentación del mercado laboral descrito en el apartado anterior, nos inclinamos por considerar que se tenía en mente la segunda propuesta. No obstante, es preciso enfatizar que no se hace referencia a la posibilidad de unir

responsabilidades con un servicio encargado de la seguridad ocupacional.

- El numeral 6.7.10. del Documento Técnico hace referencia a la necesidad de un contacto continuo entre el Servicio de Salud Ocupacional y otros servicios externos a la empresa que “se ocupan de cuestiones relativas a la salud, a la higiene, **a la seguridad**, a la readaptación, al readiestramiento y reclasificación profesionales y a las condiciones de trabajo y de bienestar de los trabajadores, así como con los **servicios de inspección y de la seguridad social y en salud.**” (Ministerio de Salud, 2011, p. 17) (énfasis añadido) Este numeral confirma sin lugar a dudas que la autoridad sanitaria tenía en mente un servicio diferenciado del SSST contemplado en la LSST e inclusive reconoce la posibilidad de que el Servicio de Salud Ocupacional atienda directamente los requisitos de la autoridad inspectiva; una vez más, enfatizamos que esta propuesta se condice con el carácter confidencial de la información sensible médica que maneja. Tomemos en cuenta que conforme lo establece el artículo 2 numeral 12 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección de Trabajo, la autoridad inspectiva debe cumplir con un deber de confidencialidad respecto a la información a la que accede con ocasión de su labor inspectiva, tal es el caso de la información comercial, industrial, bancaria, financiera, laboral, etc.

Existen algunos autores que consideran que ambos servicios son equivalentes. En dicha línea, Cossio Peralta considera que el Documento Técnico dispone que el servicio de seguridad y salud en el trabajo deberá estar a cargo de un médico ocupacional; para ello hace referencia al numeral 6.6.1 del Documento Técnico. Además, indica que el servicio de seguridad y salud en el trabajo debe estar conformado por el equipo multidisciplinario descrito en el numeral 6.7.4 del Documento Técnico. (2018, p.102) Al respecto, si se tratara del mismo SSST resultaría incoherente que el MTPE pretenda emitir una regulación específica para un equipo multidisciplinario que el Documento Técnico del MINSA ya había regulado.

A partir de lo señalado, se generan las siguientes interrogantes: **¿Nos encontramos ante servicios equivalentes, uno se encuentra incluido en**

otro o son servicios íntegramente independientes? ¿Es factible que las responsabilidades del Servicio de Salud Ocupacional vinculadas al manejo de información sensible médica sean atribuidas a otro servicio? ¿Es conveniente y posible que el servicio encargado de administrar la información sensible médica de los trabajadores sea interno o es preferible que sea externo?

2.2. Dificultades vinculadas a disposiciones normativas en PDP

A continuación, se presentan algunas figuras jurídicas reguladas en la LPDP que pueden resultar conflictivas al ser contrastadas con la regulación de SST o al identificar su nivel de cumplimiento en la realidad.

2.2.1. Calidad de los datos médicos

El principio de calidad, contemplado en el artículo 8 de la LPDP prevé que la información recopilada debe caracterizarse por ser veraz, exacta, actualizada, necesaria, pertinente y adecuada para finalidad que la congrega. Asimismo, el periodo de conservación de la información debe ser seguro y solo por el tiempo necesario para cumplir con dicha finalidad. (Congreso de la República del Perú, 2011a)

En cuanto a la vigencia y actualidad de los datos médicos de trabajadores recopilados por las empresas, la responsabilidad de velar por la vigencia y actualidad de los datos sensibles médicos individuales que administra el empleador es el médico ocupacional, en su representación. Siendo así, es preciso que este representante atienda a algún método o procedimiento de verificación periódica de la información que almacena, además del efectivo cumplimiento de la periodicidad de la principal herramienta para la vigilancia de la salud de los trabajadores: los EMO. No obstante, no puede perderse de vista que, en la medida que se administren datos de salud individuales que hagan identificables a los titulares, el médico ocupacional también debería ser el único responsable de otros mecanismos de vigilancia de la salud, tales como la realización de encuestas de salud, controles pre-clínicos de tamizaje, estudios epidemiológicos, etc.

En cuanto a la conservación de documentos vinculados al Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo en una empresa, el artículo 28 de la LSST que habilita la posibilidad de mantener un sistema físico o digital de los registros obligatorios establece el periodo de veinte (20) años para la conservación de los registros relativos a enfermedades ocupacionales. Por otro lado, el artículo 35 del RLSST reconoce los siguientes plazos de conservación de documentos:

Tabla 4: Periodo de almacenamiento de registros en materia de SST

Registro	Periodo de almacenamiento
Registro de enfermedades ocupacionales	Veinte (20) años desde su registro.
Registros de accidentes de trabajo e incidentes peligrosos	Diez (10) años posteriores al suceso
Los demás registros	cinco (5) años posteriores al suceso

Elaboración: Propia. Fuente: Congreso de la República, 2011b.

Este mismo artículo contempla la posibilidad de manejar un archivo activo que contenga los documentos con una antigüedad no mayor a 12 meses y un archivo pasivo en el que se almacenen los demás documentos recopilados. Sin perjuicio de los periodos señalados, el numeral 6.6.6. del Documento Técnico establece que las Evaluaciones Médico Ocupacionales deberán ser conservadas por el empleador por el plazo de 40 años.

Estos plazos normativos no son gratuitos, sino que los datos se conservarían con la finalidad de mantener la documentación adecuada para que las empresas acrediten el cumplimiento de los requerimientos y registros establecidos en la normativa de SST ante una eventual fiscalización laboral o alguna acción judicial de un trabajador o extrabajador. Sin embargo, como fue señalado, el principio de calidad dispone que los datos personales deberán ser conservados por el responsable del tratamiento de la información solo por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento.

Para definir una referencia de este plazo, en el año 2000 el artículo único de la Ley N° 27321, Ley que establece nuevo plazo de prescripción de las acciones derivadas de la relación laboral, dispuso que las acciones por derechos

derivados de la relación laboral prescriben a los cuatro años contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral.

Por otro lado, debe tomarse en cuenta que existe desarrollo jurisprudencial que considera que el plazo máximo para presentar una demanda de indemnización por daños y perjuicios derivados de accidentes laborales o enfermedades ocupacionales se determina en función de los artículos 1993 y 2001 del Código Civil; es decir, puede presentarse en el plazo máximo de 10 años contados desde la fecha en que pudo ejercitarse la acción. Esta última regulación problematiza el plazo razonable para la conservación de información médica en poder del empleador. En el caso de los accidentes laborales, estos solo podrían producirse en el curso de la relación laboral; no obstante, las enfermedades ocupacionales si pueden manifestarse luego de finalizada dicha vinculación. Resultaría pertinente identificar científicamente por cuánto tiempo una enfermedad ocupacional puede no manifestarse y mantenerse activo el riesgo de padecer secuelas por las afectaciones a la salud en el ámbito laboral.

Aun así, parece poco factible que normativamente se establezcan plazos tan excesivos para la conservación de documentos cuando bastaría con acreditar la conservación de la información por el plazo máximo previsto para que un trabajador pueda accionar judicialmente contra su ex empleador, toda vez que la Autoridad Inspectiva podrá fiscalizar en función del plazo que sea dispuesto normativamente, conforme a las finalidades de la recopilación de la información médica de los trabajadores.

Las grandes cuestiones a resolver para el ejercicio de este principio son **¿Cómo se garantiza el cumplimiento del principio de calidad en el almacenamiento de datos sensibles médicos distintos a los EMO? ¿Cómo puede determinarse el plazo adecuado de almacenamiento de la información médica en poder del empleador?**

2.2.2. Derecho de información

El derecho de información se encuentra comprendido en el artículo 18 de la LPDP. Esta fuente normativa no solo recoge un derecho como pretensión, sino que desarrolla su correlato en el deber de informar del empleador. Este último, como titular del banco de datos personales, debe informar al trabajador, titular

de los datos personales, ciertos aspectos esenciales sobre el tratamiento de la información recopilada (información médica), conforme al siguiente detalle:

- **Forma de comunicación:** “Detallada, sencilla, expresa, inequívoca y de manera previa a su recopilación.” (Congreso de la República del Perú, 2011a)
- **Datos que deben comunicarse:**
 - “Finalidad para la que sus datos personales serán tratados;
 - Quiénes son o pueden ser sus destinatarios,
 - La existencia del banco de datos en que se almacenarán,
 - Identidad y domicilio del titular del banco de datos y de los encargados del tratamiento
 - El carácter obligatorio o facultativo de la entrega de sus datos, especial cuando son datos sensibles;
 - La transferencia de los datos personales;
 - Las consecuencias de proporcionar sus datos personales y de su negativa a hacerlo;
 - El tiempo durante el cual se conservarán sus datos personales
 - La posibilidad de ejercer los derechos que la ley le concede y los medios previstos para ello.” (Congreso de la República del Perú, 2011a)

El cumplimiento de este principio le permite al trabajador ejercer sus derechos ARCO respecto a la información sensible que puso a disposición, conforme a la regulación establecida en el Título III de la LPDP. Ello se condice con la postura de la Autoridad de Protección de Datos Personales, quienes sostienen que la aplicación de una excepción al consentimiento (como ocurre en el ámbito laboral) no exime al responsable del tratamiento de la información de cumplir con los demás deberes que le atañen, inclusive el deber de información, conforme se presenta en la Opinión Consultiva N° 32-2020-JUS/DGTAIPD:

Cabe advertir que el hecho de encontrarse en alguna de las excepciones al consentimiento para el tratamiento de los datos personales, **no exime al responsable del tratamiento de cumplir con las demás obligaciones establecidas en la LPDP** y su reglamento, tales como el **deber de informar al titular de estos sobre su tratamiento** en forma detallada, sencilla, expresa,

inequívoca y de manera **previa a su recopilación**, tal y como lo establece el artículo 18 de la LPDP. (DPDP, 2020a, p. 3) (énfasis añadido)

En cuanto a la forma del cumplimiento (verbal o escrita), si bien la normativa de datos personales señala que el consentimiento¹⁰ para el tratamiento de datos sensibles debe otorgarse por escrito, no señala expresamente si el deber de informar ante el tratamiento de datos sensibles debe ejercerse necesariamente de forma escrita, o si puede cumplirse de forma verbal.

Al respecto, el artículo 15 del RLPDP dispone que la carga de la prueba para demostrar la obtención del consentimiento en los términos establecidos en la Ley (es decir, incluyendo los deberes que su generación acarrea) recaerá en todos los casos en el titular del banco de datos personales. (Ministerio de Justicia, 2013) En tal sentido, será responsabilidad del empleador probar que ha informado al trabajador las condiciones del tratamiento de su información médica conforme lo dispone el artículo 18 de la LPDP.

De esta forma se concluye que una regulación que garantice adecuadamente el derecho a la información en el marco del tratamiento de información sensible en una relación asimétrica debería contemplar la obligación de la posición ventajosa de la relación jurídica (el empleador) de (i) informar las condiciones del tratamiento de la información de forma escrita detallada, sencilla, expresa, inequívoca y de manera previa a su recopilación, así como (ii) el deber de almacenar la evidencia que acredite el cumplimiento por escrito de este deber. Siendo así, surgen las siguientes interrogantes: **¿Basta con una lectura interpretativa de la normativa de PDP en el marco de la relación laboral asimétrica para que se garantice que los empleadores cumplan con las condiciones propuestas? ¿Existen medios tecnológicos que favorezcan el efectivo cumplimiento de este deber sin dejar de garantizar que el trabajador tendrá a disposición las condiciones del tratamiento de sus datos sensibles médicos en el curso del periodo de tratamiento de la información, independientemente de la vigencia de la relación laboral?**

¹⁰ Recordemos que el consentimiento para el tratamiento de información sensible es la regla, salvo que nos encontremos al amparo de algún supuesto que lo excluya excepcionalmente. En el presente caso, es aplicable la excepción contemplada en el artículo 14 numeral 5 de la LPDP.

2.2.3. Ejercicio de derechos ARCO

El ejercicio de derechos ARCO consiste en poner a disposición del titular de los datos personales las vías para el ejercicio y garantizar la efectividad de los derechos originados en el tratamiento de la información personal. Estos derechos se encuentran regulados en el Título IV del RLPDP y comprende los derechos de información, acceso, rectificación, cancelación, oposición y tratamiento objetivo de datos personales. Los procedimientos se encuentran regulados en la misma normativa especial con plazos y etapas mínimas que garantizan el adecuado ejercicio del derecho a la protección de datos personales del titular.

No obstante, más allá de la revisión de una mera implementación de los procedimientos previstos en dicha normativa, resulta conflictivo cómo un empleador puede garantizar el ejercicio de estos derechos de los trabajadores respecto de su información médica cuando subcontrata a un tercero para concretar las funciones del SSST; es decir, cuando este servicio se encuentra externalizado.

Cuando la labor de vigilancia de la salud y la realización de exámenes médicos esté en manos de un tercero, el artículo 102 del RLSST establece que la IPRESS deberá informar directamente al trabajador su información médica individual, entregando al empleador solo la información general, salvo que el empleador contratante cuente con un médico ocupacional “inhouse” adicional al servicio contratado. En este último caso, contaríamos con un representante del empleador adecuadamente cualificado para el resguardo de la información sensible en nombre del empleador. Sin embargo, como fue revisado en los apartados anteriores, estadísticamente en el Perú existe un gran porcentaje de empresas con menos de quinientos (500) trabajadores o que se encuentra en la informalidad; lo que resulta en una mayoría de empresas sin un médico ocupacional “inhouse”.

En cuanto a esta controversia, es preciso tomar en consideración que la responsabilidad por el tratamiento de la información médica conforme a lo establecido en el artículo 71 de la LSST corresponde al empleador, quien sería el titular del banco de datos de información sensible médica de trabajadores.

Adicionalmente, el RLPDP contempla en el numeral 10 de su artículo 2 la figura del encargado del tratamiento de datos personales; quien, sin ser necesariamente el responsable directo de cara al titular de los datos personales, es depositario de los datos personales que el titular del banco de datos le traslada y, en consecuencia, recibe sobre sus hombros la obligación de implementar, como mínimo, las mismas medidas de protección de la información que tenía obligación de implementar el titular del banco de datos.

Para clarificar la idea propuesta, los sujetos involucrados en este caso serían: el trabajador, titular de los datos médicos que son trasladados a su empleador para la vigilancia de su salud por cuestiones contractuales; el empleador, titular del banco de datos en el que se almacenan los datos médicos de sus trabajadores y principal responsable de la adecuada administración de los datos médicos recopilados para la finalidades de vigilancia de la salud; y, la IPRESS que toma el examen médico y ejerce las funciones del SSST, encargada del tratamiento de los datos médicos por encargo del empleador porque cuenta con profesionales cualificados para guardar el secreto profesional, quien será la responsable de administrar la información sensible médica de los trabajadores reemplazando al médico ocupacional.

En torno a esta figura que habitualmente ocurre en el entorno laboral, **¿qué vías posee un empleador diligente para garantizar el adecuado ejercicio de los derechos ARCO cuando la información es administrada externamente por una IPRESS? ¿se trata de una obligación de medios o de resultados? ¿cómo puede atribuirse la responsabilidad por el incumplimiento de estos deberes a los sujetos involucrados?**

2.2.4. Seguridad de los datos médicos

Conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LPDP y del artículo 10 del RLPDP, el principio de seguridad implica la implementación de medidas de protección de la información que administra el titular del banco de datos o el encargado del tratamiento. En dicho sentido, el RLPDP desarrolla un capítulo completo con indicadores de medidas a implementar, ya sea que la información recopilada se encuentra automatizada o no, para protegerla de adulteración, pérdida, desviación de la información, intencional o no, ya sea que los riesgos provengan

de la acción humana o del medio técnico utilizado. No obstante, es preciso tomar en cuenta que la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ha emitido con fecha 27 de diciembre de 2013 el lineamiento denominado “Directiva de Seguridad de la Información Administrada por los Bancos de Datos Personales”.

Este documento toma como principal insumo una clasificación de los niveles de riesgo del tratamiento de los datos personales recopilados; el banco de datos puede ser calificado de menor a mayor incidencia como básicos, simples, intermedios, complejos o críticos. Los últimos tres niveles de mayor gravedad comprenden a aquellos bancos de datos que involucran el tratamiento de información sensible, como en el caso de la información médica. La calificación de la información sensible en los tres niveles de riesgo más alto implica la implementación de medidas organizativas legales y técnicas de máximo cuidado para el resguardo de la información almacenada.

En el caso concreto, dado que el artículo 102 del RLSST traslada al médico ocupacional la obligación de guardar el deber de confidencialidad en representación del empleador, las acciones para la implementación de medidas de seguridad se problematizan cuando el resguardo de los datos sensibles médicos no los realiza el empleador de forma directa, sino que la labor se externaliza a favor de una IPRESS, tal como ocurre con el ejercicio de derechos ARCO. No obstante, además de las consultas que serán absueltas en el caso anterior cabe analizar si, además de calificar este deber como de medios o de resultados, cobra una figura fundamental **la necesidad o no de una verificación periódica del cumplimiento de las medidas**. Ello, tomando en consideración que en el numeral VII del Título Preliminar de la LSST se contempla el **principio de consulta y participación para un rol activo de los trabajadores y sus representantes**; tal como lo desarrollan los artículos 19, 24 y 25 de dicha norma, que terminan consolidando inclusive un deber del empleador de adoptar medidas que propicien esta participación activa en el Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo.

En cada uno de los apartados trabajados en esta segunda sección se presentan interrogantes generadas a partir de la contraposición entre las normativas de seguridad y salud en trabajo y de protección de datos personales; inclusive, con

hechos constatados de la realidad peruana que agudizan las brechas para el adecuado tratamiento de información médica de trabajadores. En ese sentido, la siguiente sección se dedicará a absolver estas incógnitas tomando como base una interpretación constitucional del conflicto normativo y la propuesta de eventuales modificaciones que faciliten la implementación de un sistema de seguridad y salud en el trabajo y de protección de datos personales por parte de empleadores diligentes.

SECCIÓN III. REMEDIOS PARA LAS DIFICULTADES IDENTIFICADAS

Esta última sección congrega los aportes de la autora para coadyuvar a una mejor comprensión del sistema de seguridad y salud en el trabajo en armonía con las normas de protección de datos personales. Para esta finalidad, se utilizará interpretaciones constitucionales que faciliten la comprensión actual de los conflictos normativos. Asimismo, se propone la realización de algunas modificaciones normativas a la luz de las problemáticas identificadas en las secciones precedentes.

3.1. Análisis de interrogantes originadas en la normativa de SST

Hemos evidenciado que en la figura del médico ocupacional (más allá del tipo de vinculación que tenga con la empresa) reposan responsabilidades en materia de SST que exceden la mera realización de los EMO, toda vez que la vigilancia de la salud debe materializarse en un seguimiento integral de la salud colectiva e individual de los trabajadores, en armonía con las condiciones de cada puesto de trabajo, las aptitudes y las capacidades de cada trabajador. Si bien estas responsabilidades se encuentran dispersas, convergen en una característica común: todas involucran el tratamiento de información médica de carácter sensible; es decir, implican el cumplimiento de la normativa de PDP. Aun con la relevancia del papel del médico ocupacional en el sector trabajo, no existe un apartado normativo que sistematice sus responsabilidades; en la LSST solo existe una aseveración general dirigida al trabajador, en cuanto debería realizarse el EMO solo si se garantiza que el acto médico sea confidencial.¹¹ En atención a ello, se considera recomendable que este trabajo de sistematización

¹¹ Inciso e) del artículo 79 de la LSST.

parta del reconocimiento la voluntad del legislador de plasmar la relevancia del médico ocupacional, no solo como único representante del empleador calificado para el tratamiento de información sensible médica, sino también de cara a las funciones que se designan al empleador que impliquen el análisis de resultados de actos médicos.

Una vez se reconozca a nivel legal el rol del médico ocupacional, se generan una serie de interrogantes respecto a la modalidad y forma de prestación que efectuará, o si tal vez podría estar acompañado de un servicio de salud ocupacional, tal como lo propone el documento técnico. Para este análisis, seguiremos la siguiente estructura:

1. Advertir el contexto de la flexibilización de la normativa y fuente de regulación idónea para esta responsabilidad empresarial, ya sea de un médico ocupacional o de un servicio de salud ocupacional.
2. Definir cómo debería regularse la obligatoriedad, la posibilidad de regular un servicio de salud ocupacional, definir la forma de vinculación idónea entre el médico y el empleador y, finalmente, los parámetros para la obligatoriedad del servicio.

Una de las primeras interrogantes para analizar el contexto de flexibilización se orienta a comprender por qué hemos evidenciado una tendencia a reducir el umbral de empresas obligadas a contar con un médico ocupacional, tomando en cuenta el papel protagónico que le otorga tanto la normativa de SST como de PDP. Al respecto, cabe tomar atención a la fuente normativa que dispone los casos en que resulta obligatorio contar con un médico ocupacional en las empresas: el numeral 6.7.2. del Documento Técnico.

Resulta válido argüir que es el sector salud el encargado de definir las actuaciones de los profesionales médicos. Indiscutiblemente, el conocimiento especializado para regular las actuaciones de un médico lo posee el sector salud; en ese sentido, parece razonable que sea el mismo sector el que defina qué capacidad puede abarcar cada médico ocupacional en una empresa. En otras palabras, conocer a cuántos trabajadores puede atender un mismo profesional de la salud de acuerdo a cada sector empresarial. No obstante, el artículo 102 del RLSST no derivó al sector salud la posibilidad de regular esta obligación de

las empresas, solo los facultó a la emisión de documentos técnicos para definir los exámenes médicos a realizarse en el ámbito laboral. En consecuencia, el sector salud habría actuado superando las facultades otorgadas por el RLSST.

Superando esta ausencia de facultades, para aportar un remedio adecuado sería necesario comprender por qué el sector salud presenta una tendencia a reducir el umbral de empresas obligadas a contar con un médico ocupacional, tomando en cuenta el papel protagónico que le otorga tanto la normativa de SST como de PDP.

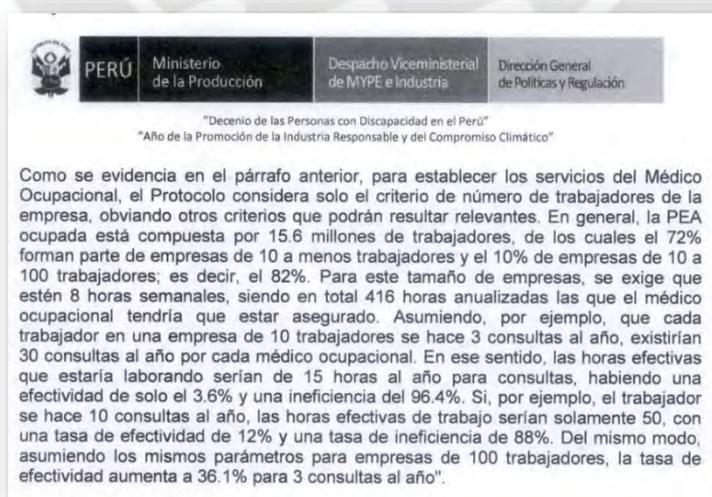
Al respecto, la fuente normativa que dispone los casos en que resulta obligatorio contar con un médico ocupacional en las empresas es el numeral 6.7.2. del Documento Técnico. La flexibilización de este numeral se originó en una decisión del poder ejecutivo, a través de un informe emitido por el Ministerio de Salud y motivado por el Ministerio de Producción, conforme a la siguiente sucesión cronológica:

- Con fecha 24 de julio del 2014, mediante Informe N° 32-2014-PRODUCE/DVMYPE-I/DGPR/DIPODEPROF-Igarcia, la Dirección de Políticas de Desarrollo Productivo y Formalización del Viceministerio de MYPE e Industria propuso solicitar al Ministerio de Salud la revisión y análisis del numeral 6.7.2. del Documento Técnico, debido a que consideraban que existían otros criterios, además de la cantidad de trabajadores, para establecer los servicios del médico ocupacional en las empresas, tales como el riesgo de la actividad o los productos que debía emitir el médico ocupacional. (Ministerio de Producción, 2014) Asimismo, incluían el siguiente análisis estadístico, con el objeto de fundamentar que un nivel efectivo de protección de la SST debe ir acorde con una reducción de costos para las empresas porque si no serían un incentivo a la informalidad:

Imagen 1: Extracto del Informe N° 32-2014-PRODUCE/DVMYPE-I/DGPR/DIPODEPROF-Igarciad

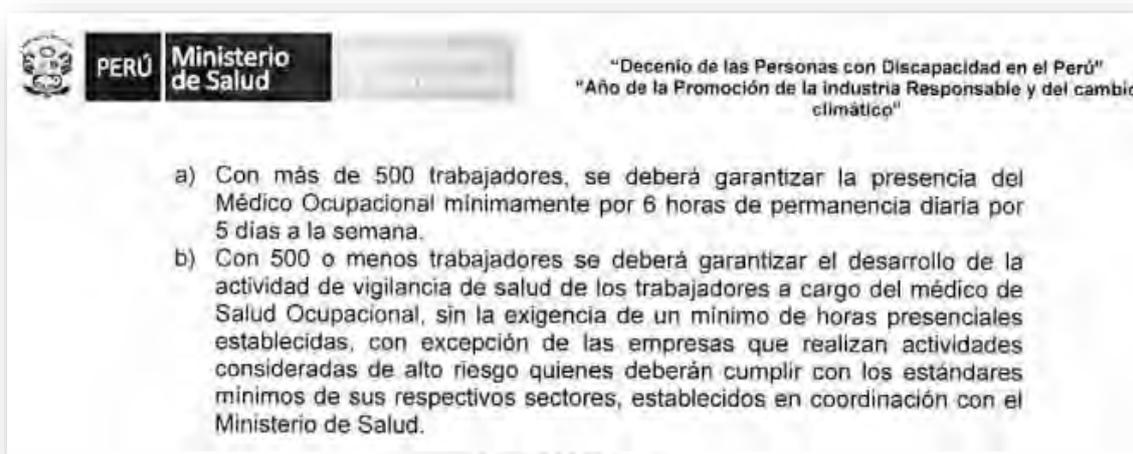
Elaboración: Ministerio de Producción - Respuesta a solicitud de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

- Este informe fue proveído por las dependencias respectivas del Ministerio de Producción, hasta llegar a su destinatario en la misma fecha de emitido. Estas actuaciones propiciaron la emisión de un informe del Ministerio de Salud para atender el requerimiento del Ministerio de Producción.
- Al día siguiente, con fecha 25 de julio del 2014, se emitió el Informe N° 686-2014/DSO/DIGESA, informe conjunto a cargo de la Dirección de Salud Ocupacional de la DIGESA y el INS - CENSOPAS del Ministerio de Salud. En este informe se toma como referencia el último oficio proveído por el Ministerio de Producción y se propone una fórmula normativa modificatoria del numeral 6.7.2. del Documento Técnico. La motivación presentada por las entidades parece tendiente a defender la presencia protagónica del médico ocupacional, en cuanto reconocer que es el médico ocupacional el llamado a garantizar la confidencialidad de la información médica. (Ministerio de Salud, 2014) No obstante, concluyen en una propuesta de fórmula normativa flexibilizadora, inclusive distinta a la que



finalmente fue publicada:

Imagen 2: Extracto del Informe N° 686-2014/DSO/DIGESA



Elaboración: Ministerio de Salud- Respuesta a solicitud de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Los puntos analizados nos permiten concluir (1) que la modificación del documento técnico obedeció a una decisión política de celeridad de aplicación, lo que se condice con el inicio de las actuaciones de fiscalización a cargo de SUNAFIL en el año 2014, que motivaron la promulgación de la Ley N° 30222 también con una tendencia flexibilizadora. (2) Esta norma proponía la ausencia de horas mínimas presenciales en la empresa para reducir los costos laborales; no obstante, en la fórmula normativa se incorporó la presentación de dos documentos: el Plan Anual de Salud Ocupacional y el Programa de Vigilancia de la Salud de los Trabajadores, el contenido de estos formatos se encuentra regulado en el Anexo 03 de la Resolución Ministerial N° 050-2013-TR¹².

Para atender a las necesidades en materia de vigilancia de la salud de los trabajadores se requiere, como mínimo, que el médico ocupacional conozca la organización en la empresa (las condiciones de trabajo, las capacidades y aptitudes de los trabajadores) y que se encargue de administrar la información sensible de salud. Ello se ve desvirtuado si las actuaciones del médico ocupacional se reducen a la elaboración de dos documentos técnicos en base a la información que el empleador ponga a su disposición. Más aun, nada impide que el empleador contrate la realización de EMO con la IPRESS que le ofrezca

¹² Los formatos señalados se encuentran disponibles en el siguiente enlace:
<https://www.gob.pe/institucion/servir/informes-publicaciones/3572314-modelos-y-formatos-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo-sst>

el menor costo y que anualmente contrate los servicios de un médico ocupacional con el único objetivo de elaborar los dos documentos técnicos exigidos. Esto implica que no se realizaría la vigilancia de la salud ni se garantizaría la ejecución del Plan Anual de Salud Ocupacional y del Programa de Vigilancia de la Salud de los Trabajadores que se elaboran.

Esta problemática resulta también en un desincentivo para los profesionales de la salud que evalúen especializarse en salud ocupacional. Menos del 19% de empresas en el país requiere tener un médico ocupacional de planta; además, sus labores podrían inclusive verse reducidas a la elaboración de documentos sin concretar una labor práctica considerable. Además, si tuvieran la suerte de ser contratados en una empresa con más de 500 trabajadores, el escenario sería el antagónico, toda vez que la responsabilidad de vigilancia de la salud (que involucra el tratamiento de los bancos de datos con información sensible) recaerían en una sola persona, sin que exista obligación alguna de la empresa que contratar un servicio de salud ocupacional que los asiste o que se regule la existencia de profesionales de la salud con obligación de secreto médico dentro del SSST que aborda la LSST pero que no tiene una estructura obligatoria.

A razón de todo lo señalado, se propone que la fuente de regulación idónea para esta responsabilidad empresarial sea la emisión de un documento técnico con el refrendo del sector salud y sector trabajo, que defina la necesidad de implementar un servicio de salud ocupacional, que funja como un brazo articulado del SSST, pero que se encuentre conformado únicamente por profesionales de salud obligados al resguardo del secreto médico y que se encuentre a cargo de un médico ocupacional.

En cuanto al segundo punto de análisis propuesto, nos orientaremos a la forma en que esta obligación debería regularse, para sintonizar con la necesidad de que las responsabilidades en materia de SST no generen un costo laboral ingente que “desincentive a la formalización”, tal como señalaba el Ministerio de Producción. Al respecto, debe desterrarse la idea de que la reducción de costos laborales incentivarán a la formalización de las empresas. Esta motivación ha propiciado la regulación “flexibilizada” en materia laboral para incentivar la productividad y competitividad desde los años 90; no obstante, solo generó la

precarización de las condiciones laborales en el Perú, la casi ausencia de trabajo decente y se mantuvieron los mismos niveles de informalidad en el país.

Se parte entonces de reconocer que la emisión de la normativa de SST supone un necesario sacrificio económico para el empleador, en cuanto se pondera la protección de los derechos a la vida, salud e integridad de los trabajadores. No obstante, no puede negarse que la implantación de medidas excesivamente costosas podría resultar en una ineficacia materia de la normativa propuesta. Por ello, el justo medio para el presente caso será definido por la forma de vinculación con el servicio de salud ocupacional.

La presencia del servicio de salud ocupacional no debe encontrarse directamente vinculada a la cantidad de trabajadores, debe definir una audiencia periódica en las instalaciones de la empresa y debe garantizar el cumplimiento de los documentos de gestión que se elaboran anualmente. En dicha línea, se propone que los servicios de salud ocupacional aplicables a todos los empleadores peruanos cumplan con las siguientes características:

1. Que puedan encontrarse fuera o dentro de la planilla del empleador. Se debería priorizar la vinculación civil para garantizar la independencia de sus decisiones y reducir los costos laborales. Actualmente existen servicios de salud ocupacional, conforme fue desarrollado en el capítulo previo; sin embargo, la poca demanda de servicios integrales (solo 19% de las empresas en el Perú) no impulsan la competencia en el mercado. Si las empresas obligadas a implementar un servicio de salud se incrementaran y las responsabilidades de las mismas excedieran la sola redacción de documentos, se propiciaría la formación de profesionales especializados y la creación de una mayor oferta de servicios, acorde a las necesidades de pequeñas y grandes empresas.
2. Que se encuentre articulado con el SSST en sus responsabilidades, así como con un representante del empleador para la adopción de decisiones de gestión laboral.
3. Que tenga la obligación de concurrir mensual o semestralmente a las empresas (en el caso de no encontrarse en la planilla del empleador) para garantizar que la información proporcionada por el empleador guarde relación con la realidad en la empresa. Ello implica propiciar canales de

- comunicación fluidos con las organizaciones sindicales y los propios trabajadores de forma individual, sin la intervención previa del empleador.
4. Que se encuentre a cargo del íntegro de las responsabilidades de vigilancia de la salud de los trabajadores incluyendo aquellas que involucren el tratamiento de información sensible médica de los trabajadores.
 5. Que tengan responsabilidad directa de cara a las autoridades inspectivas y judiciales por las labores de vigilancia de la salud que realizan. De esta forma, la responsabilidad del empleador solo radicará en la adopción de decisiones de gestión de acuerdo a las recomendaciones que formule el Servicio de Salud Ocupacional. Ello generaría para el empleador una reducción de los costos generados por multas administrativas vinculadas al incumplimiento de las medidas de prevención en materia de vigilancia de la salud.
 6. Que se encuentren obligadas a informar anualmente de forma directa a las autoridades sanitarias (Dirección General de Salud Ocupacional en el INS) y a los representantes de los trabajadores (organizaciones sindicales en la empresa, representantes elegidos por los trabajadores y las organizaciones de niveles superiores) sobre la ejecución de los planes y programas en materia de vigilancia de la salud, para una retroalimentación continua. Es decir, propiciar una intervención conjunta con enfoque preventivo antes que sancionador.

Las modificaciones propuestas presuponen la existencia de voluntad política para la modificación de la LSST para la creación formal del Servicio de Salud Ocupacional que, como fue demostrado en el capítulo anterior, el documento técnico intentó crear. Asimismo, la creación de normativa reglamentaria que involucre un trabajo articulado entre especialistas de todos los sectores involucrados. Finalmente, esta regulación debería tener periodos de implementación progresivo que no generen una abrupta afectación de la economía empresarial, pero que tampoco supondrían priorizar la economía de los mismos frente a la obligación estatal de garantizar trabajo decente en el país.

3.2. Análisis de interrogantes originadas en la normativa de PDP

Tomando en cuenta que la propuesta esbozada en el numeral 3.1 supone una implementación progresiva, el presente apartado se orientará a la brindar soluciones interpretativas para la labor diaria que actualmente manejan indiscriminadamente profesionales de la salud o empleadores. Ello con el objeto de buscar una armonía temporal entre los deberes y derechos involucrados en el tratamiento de información médica.

Para ello, partimos de recomendar a los empleadores la contratación de servicios de salud externos que brinden servicios integrales: la realización de EMO, la elaboración de los documentos de gestión y el seguimiento continuo de la implementación de las medidas de vigilancia de la salud. Ello permitirá que la responsabilidad por la administración de los datos médicos recopilados con ocasión de las actuaciones de vigilancia de la salud recaigan sobre un mismo sujeto. Ello resulta favorable a la labor fiscalizadora que debe cumplir actualmente el empleador como responsable del tratamiento de la información, toda vez que debe garantizar que el encargado del tratamiento (es decir, la empresa que brinda el servicio de salud), cumpla con las obligaciones propias de las normas de PDP.

Por ejemplo, en cuando al registro del banco de datos, la obligación de almacenar la información de salud y la excepción al consentimiento para el tratamiento de la información médica que dispone la normativa de SST definen al empleador como responsable por el tratamiento del banco de datos de información para la vigilancia de la salud de los trabajadores (titular del banco de datos). Estos datos podrían encontrarse dentro de los alcances del banco de datos de “trabajadores” en cuanto la finalidad de su recopilación converge con el cumplimiento de las obligaciones que posee como empleador. No obstante, sería necesario señale expresamente que está recopilando información sensible médica y que la información será compartida con la empresa encargada del servicio de salud ocupacional (transferencia nacional). Esta última será una empresa “encargada del tratamiento”, lo que implica que la empresa tendrá la obligación de garantizar que implemente las medidas de seguridad adecuadas conforme a los principios de PDP, el ejercicio de derechos ARCO de los

pacientes/trabajadores y, en suma, el adecuado manejo de la información conforme a las disposiciones de la normativa de PDP.

En cuanto al principio de calidad, la vigencia y actualidad de los datos médicos administrados tendrá estrecha relación con la periodicidad de actualización de la información recopilada a través de las herramientas de vigilancia de la salud: EMO, encuestas de salud, controles pre-clínicos de tamizaje, estudios epidemiológicos, etc. Asimismo, ya sea que se cuente con un médico ocupacional o que se contrate un servicio de salud ocupacional, se recomienda almacenar la información por el máximo plazo actualmente regulado para la conservación de la información sobre EMO (40 años). Esto supone el uso necesario de respaldos digitales de la información en un archivo pasivo. Para ello, se deberán implementar medidas de seguridad propias del tratamiento de información automatizada, es decir, crear un procedimiento que regule las responsabilidades de cara al tratamiento y accesos a la información, designar a un responsable del banco de datos que, para el caso, debería ser el médico ocupacional o el representante de la empresa de cara al servicio de salud ocupacional contratado. Por otro lado, se deberían manejar accesos codificados, el uso de contraseñas y usuarios asignados a perfiles de puesto específicos, la trazabilidad de las modificaciones o actualizaciones y otras medidas que garanticen el resguardo de los datos sensibles.

Ello no exime al ente regulador de la necesidad de definir un nuevo plazo de conservación que respete el principio de calidad. Al respecto, se propone interpretar que el plazo definido a nivel jurisprudencial (10 años contados desde la fecha en que pudo ejercitarse la acción) deberían iniciar su cómputo desde la fecha en que finaliza el plazo para un trabajador pueda solicitar a su empleador realizarse un EMO de salida, conforme al inciso d) del artículo 49 de la LSST en concordancia con el artículo 101 del RLSST. De esta forma, podría existir certeza respecto al cómputo del plazo de cara a la conservación de información en manos del empleador, resguardando la información sensible del trabajador y tomando en cuenta que este último, como titular de los datos, bien podría conservar los resultados de los exámenes médicos por el periodo que considere necesario.

En cuanto al ejercicio del deber de información en el marco de información sensible, como fue señalado previamente, no existe norma que determine la obligatoriedad de usar la forma escrita para advertir al trabajador las condiciones en que se efectuará el tratamiento de su información médica. Sin perjuicio de esta necesaria intervención del legislador o regulador, se recomienda utilizar la forma escrita en cuanto resulta la vía idónea para que el empleador demuestre que ejecutó adecuadamente el deber de información ante sus trabajadores.

Para ello, será factible el uso de la tecnología a partir de la implementación de políticas de privacidad que cumplan con las siguientes características:

- Que sean de acceso público, en especial para los trabajadores; es decir, que para su revisión no se requiera ningún tipo de autorización o verificación previa.
- Que se encuentre redactada con un lenguaje amigable, de fácil comprensión, sin usar términos técnicos y en el idioma o dialecto nativo de los trabajadores (inclusive en más de un idioma).
- Que la estructuración del documento sea simple y concreta, tomando en cuenta que una excesiva extensión dificultaría la comprensión del mismo o desincentivaría su revisión.
- Que se encuentren en permanente actualización, de cara a las nuevas necesidades o usos que le brinde la empresa.
- Que se informe a los trabajadores en cada ocasión que se realicen actualizaciones o mejoras al documento.
- Que se almacene evidencias de las comunicaciones realizadas a los trabajadores a partir de las cuales se les pone en conocimiento el contenido de la política de privacidad.
- Que se enfatizen en las vías existentes para que los trabajadores ejerzan sus derechos ARCO. En la medida de lo posible, estas vías deberían usar métodos digitales, de forma que se controle el estricto cumplimiento de los plazos y formas previstas en el Título III de la LPDP y en el Reglamento. Recordemos que en el ejercicio de cada derecho pueden existir otros deberes o deberes involucrados; por ejemplo, un trabajador no puede solicitar que un empleador cancele la información de los resultados médicos de su último EMO, toda vez que existe una norma

legal que dispone la obligatoriedad de su almacenamiento en manos del empleador, se trata entonces de un análisis casuístico que debe ser implementado por el empleador. Finalmente, en caso la información no se encuentre en poder del empleador, este tiene la obligación de garantizar que el trabajador conozca las vías existentes para el ejercicio de sus derechos ARCO; por ejemplo, reproduciendo en su propia política de privacidad las vías para el ejercicio de este derecho que provee la empresa que presta el servicio de salud ocupacional.

En síntesis, además de las medidas legislativas y regulatorias recomendadas, existen vías idóneas tecnológicas que favorecen el cumplimiento de las medidas de PDP a cargo del propio empleador o en su rol garantista de cara a la administración de datos que realice un servicio de salud ocupacional contratado.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Para el tratamiento de información médica de trabajadores en el Perú existen varios derechos y deberes involucrados. Prevalece una tensión entre el derecho a la seguridad y salud en el trabajo en el marco del deber de prevención del empleador manifestado en la vigilancia de la salud, frente al derecho a la intimidad del trabajador manifestado la protección de sus datos sensibles médicos. El encargado de articular los puntos de convergencia entre ambos derechos y deberes es el médico ocupacional, quien es responsable del deber de confidencialidad de la información en armonía con el principio de no discriminación en el ámbito laboral. Para tal finalidad el secreto profesional opera como un deber y un derecho para el médico, en cuanto tiene la responsabilidad del resguardo de información y el derecho a no ser afectado o sancionado por terceros a causa del cumplimiento de este deber.
- En la práctica, la interacción entre estos deberes y derechos se enfrentan a dificultades originadas en la dispersión normativa de la materia, la regulación expedida por más de un sector especializado -a saber, sector salud, sector trabajo y sector administrativo-, así como a circunstancias generadas en las características del mercado laboral peruano, tal es el

caso de la informalidad labora y empresarial, como la baja oferta de profesionales especializados en salud ocupacional.

- Las soluciones para la problemática identificadas no son respuestas únicas y acertadas, requieren de un trabajo conjunto entre el legislador, los profesionales especializados en materia de seguridad y salud en el trabajo, salud y protección de datos personales, así como con los empleadores que finalmente aplicarán las medidas mínimas dispuestas en los instrumentos normativos. Este tipo de acciones deben acompañarse con un trabajo de sensibilización sobre la incidencia de esta problemática, a todo nivel, de forma que los empleadores encuentren motivación para implementar buenas prácticas empresariales que favorezcan aplicar niveles de protección superiores a los mínimos legales.

BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada Bautista, Alessandra (2021) *La vigilancia de la salud de los trabajadores como parte del deber de prevención del empleador*. [Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional PUCP. Acceso digital: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/22616/AHUMADA_BAUTISTA_ANDREA_ALESSANDRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Centro de Prevención de Riesgos del Trabajo – CEPRIT ESSALUD (2013) *Boletín Informativo*. Año I-1, Mayo 2013, GOF – CEPRIT. Acceso digital: http://www.essalud.gob.pe/downloads/ceprit/BoletinCPR01_.pdf
- Colegio Médico del Perú (2023). *Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú*. Lima: CMP, 01 de febrero del 2023. Acceso digital: <https://www.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2023/02/Actualizacion-Codigo-de-etica-ultima-revision-por-el-comite-de-doctrina01feb.pdf>
- Conferencia Internacional de Trabajo (2022) *Resolución sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. 110ª reunión, 06 de junio del 2022. Acceso digital:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_848653.pdf

- Congreso de la República del Perú (2011a) *Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales*. Publicada el 03 de julio del 2011, Lima.
- Congreso de la República del Perú (2011b) *Ley N° 29873, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Publicada el 20 de agosto del 2011, Lima.
- Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina de Naciones – CAN (2004) *Decisión N° 584 “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo” (IASST)* Guayaquil, 07 de mayo del 2004.
- Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña (2013) *Consideraciones sobre la vigilancia de la salud de los trabajadores y trabajadoras*. Barcelona: Departamento de Empresa y Ocupación de Cataluña, pp. 11. En Cossio Peralta, André. (2018) *El derecho a la intimidad en la vigilancia de la salud de los trabajadores*. Lima: Jurista Editores, primera edición.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999) *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Acceso digital: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_115_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999) *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Acceso digital: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf
- Cossio Peralta, André. (2018) *El derecho a la intimidad en la vigilancia de la salud de los trabajadores*. Lima: Jurista Editores, primera edición.
- Defensoría del Pueblo (2019) *Manual de Protección de Datos Personales. Adjuntía en Asuntos Constitucionales*. Lima, primera edición, noviembre 2019. Acceso digital: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/11/Manual-de-Protecci%C3%B3n-de-Datos-Personales.pdf>

- INEI (2023) *Perú: Comportamiento de los Indicadores del Mercado Laboral a nivel Nacional y en 26 Ciudades - I Trimestre 2023*. Informe estadístico elaborado el 15 de agosto de 2023, resultados de la Encuesta Permanente de Empleo Nacional (EPEN). Acceso digital: <https://www.gob.pe/institucion/inei/informes-publicaciones/4519379-peru-comportamiento-de-los-indicadores-del-mercado-laboral-a-nivel-nacional-y-en-26-ciudades-i-trimestre-2023>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2013) *Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales*, publicado el 22 de marzo del 2013.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017) *Decreto Supremo N° 019-2017-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1353*, publicado el 15 de septiembre del 2017.
- Ministerio de Producción (2014) *Informe N° 32-2014-PRODUCE/DVMYPE-I/DGPR/DIPODEPROF-Igarcia*. [Documento obtenido mediante solicitud de transparencia y acceso a la información pública] Emitido con fecha 24 de julio del 2014 a cargo de la Dirección de Políticas de Desarrollo Productivo y Formalización del Viceministerio de MYPE e Industria.
- Ministerio de Salud (2011) *Documento técnico: Protocolos de exámenes médicos ocupacionales y guías de diagnóstico de los exámenes médicos obligatorios por actividad*. Aprobado mediante Resolución Ministerial N° 312-2011-MINSA, de fecha 26 de abril del 2011. Acceso digital: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2011/Abril/26/RM-312-2011-MINSA.pdf>
- Ministerio de Salud (2014) *Informe N° 686-2014/DSO/DIGESA*. [Documento obtenido mediante solicitud de transparencia y acceso a la información pública] Emitido con fecha 25 de julio del 2014, informe conjunto de la Dirección de Salud Ocupacional de la DIGESA y el INS – CENSOPAS.

- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (1997) *Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral*, publicado el 27 de marzo de 1997.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2006) *Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo*, publicado el 29 de octubre del 2006.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2023). "MTPE: En enero 2023 se crearon 177 mil nuevos puestos de trabajo en el sector formal privado". *Nota de prensa*, Oficina de Comunicación e Imagen Institucional, publicado el 19 de abril de 2023 a las 13:52 horas. Acceso digital: <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/noticias/744944-mtpe-en-enero-2023-se-crearon-177-mil-nuevos-puestos-de-trabajo-en-el-sector-formal-privado>
- Molero Suárez, Marlene (2010). *El mobbing como riesgo psicosocial en el trabajo. Su protección desde la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo*. En "IV Congreso Nacional - Cusco 2010". Acceso digital: <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/IV-Congreso-Nacional-Cusco-2010-537-551.pdf>
- Organización de Estados Americanos (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, 22 de noviembre de 1969. Acceso digital: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>
- Organización Internacional del Trabajo. (1981) *Convenio 155: Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores*. Acceso digital: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P1_2100_ILO_CODE:C155
- Ortiz R., Humberto De J. (2010) *Ius Cogens Laboral y sus aportes al Trabajo Decente en un Mundo Global-Glocal-Regional*. En Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta Vol. IV N° 2 (julio -

diciembre 2010) pp. 85 – 107. Acceso digital:
<https://www.redalyc.org/pdf/1275/127519335004.pdf>

- Ospina Salinas, Estela (2014) *Vigilancia de la salud de los trabajadores*. En “Themis” Revista de Derecho N° 65, pp. 187 - 197. Acceso digital:
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10867/11372>
- Palomeque López, Manuel Carlos. (1991) *Los derechos laborales en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. En Cossio Peralta., André. (2018) *El derecho a la intimidad en la vigilancia de la salud de los trabajadores*. Lima: Jurista Editores, primera edición.
- Pizarro Díaz, Mónica (2006). *La Remuneración en el Perú*. Estudio Gonzáles Asociados, Lima.
- Rodríguez Bernal, Gemma Maria Lourdes (2023). *Informe Jurídico sobre la Resolución Directoral N° 429-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP*. Trabajo de suficiencia profesional para optar por el título de abogada. Pontificia Universidad Católica del Perú. Acceso digital:
[https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/25639/Rodriguez_Bernal_Informe_Jur%
c3%addico_Resoluci%
c3%b3n%20Di
rectoral1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/25639/Rodriguez_Bernal_Informe_Jur%c3%addico_Resoluci%c3%b3n%20Directoral1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones – CAN (2005) *Resolución N° 957 “Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”* (RIASST) Lima, 23 de setiembre de 2005.
- Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (2023) *CARTA N° 0044-2023-SUNEDU-AIP*. [Documento obtenido mediante solicitud de transparencia y acceso a la información pública] Emitido con fecha 14 de noviembre del 2023, de la Unidad de Atención al Ciudadano y Trámite Documentario.
- Tascón López, Rodrigo (2005) *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*. Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. Thomson Civitas.

- Tribunal Constitucional del Perú (2005) *Sentencia recaída sobre el expediente N° 6712-2005-HC/TC*. Lima: 17 de octubre de 2005. Acceso digital: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2021) *Pleno del Tribunal Constitucional en sentencia recaída sobre el expediente N° 02481-2019-HD/TC*. Lima: 02 de febrero de 2021. Acceso digital: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02481-2019-HD.pdf>

