

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS
TRABAJADORES**

**Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho del Trabajo y de
la Seguridad Social que presenta:**

ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA

ASESOR

MG. ORLANDO DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE

JURADO

DR. GUILLERMO BOZA PRO

MG. MAURO UGAZ OLIVARES

LIMA – PERÚ

2016



A mis padres, Fernando y Rosa, hermanos Fernando y Jessica, y sobrinos Priscilla, Aixa, Sayuri, Kendra y Maximiliano por todos los momentos y fines de semana que no he podido estar junto a ustedes



CONTENIDO

Pág.

ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I.....	9
EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA RELACIÓN DE TRABAJO Y LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.....	9
1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO.....	10
1.1. La eficacia de los derechos fundamentales: eficacia vertical y horizontal	10
1.2. La garantía constitucional del respeto de los derechos fundamentales del trabajador en la relación de trabajo.....	13
1.3. La conjugación entre el poder de dirección y los derechos fundamentales del trabajador: El juicio de ponderación	17
2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA RELACIÓN DE TRABAJO.....	21
2.1. Hacia una definición de “intimidad”.....	22
2.2. El contenido del derecho a la intimidad a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	23
2.3. El derecho a la intimidad y la protección de datos personales	27
3. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO	30
3.1. El derecho a la igualdad	30
3.2. El mandato constitucional de no discriminación.....	31
3.3. La discriminación en el empleo y el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación	35
3.3.1. Concepto discriminación en el empleo	35
3.3.2. Formas de discriminación: directa e indirecta.....	37
4. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SALUD	38
4.1. La discriminación en función a la información de la salud de los trabajadores.....	38
4.1.1. Régimen especial de protección a trabajadores con determinadas enfermedades (VIH/SIDA y Tuberculosis)	39
4.1.2. Régimen especial de protección a las personas con discapacidad	40
4.2. La discriminación en función a la información genética	44
CAPÍTULO II.....	48
EL DEBER DE VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES.....	48
1. LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO COMO DERECHO HUMANO LABORAL	48
1.1. Los derechos humanos laborales: el derecho a la seguridad y salud en el trabajo	50
1.2. Fundamento en el Derecho a la Vida e Integridad Personal.....	51
1.3. Fundamento en el Derecho a la Salud.....	53
1.4. Fundamento en el concepto de Trabajo Decente	55
1.5. Reconocimiento en instrumentos internacionales y configuración constitucional.....	57
2. EL DEBER GENERAL DE PREVENCIÓN DEL EMPLEADOR	60
2.1. Naturaleza jurídica del deber de prevención.....	60
2.2. El deber de prevención del empleador: una obligación de carácter complejo	62
2.3. El deber de prevención del empleador: una obligación de medios	65
3. LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES	68
3.1. Concepto y finalidad.....	68
3.2. Mecanismos de vigilancia de la salud de los trabajadores en sentido estricto.....	73
3.2.1. Exámenes médicos ocupacionales.....	73
3.2.2. Encuestas de salud.....	74
3.2.3. Controles pre – clínicos Tamizaje (<i>Screening</i>).....	74
3.2.4. Estudios Epidemiológicos.....	75
3.3. El encargado de la vigilancia de la salud de los trabajadores: el servicio de seguridad y salud en el trabajo	75

CAPÍTULO III.....	80
LAS GARANTÍAS DEL RESPETO AL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES	80
1. MECANISMOS DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL <i>EX ANTEA</i> LA EJECUCIÓN DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES ESTABLECIDOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	80
1.1. Alcance limitado a los riesgos ocupacionales	80
1.2. Voluntariedad.....	84
1.3. El consentimiento informado.....	87
1.4. El juicio de ponderación aplicado a la vigilancia de la salud de los trabajadores	92
2. MECANISMOS DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL <i>EX POSTA</i> LA EJECUCIÓN DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES ESTABLECIDOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	96
2.1. El deber de confidencialidad y la responsabilidad profesional del médico ocupacional	97
2.2. El uso de la información con fines de prevención	100
3. LA PROHIBICIÓN DE REALIZAR ACTOS DE DISCRIMINACIÓN EN LAS DISTINTAS FASES DE LA RELACIÓN LABORAL POR DATOS RELACIONADOS A LA SALUD ESTABLECIDA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA	101
3.1. En la fase de acceso al empleo.....	102
3.2. Durante el desarrollo de la relación de trabajo	105
3.3. Al término de la relación laboral	109
3.3.1. La negativa del trabajador a someterse a los exámenes médicos	109
3.3.2. La invalidez absoluta permanente	111
3.3.3. Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas.....	112
CONCLUSIONES.....	115
BIBLIOGRAFÍA.....	122



ABREVIATURAS

<i>CAN</i>	<i>Comunidad Andina de Naciones</i>
<i>C93</i>	<i>Constitución Política del Perú de 1993</i>
<i>Decisión 584</i>	<i>Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo</i>
<i>DDFF</i>	<i>Derechos Fundamentales</i>
<i>DDHH</i>	<i>Derechos Humanos</i>
<i>DUDH</i>	<i>Declaración Universal de Derechos Humanos</i>
<i>DTPEMO</i>	<i>Documento Técnico Protocolo de Exámenes Médicos Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad, aprobado por Resolución Ministerial N° 312-2011-MINSA</i>
<i>LGPCD</i>	<i>Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 29973</i>
<i>LGS</i>	<i>Ley General de Salud, Ley 26842</i>
<i>LPDP</i>	<i>Ley de Protección de Datos Personales, Ley 29733</i>
<i>LSST</i>	<i>Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 29783</i>
<i>OIT</i>	<i>Organización Internacional del Trabajo</i>
<i>PIDCP</i>	<i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>
<i>PIDESC</i>	<i>Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales</i>
<i>RLPDP</i>	<i>Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales, Decreto Supremo N° 003-2013-JUS</i>
<i>RLSST</i>	<i>Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Decreto Supremo N° 005-2012-TR</i>
<i>TCE</i>	<i>Tribunal Constitucional Español</i>
<i>TCP</i>	<i>Tribunal Constitucional del Perú</i>

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR, se establecieron diversas disposiciones para garantizar la seguridad y salud en todos los ambientes de trabajo. Estos dispositivos normativos generaron que se otorgue la importancia debida a un campo tan sensible como es la vigilancia de la salud de los trabajadores.

Ello, pues, trajo consigo una mayor actividad fiscalizadora por parte de las autoridades administrativas locales con el objeto de verificar que los empleadores cumplan adecuadamente con su deber de vigilar la salud de los trabajadores, de modo que estos puedan desarrollar sus labores de manera segura, sin poner en riesgo su seguridad y salud o de terceras personas. No obstante, la novedad normativa y la labor de fiscalización por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo determinó una preocupación por el cumplimiento en sí mismo de este deber, sin advertir que existía otro derecho que también debía tutelarse: el derecho a la intimidad personal de los trabajadores.

En efecto, a través del referido deber de vigilancia de la salud de los trabajadores se obtienen datos que corresponden al ámbito de la intimidad personal y que deben tener por objeto el establecimiento de medidas de prevención en el lugar de trabajo. Sin embargo, en la práctica tales datos no solo son utilizados por los empleadores con fines de prevención, sino que además tienen impacto en las distintas fases de la relación laboral, esto es, en el acceso, durante y al término del contrato de trabajo y que, incluso, podrían derivar en decisiones que encubran conductas discriminatorias por haber sido determinantes para la celebración y/o extinción del contrato de trabajo.

El referido deber de vigilancia de la salud de los trabajadores implica el acceso a información de carácter sensible de los trabajadores que corresponde a la esfera de su intimidad personal. En tal virtud, en doctrina comparada —en particular la doctrina española— se ha examinado cómo se conjuga el binomio *“intimidad y vigilancia de la salud de los trabajadores”*, explorando los diversos aspectos que deben respetarse para garantizar adecuadamente el derecho a la intimidad personal de los

trabajadores, sin que ello represente desproteger o desconocer la importancia de vigilar su salud con fines de prevención de riesgos laborales.

Así, uno de los primeros trabajos examinados respecto a esta materia corresponde al desarrollado por el profesor José Luis Goñi Sein (1999), quien analizó los límites constitucionales de los reconocimientos médicos establecidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales española, Ley 31/1995.

Otro trabajo importante, y es el que generó el interés por la presente investigación, corresponde al elaborado por el profesor Daniel Toscani Giménez (2012), quien incidió sobre la forma cómo deben desarrollarse los exámenes médicos, la obligación del trabajador de comunicar datos sobre su salud al momento de su contratación, entre otros.

Más aún, el derecho a la intimidad en este ámbito tiene vinculación con la prohibición de ejecutar actos de discriminación en las distintas etapas de la relación laboral, ya sea en el acceso, durante o al término de la misma. Por ejemplo, a nivel de la OIT se han desarrollado principios éticos que deben tenerse en cuenta en la vigilancia de la salud de los trabajadores, tales como que los datos obtenidos no sean utilizados como mecanismos de selección de personal (OIT, 1998).

Inclusive, en doctrina europea existen algunos estudios, como por ejemplo el desarrollado por Francisco Javier Calvo Guerrero (2002), quien analiza las nuevas formas de discriminación por la adopción de decisiones de los empleadores sustentados en estudios genéticos de los trabajadores para determinar su aptitud para desarrollar determinado tipo de actividad, configurándose así un tipo de “discriminación genética”.

Sin embargo, debido a que en nuestro país el desarrollo de la Seguridad y Salud en el Trabajo es aún muy novel, no existen suficientes trabajos académicos en los que se haya tratado el binomio “Intimidad y Vigilancia de la Salud de los Trabajadores. La presente investigación pretende contribuir a que dicho binomio también forme parte del debate académico cuándo se analice el derecho a la seguridad y salud en el trabajo.

Cabe señalar que, en nuestro medio, Erika Céspedes Suzuki ha abordado el problema de la discriminación genética en el ámbito del acceso al empleo

(CÉSPEDES SUZUKI, 2005), y la profesora Estela Ospina ha desarrollado de manera general el deber empresarial de vigilancia de la salud de los trabajadores (OSPINA SALINAS, Vigilancia de la Salud de los Trabajadores, 2014). Por nuestra parte, hemos publicado un artículo—el cual constituye un estudio preparatorio e introductorio de la presente investigación—en el que desarrollamos la problemática de la realización de los exámenes médicos ocupacionales (COSSIO PERALTA, 2014).

Este trabajo, por tanto, pretende examinar si en nuestro ordenamiento jurídico existen efectivas garantías de respeto al derecho a la intimidad personal en el cumplimiento del deber del empleador de vigilar el estado de salud de los trabajadores. De esta manera, pretendemos verificar si los mecanismos de respeto a la intimidad personal de los trabajadores establecidos en nuestro ordenamiento tienen por objeto prevenir la comisión de actos de discriminación en las distintas fases de la relación laboral, esto es, antes, durante y al término de la misma.

Para este efecto, nos proponemos analizar la problemática del ejercicio y respeto del derecho a la intimidad personal en la vigilancia de la salud de los trabajadores. Así, en el primer capítulo verificaremos y analizaremos el contenido del derecho a la intimidad y la protección de datos personales a partir de la doctrina especializada y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional emitida sobre la materia, examinando los problemas de su ejercicio y respeto en el ámbito de la relación de trabajo, así como establecer los alcances del mandato de no discriminación en la relación de trabajo.

En el segundo capítulo, examinaremos los alcances del deber empresarial de vigilancia de la salud de los trabajadores, pasando por el análisis de los fundamentos que sustentan el derecho humano laboral a la seguridad y salud en el trabajo. Asimismo, se repasarán las formas específicas de vigilancia de la salud de los trabajadores y el organismo encargado de ejecutar la misma.

Finalmente, en el tercer capítulo verificaremos cuáles son los mecanismos de garantías del derecho a la intimidad personal previstas en nuestro ordenamiento y cómo estos tienen por objeto prevenir que se produzcan actos de discriminación en la relación de trabajo que se sustenten en los datos obtenidos a través de la vigilancia de salud de los trabajadores.

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA RELACIÓN DE TRABAJO Y LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO

Las relaciones laborales implican un concierto de voluntades entre empleadores y trabajadores para el mantenimiento de las mismas y, a su vez, un encuentro de sus intereses contrapuestos. Por el lado de los empleadores, pretenden un ejercicio omnímodo de sus poderes y facultades de dirección. En cambio, por el lado de los trabajadores, se reclamará el pleno respeto de sus derechos y que se generen las condiciones necesarias para el ejercicio de los mismos.

Dentro de este encuentro de intereses contrapuestos, se incorporará un deber del empleador de vigilar las condiciones de salud de sus trabajadores. A ese deber, también podría añadirse el interés del empleador de verificar las condiciones físicas y psíquicas del trabajador o prospectos de trabajadores para determinar si estos pueden desempeñar determinadas actividades. No obstante, ya sea en cumplimiento de un deber o por pretender tutelar un interés particular, ambas acciones del empleador implicarán que éste tenga acceso a información relativa a la salud de sus trabajadores o prospectos y, a partir de la misma, adoptar alguna decisión que puede incidir tanto en la fase de acceso, desarrollo o extinción de la relación laboral.

Por esta razón, en el presente capítulo aborderemos tres ejes centrales que luego nos permitirán perfilar los objetivos de la presente investigación. Así, en primer lugar, trataremos la compleja interacción de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, poniendo énfasis en la herramienta que permitirá solucionar el conflicto entre el ejercicio del poder de dirección y el respeto de los derechos fundamentales. Seguidamente, se analizará el contenido, alcances y ejercicio del derecho a la intimidad en la relación de trabajo, y su vinculación con el derecho a la protección de datos personales. Finalmente, repasaremos la delimitación de la discriminación en el empleo. De esta manera, habremos establecido las bases conceptuales que resultan transversales a la presente investigación.

1. Los Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo

Las relaciones de trabajo, por las diferentes particularidades que esta conlleva, implican la interacción entre el ejercicio del poder de dirección del titular de la actividad y la fuerza de trabajo de aquella persona que, a cambio de una retribución económica, ha consentido en encontrarse bajo la subordinación de aquel titular. La relación de trabajo, pues, conlleva una constante interacción entre los derechos del empleador, en razón de su calidad de titular de la actividad, y los derechos del trabajador.

Sin embargo, en el seno de la relación de trabajo se presentarán múltiples situaciones en las que los derechos e intereses de ambos sujetos entrarán en conflicto. En este conflicto, la tarea consistirá en determinar qué derecho o qué intereses prevalecerán, atendiendo a la naturaleza de los mismos. Más aún, el conflicto adquirirá una mayor complejidad cuando en este se advierta que se encuentra comprendido un derecho fundamental del trabajador. De ahí que surja la necesidad de analizar la vigencia y eficacia de dichos derechos en el ámbito de la relación de trabajo, toda vez que podrían presentarse escenarios en los que el ejercicio de la facultad directriz del empleador conlleve la afectación de un derecho fundamental de los trabajadores.

Para este propósito, en el presente apartado procederemos a examinar muy brevemente el concepto de derechos fundamentales y el problema de su eficacia en las relaciones entre particulares, para luego detenernos en la vigencia de estos derechos en el ámbito de las relaciones de trabajo.

1.1. La eficacia de los derechos fundamentales: eficacia vertical y horizontal

Los derechos fundamentales se sustentan en la dignidad y en la condición de persona humana por el solo hecho de serlo. Así, y como sostiene Castillo Córdova, “(...) ‘desde una perspectiva jurídica’, la persona humana depositaria de una dignidad, significa sus derechos fundamentales (o derechos humanos) (...)” (CASTILLO CORDOVA, 2008, pág. 5). En este orden de ideas, el mismo autor recoge la definición de derechos humanos efectuada por el PEREZ LUÑO, para quien el concepto derechos fundamentales implica: “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben

ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (CASTILLO CORDOVA, 2008).

Cabe advertir, sin embargo, en doctrina surge la discusión por la distinción entre DDFF y DDHH. Así, RODRIGUEZ MANCINI nos recuerda, por ejemplo, que para PEREZ LUÑO los DDFF son aquellos DDHH que han sido recogidos en los textos constitucionales de los diferentes estados; y, en igual sentido, MESSNER sostiene que los derechos del hombre recogidos en las constituciones se denominarán DDFF (2007, pág. 2).

En tal virtud, RODRIGUEZ MANCINI acotará que si bien DDFF y DDHH suelen utilizarse de manera indistinta, “(...) *la noción de derechos humanos supera, en su significación, en su contenido, a la derechos fundamentales (...)*” precisando que “*los derechos fundamentales son también derechos humanos, con lo cual, al examinar los fundamentos de unos, estamos explicando los de los otros*” (2007, pág. 11). Con ello, pues, sostendrá el referido autor que el sustento último de los DDHH se encuentra en la dignidad de la persona humana (RODRIGUEZ MANCINI, 2007). De ahí que este sea el fundamento de los DDFF.

Ahora bien, de acuerdo a una concepción clásica, los DDFF se proclamaron como derechos públicos subjetivos, lo cual implica que al individuo puedan atribuírsele tres condiciones: (i) un estado de libertad, que es reconocido por el Estado; (ii) una condición activa, en virtud de la cual se pueden exigir determinadas prestaciones al Estado; y, (iii) una condición civil, a través de la cual el individuo participa en la actuación del Estado (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013, pág. 18).

En esta concepción, los DDFF surgen y se proclaman ante el Estado, vale decir, se erigen como límites al ejercicio del poder por parte del Estado. Desde una perspectiva liberal, los DDFF demandarán que el Estado no intervenga o no tenga injerencia en el ejercicio de los mismos, lo cual cobraría sentido en las libertades reconocidas a la persona (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013, pág. 20).

A raíz de reconocer que los DDFF se fundan en la dignidad humana, se añadirá una dimensión objetiva de los mismos, superándose así la concepción clásica de los DDFF. Desde esta dimensión, el Estado tendrá el deber de establecer y promover las condiciones necesarias para el ejercicio y disfrute de los DDFF, ya

no limitándose a una no injerencia, por lo que “[los DDFF] no son más zonas de autonomía que exigen la no intervención estatal. Son, además, mandatos positivos de actuación del poder público para asegurar la plena vigencia de los derechos” (CASTILLO CORDOVA, 2008, pág. 15).

Como puede advertirse, en ambas concepciones, los DDFF se proclaman y se exigen ante el Estado, con lo cual estos DDFF resultarán exigibles ante los Estados, produciéndose la denominada eficacia vertical de los derechos fundamentales. Con respecto a esta eficacia, el TCP en el fundamento jurídico N° 17 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03179-2004-AA/TC, señaló lo siguiente:

“17. La vinculación de los derechos hacia cualesquiera de los poderes y, en general, órganos públicos, es lo que hemos venido en denominar eficacia vertical de los derechos fundamentales. Tal eficacia no es sino consecuencia de la naturaleza pre-estatal de los derechos fundamentales y, por tanto, del carácter servicial del Estado para con ellos, en tanto que la persona humana se proyecta en él como el fin supremo (art. 1 de la Constitución).

En ese sentido, tenemos dicho que dentro de estos sujetos obligados para con el respeto y protección de los derechos fundamentales se encuentran todos los poderes públicos, es decir, los entes que forman parte del Estado, independientemente de su condición de órgano constitucional, legal o administrativo, y los grados e intensidad de autonomía que para con ellos el ordenamiento haya podido prever”.

Conforme se desprende de lo señalado previamente, los DDFF se exigen y reclaman ante el Estado. Dicho en otros términos, los DDFF se transforman en límites al ejercicio del poder por parte del Estado.

Ahora bien, a partir del reconocimiento de otros poderes fácticos distintos al poder estatal, la idea de DDFF no solo se agotará en reclamar su eficacia ante el Estado, sino que, además, se demandará su eficacia en el ámbito de las relaciones entre particulares (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013, pág. 28). Por esta razón, los DDFF adoptarán un carácter de protección *erga omnes*, exigiéndose su respeto y ejercicio ya no solo ante el poder estatal, sino además ante los poderes privados. Con ello, se reivindicará la eficacia horizontal de los DDFF.

Con relación a la eficacia horizontal de los DDFF, en el sexto fundamento jurídico de la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, el TCP ha señalado lo siguiente:

“La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)”. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privados o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional”.

Los DDFF tienen, entonces, una eficacia vertical—exigencia frente a los poderes públicos—y una eficacia horizontal—exigencia ante los poderes fácticos. Este último escenario, se ubicará la exigencia de respeto de los derechos fundamentales ante los particulares.

Precisamente, esta eficacia es la que nos concierne para los fines del presente trabajo. La eficacia de los derechos fundamentales en el marco de la relación de trabajo, pues, como bien ha señalado VALDÉS DAL-RÉ, el análisis y revisión crítica de estos efectos encuentra en la relación jurídica entre el empleador y el empresario un terreno ideal para su expresión y desarrollo (2003, pág. 41).

1.2. La garantía constitucional del respeto de los derechos fundamentales del trabajador en la relación de trabajo

Cuando se trata el tema relativo a la eficacia de derechos fundamentales y, más aún, de su eficacia en el ámbito de las relaciones laborales, resulta indispensable preguntarse por cuáles son las características de estos derechos y, a su vez, delimitar en qué categoría de derechos fundamentales se inscribe el presente estudio.

Para este efecto, VALDÉS DAL-RÉ, recogiendo las características ensayadas por Luigi FARROJOLI, nos recuerda que pueden identificarse los siguientes rasgos a los derechos fundamentales: (i) universales, vale decir, consustancial a

todos los sujetos por su sola condición; (ii) inalienables, lo que implica su indisponibilidad, tanto activa, por parte del titular, como pasiva, al no ser expropiable por otros sujetos; y, (iii) recogidos en normas generales y abstractas, es decir, principalmente en textos constitucionales (2003, pág. 42).

En virtud de estas características, VALDÉS DAL-RÉ perfilará las características que revisten de “fundamentabilidad” a los derechos laborales. Así, para el referido autor, estaremos ante un derecho fundamental del trabajador cuando (VALDES DAL-RÉ, 2003, pág. 43):

- Sea de carácter universal, lo que permitirá que el derecho sea atribuible a todos los trabajadores por igual, esto es, a quienes se les reconozca la condición jurídica de trabajador.
- Sea de carácter indisponible, con lo cual se restará la condición de derechos fundamentales a todos aquellos derechos que se encuentren a disposición de la autonomía privada.
- Sea reconocido en reglas generales y abstractas en el más alto nivel en el ordenamiento, de modo que no se encuentre en normas subordinadas a un criterio de jerarquía normativa. Respecto de este último rasgo característico, VALDES DAL-RÉ es enfático al sostener lo siguiente:

“(...) la fundamentabilidad no podrá predicarse de aquellos derechos laborales que, aún estando sancionados mediante reglas generales y abstractas, vengan enunciados en normas téticas sujetas al principio de jerarquía normativa (...) o, en su caso, sometidas al control jurisdiccional de constitucionalidad(...)” (2003, pág. 43).

Ahora bien, en materia de derechos fundamentales del trabajador pueden identificarse aquellos derechos que le son inherentes a su condición de persona, denominados derechos de la personalidad del trabajador o derechos de la persona del trabajador, también conocidos como derechos laborales de naturaleza inespecífica, de acuerdo al término acuñado por el profesor PALOMEQUE (1991). Estos derechos son los también denominados derechos primarios o sustanciales, en vista de que se reconocen en función a la condición de persona, respecto de los cuales VALDES DAL-RÉ acota que se encuentran los derechos de libertad o derechos negativos o de inmunidad, *“(...) cuyo objeto*

consiste en la expectativa de la ausencia de intromisiones o injerencias (...)” (2003, pág. 45).

De otro lado, se encuentran los derechos fundamentales de naturaleza específica, los que se reconocen en virtud de la condición del trabajador, vale decir, en función de la categoría profesional de trabajador. En términos de VALDES DAL-RÉ, estos derechos se recogen en normas iusfundamentales materialmente laborales, en los que la condición de trabajador se transforma en el presupuesto esencial de su nacimiento y su ejercicio (2003, pág. 46).

Sin embargo, para los propósitos de la presente investigación nos interesa concentrarnos en los derechos fundamentales de naturaleza inespecífica, dado que respecto a estos derechos se exigirá su respeto y ejercicio en el ámbito de la relación laboral. En otras palabras, se exigirá la reivindicación y respeto de los derechos fundamentales inespecíficos frente al ejercicio de un poder privado: el poder de dirección del empleador.

En esta línea de pensamiento, VALDES DAL-RÉ ha señalado que estos derechos fundamentales inespecíficos al ser derechos de libertad transitan el mismo proceso de reivindicación, conforme corresponde a la concepción clásica de estos derechos que se oponían y constituían un límite al ejercicio de los poderes públicos. Por esta razón, el mencionado autor acotará que: *“estos derechos [los derechos fundamentales de la persona del trabajador] se entienden como instrumentos de emancipación frente a un poder; el poder del empresario”* (2003, pág. 49).

Así, el ejercicio y respeto de estos derechos fundamentales de la persona se incorporan en el ámbito de las relaciones laborales, por lo que, inclusive, en algunos supuestos no podrían ser materia de disposición ni por el mismo trabajador, ni de injerencias o privaciones arbitrarias por parte del empleador. De ahí que los derechos fundamentales inespecíficos cumplan, adicionalmente, una función limitadora del ejercicio del poder de dirección, conforme así ha sido reconocida por nuestra constitución.

En efecto, el artículo 23° de la C93 ha previsto que *“(...) ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (...)*”. Esta disposición constitucional prevé una

garantía del respeto y ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en la relación de trabajo. Más aún, BLANCAS BUSTAMANTE ha sostenido que con dicha disposición se asegura la aplicación del íntegro del catálogo de derechos reconocidos por la Constitución, proscribiendo toda limitación de su ejercicio en el desenvolvimiento de la relación de trabajo (BLANCAS BUSTAMANTE, 2004) (SANGUINETI RAYMOND, 2006, pág. 85).

BLANCAS BUSTAMANTE ha precisado que esta disposición constitucional tiene la función de garantizar la protección de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales, con lo cual “(...) [se] *disipa (...) cualquier duda interpretativa que pudiera suscitarse respecto al reconocimiento por nuestro ordenamiento constitucional de los derechos fundamentales ‘inespecíficos’ y su eficacia inmediata y plena ante el empleador*” (2013, pág. 89).

Sobre esta disposición, en el séptimo fundamento jurídico de la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, el TCP ha tenido oportunidad de señalar lo siguiente:

“(...) En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23º, segundo párrafo)”.

Este tipo de disposiciones constitucionales, han sido calificadas por RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER como una “constitucionalización” del contrato de trabajo, cuya explicación se encuentra vinculada a la sujeción del trabajador a los poderes empresariales, máxime si en el ejercicio de estos poderes pueden producirse intrusiones a los derechos de la persona del trabajador (2005, pág. 129).

Sin embargo, en nuestro medio, se ha señalado que no todos los derechos fundamentales de libertad pueden ser catalogados como derechos

fundamentales inespecíficos, sino únicamente aquellos derechos que, dependiendo de su intensidad, pueden oponerse y ejercerse en el ámbito de las relaciones de trabajo (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013, pág. 86). Ciertamente, ello dependerá de si en el ejercicio del poder de dirección del empleador, alguno de los denominados derechos fundamentales inespecíficos quedan o no afectados de alguna u otra manera.

Luego de haber revisado la construcción dogmática y constitucional sobre el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona del trabajador y su funcionalidad como límite a los poderes de dirección del empleador, corresponderá analizar cómo se conjugan estos en el ámbito de la relación de trabajo y cuál será la metodología a emplear cuando se verifiquen situaciones de conflicto.

1.3. La conjugación entre el poder de dirección y los derechos fundamentales del trabajador: El juicio de ponderación

Hasta aquí hemos revisado cómo los derechos fundamentales de la persona del trabajador se reconocen y se ejercen en el ámbito de la relación de trabajo. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos fundamentales, en determinadas circunstancias, colisionarán con el ejercicio de las facultades que emanan del poder de dirección del empleador.

En otras palabras, en el desarrollo de la relación de trabajo se presentarán situaciones en las que, en virtud del ejercicio del poder de dirección, determinadas órdenes del empleador incidirán o constituirán una intervención en el desarrollo de un derecho fundamental del trabajador. No obstante, en estas circunstancias será esencial determinar la validez y/o legitimidad de la intervención del empleador. Es decir, deberá analizarse cuál de los intereses contrapuestos deberá prevalecer en la situación de conflicto, ya sea el interés del empleador, o la no injerencia o la mínima intervención en el derecho fundamental del trabajador.

Pues bien, por un lado, tenemos los derechos fundamentales de la persona del trabajador reconocidos en la Constitución, y, de otro lado, el poder de dirección del empleador. Empero, debemos precisar que el poder de dirección del empleador constituye una manifestación de un derecho constitucional, esto es, el derecho a la libertad de empresa, reconocido en el artículo 59° de nuestra

Constitución, y sobre el cual, en el quinceavo fundamento jurídico de la sentencia recaída en el Expediente N° 01405-2010-AA/TC, el TCP ha señalado lo siguiente:

“(…) cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado”.

De este modo, queda esclarecido que en las situaciones de conflicto colisionarán, de un lado, un derecho fundamental de la persona del trabajador y, del otro lado, el derecho constitucional del empleador a la libertad de empresa.

Al tener un conflicto entre derechos de alcance constitucional, resulta pertinente recurrir a la diferenciación entre reglas y principios efectuada por Robert ALEXY, quién señala que las reglas son mandatos definitivos que se cumplen o no, en virtud de determinadas condiciones; en cambio, *“(…) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización”.* (2010, pág. 458).

A partir de esta diferenciación entre reglas y principios, ALEXY propone que en el ámbito de los principios surgirá el principio de proporcionalidad, con sus tres sub principios, el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En este último, enfatizará ALEXY, se analizará la optimización de los principios en función a las posibilidades jurídicas, en el que la ley de ponderación se formulará de la siguiente manera (2010, pág. 460):

“Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.

Sobre esta materia, PRIETO SANCHIZ ha señalado que los principios en ningún momento son excluyentes entre sí, sino más bien, en los casos que existan contradicciones entre ambos, se establecerá en cada caso en concreto *“una*

relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario” (2003, pág. 187).

De ahí que este autor sostenga que los derechos fundamentales adopten la forma de principios, cuando durante su ejercicio y/o aplicación entren en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales. En estas situaciones, el conflicto no puede ser resuelto mediante las clásicas formas de resolución de las antinomias jurídicas, vale decir, mediante los criterios de jerarquía normativa, norma posterior deroga norma anterior, o norma especial prima sobre norma general, sino más bien a través del juicio de ponderación, toda vez que este último es el llamado a resolver el conflicto entre normas del mismo nivel jerárquico y, particularmente, entre normas constitucionales (PRIETO SANCHIZ, 2003, págs. 188-194).

Para este autor, el resultado óptimo de la aplicación del juicio de ponderación no debería ser la prevalencia absoluta de un principio sobre el otro, sino *“la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de la solución intermedia que en pureza, no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos”* (PRIETO SANCHIZ, 2003, pág. 192).

Lo visto hasta aquí resulta de plena aplicación a la realización del juicio de ponderación o test de proporcionalidad para resolver el conflicto entre los derechos fundamentales de la persona del trabajador y el ejercicio del poder de dirección del empleador. Sobre esta materia, SANGUINETTI sostiene que mediante la aplicación del principio de proporcionalidad sólo se admitirá el sacrificio de un derecho fundamental, siempre que dicho sacrificio sea indispensable para la satisfacción de otro derecho fundamental (2013, pág. 6).

De acuerdo con el desarrollo efectuado por el TCP sobre el Test o Principio de Proporcionalidad, en primer lugar debe identificarse la justificación de la medida, esto es, determinar que la medida tenga un objetivo legítimo. Una vez identificado el objetivo de la medida que intervenga o restrinja un derecho fundamental, se procederá a la aplicación del principio de proporcionalidad en todos sus componentes, vale decir, el juicio de idoneidad (si la medida es la adecuada para atender el interés que pretende tutelarse), el juicio de necesidad (si esta es la única medida aplicar ante la ausencia de otras más benignas) y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Así, en el fundamento jurídico N°

25 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00579-2008-AA/TC, el TCP señaló lo siguiente:

“[el test de proporcionalidad] incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Sobre la aplicación de este principio y, en particular, en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto en el ámbito de la relación laboral, SANGUINETTI acota que a una intervención intensa en el derecho fundamental del trabajador debe proseguirle un extraordinario interés del empleador que tiene que satisfacerse en ejercicio del derecho a la libertad de empresa o, el sacrificio de no poder satisfacer ese interés, tendría que ser lo suficientemente grave. Por tanto, para resolver el conflicto será necesaria la asignación de un peso a los derechos involucrados en el conflicto, con el objeto de determinar cuál de los derechos deberá prevalecer en el caso en concreto (2013, págs. 11-13).

Ciertamente, ALEXY establece que, para resolver la colisión entre los principios contrapuestos, puede reconocerse la intensidad de la intervención que se produce en el caso concreto, para lo cual propone una escala triádica que clasifica dicha intensidad en leve, medio y grave (2010, pág. 468). De este modo, a una intensa intervención o no satisfacción de un principio o derecho fundamental, debe corresponderle una elevada e intensa importancia para proteger otro principio o derecho fundamental que opera en sentido contrario.

Sin embargo, debemos enfatizar que la aplicación o realización del test de proporcionalidad es una tarea esencialmente judicial, tal y como recuerda PRIETO SANCHIZ (2003, pág. 195). Por tanto, en el ámbito de la relación de trabajo sucederá un control judicial posterior de las órdenes del empleador que hayan implicado una intervención o restricción de los derechos fundamentales de la persona del trabajador. En este sentido, será el Juez el llamado a determinar la legitimidad o no del ejercicio del poder de dirección del empleador, cuando ello represente una intensa intervención o injerencia en los derechos fundamentales de la persona del trabajador.

2. El Derecho a la Intimidad en la Relación de Trabajo

Hasta aquí hemos visto cómo se reconoce el ejercicio de los derechos fundamentales de naturaleza inespecífica del trabajador en el lugar de trabajo. Así, pues, tenemos que los derechos fundamentales se erigen como límites al ejercicio del poder de dirección del empleador. En esta conjugación, también hemos visto la herramienta metodológica para determinar cuándo estamos a una limitación o intervención legítima del empleador en los derechos fundamentales del trabajador. Ciertamente, se reconoce el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, pero el ejercicio de estos no necesariamente será el mismo, al encontrarse en el ámbito de una relación de trabajo de carácter subordinado.

Dentro del amplio catálogo de derechos fundamentales de la persona del trabajador, para los fines de la presente investigación nos interesa analizar el contenido del derecho a la intimidad y del derecho a la protección de los datos personales. En efecto, es ampliamente reconocido que cada vez es más frecuente que se intensifiquen los poderes de control y dirección del empleador y que ello pueda, de alguna u otra forma, afectar el derecho a la intimidad personal del trabajador e, inclusive, podrían presentarse conductas que determinen una injerencia ilegítima en el derecho a la protección de datos personales.

De esta manera, en este apartado desarrollaremos los alcances del derecho a la intimidad, realizando resumidas referencias a su contenido, así como al derecho a la protección de datos personales, para lo cual tomaremos en cuenta los

criterios elaborados por el TCP. Este apartado nos permitirá contar con las bases conceptuales para lo que es el propósito de esta investigación, vale decir, la protección del derecho a la intimidad desde la perspectiva de la protección de datos relativos a la salud de los trabajadores.

2.1 Hacia una definición de “intimidad”

El concepto intimidad personal está vinculado a aquella información, actividad u otra que es propia de cada ser humano que se encuentra ajena del conocimiento de terceros. En otras palabras, es ese espacio reservado y de especial interés de la persona en mantenerlo de esa manera frente a terceras personas, no permitiendo injerencias, salvo que exista la voluntad del mismo titular de compartir ese espacio.

Para RODRÍGUEZ-PIÑERO el derecho a la intimidad es uno de compleja determinación sustantiva, en tanto está vinculado necesariamente con la dignidad de la persona y otros derechos que le son inherentes configurando así un amplio catálogo de espacios, tales como la vida personal y familiar, a la sexualidad, a la integridad física, entre otros (2004, pág. 96).

Para UGARTE, más allá de establecer un concepto preciso sobre la intimidad personal, será más importante preguntarse por el contenido de este derecho y, por ello, acota que *“esta [la intimidad] se refiere a una ‘zona’ de la vida de las personas que recibe protección del sistema jurídico, para restringir su acceso por parte de terceros”* (2000, pág. 63).

Al respecto, CORDERO GORDILLO, nos recuerda que el Tribunal Constitucional Español ha señalado que el derecho a la intimidad personal se encuentra vinculado a la personalidad y a la dignidad de la persona, precisando que *“implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”* (2010, pág. 175).

Este derecho se encuentra reconocido en múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter universal. Así, en el artículo 12° de la DUDH se dispuso lo siguiente:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”

De igual manera, se encuentra recogido en el artículo 17° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el cual se reitera el tenor establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

A su vez, los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos también han reconocido este derecho. En efecto, en el artículo 8° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se reconoce que toda persona tiene derecho a la protección de su vida privada y a que no existan injerencias a este derecho.

En nuestro ámbito, en el inciso 2° del artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se estableció lo siguiente:

“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”

Como se observa, el derecho a la intimidad es un derecho de carácter universal reconocido por múltiples instrumentos de derechos humanos. De esta manera, todas las personas tienen derecho al respeto de su intimidad personal.

Sobre la previsión contemplada en el artículo 8° de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales—la cual contiene un precepto similar a las que se encuentran previstas en los antes citados instrumentos internacionales—se ha sostenido que se desconoce su contenido exacto, en razón a su naturaleza indefinida (AUVERGNON, 2005, pág. 142).

Sin embargo, el TCP sí ha delimitado el contenido del derecho a la intimidad personal. Por tanto, este es el contenido que revisaremos a continuación.

2.2 El contenido del derecho a la intimidad a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El derecho fundamental a la intimidad personal se encuentra reconocido en el inciso 7) del artículo 2° de la C93, cuando dispone que toda persona tiene

derecho a la intimidad personal y familiar. Sin embargo, el TCP ha reconocido la complejidad de establecer un concepto único y uniforme del derecho a la intimidad personal. No obstante, a pesar de esta complejidad, ha visto necesario establecer un contenido, de modo de poder resolver situaciones en las que determinadas conductas de terceros (públicos o privados) impliquen una injerencia en la vida privada de la personas.

Particularmente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 06712-2005-HC/TC, el TCP definió los alcances del derecho a la intimidad personal, señalando que este es un derecho-regla y que el respeto a la vida privada es un derecho – principio. Así, en el fundamento jurídico 37° de la referida sentencia, indicó lo siguiente:

“En primer lugar, es menester observar cómo ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico. En la Constitución, como derecho-regla base se ha prescrito en el artículo 2°, inciso 7, que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Además, existen otros dispositivos que siguen refiriéndose a este tema dentro del mismo artículo 2°: el impedimento de que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6); la inviolabilidad de domicilio (inciso 9); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados (inciso 10); entre otros. (...)

Como se observa, existe disimilitud de conceptos entre la normatividad nacional e internacional, que por ello exige su reconducción hacia un criterio unitario, básicamente planteado a partir de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Código Procesal Constitucional. Básicamente planteamos que el derecho-principio reconocido es la vida privada, y la intimidad, uno de sus derechos-regla”.

Como se puede advertir, el TCP utiliza la terminología acuñada por ALEXY, conforme hemos visto en el acápite 1.3 del presente capítulo, y, por tanto, el derecho a la vida privada se entenderá como un mandato de optimización, por lo que el mismo podrá ser respetado en diferentes grados, conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas. En cambio, el derecho a la intimidad personal será un derecho – regla, con el que se establece un mandato definitivo. En otras palabras, se establece una disposición definitiva del respeto de la intimidad en diversos ámbitos, en el que se determinará si se infringe o no el derecho a la intimidad.

Por este motivo, en fundamento jurídico N° 38° de la sentencia recaída en el Expediente N° 06712-2005-HC/TC, el TCP precisó lo siguiente:

Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella. Sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así, sobre la base del right to be alone (derecho a estar en soledad), se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño (...).

En la jurisprudencia tampoco se ha rehusado la posibilidad de definir un concepto como éste. Este Colegiado ha señalado (...) que la vida privada implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad, de conformidad con el artículo 2° inciso 1 de la Constitución. De esta manera, no sólo se hace hincapié en un ámbito negativo de su configuración, sino también en el positivo (...)

De ello se concluye que únicamente a través del reconocimiento de la vida privada la persona podrá crear una identidad propia, a fin de volcarse a la sociedad, toda vez que aquel dato y espacio espiritual del cual goza podrá permitírsele.

La vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de una persona; la vida privada, por su parte, la engloba y también incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive con otros derechos como la inviolabilidad de domicilio, prevista en el artículo 2°, inciso 9 de la Norma Fundamental". (Énfasis añadido).

Posteriormente, el TCP en la sentencia recaída en el Expediente N° 04573-2007-HD/TC, concluye lo siguiente:

"(...) la protección de la intimidad implica excluir el acceso a terceros de información relacionada con la vida privada de una persona, lo que incluye las comunicaciones, documentos o datos de tipo personal". (Énfasis nuestro).

Como puede advertirse, en un primer momento (STC N° 06712-2005-HC/TC), el TCP señaló que el derecho – principio "Vida Privada" engloba al derecho – regla "Intimidad Personal", y, posteriormente (STC N° 04573-2007-HD/TC), concluye

que la protección de este último conlleva negar el acceso a información relacionada a la “Vida Privada”. Evidenciándose, así, que en esta segunda oportunidad, el derecho a la intimidad personal es un derecho que engloba al derecho a la vida privada.

Sin perjuicio de estos vaivenes conceptuales del TCP, para nosotros, y este será el sentido que se adopte en la presente investigación, la intimidad personal quedará configurada por aquella información, ámbito o espacio que una persona reserva frente a terceros. Por ejemplo, aquella persona que reserva para sí que padece de alguna enfermedad o el monto de sus remuneraciones mensuales, en general, datos que se encontrarán dentro del ámbito de la intimidad personal.

En cambio, la vida privada estará más vinculada a un espacio del desarrollo mismo de la persona y cómo esta se interrelaciona en la sociedad. Así, por ejemplo, la interacción de un trabajador a través de las redes sociales, círculos de amigos, comunidad religiosa, entre otros, que aquel comparte con terceras personas pero que son espacios propios de su vida privada que permite identificar cómo este se comporta o interactúa en la sociedad y, en principio, constituye un espacio ajeno al control por parte del empleador.

En este contexto, en el seno de la relación de trabajo se presentarán situaciones en las que el ejercicio del poder privado del empleador puede conllevar una injerencia tanto en la intimidad personal como en la vida privada de los trabajadores. Sin embargo, no es materia de la presente investigación analizar los múltiples supuestos que ocasionan esta injerencia.

Así, en esta investigación nos convoca los datos y/o información relativa a la salud de los trabajadores. Esta información, conforme a los términos conceptuales antes definidos, se encuentra en el ámbito de la intimidad personal de los trabajadores. No obstante, dicha información médica también puede determinar que se revelen indicios del comportamiento particular del trabajador, vale decir, información sobre la vida privada de éste. Con estos datos se podrá conocer los antecedentes clínicos, la propensión a la adquisición de determinadas enfermedades, las lesiones que padece o ha padecido el trabajador. Más aún, no solo se conocerán detalles sobre la sobre la salud física del trabajador, sino también sobre su salud mental.

Ciertamente, el titular de estos datos de índole personal tiene derecho a que se protejan los mismos. Regularmente, estos datos quedan contenidos o son preservados en diferentes bases de datos y, por ende, surge el derecho del titular a la protección de sus datos personales, el cual analizaremos a continuación.

2.3 El derecho a la intimidad y la protección de datos personales

Sobre esta materia, se ha efectuado la distinción entre el derecho a la intimidad personal y el derecho a la protección de datos personales. En efecto, para el TCE mientras el derecho a la intimidad protege al individuo de injerencias en esferas de un carácter privado y reservado; en cambio, el derecho a la protección de datos personales, conlleva que la persona tenga el poder de controlar sus datos personales, respecto a su uso y destino, en general, concede un derecho a que la persona disponga plenamente sobre sus propios datos (CORDERO GORDILLO, 2010, pág. 175).

Para el TCE, el derecho a la protección de datos personales es un derecho más amplio que el derecho a la intimidad, toda vez que su objeto no se limita a la intimidad, sino más bien a otro tipo de datos de la vida privada de los trabajadores, sean íntimos o no (CORDERO GORDILLO, 2010, pág. 175).

GALLARDO MOYÁ, nos recordará que el mismo TCE en el fundamento jurídico N° 6 de la STC 292/2000, acotó lo siguiente:

“(...) el derecho fundamental a la protección de datos personales persigue garantizar a esta persona un poder de control sobre sus datos personales (...) con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado (...) pero este poder de disposición de nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes lo poseen y con qué fin”. (El derecho fundamental a la protección de datos y la videovigilancia empresarial, 2013, pág. 167)

Este poder de disposición sobre los datos personales es lo que se ha venido a denominar el derecho a la autodeterminación informativa, el mismo que se construye sobre una noción dinámica de la intimidad que permite que el individuo controle los datos que se refieren a él mismo (CARDONA RUBERT, 1999, pág. 27).

Este derecho se encuentra expresamente reconocido en el inciso 6) del artículo 2° de la C93, cuando dispone que toda persona tiene derecho “a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

El contenido de este derecho a la autodeterminación informativa o protección de datos personales, ha sido desarrollado por el TCP en múltiples sentencias. Así, en la sentencia recaída en el Expediente N° 04739-2007-HD/TC, el TCP sostuvo lo siguiente:

“2. El derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal.

3. Mediante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto, no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, ya que mientras éste protege el derecho a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen. En ese sentido se ha pronunciado este Colegiado en la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, de fecha 29 de enero de 2003.

4. En este orden de ideas, el derecho a la autodeterminación informativa protege al titular del mismo frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos, brindando al titular afectado la posibilidad de lograr la exclusión de los datos que considera “sensibles” y que no deben ser objeto de difusión ni de registro; así como le otorga la facultad de poder oponerse a la transmisión y difusión de los mismos”.

Este derecho ha sido objeto de extenso desarrollo por el TCP a través del análisis de su mecanismo judicial de protección, como lo es el proceso de Habeas Data, sobre el cual no nos extenderemos, toda vez que ello escapa a los fines de la presente investigación¹.

¹ Para mayores referencias sobre este desarrollo se recomienda revisar los criterios emitidos en las siguientes sentencias recaídas en los Expedientes Nos. 03052-2007-PHD/TC, 05982-2009-HD/TC, 03808-2010-HD/TC, 03700-2010-HD/TC y 03025-2013-HD/TC.

Sin embargo, cabe resaltar que este derecho ha contado con reciente desarrollo legal a través de la promulgación de la LPDP y el RLPDP. A partir de esta normativa, se desarrolla el derecho del titular de los datos personales a que el tratamiento de los mismos sólo pueda realizarse siempre que exista un consentimiento previo e informado, detallando la finalidad con la que se requiere la recopilación de los datos personales (art. 13.5 y art. 18° de la LPDP). De igual manera, con esta normativa se prevé que las limitaciones al derecho a la protección de los datos personales sólo pueden establecerse por ley expresa, acotando supuestos específicos en los que no se requerirá el consentimiento (art. 13.2 de la LPDP).

Precisamente, en estos instrumentos normativos se ha catalogado de manera enfática que los datos biométricos y los datos relativos a la salud—datos que son objeto de la presente investigación—constituyen datos sensibles y, por ende, se erige un mayor campo de protección en relación a otros datos de distinta naturaleza (art. 3° de la LPDP). Así, en el inciso 5° del artículo 2° de la LPDP se señaló lo siguiente:

*“5. **Datos sensibles.** Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual”.*

Asimismo, en el artículo 2° del RLPDP se ha definido a la información relativa a la salud y a los datos sensibles de la siguiente manera:

*“5. **Datos personales relacionados con la salud:** Es aquella información concerniente a la salud pasada, presente o pronosticada, física o mental, de una persona, incluyendo el grado de discapacidad y su información genética.*

*6. **Datos sensibles:** Es aquella información relativa a datos personales referidos a las características físicas, morales o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos personales que corresponden a la esfera más íntima, la información relativa a la salud física o mental u otras análogas que afecten su intimidad”.*

El tratamiento de los datos relativos a la salud y las garantías que deben de existir cuando se cumpla el deber empresarial de vigilar la seguridad y salud de los trabajadores serán materia de un mayor desarrollo en el capítulo tercero de

la presente investigación. Sin embargo, hasta aquí es importante conocer cómo se ha construido y desarrollado el derecho a la protección de datos personales o autodeterminación informativa, derecho fundamental que tiene estrecha relación con el derecho fundamental a la intimidad personal y, por ende, es un derecho de titularidad inespecífica de los trabajadores que, en determinadas situaciones, entrará en conflicto con el ejercicio del poder de dirección del empleador.

Ahora bien, a continuación corresponderá desarrollar otro aspecto central de la presente investigación: el derecho a la igualdad y la discriminación en el empleo.

3. El Derecho a la Igualdad y la Discriminación en el Empleo

Estos dos conceptos “Igualdad y Discriminación” han tenido y tienen una fundamental importancia en el desarrollo y evolución de los sistemas jurídicos y políticos a lo largo de todo el mundo. Así, estos dos institutos se han convertido en pilares transversales de todo el ordenamiento jurídico. Por ello, en el presente apartado haremos un breve recuento de qué se entiende por igualdad y discriminación, para luego enfocarse en el concepto discriminación en el empleo.

3.1 El derecho a la igualdad

El contenido del derecho a la igualdad ha ido variando por diversos factores de carácter histórico. BILBAO UBILLUS y REY MARTÍNEZ, señalaron que: *“Cada sociedad, en su respectiva época histórica, ha dotado de contenido concreto el concepto arquetípico de igualdad (...) bajo de él se han sucedido diversas concepciones históricas de la igualdad, algunas de ellas no solo diferentes, sino también contradictorias”* (1998, pág. 245).

En este sentido, debemos señalar que el derecho a la igualdad, en un inicio, tenía un carácter estrictamente formal, en tanto solamente se exigía que la proclamación de que todos los hombres eran iguales ante la ley. El ámbito del derecho a la igualdad se circunscribía, entonces, a la generalidad abstracta de las leyes, sin que se otorgue privilegios a nadie. De esta manera, se ha sostenido que ello supone el sometimiento por igual de todos al ordenamiento, en donde todos cuentan con el derecho a recibir protección de los derechos que un ordenamiento reconoce (RODRIGUEZ-PIÑERO & FERNANDEZ LÓPEZ, 1986, pág. 20).

Ahora bien, respecto a este derecho se han construido dos manifestaciones de la Igualdad ante la Ley: (i) igualdad de la ley o en la ley; y, (ii) igualdad en la aplicación de la ley. En palabras de EGUIGUREN PRAELI, de un lado, nos encontraremos ante un problema de aplicación de la igualdad de la ley o en la ley, cuando se le impone un límite constitucional a la actuación del legislador al momento de la producción de normas, las cuales no deben de contravenir el principio de igualdad de todas las personas (2002, pág. 97).

Por otro lado, la Igualdad en la Aplicación de la Ley, constituye una obligación de todos los organismos públicos, de no aplicar la ley de manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones distintas. Esta será la configuración de la igualdad como principio rector del Estado Democrático de Derecho, por lo que es un valor fundamental y constituye una regla esencial que aquel debe de garantizar y preservar (EGUIGUREN PRAELI, 2002, pág. 96).

Por esta razón, el Estado se obliga a la adopción de medidas que se encuentren encaminadas a garantizar el derecho a la igualdad tanto en su faceta formal como en la material (HUERTA GUERRERO, 2006, pág. 60). En la faceta formal, todas las personas tienen derecho a que la Ley los trate y se les aplique por igual; en la faceta material, se establece la obligación de que la ley tienda a crear igualdad de condiciones y oportunidades para las personas (HUERTA GUERRERO, 2006, pág. 60).

La C93 en el inciso 2° de su artículo 2° prevé expresamente *que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.* (Énfasis añadido).

De lo dispuesto en el referido artículo se advierte, por un lado, el reconocimiento general del derecho a la igualdad y, seguidamente, la prohibición de realizar actos de discriminación que se sustenten en determinados motivos. Por esta razón, y para fines estrictamente de definición de conceptos, a continuación procederemos a tratar brevemente la relación entre el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación.

3.2 El mandato constitucional de no discriminación

De acuerdo con BARRERE UNZUETA, el término discriminar lleva consigo dos sentidos, uno originario referido al acto común de diferenciar; y, otro actual, que implica una distinción que conlleva una diferenciación en sentido peyorativo (1997, pág. 19). Así, el sentido peyorativo determina que la discriminación no sea una simple diferenciación, sino más bien un trato diferenciado o tratamiento odioso entre los iguales y, por tanto, vejatorio para las personas que sufren el mismo.

En este orden de ideas, BILBAO UBILLÚS y REY MARTINEZ sostienen que:

“Discriminación no es cualquier diferenciación, en el sentido más neutro de la palabra, sino aquella que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres ya no diferentes sino inferiores (...) El motivo de la distinción es algo más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación” (1998, pág. 122).

De igual manera, SAEZ LARA acotará que:

“el sentido actual del término discriminación se descubre pues en conexión con la tutela, esto es, la prohibición y erradicación, del fenómeno discriminatorio en las sociedades democráticas y pluralistas (que se exterioriza en las distinciones entre individuos basadas en la pertenencia a un grupo minoritario no de sus personales aptitudes o capacidades. (...) en primer lugar, una concepción negativa de este término, y en segundo lugar, se conecta a circunstancias específicas de diferenciación, que se identifican causas históricas de discriminación de las personas, frente a las cuales el Derecho reacciona para su erradicación” (1994, pág. 35).

Por esta razón, los textos constitucionales cuando prevén el mandato de no discriminación establecen supuestos específicos que no podrían ser sustento de un trato diferenciado. En otras palabras, prevén motivos prohibidos que no pueden fundamentar, bajo ningún supuesto, un tratamiento diferenciado. Sobre el particular, RODRIGUEZ PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, al comentar el artículo 14° de la Constitución Española² acotan que los textos constitucionales contienen de forma diferenciada y separada el principio general de igualdad y el mandato de no discriminación por razones específicas, con lo cual el

² Este artículo señala lo siguiente: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

constituyente ha optado por otorgar especial protección a aquellos grupos que históricamente han sido sujetos de tratos que vejan su condición como seres humanos (1986, pág. 64).

Así, pues, los mencionados autores precisarán que discriminación conlleva un sentido peyorativo relativo a la proscripción de todo trato diferenciado a las personas o grupos sobre la base de alguno de los motivos prohibidos esgrimidos en la Constitución, enfatizando lo siguiente:

“(...) el concepto discriminación ya no se considera sinónimo del genérico mera diferencia o distinción de trato, sino que se clasifica en un doble sentido, en primer lugar con relación al criterio de distinción, relativo a la consideración del individuo como perteneciente a un grupo o categoría particular, en la que se discrimina; y , en segundo lugar, que la disposición coloca a ese individuo o grupo en un situación adversa o peyorativa”, lo que supone una negación del principio de igualdad (...).” (RODRIGUEZ-PIÑERO & FERNANDEZ LÓPEZ, 1986, pág. 87)

No obstante la construcción dogmática del concepto de discriminación, en nuestro medio el término discriminación no solo implica un trato diferenciado sustentado en algún motivo prohibido, sino que además comprende todo trato diferenciado no justificado en causas objetivas y razonables. De ahí que podría afirmarse la existencia de un sentido lato del término discriminación.

Precisamente, este sentido lato surge a raíz de los pronunciamientos del TCP y de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Por ejemplo, el TCP en la sentencia recaída en el Expediente N° 02974-2010-AA/TC señaló lo siguiente:

“5. De esa forma este Colegiado ha establecido que la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “[...] toda persona tiene derecho [...] a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratada del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación.

6. En el ámbito constitucional el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los

que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (Hernández Martínez, María. «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)». En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N.º 81, Año XXVII, Nueva Serie, setiembre-diciembre, 1994. pp. 700-701).

7. Sin embargo la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (Álvarez Conde, Enrique. Curso de derecho constitucional. Vol I. Madrid, Tecnos, 4º edición, 2003. pp. 324-325). La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual, por ello no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

8. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”. (Énfasis añadido)

En ese mismo sentido, la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 2386-2005-CALLAO, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 30 de noviembre de 2007, señaló que la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los requisitos siguientes:

- “(i) Paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos supuestos o acontecimientos semejantes.
- (ii) Paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones.”

Agrega la referida resolución:

“En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en la misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esta diferencia de trato.” (Énfasis añadido)

De esta manera, podemos concluir que existe un sentido estricto del término discriminación y un sentido lato. En efecto, en el sentido estricto, existirá una discriminación cuando se verifique un tratamiento diferenciado que se sustente en algún motivo prohibido. En cambio, en el sentido lato, será discriminación todo tratamiento diferenciado que no se sustente en una causa objetiva o razonable.

Habiendo establecido las bases conceptuales del término discriminación, pasemos a desarrollar cuándo se verifica una situación de discriminación en el empleo.

3.3 La discriminación en el empleo y el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación

3.3.1. Concepto discriminación en el empleo

En las relaciones de trabajo, el marco protector del mandato de no discriminación cobra plena vigencia, pues no es ajeno que los empleadores busquen personas que reúnan especiales características para el desempeño de un puesto de trabajo. Sin embargo, cuando los requisitos para el acceso y mantenimiento del empleo se fundamentan en motivos proscritos por la C93 y por las normas internacionales se generan diferenciaciones odiosas que merman la dignidad de aquellas personas que pertenecen a colectivos socialmente e históricamente tratados de forma diferenciada.

Entonces, para determinar qué se entiende por discriminación en el empleo, y como bien acota BALTA VARILLAS, deberá recurrirse a la definición contenida en el Convenio 111 de la OIT sobre la Discriminación (empleo y ocupación), máxime si este convenio ha sido ratificado por el Perú y por la mayoría de países en el mundo (1995, pág. 92). Así, el artículo 1° del referido convenio prevé que el término discriminación comprende:

“(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u

origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

Ahora bien, el inciso 1) del artículo 2 de la C93, estructura el precepto de una manera abierta al señalar que nadie puede ser discriminado por los motivos prohibidos descritos en el convenio citado y **por cualquier otra índole**. En el ámbito de la relación de trabajo, la C93 precisó en el inciso 1° del artículo 26° que *“en toda relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación”*.

Esta cláusula abierta debe entenderse como protectora de los nuevos colectivos que, por el transcurrir de los años y dada las nuevas situaciones concretas de determinada sociedad, puedan ser sujetos de diferenciaciones odiosas que afecten su dignidad. En tal sentido, como se aprecia del inciso b) del artículo 1° del Convenio OIT 111 se admite la posibilidad de ampliar la lista de los motivos prohibidos, pero previa consulta con las organizaciones de trabajadores y empleadores.

Así, la OIT señala que cada vez más son los países que han ampliado la lista de los motivos prohibidos, entre los cuales se puede apreciar la inclusión de la discapacidad, el estado de salud, por sobre todo la seropositividad VIH/SIDA real o presunta, la afiliación sindical y la situación familiar (2007, pág. 9).

Esto ocurrirá, como señalábamos anteriormente, a los cambios culturales de cada sociedad en diversos ordenamientos o sistemas jurídicos. Por ende, la OIT justifica la ampliación de la lista de los motivos prohibidos por lo siguiente:

“La discriminación no es un acto excepcional ni aberrante, sino un fenómeno sistémico, a menudo intrínseco a las pautas de funcionamiento de los lugares de trabajo y arraigado en los valores y normas culturales y sociales dominantes. Surge indistintamente en los lugares de trabajo del sector formal e informal (...)”. (2007, pág. 9).

De acuerdo con la definición planteada previamente, BALTA VARILLAS sostendrá que se verificará la discriminación en el empleo cuando se identifiquen los siguientes tres elementos esenciales (1995, pág. 9): (i) un acto, esto es, cuando el empleador realiza una exclusión, distinción o preferencia vinculada al empleo; (ii) un motivo y razón, vale decir, sobre la base de un motivo prohibido o sobre una diferenciación carece de base objetiva y razonable; y, (iii) un resultado, conforme a los términos del Convenio OIT 111, es anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o en la ocupación.

3.3.2. Formas de discriminación: directa e indirecta

En el ámbito de la discriminación en el empleo pueden identificarse dos formas de discriminación: directa e indirecta.

Por un lado, la OIT ha señalado que la discriminación directa se producirá cuando las normas, prácticas y políticas excluyen o dan preferencias a colectivos protegidos específicos (2007, pág. 9). Con respecto a este tipo de discriminación, SAEZ LARA añadirá que el tratamiento debe ser diferente y también desfavorable a una persona por razón de su pertenencia a uno de los colectivos protegidos (1994, pág. 59). Por ejemplo, exclusión de la candidatura de las personas mayores de una determinada edad, establecer como requisito para el acceso predicar la religión católica, entre otros.

Por otro lado, la OIT sostiene que calificará como discriminación indirecta todas aquellas prácticas aparentemente neutras que tienen efectos desproporcionados sobre uno o más colectivos determinables sin que exista alguna justificación (2007, pág. 9). Al respecto, BALTA VARILLAS acotará que esta forma de discriminación es también conocida como el impacto adverso, en el que la utilización de determinados criterios de selección, aparentemente válidos y que se aplican a todas las personas por igual, terminan afectando adversamente *“(...) a uno de los grupos protegidos mucho más que a otros y no se encuentran justificados por las necesidades del negocio”* (1996, pág. 119).

Para el referido autor, en esta forma de discriminación la prueba de la intención discriminatoria no es determinante; siendo esencialmente importante los efectos y las consecuencias de un determinado criterio de selección y no la intención del empleador al momento de utilizarlo (BALTA VARILLAS, 1996, pág. 119). La OIT señala como ejemplo de este tipo de discriminación a la organización de cursos de formación fuera del horario de trabajo, durante fines de semana o en horas tardías podría traducirse en la exclusión de aquellas personas interesadas, toda vez que no podrían asistir a los mismos tener que atender sus responsabilidades familiares, exclusión que afectará sus expectativas de carrera (2007, pág. 9).

4. La Discriminación por Razones de Salud

4.1. La discriminación en función a la información de la salud de los trabajadores

Luego de haber repasado en el punto tercero que, en sentido escrito, el concepto de discriminación se encuentra relacionado a todo aquel trato diferenciado respecto a colectivos que históricamente han sido tratados de manera odiosa. De este modo, el concepto se encuentra vinculado al trato diferenciado sustentado en motivos prohibidos. Sin embargo, también hemos hecho referencia a que, en nuestro ordenamiento y específicamente a nivel jurisprudencial, se maneja un concepto de discriminación en sentido lato, de modo tal que se considera discriminación a todo aquel trato diferenciado que no se sustenta en razones objetivas. Este es el sentido que utilizaremos para los fines de esta investigación.

En tal virtud, nos interesa referirnos al régimen de protección o tutela antidiscriminatoria dispuesta en nuestra legislación para efectos de evitar tratos diferenciados injustificados en razón del estado de salud de las personas. Así, debemos señalar que, en nuestro sistema normativo, existen disposiciones particulares que protegen a especiales colectivos que aquejan algún problema de salud, ya sea por una enfermedad o por sufrir una discapacidad física o psíquica. Nos referiremos, por tanto, al régimen de protección a las personas que sufren de VIH/Sida, Tuberculosis, y a las personas con discapacidad.

4.1.1. Régimen especial de protección a trabajadores con determinadas enfermedades (VIH/SIDA y Tuberculosis)

En materia de las personas que viven con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), mediante la Ley 26626, se declaró de necesidad nacional e interés público la lucha contra la infección de las personas con el referido virus y la enfermedad. Así, en el artículo 6° del acotado dispositivo se estableció el derecho de las personas que viven con VIH/SIDA a continuar laborando mientras puedan continuar desarrollando sus actividades, precisando que será nulo el despido cuando la causa del mismo es la discriminación por ser portador del VIH o por padecer de SIDA.

Dentro de las diversas normativas previstas para afrontar la lucha contra el VIH / SIDA, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo publicó la Resolución Ministerial N° 376-2008-TR, que aprobó las Medidas Nacionales Frente al VIH/ SIDA en el Lugar de Trabajo. Como parte de estas medidas, se previó que debía garantizarse a las Personas que Viven con el VIH (PVV) el acceso al empleo, eliminando cualquier frente de discriminación (art. 1°). En tal virtud, se dispuso que la prohibición de que los empleadores exijan la realización de la prueba de VIH o la exhibición del resultado de esta, al momento de contratar trabajadores, durante la relación laboral o como requisito para el mantenimiento de esta (art. 8°). Por tanto, se acotó que es nulo cualquier acto que se produzca durante la relación laboral que se sustente en la condición de PVV (art. 9°).

En igual sentido, el Estado ha establecido un régimen especial de protección para las personas que padecen de Tuberculosis (TBC). En efecto, a través de la Ley 30287, Ley de Prevención y Control de la Tuberculosis en el Perú, se reconoce el derecho de toda persona afectada por cualquier forma clínica de TBC a no ser discriminada en ningún ámbito de su vida (art. 4.1 de la Ley 30287). Para este efecto, el Reglamento de la Ley 30287, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2016-SA, dispuso que los empleadores del sector público y privado deberán implementar medidas en sus respectivos reglamentos internos de trabajo con el objeto de prevenir y sancionar cualquier acto de discriminación en perjuicio de una personas afectada por TBC (art. 7.3 del D.S. N° 021-2016-SA).

Por esta razón, la Ley 30287 previó que será nulo el despido de un trabajador que se funde en su condición de persona afectada con TBC (art. 11° de la Ley 30287); además de reconocer el derecho de toda persona afectada por TBC que se encuentre recuperada, y que por prescripción médica no pueda reincorporarse a sus labores, a continuar laborando en otra labor a la cual deberá ser asignada por el empleador por el plazo indicado por el médico tratante, sin que ello represente un riesgo para su seguridad y salud (art. 12° de la Ley 30287).

Con el objeto de que el personal afectado por TBC le asista el derecho antes indicado, se ha previsto que aquel se encuentra obligado a informar a su empleador su diagnóstico y, este último, deberá mantener la reserva y discreción necesaria, de modo tal que se garantice que la persona afectada no sufra algún tipo de discriminación por su estado de salud (art. 13° del D.S. N° 021-2016-SA).

4.1.2. Régimen especial de protección a las personas con discapacidad

En el artículo 7° de la CP93 se reconoció el derecho de toda persona que sufra una discapacidad que le impida valerse por sí misma a causa de una deficiencia física o mental a contar con régimen legal de protección, readaptación y seguridad, de modo que se respete su dignidad personal. En virtud a este mandato constitucional, el Estado estableció un régimen especial de protección a la persona con discapacidad, a efectos de garantizarle, entre otros derechos, el derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación.

Sin embargo, resulta pertinente detenernos en determinar quiénes son los beneficiarios o beneficiarias de este régimen especial de protección, pues no necesariamente la aparición de una enfermedad conllevará la calificación del trabajador afectado por esta como una persona con discapacidad. Así, pues, en el artículo 1° de la Convención de las Naciones Unidas Sobre las Personas con Discapacidad, ratificada por el Perú el 30 de enero de 2008, se estableció que el concepto personas con discapacidad (...) *incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales, o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan*

impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

Sobre esta definición, se ha señalado que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Personas con Discapacidad, recoge un modelo social de discapacidad, en el sentido que prevalece un concepto de integración de la persona con discapacidad en los distintos ámbitos de la sociedad y que las desventajas que presenta en la misma, no se derivan necesariamente de sus limitaciones físicas, psíquicas u otras, sino también de la percepción social de la discapacidad y de conductas discriminatorias que perpetúan las instituciones y estructuras de la sociedad (GÁLVEZ DURÁN, 2015, pág. 8).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia emitida en el caso de Furlán y Familiares vs Argentina de fecha 31 de agosto de 2012, ha precisado que, a nivel interamericano, prevalece el enfoque social de discapacidad, señalando expresamente lo siguiente en los considerandos 132 y 133:

“132. LA CIADDIS [Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad] define el término “discapacidad” como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Por su parte, la CDPD [Convención de las Naciones Unidas sobre las Personas con Discapacidad] establece que las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

133. Al respecto, la Corte observa que en las mencionadas Convenciones se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas”.

Precisamente, mediante la LGPCD recoge el modelo social de persona con discapacidad establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre las

Personas con Discapacidad, estableciendo en su artículo 2° que por personas con discapacidad deba entenderse a aquellas personas que padecen una discapacidad de carácter permanente que, al actuar con barreras actitudinales y del entorno, “(...) *no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos (...)*”.

Ahora bien, surge la interrogante si bajo esta definición también quedan comprendidas aquellas personas que padecen algún tipo de enfermedad. Por ejemplo, el Tribunal Supremo Español, en la sentencia del 22 de enero de 2008 (RJ 2008\1621) sostuvo que no puede equipararse la enfermedad con la discapacidad, toda vez que, en la primera, se advierte una alteración en la salud que afecta por un determinado periodo de tiempo la capacidad para el trabajo; en cambio, en la segunda, existe una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial.

No obstante, GÁLVEZ DURÁN, comenta que en el pronunciamiento emitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso HK Danmark C-335/11 y C-337/11³, se estimó que se consideró como discapacidad a aquella causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta genere una limitación derivada de determinadas dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con otras barreras, obstaculiza la plena participación efectiva de la persona en su vida profesional en igualdad de oportunidades con los demás trabajadores, si dicha obstaculización es de larga duración (GÁLVEZ DURÁN, 2015, pág. 16). Por esta razón, el referido autor acota que con dicha sentencia se generará una tercera categoría situada en el medio de la simple enfermedad o discapacidad, a la que denomina “enfermedad asimiliada a discapacidad” (GÁLVEZ DURÁN, 2015, pág. 17).

Sobre la base de lo expuesto, consideramos que el régimen especial de protección establecido en la LGPCD, alcanza, a su vez, a las personas que padecen determinada enfermedad que, con prescindencia de su diagnóstico, esta le representa diversas deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de largo plazo. Estimamos que dicha extensión se sustenta en

³ La Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea para examinar el despido efectuado por HK Danmark sobre una trabajadora que padecía una dolencia crónica en la región lumbar (lumbalgia) analizó si dicha condición podría ser equiparada al concepto de discapacidad.

el hecho que la LGPCD acogió el enfoque o modelo social de discapacidad, apartándose del enfoque eminentemente métrico que prevaleció durante la vigencia de la Ley 27050⁴. Así, pues, a las personas con discapacidad y aquellas que padecen una enfermedad asimilada a discapacidad (PCD), la LGPCD les reconoce el derecho a la igualdad ante la ley y no a ser discriminadas por su particular condición, declarando la nulidad de cualquier acto motivado en este (art. 8° de la LGPCD).

En este contexto, se les reconoce el derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los demás, en un trabajo libremente elegido, con igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, en condiciones justas y equitativas de empleo (art. 45° de la LGPCD). Más aún, se reconoció el derecho de toda persona que adquiere una discapacidad durante la relación laboral a conservar su puesto de trabajo, cuando efectuado los ajustes razonables, la discapacidad no sea determinante para el desempeño de las tareas (art. 51° de la LGPCD).

Sin embargo, cabe resaltar que, en nuestra legislación, el acceso a los derechos y beneficios establecidos para las PCD se encuentra sujeto a que, aquella persona que estime que califica como tal, cuente con la respectiva certificación de su discapacidad. Ciertamente, tanto en el modificado artículo 76° de la LGPCD⁵, como en el texto original de dicho artículo, se estableció que el certificado de discapacidad es el documento que acredita la condición de persona con discapacidad. Inclusive, esta disposición es coherente con la definición de PCD prevista en el inciso b) del artículo 3° de la Norma Técnica para el Diseño, Implementación y Ejecución de Ajustes Razonables para el Empleo de Personas con Discapacidad en el Sector Privado, aprobada a través de la Resolución Ministerial N° 127-2016-TR⁶.

⁴ El artículo 2° de la derogada Ley General de la Persona con Discapacidad señalaba lo siguiente:

“Art. 2.- Definición de la persona con discapacidad

La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen una disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de las formas o márgenes considerados normales limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad”

⁵ Se varió el texto del artículo 76° de la LGPCD a través de la segunda disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 1246, publicado en el diario oficial El Peruano el día 10 de noviembre de 2016.

⁶ La mencionada disposición define a la PCD como “(...) persona que, acreditada con el certificado de discapacidad emitido conforme a ley, tiene uno o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales

En España se ha cuestionado que la calificación de PCD se encuentre condicionada a la certificación administrativa, toda vez que, a partir del caso HK Danmark C-335/11 y C-337/11 se reafirma en la Unión Europea el enfoque social de discapacidad y, por ello, dicho condicionamiento es propio de un enfoque médico, por lo cual no podría ser factible que se equipare el concepto de discapacidad a la calificación administrativa (GÁLVEZ DURÁN, 2015, pág. 23). Al respecto, estimamos que, en nuestro medio, sí es necesaria la certificación para efectos del acceso a los derechos y atribución de obligaciones previstos en las disposiciones en materia de PCD, en virtud a la alarmante facilidad que existe para que, cualquier persona, pueda obtener certificados médicos falsos o adulterados.

Luego de haber resumido sucintamente el régimen especial de protección aplicable a las PVV y a las personas que padecen TBC y califican como PCD, corresponde referirnos a una nueva forma de discriminación que, a partir del avance de la ciencia médica, se está produciendo —con mayor frecuencia en otras latitudes— en razón de la información genética de los trabajadores.

4.2. La discriminación en función a la información genética

Como es conocido, en el año 1990 se emprendió en los Estados Unidos de América (EUA) el Proyecto Genoma Humano (PGH), con la finalidad de descifrar las secuencias genómicas que componen el ADN. A mediados de los años 90, se señalaba que el PGH aportaría información sobre la más íntima expresión de los factores endógenos que inciden en la composición del estado de salud de la persona, tanto actual, como futura, lo determinaría evidenciar las características propias de la personalidad del ser humano, tales como aptitudes intelectuales, manuales, entre otras (APARISI MIRALLES, 1996, pág. 309).

Sin embargo, e inclusive con anterioridad a la decodificación total del PGH, en los EUA ya se habían detectado casos de discriminación genética. En efecto, CALVO GUERRERO (2002) reseña que en el año 1982, en una

de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”.

encuesta del Gobierno Federal de los EUA se detectó que el 1.6% de las empresas que participaron en la misma realizaban controles genéticos para fines de empleo. De igual manera, este autor acota que en el año 1997, en una encuesta realizada por la Universidad de Georgetown se evidenció que de 322 familias que pertenecían a grupos que soportaban enfermedad genéticas, al menos el 13% señalaba que habían sido despedidos en razón de una percepción de riesgos asociados a su predisposición genética (CALVO GUERRERO F. J., 2002, pág. 4).

Por esta razón, en el año 1996 ya se pensaba que al descubrirse la composición genética del ser humano, surgiría una nueva modalidad de discriminación sustentada en la predisposición a generar o desarrollar determinada enfermedad o patología (APARISI MIRALLES, 1996). De ahí que se sostuviera lo siguiente:

“Los sondeos genéticos, al determinar el código genético de un ser humano y con él las bases constitutivas de su personalidad, las enfermedades que necesariamente contraerá y aquellas otras para las que posee una cierta predisposición, hacen temer que pronto en manos de la Administración y de entidades particulares, como empresas y compañías de seguros, se conviertan en fuente de discriminación” (APARISI MIRALLES, 1996, pág. 315).

Este temor se mantiene a la fecha, máxime si en el año 2003 se publicó la cartografía del genoma humano, con lo cual se incrementa exponencialmente el potencial riesgo de que se utilice la información que se obtenga del mismo en la toma de decisiones empresariales de corte económico (FERIA BASILIO, 2015). Así, por ejemplo, se podría derivar en la separación de empleados en dos grupos claramente diferenciados: los rentables, vale decir, aquellos que no están predispuestos a generar alguna patología; y, los no rentables (APARISI MIRALLES, 1996, pág. 318).

Ahora bien, cabe señalar que este nuevo panorama permite establecer que la discriminación por razón genética tiene componentes singulares que lo distinguen de otras formas de discriminación. Ciertamente, se ha señalado que las características genéticas pueden conformar una realidad más o menos incierta de que se generará una patología, aún no manifestada; por tanto, la discriminación por razón genética se producirá a partir de la

búsqueda y/o utilización de las características del ser humano, que aún no se han manifestado o se encuentran latentes y dicha información sirve de sustento para la toma de decisiones sobre el titular de la misma (FERIA BASILIO, 2015, pág. 9). En tal virtud, y al tratarse de una realidad que aún no se manifiesta, la profesora FERIA BASILIO considera que:

“(...) la prohibición de discriminación por causa genética acaba conectada inexorablemente con la tutela de la intimidad y la protección de datos al ser consustancial a este factor (...) sí debemos aclarar que mientras el factor genético no sea claro y patentemente exteriorizado, el mismo estará protegido, no solo por la intimidad y la protección de datos personales, sino también por la perspectiva sancionadora y represiva de la prohibición de discriminación (...)” (2015, pág. 9).

Sin que sea materia de exhaustivo análisis de la presente investigación, debemos advertir que se ha tratado de desvincular el concepto discriminación genética de otras formas de discriminación, señaladamente de la discriminación por razones de discapacidad y de enfermedad. Justamente, se ha advertido, por un lado, que la discriminación genética no podría equipararse al concepto discriminación por discapacidad, toda vez que aquella se sustenta en un hecho o estado latente que aún no se ha manifestado y se mantiene oculto para el titular; mientras que esta última se refiere a un hecho actual que ya se ha exteriorizado (FERIA BASILIO, 2015, pág. 17).

De otro lado, tampoco podría equipararse a una discriminación por enfermedad, puesto que, si bien es cierto algunas enfermedades pueden producir una discapacidad, esta recién se genera cuando las mismas se han estabilizado; y, a su vez, puede suceder que la enfermedad puede haber quedado plenamente determinada por patrones concluyentes, pero aún se mantenga en una situación de incertidumbre o a una absoluta realidad no diagnóstica (FERIA BASILIO, 2015, pág. 18).

Por esta razón, coincidimos con la profesora FERIA BASILIO cuando sostiene que la discriminación genética puede ser considerada como parte de un fenómeno de discriminación múltiple, en el que en un mismo momento, se presentan diversas causas de discriminación que generan un efecto

particular, a diferencia de considerar cada causa de manera separada (2015, pág. 20).

Con base a lo expuesto, se puede concluir que la discriminación genética es una forma de discriminación singular la cual se producirá si, con prescindencia de la forma cómo se obtuvo la información genética, la decisión del empleador se sustentará únicamente en la idea que el trabajador tiene una predisposición para generar una enfermedad, con mayores probabilidades que otros trabajadores o candidatos a trabajadores (CALVO GUERRERO F. J., 2002, pág. 15).



CAPÍTULO II

EL DEBER DE VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

1. La Seguridad y Salud en el Trabajo como Derecho Humano Laboral

Los derechos humanos se proclaman como inherentes a toda persona por el solo hecho serlo. Así, pues, son universales y se fundan en la dignidad personal, por lo que deben ser objeto de la máxima tutela, garantía y protección por parte de los Estados. Como señala NIKKEN (El Concepto de Derechos Humanos, 1994, pág. 16), estos derechos no se encuentran sujetos a un particular reconocimiento por parte de los Estados, ni mucho menos están condicionados a la nacionalidad de los individuos; por el contrario, *“son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra”*. Este mismo autor sostiene que la mejor expresión de la universalidad de derechos humanos se encuentra en el artículo 1° de la DUDH (DUDH) (1994, pág. 16), en la que expresamente se proclama que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

Sobre este particular, BOBBIO refiere que con la DUDH se afirmó la universalidad de los derechos humanos y se dio inicio a un proceso de positivización, con el cual no solo sean proclamados, sino que sean efectivamente protegidos, inclusive, respecto del propio Estado que los viole (1981, pág. 10). De ahí que, los derechos humanos determinan que los Estados asuman determinadas obligaciones, tanto de respeto, garantía y satisfacción, por lo que, en estricto, como refiere NIKKEN, solo el Estado puede violarlos (1994, pág. 27).

Por su parte, el profesor italiano Luigi FERROJOLI ha propuesto una definición formal o estructural de derechos fundamentales, para quién:

“(...) son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y, por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma

jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas”. (2010, pág. 37).

De esta manera, los derechos humanos son derechos primarios inherentes a todos los seres humanos por el hecho de serlo (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, 2013, pág. 19). A su vez, cabe destacar que regularmente los derechos humanos se han clasificado en: (i) Derechos Civiles y Políticos [DCP] –los llamados derechos de primera generación- que tutelan la libertad, la seguridad, la integridad física y moral de la persona, y el derecho a participar en la vida política; y, (ii) Derechos Económicos Sociales y Culturales [DESC] –los derechos de segunda generación—que implican el reconocimiento de condiciones de vida y acceso a bienes materiales que aseguren la dignidad personal (NIKKEN, 1994, págs. 18 - 19).

Sin embargo, debemos señalar que tradicionalmente los derechos sociales eran considerados como derechos de segunda categoría que se diferenciaban de los tradicionales derechos civiles y políticos, pues para su efectividad, requerían una determinada prestación por parte del Estado, a diferencia de estos últimos que implicaban una no injerencia por parte de aquel. Como bien ha acotado la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), a partir de la construcción teórica de la naturaleza de los derechos laborales –se refieren a la definición formal elaborada por FERRAJOLI—se ha logrado establecer que los derechos sociales son derechos universales y plenos que no tienen una distinción sustantiva respecto de los derechos civiles y políticos (2013, pág. 20). Por esta razón, la CDHDF concluye que:

“(...) los derechos sociales son derechos fundamentales porque los sujetos titulares pertenecen a una clase que puede ser cuantificable universalmente, esto es, no hay sujetos excluidos de su protección per se, pues pertenecen indistintamente a todos los seres humanos” (2013, pág. 20).

Dentro de los denominados derechos sociales, pues, podremos ubicar a una amplia gama de derechos primarios básicos que corresponden a los derechos humanos de naturaleza laboral.

1.1. Los derechos humanos laborales: el derecho a la seguridad y salud en el trabajo

En el catálogo de los derechos humanos se ubican aquellos derechos de naturaleza laboral que también se fundan en la dignidad de la persona. Así, si bien estos derechos se inscriben en la categoría de los DESC que exigen una prestación de hacer por parte de los Estados, ello no merma o resta su condición como plenos derechos humanos (CANESSA MONTEJO, 2009, pág. 352).

En este sentido, CANESSA define que tendrán la condición de derechos humanos laborales *“(...) todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetan la dignidad humana y satisfacen las necesidades básicas en el mundo del trabajo”* (2009, pág. 352). A partir de esta definición, este autor sostiene que si un derecho laboral se encuentra consagrado en un instrumento internacional de derechos humanos, entonces se le atribuirá la categoría de derecho humano laboral; y, a su vez, la titularidad de los mismos corresponderá a toda persona, con prescindencia de la nacionalidad (CANESSA MONTEJO, 2012, pág. 288).

En este orden de ideas, con relación a la configuración de los derechos humanos de naturaleza laboral, la CDHDF ha señalado lo siguiente:

“(...) en lo que corresponde al concepto de derechos humanos laborales, se trataría de todos aquellos derechos humanos vinculados al mundo del trabajo cuyo propósito posibilita condiciones mínimas satisfactorias de trabajo. Muchos de éstos están consagrados en pactos y convenios internacionales de derechos humanos, así como en tratados y convenios que desarrollan algún derecho humano laboral contenido en aquéllos y que, en todos los casos, reconocen como titular a la persona humana”. (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, 2013, pág. 20)

En este esquema, y siguiendo a la clasificación efectuada por CANESSA, en el catálogo de derechos humanos laborales se pueden encontrar los siguientes: (i) la libertad de trabajo, consagrada en la DUDH, en el PIDESC; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros; (ii) prohibición de la esclavitud y la servidumbre, prevista en la DUDH, PIDCP, entre otros; (iii) la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, recogida en el PIDCP; (iv)

derecho al trabajo, previsto en la DUDH, PIDESC, entre otros (CANESSA MONTEJO, 2009, pág. 353).

Para los fines del presente trabajo, nos enfocaremos en el derecho humano laboral a la Seguridad y Salud en el Trabajo, también previsto en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como el derecho a la Seguridad e Higiene en el Trabajo. No obstante, no puede soslayarse que este derecho se sustenta o protege un derecho humano básico y esencial, esto es, la vida e integridad física de las personas que ejecutan determinada actividad.

Por ello, es necesario detenernos en el fundamento del derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo.

1.2. **Fundamento en el Derecho a la Vida e Integridad Personal**

De acuerdo a la OIT, al día mueren 6,300 personas a causas de accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo, casi más 2.3 millones de personas por año, y anualmente se producen más de 317 millones de accidentes de trabajo⁷. Estas cifras demuestran que los lugares de trabajo son importantes centros generadores de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo que inciden sobre la vida, integridad personal y salud de los trabajadores y de todos aquellos que realizan alguna actividad laboral. Estos derechos, pues, resultan esenciales para el desarrollo personal de todo ser humano, por lo que las garantías de su pleno ejercicio y respeto debe erigirse como la máxima prioridad de los Estados.

Precisamente, el respeto por la vida e integridad personal ha sido materia de reconocimiento expreso en los múltiples instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, toda vez que garantizar su adecuado ejercicio y respeto permitirá el ejercicio y disfrute de otros derechos humanos.

Así, el artículo 3° de la DUDH estableció expresamente que *“toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*. De igual modo, en el numeral 1° del artículo 6° del PIDCP se dispuso que *“el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”*.

⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) capítulo Seguridad y Salud en el Trabajo, <http://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang--es/index.htm>

En el ámbito del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, el artículo 1º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispuso que *“el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley...”*. Por su parte, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus artículos 4.1 y 5.1 contempló claramente lo siguiente:

“Artículo 4.- Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (...)

Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. (...).”

Precisamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha tenido oportunidad de señalar que el derecho a la vida es la condición esencial para el ejercicio y goce de todos los otros derechos humanos⁸. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 144 de la sentencia de fecha 19 de noviembre de 1999 referida al caso de los “Niños de la Calle” contra Guatemala, fue enfática al señalar lo siguiente:

“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico (...).”

Con respecto a la integridad personal, se ha señalado que este derecho engloba a una multiplicidad de condiciones físicas, psíquicas y morales que coadyuvan al desarrollo del ser humano, sin que este se encuentre expuesto a sufrir algún tipo de menoscabo en dichas tres condiciones (AFANADOR C., 2002, pág. 93).

⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. <http://www.cidh.org/countryrep/Haiti90-sp/Cap.2.htm> Párrafo 99.

No cabe duda, pues, que el fundamento del derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo es la protección de la vida e integridad física de todas aquellas personas que realizan algún tipo de ocupación, ya sea, inclusive, si se trate de una relación laboral o una relación civil, o de algún otro tipo. Lo trascendente, por tanto, será la adopción de las acciones necesarias para que se garantice que las personas desarrollen sus actividades de manera segura sin que expongan su vida, salud e integridad personal.

Por tanto, no puede desvincularse el derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo sin que se haga referencia expresa a un derecho fundamental básico o primario como la vida e integridad personal.

1.3. Fundamento en el Derecho a la Salud

Como se ha señalado en el acápite anterior, el Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo se sustenta, en estricto, en la protección de la vida y la integridad personal de los trabajadores. Si bien es cierto este es el componente esencial, también debe tenerse presente que este derecho de componente laboral, parte del reconocimiento del derecho fundamental a la salud. Por esta razón, antes de continuar con el desarrollo del presente estudio, resulta indispensable detenernos brevemente en el reconocimiento del derecho a la salud en nuestra constitución y cuál es el contenido del mismo, conforme a la jurisprudencia del TCP.

El derecho a la salud se encuentra recogido en el artículo 7° de la C93, el cual expresamente señala que *“todos tienen derecho a la protección de su salud”*. Si bien este derecho se encuentra previsto en el capítulo de los Derechos Sociales y Económicos, ello no merma su categoría de derecho humano y, por tanto, derecho fundamental por tener íntima vinculación con el derecho a la vida y a la protección de la integridad personal, conforme a lo expresado por el propio TCP, en el fundamento jurídico N° 27 de la STC 02016-2004-AA/TC, en el cual se señala lo siguiente:

“27. La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida; y la vinculación entre ambos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida (...)”. (Énfasis añadido).

Previamente, el TCP ya había tenido oportunidad de desarrollar el contenido del derecho a la salud cuando en los fundamentos jurídicos 12 a 14 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01429-2002-HC/TC, en los que expresó lo siguiente:

“12. El artículo 7° de la Constitución Política del Estado establece que ‘(...) Todos tienen derecho a la protección de su salud (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa’. La salud es entendida como ‘estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones’, ‘Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado’, ‘Libertad o bien público o particular de cada uno’ (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª edición, 2002). Puede considerarse, entonces, como la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo.

13. Así las cosas, el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado. Implica, por consiguiente, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe. Hay, desde tal perspectiva, la proyección de la salud como un típico derecho reaccional o de abstención, de incidir en su esfera. Pero también, como en la mayoría de derechos constitucionales, el de la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho ‘prestacional’, vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales. Esta dimensión del derecho se manifiesta con especial énfasis en el artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

14. Si bien el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales, su inescindible conexión con el derecho a la vida (art. 2°), a la integridad (art. 2°) y el principio de dignidad (art. 1° y 3°), lo configuran como un derecho fundamental indiscutible, pues, constituye “condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo” (art. I, Título Preliminar de la Ley N.° 26842, General de Salud). Por ello, deviene en condición necesaria del propio ejercicio del derecho a la vida y, en particular, a la vida digna. De otra parte, siempre que el derecho a la integridad resulte lesionado o amenazado, lo estará también el derecho a la salud, en alguna medida. Sin embargo, son también posibles supuestos en que se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales. La salud resulta un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que incide en mayor o menor medida en la vida del individuo, dependiendo de sus condiciones de adaptación. Teniendo como base esta apreciación gradual de la salud, la protección del derecho a la salud importa la tutela de un mínimo vital, fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal o un grave deterioro de ésta.

Debe tenerse presente que la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Por esta razón, es indispensable la consideración de la vida en dignidad que, en este caso, se manifiesta como vida saludable”.

Conforme a los pronunciamientos del TCP, podemos extraer las siguientes conclusiones respecto al derecho a la salud: (i) es un derecho fundamental; (ii) implica una condición inherente a todo ser humano conservar un estado orgánico funcional que le permita desarrollarse con normalidad; (iii) se encuentra protegido ante cualquier perturbación de cualquier persona, del Estado y de particulares; (iv) requiere acciones prestacionales para su completa satisfacción; (v) es esencial para llevar una vida digna en condiciones saludables.

Cabe destacar, además, que en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido que la salud (...) *es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”. Sin perjuicio de los diversos cuestionamientos existentes respecto a la definición de salud establecida por la OMS respecto a las consideraciones ideológicas, políticas y subjetivas que esta puede tener, dicha definición presenta diversas ventajas, puesto que permite abordar el problema de la salud desde un enfoque multidisciplinario, debido a que actuarán múltiples disciplinas que se integrarán entre sí (ALCÁNTARA MORENO, 2008, pág. 100).

Veremos en el segundo apartado de este capítulo que todas estas condiciones del derecho a la salud resultan plenamente aplicables en el ámbito del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, más aún si se tiene en cuenta que el Convenio OIT N° 155 –convenio que no ha sido ratificado por el Perú—prevé que por “Salud”, en relación al trabajo, debe entenderse no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades, “(...) *sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo*”.

1.4. Fundamento en el concepto de Trabajo Decente

El concepto de Trabajo Decente (TD) previsto por la OIT, procura la existencia de empleos de calidad, en los que se garantice las condiciones mínimas de

empleo, el respeto de los derechos fundamentales y que proporcione protección social (CORNEJO VARGAS, 2009, pág. 20). CORNEJO, ha citado las palabras de Juan Somavia, Ex Director General de la OIT, para quien será TD al que se “...realiza en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana” (Surgimiento y concepto del trabajo decente, 2009, pág. 20).

No podría calificarse como trabajo decente a aquel trabajo en el que no se respetan las condiciones mínimas de seguridad, de modo que los trabajadores no se vean expuestos a enfermedades profesionales o accidentes de trabajo que pongan en peligro su salud, vida e integridad personal. Por esta razón, el derecho humano laboral a la Seguridad y Salud en el Trabajo debe reconocerse como pilar o pieza esencial del concepto de TD.

El respeto por el derecho a la vida, salud e integridad personal de los trabajadores es indispensable por su sola condición de personas. De ahí que la idea de TD no puede encontrarse ajena o desvinculada de procurar condiciones de empleo seguras que, precisamente, respeten aquellos derechos humanos básicos que son indispensables para el ejercicio de otros derechos humanos. Precisamente, en la Declaración de Filadelfia de 1944, relativa a los fines y objetivos de la OIT, se estableció como objetivo solemne de la OIT la protección adecuada de la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones.

Por tanto, y a pesar que el derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo no se recogió expresamente en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, no puede mellarse su naturaleza de derecho humano laboral fundamental que se erige como uno de los objetivos primordiales de la OIT. En este sentido, en palabras de VEGA RUIZ y MARTINEZ, el concepto de TD está vinculado a aquellos derechos fundamentales que permiten generar un concepto de dignidad básico para promover condiciones de cumplimiento de otros derechos, esto es, la creación de derechos mínimos y necesarios comunes a toda la comunidad (2002, pág. 40).

¿Sería posible sostener que la Seguridad y Salud en el Trabajo no es un derecho básico y primordial? La respuesta es no. En efecto, el desarrollo de otros derechos de índole laboral, se encuentran condicionados a que toda persona se encuentre protegida frente a la ocurrencia de accidentes de trabajo o

adquisición de enfermedades profesionales que, como resulta evidente, impedirán el ejercicio y goce de una multiplicidad de derechos, entre ellos, el derecho a la vida, salud e integridad personal, así como el libre desarrollo de la personalidad. Ciertamente, un trabajador que sufra un accidente de trabajo por la inexistencia de condiciones mínimas de seguridad, y que el mismo le genere una invalidez total o parcial permanente, en rigor, habrá sido testigo de un arbitrario atentado a su integridad personal.

Por consiguiente, y desde un enfoque de TD, el respecto y la garantía del derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo por parte del Estado debe erigirse como objetivo primordial, por ser condición necesaria para el ejercicio y disfrute de otros derechos.

1.5. Reconocimiento en instrumentos internacionales y configuración constitucional

El derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo o a la Seguridad e Higiene en el Trabajo ha sido reconocido en múltiples instrumentos de protección de los derechos humanos. A partir de este reconocimiento, y siguiendo a la definición efectuada por CANESSA (2009), se erige como un derecho humano de índole laboral. En efecto, podemos encontrar el reconocimiento de este derecho en los siguientes instrumentos de derechos humanos:

- Art. 23.1. de la DUDH.- *“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (...).”*
- Inc. b) del art. 7° del PIDESC:- *“Los Estados Partes del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: La seguridad y la higiene en el trabajo”.*
- Art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH).- *“Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas (...).”*

- Inc. e) del art. 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador).- *“Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho al trabajo (...) que supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: **La seguridad e higiene en el trabajo**”.*
- Numeral 3 de la Parte I de la Carta Social Europea. *“Todos los trabajadores tienen **derecho a la seguridad e higiene en el trabajo**”.*

De esta manera, se ha reconocido el derecho humano laboral a la Seguridad y Salud en el Trabajo. Sin perjuicio de ello, en lo que corresponde a la incorporación del desarrollo del mismo en nuestro derecho interno debe precisarse que las Declaraciones de Derechos Humanos (DUDH⁹ y la DADDH¹⁰) tienen pleno valor y eficacia jurídica. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la C93 estableció que las normas relativas a los derechos y libertades se interpretan de conformidad a la DUDH y a los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

Asimismo, las disposiciones convencionales (PIDESC y Protocolo de San Salvador) que regulan el derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo forman parte integrante del derecho nacional, de acuerdo a lo previsto en el artículo 55° de la Constitución de 1993, por lo que configurarán el denominado bloque de constitucionalidad de este derecho.

A las referidas disposiciones internacionales de carácter universal, debe agregarse la normativa regional relativa la Seguridad y Salud en el Trabajo, esto es, la Decisión 584 de la CAN, la cual, en su artículo 4° prevé que, en el marco de los Sistemas Nacionales de Seguridad y Salud en el Trabajo, los países miembros deberán propiciar el mejoramiento de las condiciones de seguridad y

⁹ Sobre la DUDH se ha señalado que todas sus disposiciones a la fecha tienen carácter obligatorio por haber sido consagradas en normas internacionales de origen diverso, ya sea consuetudinario, principios generales del derecho, e inclusive, normas de *ius cogens* (NOVAK TALAVERA & NAMIHAS, 2004, pág. 78).

¹⁰ En el párrafo 43 de la OC-10/89 la CorteIDH señaló que *“a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”.*

salud en el trabajo para prevenir daños en la integridad física y mental de los trabajadores.

Mención aparte merece el Convenio N° 155 de la OIT, sobre la seguridad y salud de los trabajadores, el cual no ha sido ratificado por el Perú, pero sobre el que se ha comentado que tiene una especial relevancia y trascendencia, debido a que aborda la seguridad y salud en el trabajo de manera transversal al establecer disposiciones que son de aplicación a todas las ramas económicas y prevé principios generales de actuación, tanto a nivel de una política nacional, como al de la acción al interior de las empresas (IGARTUA MIRÓ, 2015, pág. 53).

En la C93 el derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo se configura a partir de la lectura conjunta del último párrafo del artículo 23°, con el inciso 1° del artículo 2°, y el artículo 7° de la misma. De esta manera, y como hemos señalado en otro trabajo, el derecho fundamental a la seguridad y salud en el trabajo resulta de plena exigencia vertical (ante los poderes públicos) y horizontal (frente a los particulares) y, en virtud de esta última eficacia, se erigirá como un límite al ejercicio de los poderes del empleador, pues ninguna relación laboral puede limitar el goce y ejercicio de los derechos constitucionales, ni rebajar su dignidad (COSSIO PERALTA, 2014, pág. 4). De modo tal que no podría llamarse trabajo digno, sino se garantiza que el trabajador desarrolle sus actividades de forma segura, sin arriesgar su vida, salud e integridad personal, derechos que le son inherentes por su sola condición de persona.

Inclusive, el ejercicio de estos derechos en el ámbito de la relación de trabajo requerirá —a diferencia de otros derechos fundamentales inespecíficos que reclamarán la no injerencia por parte del empresario— acciones concretas por parte del empleador para garantizar la vida, la salud e integridad física y mental de los trabajadores frente a los peligros y riesgos asociados a la actividad laboral. De ahí que se derive que el derecho a la vida exija acciones positivas por parte del empleador, lo que se traducirá en la adopción de medidas de prevención frente a los riesgos laborales (IGARTUA MIRÓ, 2015, pág. 77).

De esta manera, y en razón de la vinculación de la prevención de riesgos laborales a la garantía de derechos fundamentales básicos como la vida, salud e integridad personal, IGARTUA MIRÓ sostiene que “(...) que los derechos y

obligaciones de protección y prevención derivan para el empresario de la legislación laboral, reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias (...)" (Sistema de Prevención de Riesgos Laborales, 2015, pág. 78).

Luego de haber examinado los fundamentos del derecho humano laboral a la seguridad y salud en el trabajo, corresponde ingresar al análisis del deber de protección o deber de prevención del empleador, así como de una de las obligaciones que derivan de este, vale decir, la obligación de vigilancia de la salud de los trabajadores.

2. El Deber General de Prevención del Empleador

2.1. Naturaleza jurídica del deber de prevención

En el apartado anterior hemos examinado la configuración del derecho humano laboral a la seguridad y salud en el trabajo. Así, se ha podido observar que este derecho tiene estrecha vinculación con el respeto y garantía del derecho a la salud, la vida e integridad personal. Por esta razón, existe un primer deber de abstención y/o no injerencia en el derecho y, a su vez, al ser una variante del derecho general a la salud, también exigirá una prestación, tanto por parte del Estado, como por parte de los empleadores. No es materia del presente trabajo abordar las prestaciones por parte del Estado para garantizar este derecho, por lo que, nos concentraremos en las exigencias y prestaciones que dicho derecho demanda respecto de los empleadores, las cuales se derivan del deber de prevención.

Con relación a la nomenclatura del deber de prevención, debemos señalar que este también es conocido como la obligación general de seguridad del empresario o deber de protección empresarial (SALCEDO BELTRÁN, 2000, pág. 15). Este es, pues, el deber del empresario de garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores durante la relación de las labores.

Como señala COLLADO, el ser humano se encuentra constantemente expuesto a diversos agentes causantes de algún problema en su estado de salud; sin embargo, al insertarse en una actividad laboral, puede encontrarse expuesto a riesgos profesionales propios de dicha actividad que podría generar daños considerables e, inclusive, irreparables en su estado de salud (2008, pág. 92).

En efecto, en el ámbito de la relación de trabajo, el trabajador se encuentra sujeto a realizar las actividades y/o labores para las cuales ha sido contratado por su respectivo empleador. Así, en el desarrollo de dichas actividades, el trabajador puede encontrarse expuesto a diversos riesgos provenientes de agentes físicos, químicos, entre otros, que pueden generar la aparición de una enfermedad de origen estrictamente profesional y, más aún, podría ser víctima de un accidente de trabajo, los cuales podrían derivar no solo en consecuencias incapacitantes, sino también mortales.

En el ámbito de las relaciones de trabajo, el riesgo del desarrollo de la actividad corre a cuenta del empleador, por ser el que—finalmente—disfrutará los beneficios de la misma. De este modo, la relación de subordinación existente entre el trabajador y el empleador determinará que este último no pueda trasladarle los riesgos de la actividad al trabajador y, en consecuencia, asuma determinadas responsabilidades por ser el titular de la misma.

Por consiguiente, se ha señalado que la posición típica del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo es la de “deudor de seguridad” (MONTROYA MELGAR, PIZÁ GRANADOS, & ALZAGA RUIZ, 2009, pág. 97). Debido a la posición del empleador como deudor de seguridad, recaerá sobre este la obligación de ser el garante de la seguridad en la empresa, lo que conlleva que se le atribuyan los más específicos deberes en esta materia (IGARTUA MIRÓ, 2015, pág. 133).

La doctrina española ha discutido sobre la naturaleza jurídica del deber prevención del empresario. En efecto, por un lado, se ha sostenido que la obligación o deber general de prevención tiene una doble dimensión jurídico – privada y una dimensión jurídico-pública, pues en la primera existe una deuda de seguridad del empleador frente a sus trabajadores; y, en cambio, en la segunda, el empresario está obligado a cumplir las normas de seguridad y salud en el trabajo frente a los poderes públicos (MONTROYA MELGAR, PIZÁ GRANADOS, & ALZAGA RUIZ, 2009, pág. 107).

De otro lado, tenemos a quienes afirman que el deber de prevención es una obligación eminentemente contractual (SALAS FRANCO, 2011, pág. 94), dado que: (i) el desarrollo de una política pública en seguridad y salud en el trabajo no

incide en el carácter contractual de la obligación; (ii) la intensa heterorregulación sobre la materia tampoco incide en el carácter contractual de la obligación, pues esta es ciertamente la esencia de diversas obligaciones que surgen del contrato de trabajo; y, (iii) el único modo de garantizar efectivamente la seguridad y salud en el trabajo es incorporando la protección especial en el seno del contrato de trabajo (IGARTUA MIRÓ, 2015, pág. 138).

Por nuestra parte, somos partidarios de esta segunda posición, puesto que el deber de protección o deber de prevención emana –evidentemente—de las obligaciones propias de todo contrato de trabajo. Precisamente, constituye un hecho característico de diversas obligaciones del contrato de trabajo que las mismas surjan de normas heterónomas, las cuales son objeto de fiscalización de los poderes públicos y no por ello se afecte su condición de ser obligaciones de eminente naturaleza contractual. Así, pues, la fiscalización por parte de los poderes públicos no resulta exclusiva de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Ciertamente, atendiendo a la disparidad de poderes de negociación existentes entre el trabajador y el empleador, el contrato de trabajo suele conllevar el establecimiento de diversas obligaciones mínimas previstas por ley que deben ser cumplidas por el empleador. Ello, pues, también se traslada al ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, lo que no desvirtuará la naturaleza contractual del deber de prevención del empleador.

2.2. El deber de prevención del empleador: una obligación de carácter complejo

Mayoritariamente, la doctrina española considera que el deber de prevención constituye una obligación general de carácter complejo. Así, SALCEDO BELTRÁN sostiene que, en referencia a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales Española, el deber de seguridad o prevención ha sido establecido como una obligación genérica de carácter complejo, cuya formulación abierta y amplia contribuye a que todas las obligaciones específicas del empleador queden comprendidas dentro del deber general de prevención (2000, pág. 27).

En el mismo sentido, los profesores MONTOYA MELGAR, PIZÁ GRANADOS y ALZAGA RUIZ han señalado que la fórmula empleada por el legislador no puede

limitarse a establecer un deber genérico de seguridad, sino que además requiere el establecimiento de obligaciones específicas concretas, cuyo cumplimiento no se deje librado al empleador. Por tanto, se sostiene que la técnica implica que los deberes generales se establezcan en enunciados amplios, que permitan un margen de acción al empleador, pero, de igual manera, se prevean obligaciones específicas que limiten en la mayor medida de lo posible el margen de apreciación del empleador (MONTROYA MELGAR, PIZÁ GRANADOS, & ALZAGA RUIZ, 2009, pág. 112). En la misma línea, SALAS FRANCO sostiene que el deber de prevención “(...) se trata de una obligación genérica compleja que se concreta en un haz de específicas obligaciones, todas previstas en la ley, que constituyen medios para alcanzar el fin pretendido: la seguridad y salud laborales” (SALAS FRANCO, 2011, pág. 94).

Sobre este particular, la profesora IGUARTUA MIRÓ acota que, con sentido globalizador, el deber general de prevención determina que el empleador considere, al momento de determinar los mecanismos, todos los elementos característicos de cada actividad y un concreto ambiente de trabajo que permita prevenir adecuadamente los riesgos específicos existentes en la misma (IGARTUA MIRÓ, 2015, pág. 135). Ello, pues, acota la referida autora contribuye a que el empresario deba adoptar cuántas medidas de prevención sean necesarias ante la aparición de nuevos riesgos, lo cual atribuye a la obligación general de seguridad el ser una obligación de carácter variable y dinámica (IGARTUA MIRÓ, 2015, pág. 139).

En nuestro medio, el deber de prevención o deber de seguridad también ha sido establecido en términos generales y, como señaláramos en otro trabajo, es a su vez un principio informador en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, conforme así ha sido establecido en la LSST y el RSST (COSSIO PERALTA, 2014, pág. 4). Veamos, a continuación el desarrollo normativo del deber de prevención.

La LSST ha regulado el deber de prevención en los siguientes artículos:

*“Ley 29783, Artículo I. Título Preliminar
PRINCIPIO DE PREVENCIÓN*

El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores (...). Debe considerar factores sociales, laborales

y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de riesgos en la salud laboral”.

Art. 49°.- Obligaciones del empleador

El empleador, entre otras, tiene las siguientes obligaciones:

a) *Garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo*

Artículo 54.- Sobre el deber de prevención

El deber de prevención abarca también toda actividad que se desarrolle durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad o en el desplazamiento de la misma, aún fuera de lugar y horas de trabajo.

Por su parte, el RLSST ha previsto en su artículo 93° lo siguiente:

“Art. 93.- El desplazamiento al que hace referencia el artículo 54° de la Ley comprende todo desplazamiento que realice el trabajador en cumplimiento de una orden del empleador o la ejecución de una labor por encargo de éste, como parte de las funciones asignadas, incluso si ésta se desarrolla fuera del lugar y horas de trabajo (...)”.

Como podemos apreciar, en nuestra legislación también se ha adoptado una fórmula omnicomprensiva y amplia del deber general de prevención del empleador, pues establece una obligación del empleador que, inclusive, trasciende el lugar y las horas de trabajo, siempre que el trabajador se encuentre realizando una actividad bajo su autoridad. Nótese, además, que no nos encontramos solamente ante un principio de prevención informador a todo el ordenamiento en materia de seguridad y salud en el trabajo, vale decir, no solo se trata de un mandato de optimización—en los términos de ALEXY— que podría ser cumplido en distintos grados por parte del empleador, sino que, además es una regla que contiene un mandato definitivo para que este cumpla con su deber general de prevención.

Así, y siguiendo el carácter dinámico de esta obligación general de prevención, si el empleador requiere que un determinado trabajador ejecute una actividad, tiene la responsabilidad de asegurar que la ejecución de la misma no represente un riesgo a su salud e integridad personal, para lo cual deberá adoptar todas las medidas que sean necesarias para prevenir los peligros y riesgos asociados a dicha actividad. En otras palabras, el titular de la actividad asumirá el deber de

prevenir que el trabajador no exponga su integridad personal por el hecho de la ejecución de determinada tarea o función.

2.3. El deber de prevención del empleador: una obligación de medios

Un aspecto sumamente importante en materia de prevención de riesgos laborales es determinar si la obligación o el deber de prevención del empleador es una obligación de medios o de resultados. En otras palabras, si el empleador cumplirá con su deber de prevención habiendo adoptado todas las medidas necesarias y de razonable factibilidad –en los términos utilizados en el Convenio OIT 155—o si el sólo se verificará su cumplimiento cuando no se produzca ningún accidente de trabajo o enfermedad que pueda poner en peligro o dañar la seguridad y salud de los trabajadores.

En la doctrina española, se ha presentado el debate sobre calificación del deber de prevención como una obligación de medios o de resultados. Así, SALCEDO BELTRÁN refiere que, quienes sostienen que la obligación es de resultados, sustentan dicha posición¹¹, entre otras razones, en el hecho que la protección eficaz se logra evitando el daño, esto es, desapareciendo el peligro y no solamente ejecutando la labor preventiva (2000, pág. 27). De forma más incisiva, la profesora IGARTÚA MIRO refiere que el deber de prevención es una obligación de resultados porque la ocurrencia de los accidentes de trabajo y las enfermedades, si bien existe una dosis de aleatoriedad que pueda incidir en la ocurrencia de los mismos, ello no enerva el hecho que la implementación de una adecuada política en materia de prevención de riesgos laborales pueda contribuir a reducir los daños que se producen en el trabajo (2015, pág. 141).

En cambio, SALCEDO BELTRAN afirma que los defensores de que el deber de prevención es una obligación de medios¹², parten por señalar que, de considerar que dicho deber es una obligación de resultados, el empleador sólo quedaría exonerado de responsabilidad si no se produjeran accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, lo cual dejaría completamente de lado analizar si el empleador actuó con la diligencia debida para adoptar todas las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de los mismos (2000, pág. 27). Por esta

¹¹ Los profesores Aparicio Tovar, González Ortega, Gonzales Labrada, Sempere Navarro, Cardona Rubert, García Blasco, entre otros.

¹² Los profesores Sala Franco, Arnau Navarro, Alarcón Caracuel, Montoya Melgar, Pizá Granados, Alfonso Mellado, López Gandía, Blanco Lahoz, entre otros.

razón, la referida autora acota que el deber de prevención o de seguridad es una obligación de medios, debido a que esta es una obligación amplia y compleja que conlleva a que el empleador adopte todas las medidas necesarias o posibles para evitar la ocurrencia de accidentes de trabajo (SALCEDO BELTRÁN, 2000, pág. 28).

En este mismo sentido, el profesor SALAS FRANCO afirma que el empleador o empresario cumplirá con su deber de prevención cuando haya cumplido con su obligación genérica de seguridad, así como las obligaciones específicas en materia de seguridad y salud en el trabajo, habiendo adoptado todas las medidas de prevención que hayan sido necesarias para que no se produzcan consecuencias dañosas para la salud de los trabajadores, aun cuando estos finalmente se produzcan (2011, pág. 96). Ciertamente, concebir el deber de prevención como una obligación de medios y no de resultados cobra sentido para efectos de la atribución de responsabilidad al empleador, pues, como bien sostienen los profesores MONTOYA MELGAR, PIZÁ GRANADOS Y ALZAGA RUIZ, se deberán evaluar los niveles de diligencia debida con relación al carácter de las obligaciones que debe asumir en materia de seguridad y salud, ya sea que se traten de obligaciones amplias o detalladas (2009, pág. 108).

Por esta razón, SALAS FRANCO sostiene que considerar el deber de prevención como una obligación de resultados la convertirá en:

“(...) una obligación de difícil cumplimiento y a la eventual responsabilidad en una responsabilidad en la que será muy difícil escapar, sobre todo de producirse un daño para el trabajador. Pero aún así, ello no significa en términos técnico – jurídicos la calificación como de resultado (...) sino que es preciso que el daño se cause por un incumplimiento empresarial y que entre ambos exista un nexo de conexión consistente en la falta de diligencia empresarial (...)” (2011, pág. 97).

Sobre la base de las posturas existentes en la doctrina española, nos inclinamos por estimar que el deber de prevención del empleador es una obligación de medios y, más aún, consideramos que este es el esquema vigente en nuestro país en materia de seguridad y salud en el trabajo.

En efecto, si partimos desde la normativa comunitaria, se advierte que en el artículo 11° de la Decisión 584 de la CAN se estableció como obligación de todos los empleadores de *“(...) tomar medidas tendientes a disminuir los riesgos*

laborales”. De ahí que válidamente pueda interpretarse que el propio texto de la Decisión 584 de la CAN no prevé una obligación de prevención tendiente a la eliminación absoluta de todos los riesgos laborales, sino únicamente a su disminución, lo cual implica que el empleador deba adoptar diversas acciones tendientes a lograr dicho objetivo.

En este orden de ideas, en el inciso c) del artículo 49° de la LSST, se estimó como obligación del empleador de “(...) *disponer lo necesario para la adopción de prevención de riesgos laborales*”. De esta manera, la configuración del deber general de prevención en nuestro país está estructurada sobre la base de la diligencia con la que debe actuar el empleador para evitar la ocurrencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, lo cual corrobora su naturaleza de haber sido concebida como una obligación de medios.

Justamente, el esquema de responsabilidad previsto en la LSST reafirma esta condición. En el artículo 53° de la LSST, se dispone que el incumplimiento del deber de prevención genera la obligación de pagar una indemnización a favor del trabajador o sus derecho habientes. No obstante, en el artículo 94° del RLSST se precisó que la atribución de responsabilidad al empleador sólo se generará cuando se verifique que un trabajador ha sufrido un daño a su salud o integridad física y éste daño se haya generado a raíz del incumplimiento de una obligación de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador.

De este modo, se advierte que la actual normativa sobre seguridad y salud en el trabajo peruana—en particular sobre la atribución de responsabilidad—ha estructurado la obligación del deber general de prevención como una obligación de medios y no de resultados, toda vez que la atribución de responsabilidad no responde a un esquema de responsabilidad objetiva en los términos previstos en el artículo 1970° del Código Civil¹³, vale decir, que ante la ocurrencia de un daño a la salud de los trabajadores, el empleador sea considerado inmediatamente responsable por dicho daño. Por el contrario, en el ámbito de la LSST, nos encontramos ante un esquema de responsabilidad contractual por el incumplimiento de obligaciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo y, por ende, la disposición contenida en el artículo 94° del RLSST debe leerse

¹³ El artículo 1970 del Código Civil establece que “*Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo*”.

conjuntamente con lo previsto en el artículo 1321° del Código Civil¹⁴, en virtud del cual sólo quedará sujeto al pago de la indemnización por daños y perjuicios, en cuanto dichos daños sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de una obligación contractual.

3. La Vigilancia de la Salud de los Trabajadores

Dentro del amplio deber general de prevención del empleador, quedarán comprendidas, pues, diversas obligaciones específicas, en la cual se encuentra la obligación de la vigilancia de la salud de los trabajadores que será objeto de investigación y análisis a continuación.

3.1. Concepto y finalidad

El concepto “Vigilancia de la Salud de los Trabajadores” ha sido objeto de múltiples definiciones por parte de diversos autores, institutos especializados en seguridad y salud en el trabajo, a nivel de la Organización Internacional del Trabajo, entre otros.

En primer lugar, debemos señalar que la OIT ha definido a la vigilancia de la salud en el trabajo de la siguiente manera:

*“La **vigilancia de la salud en el trabajo** comprende la recopilación, el análisis, la interpretación y la difusión continuada y sistemática de datos a efectos de la prevención. La vigilancia es indispensable para la planificación, ejecución y evaluación de los programas de seguridad y salud en el trabajo, el control de los trastornos y lesiones relacionadas con el trabajo, así como para la protección y promoción de la salud de los trabajadores. Dicha vigilancia comprende tanto la vigilancia de la salud de los trabajadores como la del medio ambiente de trabajo” (Principios Directivos Técnicos y Éticos Relativos a la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores, 1998, pág. 24).*

En segundo lugar, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo Español, en la Norma Técnica Preventiva N° 471 del año 1998, definió a la vigilancia de la salud como “*la recogida sistemática y continua de datos acerca*

¹⁴ El artículo 1321° del Código Civil establece que: “*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

de un problema específico de salud; su análisis, interpretación y utilización en la planificación, implementación y evaluación de programas de salud”.

Por su parte, el Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña definió la vigilancia de la salud como:

“(…) aquel conjunto de actividades que incluye la recogida, el análisis y la interpretación sistemática de datos de la salud de los trabajadores y trabajadoras con la finalidad de proteger su salud y prevenir las enfermedades derivadas del trabajo para influir y orientar la acción preventiva de la empresa” (Consideraciones sobre la vigilancia de la salud de los trabajadores y trabajadoras, 2013, pág. 11).

El Ministerio de Sanidad y Consumo Español en el Libro Blanco de la Vigilancia de la Salud señaló que este concepto:

“(…) engloba una serie de actividades, referidas tanto a individuos como a colectividades y orientadas a la prevención de riesgos laborales, cuyos objetivos generales tienen que ver con la identificación de los problemas de salud y la evaluación de intervenciones preventivas” (2003, pág. 19).

Para GARCÍA, ESTEBAN, GALLO Y GUZMÁN, el concepto vigilancia de la salud *“implica que se recogerá información (sobre riesgos y daños), y que será analizada e interpretada sistemáticamente para su posterior utilización en la modificación de las condiciones de trabajo origen del daño” (2007, pág. 61).*

Asimismo, GUERRERO, SANCHEZ Y CAÑEDO señalan que:

“La vigilancia en salud del trabajador es, por tanto, la observación constante de la totalidad de los eventos que ocurren en el ambiente laboral -principalmente de los factores de riesgos nocivos y peligrosos-, la exposición del trabajador y el daño a su salud, por medio de la información - comunicación y la aplicación de medidas de prevención” (2004, pág. 2)

En nuestro medio, OSPINA SALINAS ha señalado que *“la vigilancia de la salud de los trabajadores es una actividad preventiva cuyo objetivo es la protección de la salud de los trabajadores, identificando las limitaciones de la prevención para establecer mejoras en ese proceso” (2014, pág. 188).*

A nivel global, la OIT ha señalado que la “vigilancia de la salud de los trabajadores”:

“(…) es un término genérico que abarca procedimientos e investigaciones para evaluar la salud de los trabajadores con vistas a detectar e identificar toda anomalía. Los resultados de esta vigilancia deberían utilizarse para la protección y promoción individual y colectiva de la salud en el lugar de trabajo, así como la salud de la población trabajadora expuesta a riesgos (…)” (1998, pág. 24).

Como hemos advertido de todas las definiciones citadas, estas coinciden en que la Vigilancia de la Salud en el Trabajo implica la recopilación, sistematización, evaluación continuada de los datos relativos a la salud de los trabajadores con el objeto de analizar y adoptar adecuadas medidas de prevención en el lugar de trabajo.

No obstante, también se puede advertir que el concepto es utilizado de manera indistinta. En efecto, en el modelo español, el concepto “Vigilancia de la Salud de los Trabajadores” es un concepto omnicomprensivo que abarca tanto la vigilancia del medio ambiente de trabajo como la vigilancia de la salud de los trabajadores en sentido estricto. En cambio, a nivel de la OIT el concepto genérico es la “Vigilancia de la Salud en el Trabajo”, la misma que comprende tanto la vigilancia del medio ambiente de trabajo como la vigilancia de la salud de los trabajadores.

Para los propósitos de la presente investigación, consideramos adecuado utilizar la clasificación de la OIT, toda vez que permitirá clasificar adecuadamente qué obligaciones de nuestra legislación corresponden a la vigilancia del medio ambiente de trabajo y qué otras a la vigilancia de la salud de los trabajadores. En la vigilancia de la salud de los trabajadores podremos ubicar aquellas obligaciones que comprometen y/o inciden directamente en la esfera de la intimidad personal de los trabajadores.

Ciertamente, la LSST y el RLSST no han utilizado la denominación “Vigilancia de la Salud en el Trabajo”; sin embargo, estimamos que, conforme a cómo se han desarrollado las diferentes obligaciones establecidas en dichos dispositivos, esta denominación podría utilizarse, de tal manera que aquellas obligaciones puedan quedar clasificadas tanto en las que corresponden a la “Vigilancia del

Medio Ambiente de Trabajo” como a la “Vigilancia de la Salud de los Trabajadores”.

Ahora bien, debemos advertir que a nivel de la LSST y del RLSST no se ha establecido una definición de qué comprende o qué aspectos abarca la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores. Ello, pues, ha conllevado a que en el ámbito de la fiscalización y/o inspección del trabajo, la Autoridad Administrativa de Trabajo impute, en algunos casos¹⁵, un incumplimiento al deber de “Vigilancia de la Salud de los Trabajadores” citando de manera genérica los artículos 49° de la LSST, 77° y 101 del RLSST¹⁶, referidos a las obligaciones generales del empleador, la realización de la evaluación inicial de riesgos y la ejecución de exámenes médicos ocupacionales a los trabajadores, respectivamente, las mismas que estarían clasificadas en obligaciones de vigilancia del medio ambiente de trabajo y vigilancia de la salud de los trabajadores en sentido estricto.

En nuestra legislación, la definición de la “Vigilancia de la Salud de los Trabajadores” la podremos ubicar en una norma de tercer nivel dentro de nuestra estructura normativa que, inclusive, es una norma publicada con anterioridad a la promulgación de la LSST y el RLSST. Nos referimos al DTPEMO, en cuyo punto 6.3 se define la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores de la siguiente manera:

“La vigilancia de la salud de los trabajadores es el proceso de recolección de información y análisis sistemático que abarca todas las evaluaciones necesarias para proteger la salud de los trabajadores, con el objetivo de detectar los problemas de la salud relacionadas con el trabajo y controlar los factores de riesgos y prevenir los daños a la salud del trabajador, debe ser realizada por el médico ocupacional”.

Seguidamente, en el mismo DTPEMO se hace una clasificación de los tipos de vigilancia de la salud, los cuales podemos dividirlos conforme a la categorización efectuada por la OIT en: (i) obligaciones derivadas de la vigilancia del medio ambiente de trabajo; y, (ii) del estado de salud de los trabajadores en sentido estricto. En efecto, el DTPEMO, efectúa la siguiente categorización:

¹⁵ Medidas de Requerimientos emitidas en las Órdenes de Inspección Nos. 423-2015-SUNAFIL/INSSI y 424-2015-SUNAFIL/INSSI.

¹⁶ El artículo 77° del RLSST regula la evaluación inicial de riesgos, mientras que el 101° se refiere a la forma de realización de los exámenes médicos ocupacionales.

“Tipos de Vigilancia de la Salud de los Trabajadores

a) *Evaluaciones del Estado de Salud de los Trabajadores*

Son evaluaciones médicas de la salud de los trabajadores antes, a intervalos periódicos, y después de las actividades en un puesto de trabajo, que entrañen riesgos susceptibles de provocar perjuicios para su salud o de contribuir a tales perjuicios. Así como en el análisis de la ocurrencia de accidentes de trabajo, enfermedades relacionadas al trabajo y de los estado pre patogénicos en un determinado periodo de tiempo.

b) *Evaluaciones de Riesgos para la Salud de los Trabajadores*

Evaluaciones cualitativas de los agentes o factores de riesgo de naturaleza físico, químico y biológicos (...)

Evaluaciones cuantitativas para aquellos agentes o factores de riesgos físicos y químicos en la que se precise medir las intensidades, concentraciones o nivel de presencia (...) y de evaluaciones específicas, para los factores de riesgos psicosociales y disergonómicos relacionadas con las características y el rol del trabajo, y con la organización del trabajo”.

Como se observa, en nuestro sistema normativo se ha adoptado la clasificación que corresponde al modelo español de Vigilancia de la Salud de los Trabajadores. No obstante, consideramos necesario y adecuado limitar el concepto de Vigilancia de la Salud de los Trabajadores en el sentido estricto del término, esto es, únicamente ceñido a la “Vigilancia del Estado de Salud de los Trabajadores”, tratando solo de manera tangencial a la “Vigilancia del Medio Ambiente de Trabajo”.

En este sentido, para nosotros la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores será el proceso continuo de recopilación sistemática de información relativa a la salud de los trabajadores, a través de diversos procedimientos que serán realizados por profesionales capacitados en seguridad ocupacional para la adaptación de las medidas de prevención necesarias para evitar daños a salud e integridad física y psíquica de los trabajadores.

Por estas consideraciones, corresponde examinar a continuación las distintas formas o mecanismos de vigilancia de la salud de los trabajadores.

3.2. Mecanismos de vigilancia de la salud de los trabajadores en sentido estricto

Tradicionalmente, se ha entendido que la vigilancia de la salud de los trabajadores implicaba necesariamente la realización de evaluaciones o exámenes médicos sobre el estado de salud del personal. Sin embargo, y como se podrá apreciar a continuación, estos no son los únicos métodos de vigilancia de la salud de los trabajadores.

3.2.1. Exámenes médicos ocupacionales

Un método importante para obtener datos precisos sobre el estado de salud de los trabajadores son los exámenes médicos ocupacionales. Como bien ha señalado la OIT, durante la primera mitad del siglo XX, los exámenes médicos se limitaban a una determinada categoría de trabajadores, sin embargo, esta práctica fue extendiéndose a todos los trabajadores con el transcurrir del tiempo (1998, pág. 1).

Estos exámenes médicos comprenden una serie de evaluaciones particulares, desde análisis odontológicos hasta análisis del comportamiento (evaluaciones psicológicas) del trabajador. Estas evaluaciones deben ser realizadas por médicos especialistas en medicina del trabajo, de manera que los resultados puedan contribuir a la adopción de medidas preventivas para garantizar la seguridad y salud del trabajador y la de terceras personas.

Por ejemplo, en nuestro país, se ha establecido expresamente que el médico ocupacional es quien se encuentra a cargo de la realización de los exámenes médicos e, inclusive, cuáles son los exámenes particulares que se practicarán en función a las actividades que ejecuten los respectivos trabajadores. En el DTPEMO podemos apreciar que para los casos de trabajadores vinculados al sector minero y que se encuentren expuestos al polvo sílice, necesariamente debe realizarse una radiografía de tórax, de modo de determinar o descartar un diagnóstico de neumoconiosis.

A su vez, los exámenes médicos suelen ser practicados con determinada periodicidad. En nuestro país, en el numeral 6.4.3 del DTPEMO se ha establecido que existen tres tipos de evaluaciones médico ocupacionales, una

pre – empleo o pre – ocupacional, otra de control periódico y otra de retiro o egreso. Veremos en el siguiente capítulo determinados aspectos que deberían tenerse en cuenta al momento de la realización de los exámenes médicos ocupacionales.

3.2.2. Encuestas de salud

Otra de las formas de obtener información relativa a la vigilancia de la salud de los trabajadores son las denominadas encuestas y/o cuestionario de salud y de las condiciones de trabajo. DONALISIO GÓNZALES, ha definido a las encuestas de salud como *“instrumentos para la recopilación de datos que permiten la valoración de una serie de manifestaciones relacionadas con la salud”* (1987, pág. 49).

En estos documentos se incluyen una serie de preguntas relacionadas a la salud de los trabajadores (DONALISIO GONZALEZ, 1987, pág. 50). La finalidad de estos cuestionarios es que, con base a la respuesta honesta de los trabajadores, estos respondan de manera puntual tanto sobre su estado de salud, como sobre las condiciones de trabajo.

Ciertamente, este es un método que resulta menos invasivo que los exámenes médicos ocupacionales, pero no por ello se encontrará ajeno a que se cumplan con los principios de ética científica y profesional, así como la confidencialidad de la información, conforme ha señalado OIT (1998, pág. 9).

3.2.3. Controles pre – clínicos Tamizaje (Screening)

El tamizaje en salud, también conocido como *screening*, implica la realización de controles de condiciones pre-clínicas a fin de determinar si el trabajador padece una patología, a pesar de que no ha presentado la sintomatología correspondiente a la misma (GALVAN BARAHONA, 2009, pág. 2).

El Tamizaje o *Screening* comprenden la administración de una serie de otras evaluaciones médicas en las personas, en nuestro caso los trabajadores, con el objetivo de determinar si existe una deficiencia en algún órgano o una enfermedad en un punto en el que sea beneficiosa la intervención (WAGNER,

1996, pág. 3). Por esta razón, WAGNER acota que: *“Screening is designed to detect disease before and individual would normally seek medical care; it should ideally detect disease in its ‘preclinical stage’* (1996, pág. 3).

En nuestra legislación, las pruebas de tamizaje han sido definidas como exámenes complementarios o procedimientos de ayuda de diagnóstico ocupacional, conforme se encuentra previsto en el numeral 6.4.5 del DTPEMO.

3.2.4. Estudios Epidemiológicos

Dentro de los diversos mecanismos existentes en materia de la vigilancia de la salud de los trabajadores pueden encontrarse los estudios epidemiológicos ocupacionales. Estos tienen por objeto efectuar un diagnóstico situacional de la salud de un colectivo o comunidad, de modo que pueda analizarse la etiología de las enfermedades, efectuando evaluaciones de las acciones preventivas o curativas (FRANCO MONSREAL, y otros, 2011, pág. 51).

Así, la epidemiología se emplea básicamente para determinar la repercusión de los eventos relacionados con la salud respecto a una particular población, pues permitirá conocer las leyes que condicionan la aparición de enfermedades (HERNÁNDEZ, GARRIDO, & LÓPEZ, 2000, pág. 144). De esta manera, se sostiene que los estudios epidemiológicos ocupacionales tienen como propósitos fundamentales, por un lado, establecer la relación causal entre riesgo y enfermedad; y, de otro lado, analizar y cuantificar los riesgos, para que, a partir de este análisis, se adopten acciones tanto para eliminar los efectos negativos que existen en el trabajo, como para potenciar los efectos positivos (ROBAINA AGUIRRE, ROBAINA AGUIRRE, & TAMARGO RODRÍGUEZ, 2006).

Por esta razón, en el ámbito de la salud ocupacional, los estudios epidemiológicos permitirán analizar, a nivel colectivo, el origen o causa de las enfermedades y accidentes en el centro de trabajo para la adopción de medidas de prevención en un centro de trabajo o actividad económica.

3.3. El encargado de la vigilancia de la salud de los trabajadores: el servicio de seguridad y salud en el trabajo

Hemos visto hasta aquí que el empleador tiene la responsabilidad de efectuar la vigilancia de la salud de los trabajadores. En otras palabras, el empleador es

quien debe de garantizar que exista un adecuado sistema de vigilancia de la salud de los trabajadores. Este es el deber general del empleador. No obstante, corresponde ahora precisar cómo o, a través de qué dependencia, se ejecutará la vigilancia de la salud de los trabajadores.

Para efectuar la vigilancia de la salud de los trabajadores el empleador deberá contar con un Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, siendo esta la dependencia encargada de la ejecución de las actividades necesarias para la correcta vigilancia y/o monitoreo del estado de salud de los trabajadores. Ciertamente, y como señala IGARTUA MIRÓ, este servicio tiene por finalidad prestar asesoramiento técnico y asistencia, tanto al empresario, a los trabajadores y sus representantes de modo que contribuya al cumplimiento del deber general de prevención (2015, pág. 276).

En la Decisión 584 de la CAN—la misma que es de directa aplicación en nuestro ordenamiento jurídico por mandato expreso del artículo 55° de la C93—se definió al Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo de la siguiente manera:

“Artículo 1°.- A los fines de esta decisión, las expresiones que se indican a continuación tendrán los significados que para cada una de ellas se señalan:

l) Servicio de salud en el trabajo: Conjunto de dependencias de una empresa que tiene funciones esencialmente preventivas y que está encargado de asesorar al empleador, a los trabajadores y a sus representantes en la empresa acerca de: i) los requisitos necesarios para establecer y conservar un medio ambiente de trabajo seguro y sano que favorezca una salud física y mental óptima en relación con el trabajo; ii) la adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental”.

Los Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo serán organizados por las empresas o grupos de empresas, conforme a lo previsto en el artículo 3° de la Resolución N° 957, Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la CAN. En este mismo documento, se precisó que la finalidad esencial de los Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo es de carácter preventivo, de modo tal que su principal objetivo sea establecer y conservar un medio ambiente de trabajo seguro, así como la adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores (art. 4°).

Entre las principales funciones del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo podemos encontrar la vigilancia de la salud en el trabajo, de acuerdo a lo expresamente establecido en el inciso h) del artículo 5° de la Resolución N° 957, el cual prevé lo siguiente:

“Artículo 5°.- El Servicio de Salud en el Trabajo deberá cumplir con las siguientes funciones:

(...)

h) Vigilar la salud de los trabajadores en relación con el trabajo que desempeñan.

Estas disposiciones son acordes a las establecidas en el Convenio OIT N° 161—el mismo que no ha sido ratificado por el Perú, pero tiene carácter de recomendación—sobre los servicios de salud en el trabajo. Así, por ejemplo, el inciso f) del artículo 5° del Convenio OIT 161 dispone que los Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo tienen el deber de asegurar que la vigilancia de la salud de los trabajadores sea adecuada y apropiada a los riesgos de la empresa para la salud del personal.

En nuestro ordenamiento, la regulación de los Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo la podemos encontrar en la LSST, la misma que es complementada con las disposiciones previstas en el DTPEMO. En efecto, en el artículo 36° de la LSST, se recogió en su integridad lo establecido en el artículo 5° del Convenio OIT 161, de tal modo que el referido artículo de la Ley constituye una copia textual de lo establecido en el Convenio OIT 161.

De esta manera, podemos concluir que, a pesar de la falta de ratificación del Convenio OIT 161, el artículo 5° del mismo es de inmediata aplicación en nuestro ordenamiento al haber sido integrado en este a partir de lo dispuesto en el artículo 36° de la LSST.

Ahora bien, en el DTPEMO se ha establecido claramente que el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo debe estar a cargo de un Médico con especialidad en Medicina Ocupacional o Medicina del Trabajo (numeral 6.6.1 del DTPEMO), deben existir servicios de apoyo al Médico Ocupacional, los cuales deberían estar acreditadas y aprobadas por la Autoridad de Salud (numeral 6.7.3 del DTPEMO). Inclusive, se ha previsto que el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo debe estar compuesto por un equipo multidisciplinario y contar con el espacio físico adecuado para el desarrollo de sus funciones.

Ciertamente, en los numerales 6.7.4 y 6.7.5 del DTPEMO se contempló lo siguiente:

“6.7.4.- El médico ocupacional para la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores debe coordinar con un equipo multidisciplinario constituido en función de la índole de las tareas que deban ejecutarse, por lo menos con uno de los siguientes profesionales: Ingeniero de Higiene y Seguridad Ocupacional, Profesional de la Salud (Lic. en Enfermería, Lic. en Psicología) o de Ingeniería con Especialidad en Seguridad y Salud Ocupacional.

6.7.5.- Los servicios que preste el Médico Ocupacional para la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores deberá de contar con un espacio físico adecuado, equipo médico básico y, además, disponer de personal administrativo necesario para su funcionamiento”.

Cabe señalar, como advierten UGAZ y SOLTAU, que si bien en el DTPEMO se hace expresa referencia a que el Médico Ocupacional es el encargado del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, resulta indispensable precisar que aquel es quien lidera dicho servicio y, necesariamente, este debe estar compuesto por un equipo multidisciplinario (UGAZ & SOLTAU, 2012, pág. 576).

Asimismo, debemos destacar que el empleador puede optar por conformar o instaurar directamente el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo o que este sea realizado a través de una empresa especializada en Seguridad y Salud Ocupacional. Esta posibilidad surge de la lectura conjunta de los artículos 36° de la LSST y del artículo 26-A del RLSST, el mismo que fuera incorporado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 006-2014-TR, los cuales establecen lo siguiente:

*“Artículo 36°.- Servicios de seguridad y salud en el trabajo
Todo empleador organiza un servicio de seguridad y salud en el trabajo propio o común a varios empleadores, cuya finalidad es esencialmente preventiva (...)”*

“Artículo 26 A.- La contratación de una empresa especializada para la gestión, implementación, monitoreo y cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias sobre seguridad y salud en el trabajo, no libera a la empresa principal de su obligación de acreditar ante la autoridad competente el cumplimiento de dichas obligaciones. No podrá ser objeto de tercerización a través de la contratación de una empresa especializada, la participación del empleador en el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo y, en su caso, los Subcomités de Seguridad y Salud en el Trabajo”.

En virtud de estas disposiciones, en nuestro medio, algunos empleadores han optado por encargar el Servicio de Salud en el Trabajo a empresas especializadas en Salud Ocupacional, toda vez que la única limitación para la tercerización en materia de seguridad y salud en el trabajo se encuentra referida a la participación en el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo o los Subcomités de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Por ejemplo, GARCÍA GOMEZ, ESTEBAN BUEDO, GALLO FERNANDEZ Y GUZMAN FERNANDEZ, señalan que en España la tendencia predominante es recurrir a servicios de prevención ajenos, a pesar de que el servicio ajeno presenta importantes diferencias en comparación a los servicios propios (2007, pág. 66). Inclusive, estos mismos autores recuerdan que dicha tendencia es contraria a la preferencia establecida en la Directiva Marco relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo, Directiva 89/391/CEE, en la que se da prioridad a la gestión del empresario de la seguridad y salud en el trabajo a través de medios propios, toda vez que sólo se recurriría a medios ajenos cuando las competencias del empresario sean insuficientes (GARCÍA GOMEZ, ESTEBAN BUEDO, GALLO FERNÁNDEZ, & GUZMÁN FERNÁNDEZ, 2007, pág. 67).

Finalmente, cabe señalar que, a la fecha de la presente investigación, se encuentra sujeto a revisión el Reglamento de los Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo, en el que se estableció cuándo necesariamente el empleador debería contar con un servicio propio de Seguridad y Salud en el Trabajo. Así, en el artículo 6° del referido proyecto de reglamento, se estableció que el empleador estaría obligado a constituir el servicio propio cuando: (i) se trate de empresas que cuenten con más de 500 trabajadores; o, (ii) se dedique a actividades de extracción de madera, pesca, minas de carbón, producción de petróleo crudo y gas natural, minerales metálicos, entre otros.

CAPÍTULO III

LAS GARANTÍAS DEL RESPETO AL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

En el capítulo anterior hemos visto que la vigilancia de la salud de los trabajadores constituye un aspecto esencial que permitirá el respeto del derecho humano laboral a la seguridad y salud en el trabajo. Para que ello sea posible, la vigilancia de la salud de los trabajadores, no basta con reconocerla como un derecho de estos últimos, sino que, además, es un deber del titular de la actividad productiva, quien se encuentra obligado a establecer un adecuado mecanismo de control tanto del estado de salud de sus trabajadores, como de los peligros y riesgos existentes en el lugar de trabajo.

Sin embargo, y como la vigilancia de la salud de los trabajadores implica la constante recopilación, análisis y difusión de datos con fines de prevención, determinados datos contendrán información relativa a la esfera de la intimidad de los trabajadores, y en particular aquellos datos sensibles vinculados a su estado de salud. Por esta razón, consideramos que en nuestro ordenamiento legal, en especial, la LSST y la LGS han establecido mecanismos de garantía del respeto al derecho a la intimidad personal en la vigilancia de la salud de los trabajadores, los cuales, tal y como hemos señalado en otro lugar (COSSIO PERALTA, 2014), pueden ser calificados en formas de garantías *ex ante* y *ex post* a la ejecución de las actividades propias de la vigilancia de la salud de los trabajadores.

De este modo, pasamos a examinar cada uno de estos mecanismos de garantía del derecho a la intimidad previstos en nuestro ordenamiento para luego analizar cuál es el objetivo final de los mismos.

1. Mecanismos de Garantía del Derecho a la Intimidad Personal *Ex Ante* a la Ejecución de la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores Establecidos en la Legislación Peruana

1.1. Alcance limitado a los riesgos ocupacionales

Hemos señalado en el punto 3.1 del capítulo II de la presente investigación que nos concentraremos en el análisis de la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores en el sentido estricto del término, vale decir, en todos aquellos

mecanismos que permiten la recopilación periódica de datos relativos al estado de salud de los trabajadores. Así, hemos podido examinar que existen diferentes tipos de procedimientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores, en los que se encuentran: (i) los exámenes médicos ocupacionales; (ii) encuestas de salud; (iii) controles pre-clínicos – tamizaje *screening*; entre otros.

No obstante, estas formas de vigilancia de la salud de los trabajadores no pueden realizarse de manera genérica, sin que exista una correlación con los riesgos y peligros asociados al lugar de trabajo, de modo tal que se verifique la vigencia y cumplimiento del principio - deber de prevención previsto en el artículo I de la LSST.

Así, en materia de la realización de exámenes médicos ocupacionales –que es la forma más común de vigilancia de la salud de los trabajadores en nuestro medio—MARÍN ARCE, comentando la Ley de Prevención de Riesgos Laborales Española, ha observado que “(...) *no es necesario a estas alturas recalcar que [los reconocimientos médicos] no son asimilables a los reconocimientos generales y periódicos de carácter inespecífico que evaluaban la situación de salud del trabajador de forma independiente a sus condiciones y riesgos del trabajo. Al contrario, han de ser específicos, con obligada aplicación de los protocolos correspondientes a cada actividad (...)*” (2009, pág. 10).

La OIT, dentro de los lineamientos y principios éticos relativos a la vigilancia de los trabajadores, ha señalado que: “(...) *los exámenes médicos (...) deben adecuarse a los riesgos profesionales existentes en la empresa*” (1998).

En el marco normativo internacional, en el artículo 14° de la Decisión 584 de la CAN se señaló expresamente lo siguiente:

“Artículo 14.- Los empleadores serán responsables de que los trabajadores se sometan a los exámenes médicos de preempleo, periódicos y de retiro, acorde con los riesgos a que están expuestos en sus labores. Tales exámenes serán practicados, preferentemente, por médicos especialistas en salud ocupacional y no implicarán ningún costo para los trabajadores y, en la medida de lo posible, se realizarán durante la jornada de trabajo”.

Por su parte, a nivel normativo local, el artículo 101° del RLSST, que fuera modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 006-2014-TR, estableció que los exámenes médicos debían ser efectuados por el empleador, de conformidad a las labores desempeñadas por el trabajador en su récord histórico en la organización, “(...) *dándole énfasis a los riesgos a los que estuvo expuesto a lo largo de su desempeño laboral (...)*”.

Sin embargo, como paso previo a la realización de los exámenes médicos ocupacionales, así como de cualquier otro mecanismo de Vigilancia del Estado de Salud de los Trabajadores, resulta indispensable que el empleador haya cumplido con su obligación de efectuar la evaluación inicial del estado de la seguridad y salud en el centro de trabajo, identificando los riesgos y peligros existentes en cada puesto de trabajo. En efecto, dicha obligación se estableció de manera expresa en el artículo 37° de la LSST y fue precisado en el artículo 77° de la RLSST, los cuales señalan lo siguiente:

“Ley 29783, Art. 37.- Elaboración de línea de base del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo

Para establecer el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo se realiza una evaluación inicial o estudio de línea de base como diagnóstico del estado de la salud y seguridad en el trabajo (...)”

“Reglamento Ley 29783, Decreto Supremo N° 005-2012-TR, art. 77.- La evaluación inicial de riesgos debe realizarse en cada puesto de trabajo del empleador (...). Esta evaluación debe considerar las condiciones de trabajo existentes o previstas, así como la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe, por sus características personales o estado de salud conocido, sea especialmente sensible a dichas condiciones.

Adicionalmente, la evaluación inicial debe:

(...)

b) Identificar los peligros y evaluar los riesgos existentes o posibles en materia de seguridad y salud que guarden relación con el medioambiente de trabajo o con la organización del trabajo. (...)”

De esta manera, nuestro ordenamiento ha previsto de manera expresa que la Vigilancia del Estado de Salud de los Trabajadores debe realizarse conforme a los riesgos y peligros a los que se han encontrado expuestos, para lo cual es necesario que el empleador haya identificado de manera precisa estos últimos. Acertadamente se ha señalado que no podría realizarse una adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores sino se cuenta con una precisa identificación y evaluación de los riesgos y peligros, así como de las medidas

preventivas adoptadas por cada puesto de trabajo (MARÍN ARCE, 2009, pág. 11).

Al respecto, TOSCANI GIMÉNEZ enfáticamente sostiene que *“la evaluación inicial de riesgos es fundamental para poder llevar a cabo la vigilancia de la salud, no es posible realizar la vigilancia de la salud si antes no se han objetivado los riesgos inherentes a los puestos de trabajo”* (2012, pág. 36).

De igual manera, IGARTÚA MIRÓ refiere que el cumplimiento exacto de esta obligación implica realizar una evaluación de forma exhaustiva que comprenda el análisis de todos los factores de riesgo posibles que existan en la empresa, de modo tal que se puedan diseñar todas las medidas de prevención pertinentes para la eliminación de los riesgos y, así, se cumpla adecuadamente la deuda de seguridad del empresario (2015, pág. 156).

Como puede apreciarse, si el empleador no cuenta con la identificación de los riesgos y peligros existentes en cada puesto de trabajo, no podría efectuarse una adecuada Vigilancia del Estado de Salud de los Trabajadores, toda vez que los mecanismos de vigilancia devendrían en evaluaciones integrales sobre la salud del personal que no tendrían una vinculación específica con las labores que se realizarán o realizan en el centro de trabajo.

Por estas consideraciones, podremos señalar que nuestra legislación ha previsto como parte de una garantía *ex ante* del respeto al derecho a la intimidad personal de los trabajadores en la vigilancia de su salud, que los particulares mecanismos de evaluación de su estado de salud —como los exámenes médicos ocupacionales— se practiquen en función a los peligros y riesgos inherentes a las labores —previamente identificados por el empleador— que se desarrollarán en el centro de trabajo y a las que se han encontrado expuestos durante el récord de servicios prestados a favor de su empleador.

De este modo, estimamos que resultarán lesivas al derecho a la intimidad de los trabajadores todas aquellas evaluaciones del estado de su salud que no cuenten con una vinculación específica a los riesgos y peligros asociados a determinado puesto de trabajo. En otras palabras, la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores que se ejecute de manera integral, sin que cumpla una finalidad específica, constituirá una injerencia ilegítima del empleador en la

intimidad personal de los trabajadores, la cual no encuentra sustento en la obligación empresarial de vigilancia de la salud de los trabajadores con fines de prevención.

1.2. Voluntariedad

En materia de la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores, nuestra legislación ha establecido algunos principios rectores que, si bien se encuentran referidos a la forma frecuentemente utilizada para dicho fin, esto es, los exámenes médicos ocupacionales, tales principios resultan de plena aplicación a todos los mecanismos de control y vigilancia del estado de salud de los trabajadores. Así, los referidos principios medulares son el respeto a la voluntariedad y consentimiento informado de los trabajadores de manera previa a la realización de las formas de vigilancia de su estado de salud.

En efecto, el sometimiento a los procedimientos de vigilancia del estado de salud de los trabajadores, en particular, a los exámenes médicos debe caracterizarse necesariamente por su carácter voluntario, toda vez que el trabajador debe expresar su consentimiento para que un tercero pueda acceder a datos relativos a su estado de salud que forman parte de la esfera protegida de su intimidad personal. Por este motivo, TOSCANI GIMÉNEZ advierte que *“los reconocimientos practicados sobre la persona del trabajador pueden llevar, no por el hecho de la intervención, sino por su finalidad, esto es, por lo que a través de ella pretenda averiguarse, una intromisión en la esfera de la intimidad constitucionalmente protegida”* (2012, pág. 22).

En este sentido, originalmente, en el inciso d) del artículo 49° de la LSST se estableció la obligación del empleador de practicar exámenes médicos al personal antes, durante y al término de la relación laboral. A su vez, en el inciso e) del artículo 79° de dicho cuerpo normativo, se dispuso que el trabajador se encuentre obligado a *“someterse a los exámenes médicos a que estén **obligados por norma expresa**, siempre y cuando se garantice la confidencialidad del acto médico”*. (Énfasis añadido).

De la lectura del texto original del inciso d) del artículo 49° de la LSST y del inciso e) de su artículo 79°, se desprendería que inicialmente la LSST disponía la obligatoriedad del trabajador a someterse a cualquier examen médico que

disponga el empleador. Sin embargo, el artículo 107° del RLSST precisó lo siguiente:

“En el caso del inciso e) del artículo 79° de la Ley, se precisa que los exámenes médicos son aquellos expresamente catalogados como obligatorios, según las normas expedidas por el Ministerio de Salud. La negativa por parte del trabajador a someterse a exámenes no obligatorios no podrá considerarse como falta sujeta a sanción por parte del empleador, con excepción de los exámenes exigidos por normas internas de la organización en el caso de tratarse de actividades de alto riesgo”. (Énfasis añadido)

La referida disposición debía leerse en conjunto con lo establecido en el DTPEMO, en cuyo numeral 6.5 regula los exámenes médicos que obligatoriamente debían realizarse en función a los factores de riesgo existentes en determinadas actividades económicas. De ahí que, respecto de otras evaluaciones médicas que no se traten de las establecidas por el Ministerio de Salud, corresponderá a la voluntad del trabajador decidir si se somete o no a las mismas, con excepción de aquellos exámenes médicos establecidos por el propio empleador cuando los trabajadores realicen actividades que califiquen como de alto riesgo.

Sin embargo, mediante la Ley 30222, publicada en el diario oficial “El Peruano” el día 11 de julio de 2014, se modificó el inciso d) del artículo 49° de la LSST. A partir de dicha modificatoria, se estableció que, para las actividades que no sean calificadas como de alto riesgo, los exámenes médicos se realizarían de manera obligatoria con una periodicidad de dos años y el examen médico de salida sería facultativo a solicitud del empleador o del trabajador. De igual modo, se dispuso que, en el caso de las actividades de alto riesgo, sea obligatoria la realización de exámenes médicos, antes, durante y al término de la relación laboral.

Consideramos que esta modificatoria, por un lado, no altera el carácter voluntario del sometimiento a las evaluaciones de salud; y, de otro lado, establece una periodicidad que no responde a un carácter médico, ni técnico.

En efecto, con relación a la voluntariedad, estimamos que llegada la fecha en que deban practicarse las evaluaciones del estado de salud de los trabajadores, estos últimos solo estarían obligados a que se les realice los

exámenes y procedimientos que han sido establecidos por el Ministerio de Salud. Asimismo, en lo que se refiere a la periodicidad, no se ha tenido en cuenta que, dentro de los principios éticos vinculados a la vigilancia de la salud de los trabajadores, la OIT considera que “(...) *los exámenes médicos no deberían llevarse a cabo de manera rutinaria (...)*” (1998, pág. 5). Por esta razón, consideramos que el trabajador podría negarse a someterse a los referidos exámenes, en caso no se le haya proporcionado información necesaria y suficiente sobre el detalle de los análisis que se le efectuarán, y que estos se encontrarán estrictamente vinculados a los riesgos y peligros existentes a los que se encuentra expuesto en su lugar de trabajo.

Sin embargo, debemos señalar que en otros ordenamientos, como el español, se han previsto situaciones en las que el principio de voluntariedad al sometimiento a las formas de vigilancia de la salud de los trabajadores cede ante los fines de prevención, determinándose la obligatoriedad de la misma. Así, en el artículo 22.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales Española, Ley 31/1995, se estableció que se prescindirá del referido carácter voluntario cuando medien los siguientes supuestos excepcionales: (i) la realización de los reconocimientos médicos sean imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre el estado de salud de los trabajadores; o, (ii) para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o terceras personas; o, (iii) cuando así esté establecido por una disposición legal expresa en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Al respecto, TOSCANI GIMÉNEZ ha tenido oportunidad de comentar lo siguiente: a) el requisito (i) implica que los reconocimientos médicos se realizarán únicamente cuando no se puedan conseguir los mismos resultados bajo otros procedimientos y, más aún, deben estar vinculados a un determinado factor de riesgo para la salud de los trabajadores; b) la jurisprudencia española ha señalado, con relación al requisito (ii), que la obligatoriedad sólo será válida cuando se encuentre en riesgo la salud de terceras personas y no sólo la del propio trabajador; y, c) cuando se encuentre prevista en una norma con rango de ley o en un reglamento habilitado por una ley (2012, pág. 28).

Sobre estas excepciones al carácter voluntario, también se ha señalado que la jurisprudencia del TCE ha previsto que debe prevalecer una interpretación restrictiva, en el sentido que debe exigirse “(...) *la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable*” (IGARTUA MIRÓ, 2015, pág. 177).

Aplicando los criterios existentes en la normativa y jurisprudencia española—la misma que cuenta con un dispositivo en materia de prevención de riesgos laborales de más de 20 años de vigencia—a nuestro ordenamiento, podríamos concluir que, por regla general, el sometimiento a los procedimientos de vigilancia de salud debe respetar la voluntariedad del trabajador. Por excepción, dicho sometimiento será obligatorio con una periodicidad bi-anual respecto a las actividades y factores de riesgo previstos en el DTPEMO, con excepción de aquellas actividades de alto riesgo, cuya periodicidad se encuentra establecida en las disposiciones correspondientes a cada sector, tal y como sucede con los exámenes de control anual establecidos en el artículo 109° del Reglamento de Seguridad y Salud y Otras Medidas Complementarias en Minería, aprobado por el Decreto Supremo N° 055-2010-EM. En todos los demás supuestos, sólo podrá predicarse la obligatoriedad cuando se verifique que el reconocimiento médico resulta imprescindible o cuando la salud del trabajador pudiera poner en peligro la seguridad y salud de otros compañeros de trabajo o de terceras personas.

1.3. El consentimiento informado

Ahora bien, es preciso resaltar que por el tipo de evaluaciones a las que se somete el trabajador como parte de la vigilancia de su estado de salud, las mismas califican dentro de la definición de Acto Médico prevista en el artículo 5° del Reglamento de la Ley del Trabajo Médico, Decreto Supremo N° 024-2001-SA, el cual lo define como “*toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Ello comprende, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico*”. (Énfasis añadido).

Sobre este particular, en nuestro medio, se ha señalado que en los artículos 4° y 15° de la LGS, se contempló el derecho de toda persona a no ser sometida a un tratamiento médico o quirúrgico sin su consentimiento previo, acotándose que dicho dispositivo legal cautela, primordialmente, el respeto de la autonomía de la voluntad de la persona, a su intimidad y el derecho a la dignidad, los cuales constituyen el fundamento esencial del derecho al consentimiento informado (OSPINA SALINAS, 2014, pág. 194).

Teniendo en cuenta la naturaleza de Acto Médico de los exámenes médicos ocupacionales, surge la obligación de que se obtenga el consentimiento informado por parte de los postulantes o trabajadores que decidan someterse a los mismos. De manera expresa, el numeral 6.6.2 del DTPEMO se estableció lo siguiente:

“La Vigilancia de la Salud de los Trabajadores a través de las Evaluaciones Médico Ocupacionales solo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, previamente informado por el Servicio de Salud Ocupacional, y debe estar basada en los Derechos Humanos Fundamentales, el Derecho a la Vida y el Derecho a la Salud”. (Énfasis añadido)

Cabe señalar en la Norma Técnica N° 022-MINSA/DGSP-V.02 “Norma Técnica de Salud para la Gestión de la Historia Clínica, Epicrisis, Informe de Alta y Consentimiento Informado” aprobada por la Resolución Ministerial N° 597-2006/MINSA, el consentimiento informado ha sido definido como:

“(...) la conformidad expresa del paciente o de su representante legal cuando el paciente está imposibilitado, con respecto a una atención médica, quirúrgica o algún otro procedimiento, en forma libre, voluntaria y consciente, después que el médico u otro profesional de salud competente le ha informado de la naturaleza de la atención, incluyendo los riesgos reales y potenciales, efectos colaterales y efectos adversos, así como los beneficios, lo cual debe ser registrado y firmado en un documento, por el paciente o su representante legal y el profesional responsable”. (Énfasis añadido).

Resulta evidente que el consentimiento informado se sustenta en el derecho de cada persona de permitir o no que un tercero pueda tener injerencia en el ámbito más íntimo de su personalidad, vale decir, en datos relativos a sus condiciones clínicas o médicas. Ciertamente, este derecho a la obtención del consentimiento informado será una evidencia del ejercicio del derecho a la

autodeterminación informativa, respecto del cual el TCP en los fundamentos jurídicos Nos. 6 a 8 de la STC 03207-2012-HD, ha señalado lo siguiente:

*“6. Conforme ha sido señalado por este Tribunal de manera uniforme y reiterada, el derecho a la autodeterminación informativa **consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne**, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. **Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal.**”*

*7. Mediante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto, no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, ya que mientras éste protege el derecho a la vida privada, **el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen. En este orden de ideas, el derecho a la autodeterminación informativa protege al titular del mismo frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos**, brindando al titular afectado la posibilidad de lograr la exclusión de los datos que considera “sensibles” y que no deben ser objeto de difusión ni de registro; así como le otorga la facultad de poder oponerse a la transmisión y difusión de los mismos.*

8. Pero el derecho a la autodeterminación informativa también garantiza que una persona pueda hacer uso de la información privada que existe sobre él, ya sea que ésta se encuentre almacenada o en disposición de entidades públicas o de carácter privado. En ese sentido parece razonable afirmar que una persona tiene derecho a obtener copia de la información particular que le concierne, al margen de si ésta se encuentra disponible en una entidad pública o privada”.

En virtud a este derecho a la autodeterminación informativa, sobre el cual se sustenta el derecho a la obtención de un consentimiento informado, el trabajador tendrá la facultad de ejercer control sobre su información personal, lo implica poder decidir a quién revelará o quién tendrá acceso a información sensible sobre su estado de salud. Ciertamente, al tratarse de datos personales de carácter sensible, estos se encuentran bajo el marco protector establecido en la LPDP, de modo tal que el consentimiento debe ser previo, informado expreso e inequívoco (art. 13.5 de la LPDP). Inclusive, en estos casos, el RLPDP de la LPDP ha precisado que el consentimiento debe “ser otorgado por escrito, a través de su firma manuscrita, firma digital o cualquier

otro mecanismo de autenticación que garantice la autorización inequívoca del titular” (art. 15° del RLPDP).

En este orden de ideas, GOÑI SEIN ha señalado que *“el consentimiento informado entronca con el derecho a la personalidad, dignidad e intimidad y encuentra su fundamento último en la libre autodeterminación de la persona; o dicho de otra manera, en la libertad individual del ser humano”* (1999, pág. 55). Más aún, para el referido autor *“su consagración [la del consentimiento informado] implica el reconocimiento del derecho a decidir libremente sobre el sometimiento a la prueba médica propuesta por el empresario, lo que trae como consecuencia lógica la posibilidad de negarse a someterse a esa vigilancia cuando por el algún motivo el trabajador no desea ser controlado”* (GOÑI SEIN J. L., 1999, pág. 55).

Por lo expuesto previamente, el consentimiento deberá ser específico respecto de cada una de las pruebas a las que se someterá el trabajador. No bastará con un consentimiento genérico, puesto que, de lo contrario, sería notorio que no se ha proporcionado al personal la suficiente información sobre las implicancias que conllevan los procedimientos de vigilancia de la salud de los trabajadores.

Sobre este particular, la profesora SAN MARTIN MAZZUCCONI ha acotado que *“(…) el trabajador deberá dar su consentimiento previamente al inicio de los exámenes y, de modo específico para cada prueba que companga a estos últimos”* (2004, pág. 189). En esta línea de pensamiento, se ha sostenido que al trabajador deberá proporcionársele información no solo sobre el contenido de las pruebas y/o evaluaciones médicas, sino también sobre los riesgos que podría correr en caso no se someta a las mismas (RIVERO, 2002, pág. 87).

En España, esta materia ha tenido un mayor desarrollo que en el nuestro y ya ha tenido pronunciamientos por parte del TCE. Así, en la Sentencia 196/2004 del 15 de noviembre de 2004, el TCE ha señalado que los datos que se pretenden obtener a través de los reconocimientos médicos forman parte del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal, señalando expresamente lo siguiente:

“En efecto, el derecho a la intimidad personal garantizado por el art.18.1 CE tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal. Según la doctrina de este Tribunal antes transcrita, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), integra un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo. Así, la cobertura constitucional implica que las intervenciones corporales pueden también conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal”. (Énfasis añadido)

Así, el consentimiento informado se erige como una garantía del derecho a la intimidad personal, por lo que no sólo deberá comunicarse las implicancias clínicas o médicas del examen, sino también aquella información expresamente establecida por la LSST. En efecto, el artículo 71° de la LSST dispone claramente que el empleador deba informar al personal a título grupal de *“las razones para los exámenes de salud ocupacional e investigaciones en relación con los riesgos para la seguridad y salud”*.

De lo expuesto se desprende que el consentimiento informado debe obtenerse de manera previa a la realización de los exámenes médicos, puesto que el trabajador tiene que haber contado con la suficiente información para decidir libremente si se somete o no a los mismos. En tal virtud, como mínimo, se deberá informar lo siguiente: (i) cuáles son las evaluaciones médicas que se practicarán; (ii) la finalidad de cada una de las evaluaciones; (iii) los datos que pretenden obtenerse de cada una de las evaluaciones; y, (iv) si los resultados de las evaluaciones tendrán algún impacto o incidencia en su situación jurídica.

Asimismo, constituirá una afectación o injerencia ilegítima en el derecho a la intimidad personal que en la realización de los exámenes médicos se desvirtúen los alcances o términos del consentimiento brindado por el trabajador. Por ejemplo, que el trabajador preste su consentimiento para que en un examen de orina se determine la presencia de afecciones urinarias y, sin embargo, se termine analizando la presencia o consumo de estupefacientes.

En este orden de ideas, cabe comentar que en la Sentencia 196/2004 del 15 de noviembre de 2004 el TCE, analizó si la detección de consumo de

estupeficientes a través de un examen de orina practicado a una trabajadora de IBERIA, que si bien había consentido someterse a dicho examen, pero no había sido informada de los aspectos que iban a ser materia del mismo, constituía o no una invasión ilegítima a la intimidad personal. Sobre este aspecto en particular, el TCE en el fundamento jurídico 9 de la sentencia bajo comentario ha observado que:

“se vulnera el derecho a la intimidad personal cuando la actuación sobre su ámbito propio y reservado no sea acorde con la ley y no sea consentida, o cuando, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida”. (Énfasis añadido)

De manera concluyente, en el mismo fundamento jurídico N° 9, el TCE aclaró que, de ningún modo, puede entenderse que los exámenes médicos constituyen una herramienta de control dispositivo del empresario, enfatizando que el eje de estos *“(...) descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud (...) En suma, la regla es –y la regla tiene una clara base constitucional a tenor de la conexión íntima entre los reconocimientos médicos y derechos fundamentales como el de la intimidad personal—la conformidad libre, voluntaria e informada del trabajador para la vigilancia y protección de su salud frente a los riesgos del trabajo”.*

Por estas consideraciones, se erige como una garantía del derecho a la intimidad personal que el trabajador consienta por escrito en la realización de los exámenes médicos, previa información adecuada y detallada sobre la finalidad, contenido e implicancias de los mismos para su situación en particular.

1.4. El juicio de ponderación aplicado a la vigilancia de la salud de los trabajadores

Como hemos señalado a lo largo de la presente investigación, por un lado tenemos que los mecanismos de vigilancia del estado de salud de los trabajadores determinan que el trabajador admita que un tercero pueda tener conocimiento sobre datos que corresponden a la esfera más sensible de la intimidad personal: la salud. Del otro lado, se opone el deber empresarial de vigilar la seguridad y salud de todos los aspectos relacionados a las

actividades que ejecutan los trabajadores en el centro de trabajo, como por ejemplo, a través de la realización de exámenes médicos ocupacionales.

En otras palabras, se trata de analizar cómo se resuelve la colisión entre el derecho fundamental a la intimidad personal y el deber empresarial de vigilancia de la seguridad y salud en el trabajo. Para este efecto, es preciso tener en cuenta que, en nuestro ordenamiento, en los numerales 6.6.2 y 6.6.3 del DTPEMO se ha previsto expresamente que la vigilancia de la salud de los trabajadores a través de los exámenes médicos ocupacionales debe efectuarse en respeto a los derechos humanos fundamentales y, en estricto, a la dignidad de la persona.

Más aún, la OIT, en el párrafo 3.8 de los Principios Directivos Técnicos y Éticos relativos a la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores, ha establecido como un principio ético a la realización de los exámenes médicos ocupacionales que los mismos deberán tener en cuenta su importancia y pertinencia, lo que se materializa en: (i) seleccionar los exámenes adecuados y aceptables para los trabajadores; y, (ii) prescindir de los exámenes que no cumplan los requisitos mínimos de relevancia (1998, pág. 5).

Con ello, y conforme señalamos en el punto 1.3 del primer capítulo de la presente investigación, para resolver la cuestión referida a si la realización de los exámenes médicos representa una legítima intervención en la intimidad personal del trabajador o, si por el contrario, resulta lesiva, corresponderá aplicar el principio de proporcionalidad en sus tres fases: (i) juicio de idoneidad; (ii) juicio de necesidad; y, (iii) juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

En lo que respecta al juicio de idoneidad, debe tenerse presente que la finalidad de los exámenes médicos materia del presente trabajo tiene por objeto garantizar que las labores se ejecuten de manera segura adoptando las medidas de prevención que resulten necesarias para proteger la salud e integridad física del trabajador, de otros trabajadores o de terceras personas. Para verificar si se supera el juicio de idoneidad, tendrá pues que verificarse si el examen médico que se practicará al postulante o al trabajador permite la consecución del objetivo propuesto, esto es, la vigilancia de la salud del trabajador lo que no es otra cosa que determinar si los riesgos inherentes al

puesto de trabajo pueden alterar su salud e integridad personal (RIVERO, 2002, pág. 82).

Con relación al juicio de necesidad, deberá determinarse si, en función de los riesgos previamente identificados por el empleador respecto al puesto de trabajo, las evaluaciones médicas a practicarse resultan ser las estrictamente necesarias, por no existir otras que generen menores molestias al trabajador, esto es, que no represente una mayor intervención en la esfera de su intimidad personal (RIVERO, 2002, pág. 82). Así, y como sostiene TOSCANI GIMÉNEZ (2012, pág. 29), la medida debe ser estrictamente necesaria en función a la finalidad preventiva que justifica su utilización.

Así, en este nivel del análisis, deberá determinarse si los exámenes médicos resultan proporcionales al riesgo al que se encuentran expuestos los trabajadores (FERNÁNDEZ-COSTALES, 2008, pág. 95). Sobre este particular, SAN MARTIN MAZZUCCONI, ha señalado que dicha regla solo desplegaría sus efectos cuando existan pruebas alternativas que cuenten con un parecido grado de efectividad, enfatizando que: *“(...) no se trata de seleccionar las pruebas menos agresivas sin más, sino las menos agresivas cuando existan varias mediante las cuales se pueda conseguir el mismo objetivo, que es proteger eficazmente la salud del trabajador”* (2004, pág. 95).

El TCE en la sentencia 37/1989 del 15 de febrero de 1989 ha tenido oportunidad de señalar que *“el personal médico no podrá realizar más pruebas que las estrictamente necesarias e imprescindibles, dado que, de otra forma, constituiría una intromisión ilegítima en la intimidad del trabajador”* (FERNÁNDEZ-COSTALES, 2008, pág. 95).

En caso se superen los sub juicios de idoneidad y necesidad, deberá efectuarse el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, para lo cual se realiza la ponderación entre los intereses y/o derechos contrapuestos. En materia de los exámenes médicos ocupacionales, tendremos la particularidad de que, por un lado, se encuentra en juego el derecho fundamental a la intimidad del trabajador y, por el otro, el cumplimiento del deber empresarial de vigilancia de la salud de los trabajadores que, en rigor, tiene una finalidad garantista de la salud y seguridad, no solo del personal en concreto, sino también de terceras personas.

De este modo, cuánto más invasivo del derecho a la intimidad del trabajador resulte la realización de determinada forma de vigilancia de su salud, mucho más extraordinario deberá ser el interés que pretende tutelarse con el cumplimiento del deber empresarial de vigilancia de la salud de los trabajadores. En este análisis particular, no sólo deberá analizarse la seguridad del propio postulante o trabajador que se somete, por ejemplo, a un examen médico ocupacional, sino además, con base al principio de prevención establecido en la LSST—en virtud del cual el empleador no solo protege la seguridad y salud de los propios trabajadores—el de todas las personas que se encuentran dentro del centro de trabajo.

En efecto, de acuerdo a dicho deber general, el empleador también garantiza la seguridad y salud de todos aquellos que se encuentren en el centro de trabajo, ya sea que se trate de otros trabajadores o de aquellos que, sin tener vínculo laboral, estén dentro de las instalaciones. Por tanto, cuando se analice una afectación intensa a la intimidad personal, deberá examinarse aquellas otras condiciones que giran alrededor del deber empresarial de vigilancia de la salud para verificar si se admite o no determinada invasión a la vida privada del postulante o el trabajador.

Apliquemos estos criterios a un caso en concreto. El 24 de marzo de 2015, durante el Vuelo 9525 de la Aerolínea Germanwings, el copiloto Andreas Lubitz, quien sufría un cuadro depresivo, se encerró en la cabina de mando luego que el piloto dejó la misma para acudir a los servicios higiénicos, estrellando deliberadamente la aeronave. El resultado: 150 personas fallecidas, entre los miembros de la tripulación y los pasajeros. A partir de esta tragedia, en el sector de la aviación aerocomercial, nuevamente surgió la discusión sobre la necesidad de establecer pruebas psicológicas obligatorias a todos los pilotos y co-pilotos al mando para verificar su estado de salud mental.

Con relación al juicio de idoneidad, según ha sido relatado por diversos reportes periodísticos, en la actualidad tanto los pilotos, como copilotos de aeronaves—luego del atentado del 11 de setiembre—son tratados como criminales e, inclusive, debido a la existencia de diversas compañías de bajo costo, algunos solamente son contratados por horas, lo cual incide en la presión psicológica a la que se encuentran expuestos con ocasión a sus

actividades (PEREZ LLOSA, 2015). De este modo, la realización de una prueba psicológica sería idónea para verificar si la presión y/o estrés a la que se encuentran expuestos por el desarrollo de sus actividades o, por alguna situación de índole personal no vinculada a las mismas, ha incidido en su salud mental.

En materia del juicio de necesidad, debería determinarse si durante la prueba psicológica, la realización de preguntas sobre aspectos de índole esencialmente personal, constituye una invasión ilegítima al derecho a la intimidad. Sin embargo, y considerando que la salud mental no solamente puede verse alterada por la presión o el estrés laboral, la ejecución de tales preguntas serían necesarias, por no existir otras medidas menos invasivas que permitan conseguir evaluar la salud mental de los pilotos.

Finalmente, en materia del juicio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, esta la intensa intervención en el derecho a la intimidad de los pilotos y co-pilotos de aeronaves, le corresponderá un interés más extraordinario, el cual consiste en la protección de la vida e integridad física de los miembros de la tripulación, así como de los pasajeros a bordo de la aeronave¹⁷.

2. Mecanismos de Garantía del Derecho a la Intimidad Personal *Ex Post* a la Ejecución de la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores Establecidos en la Legislación Peruana

En el apartado anterior hemos visto las formas de garantía del derecho a la intimidad *ex ante* a la realización de los mecanismos de vigilancia de la salud de los trabajadores previstos en nuestro ordenamiento. De este modo, en el presente acápite corresponde examinar los mecanismos de garantía *ex post*, concretamente, el deber de confidencialidad del médico ocupacional y la utilización de la información con fines de prevención, dejando para un tratamiento aparte la prohibición de realizar actos de discriminación, a partir de conocer cuáles son las nuevas formas de discriminación relacionadas a la salud de los trabajadores.

¹⁷ Sobre este análisis en particular debemos señalar que, si bien resulta indispensable la realización pruebas psicológicas, en el sector de la aviación aerocomercial se ha estimado que prevenir un caso como el Germanwings únicamente en función de tales pruebas resulta prácticamente imposible (DE CASTELLA, 2015). Por esta razón, se han implementado medidas, ya no sólo en materia de vigilancia de la salud de los pilotos y copilotos, sino en materia de seguridad de las instalaciones, para lo cual se ha iniciado la implementación de la norma que dispone la presencia obligatoria de dos personas dentro de la cabina de mando (BBC Mundo, 2015).

2.1. El deber de confidencialidad y la responsabilidad profesional del médico ocupacional

Como se ha señalado a lo largo de la presente investigación, los datos que se obtienen a través de los mecanismos de vigilancia del estado de salud de los trabajadores corresponden a la esfera más sensible de su intimidad personal. De ahí que en el inciso e) del artículo 79° de la LSST expresamente se estableció que los trabajadores se someterán a los exámenes médicos a los que se encuentren obligados por norma expresa, siempre que se garantice **la confidencialidad del Acto Médico.**

La confidencialidad determina que el tercero que, por razón de su intervención en los mecanismos de vigilancia de salud, conoce información sobre un ámbito sensible de la intimidad personal e incluso de la vida privada del trabajador, no deba difundir o compartir dicha información con otras personas, salvo autorización expresa del titular de la misma. Esta es una forma de intimidad compartida con un tercero por haber consentido en que este acceda a información de índole personal (SÁNCHEZ CARO, pág. 10).

En efecto, en el marco de la vigilancia de salud de los trabajadores, el deber de confidencialidad recae exclusivamente en los médicos examinadores y el médico ocupacional a cargo del servicio de seguridad y salud en el trabajo. Así, previa información de los alcances de los procedimientos de vigilancia de la salud, el trabajador consiente en que se le practiquen los mismos y, en razón de haberse sometido a un Acto Médico, tiene derecho a que el médico examinador guarde reserva de los resultados de las evaluaciones. Este derecho, por un lado, y deber, por el otro, ha sido expresamente regulado en la Ley 26842, Ley General de Salud, cuando prevé lo siguiente:

“Art. 15.- Toda persona, usuaria de servicios de salud, tiene derecho a lo siguiente:

- a) Al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad;*
- b) A exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece (...)”*

Art. 25°.- Toda información relativa al acto médico que se realiza, tiene carácter reservado.

El profesional de la salud, el técnico o el auxiliar que proporciona o divulga, por cualquier medio, información relacionada al acto médico

en el que participa o del que tiene conocimiento, incurre en responsabilidad civil o penal, según el caso, sin perjuicio de las sanciones que correspondan en aplicación de los respectivos Códigos de Ética Profesional. (...). (Énfasis añadido)

Como puede apreciarse, el médico a cargo de los exámenes médicos será quien tenga competencia respecto del manejo de la información relativa al estado de salud del postulante o del trabajador, máxime si el Numeral 6.6.3 del DTPEMO ha estipulado que “se debe considerar la dignidad, *intimidad y confidencialidad de las Evaluaciones Médico Ocupacionales cuyo contenido e información debe ser competencia del Médico Ocupacional (...)*”. (Énfasis añadido).

De ahí que cuando el artículo 71° de la LSST establece la obligación del empleador de informar a título individual sobre los resultados de los exámenes pre ocupacionales y de vigilancia periódica de la salud de los trabajadores, se precisó que el incumplimiento del deber de confidencialidad por parte de los empleadores es pasible de ser objeto de acciones administrativas y judiciales que sean pertinentes. Sin embargo, en el artículo 102° del RLSST se definió que los resultados de los exámenes médicos serán proporcionados por el médico del servicio de seguridad y salud en el trabajo. Asimismo, en dicho artículo se enfatizó que *“al tratarse de información de carácter confidencial, el médico informa al empleador las condiciones generales del estado de salud de los trabajadores, con el objetivo de definir las medidas de prevención adecuadas”*.

Sobre esta materia, se ha señalado que la información sanitaria de carácter personal solamente se encuentra permitida al personal médico y a las autoridades sanitarias, por ende, al empleador, solo puede proporcionarse información referida a las condiciones generales de aptitud de un trabajador para desempeñar determinado cargo adoptando las medidas de prevención necesarias para ello e, inclusive, que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España se acotó que nunca podrán revelarse las condiciones concretas de no aptitud (TOSCANI GIMÉNEZ, 2012, pág. 20). Más aún, TOSCANI GIMENEZ, refiere que existen autores que consideran que los datos que se transmitan al empleador tienen por objeto la localización de los riesgos existentes en el sistema organizativo de la empresa, sin que se personalicen los datos médicos, de modo tal que la identidad concreta del trabajador y sus datos médicos se mantengan anónimos (2012, pág. 21).

Ciertamente, y al tratarse de datos calificados como datos sensibles, en los términos establecidos en la LPDP, el RLPDP ha previsto en su artículo 8° que debe respetarse el principio de finalidad, vale decir, haberse establecido de manera expresa y concreta el objeto del tratamiento de los datos personales, disponiendo a su vez que:

“Los profesionales que realicen el tratamiento de algún dato personal, además de estar limitados por la finalidad de sus servicios, se encuentran obligados a guardar secreto profesional”.
(Énfasis añadido).

En atención a lo expuesto, a la luz del deber de confidencialidad que recae sobre el Médico Ocupacional, éste sólo podrá comunicar al empleador los resultados finales de la evaluación de aptitud del postulante o del trabajador, conforme a los siguientes conceptos generales establecidos en el numeral 6.4.6 del DTPMO:

“Apto: Trabajador sano o con hallazgos clínicos que no generan pérdida de capacidad laboral ni limitan el normal ejercicio.

Apto con restricciones: Aquel trabajador que a pesar de tener algunas patologías, o condiciones pre-patológicas puede desarrollar la labor habitual teniendo ciertas precauciones, para que estas no pongan en riesgo su seguridad, disminuyan su rendimiento, o puedan verse agravadas deben ser incluidos en programas de vigilancia específicos.

No Apto: Trabajador que por patologías, lesiones o secuelas de enfermedades o accidentes tienen limitaciones orgánicas que les hacen imposible la labor”.

Así, pues, en respeto del deber de confidencialidad, el Médico Ocupacional no podrá proporcionar información detallada respecto del estado exacto de salud de cada trabajador. Por el contrario, en el numeral 6.6.3 del DTPMO se señaló expresamente lo siguiente:

“6.6.3. Se debe considerar la dignidad, intimidad y confidencialidad de las Evaluaciones Médico Ocupacionales, cuyo contenido e información debe ser competencia del Médico Ocupacional, la Autoridad en Salud y el trabajador, para proporcionar la reserva frente a toda indagación discriminatoria y respeto a la confidencialidad, teniendo en cuenta la normatividad nacional”.

De esta forma, el Médico Ocupacional deberá limitarse a proporcionar al empleador aquella información que resulte relevante para la adopción de las medidas de prevención que sean pertinentes para que se ejecuten las actividades de forma segura, sin que esta conlleve un riesgo para seguridad y salud del propio trabajador o de terceros. De este modo, el médico ocupacional sólo deberá brindar al empleador información sobre la aptitud o no aptitud del trabajador para desarrollar determinada actividad, estando prohibido, por el deber de confidencialidad, de proporcionar el dato médico concreto en el que se sustentó dicha valoración (TOSCANI GIMÉNEZ, 2012, pág. 35).

2.2. El uso de la información con fines de prevención

Como correlato de lo anterior, otra garantía *ex post* del derecho a la intimidad en la vigilancia de la salud de los trabajadores es que la información obtenida únicamente se utilice con fines de prevención. En efecto, el uso de los resultados de los procedimientos de vigilancia del estado de salud de los trabajadores tiene como objetivo fundamental que el empleador tenga acceso a información necesaria para la planificación y ejecución de las medidas de prevención. No puede dejarse de lado que este es un hecho trascendente para los fines de prevención.

MARÍN ARCE, al comentar disposiciones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales española, sostiene que:

“(...) la conclusión en términos de vigilancia de la salud que del examen médico habrían de obtener los profesionales del servicios de prevención no es la que habitualmente consta en la comunicación a la empresa, que solo se pronuncia sobre si el trabajador es apto o no apto, sino más bien si las condiciones de trabajo del trabajador afectan o no negativamente a su salud y, en caso de que lo hagan o exista el riesgo de que lo hagan, qué modificaciones hay que operar en esas condiciones para que dejen de producir daño o riesgo” (2009, pág. 21).

Como puede apreciarse, los resultados de los exámenes médicos ocupacionales tienen, esencialmente, una finalidad preventiva para adaptar el puesto de trabajo a la persona que ocupará el cargo. No se trata, pues, de una automática descalificación de la persona por razones concretas de su estado de salud, sino más bien de verificar cuáles son las modificaciones que

razonablemente deben efectuarse en el puesto de trabajo para que el personal pueda desarrollar sus actividades de forma segura sin que ello represente un riesgo para su salud, lo cual es conforme con el deber de fomento de la adaptación del trabajo y de los puestos de trabajo a las capacidades de los trabajadores, previsto en el inciso k) del artículo 11° de la Decisión 584 de la CAN, el cual señala lo siguiente:

“(...) las empresas elaborarán planes integrales de prevención de riesgos que comprendan al menos (...) fomentar la adaptación del trabajo y de los puestos de trabajo a la capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental, teniendo en cuenta la ergonomía y las demás disciplinas relacionadas con los diferentes tipos de riesgos psicosociales en el trabajo”.

Finalmente, esta restricción del uso de la información obtenida a través de los mecanismos de vigilancia de la salud de los trabajadores, resulta coherente con el derecho al tratamiento objetivo reconocido en el artículo 23° de la LPDP, en virtud del cual el trabajador no debería verse sometido a una decisión con efectos jurídicos sobre éste que únicamente se sustente el tratamiento de sus datos personales relativos a su estado de salud, salvo que con ello se pretenda garantizar la seguridad y salud del propio trabajador, de sus compañeros de trabajo o de terceras personas.

Todas las garantías establecidas en nuestro ordenamiento para el respeto del derecho a la intimidad en la vigilancia de la salud de los trabajadores que hemos analizado previamente, tendrán por objeto resguardar una finalidad primordial y consustancial a los principios informadores de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho: la prohibición de realizar actos de discriminación sustentados en los datos personales obtenidos por medio de los mecanismos de vigilancia de la salud de los trabajadores, conforme pasaremos a examinar a continuación.

3. La Prohibición de Realizar Actos de Discriminación en las Distintas Fases de la Relación Laboral por Datos Relacionados a la Salud Establecida en la Legislación Peruana

En el punto cuarto del primer capítulo de la presente investigación examinamos brevemente las distintas formas de discriminación en razón de datos relativos a la salud de los trabajadores e, inclusive, sobre la predisposición genética para el desarrollo de determinada patología. Por tanto, nos corresponde verificar que las garantías *ex ante* y *ex post* de respeto al derecho a la intimidad en la vigilancia de la salud de los trabajadores previstas en nuestro ordenamiento, y que han sido analizadas previamente, tienen por objeto prevenir y/o prohibir la realización de actos de discriminación en las distintas fases de la relación laboral.

En efecto, esta lectura se desprende del objeto en sí mismo de los mecanismos de vigilancia de la salud de los trabajadores, esto es, la utilización de sus resultados con fines esencialmente preventivos. Este objeto, pues, resulta coherente con la prohibición de realizar actos de discriminación dispuesta en la LSST. Ciertamente, en el inciso b) del artículo 71° de la LSST se ha establecido expresamente que “los resultados de los exámenes médicos al ser confidenciales, no pueden ser utilizados para ejercer discriminación alguna contra los trabajadores en ninguna circunstancia o momento”. (Énfasis añadido).

3.1. En la fase de acceso al empleo

Como se desprende del texto de la LSST, la prohibición de realizar actos de discriminación, recae únicamente respecto de los trabajadores, por lo que parecería que existe una desprotección de los postulantes que, en la actualidad, se someten a evaluaciones médicas como parte de los procesos de selección de personal dispuestos por los empleadores.

Creemos que la actual realización de exámenes médicos a los postulantes parte de una lectura literal del inciso d) del artículo 49° de la LSST¹⁸ que señala que el empleador deberá practicar, de manera obligatoria, exámenes médicos cada dos años a sus trabajadores—lo cual implica necesariamente la realización de un examen médico al inicio de la relación laboral—y, en el caso de actividades de alto riesgo, “antes” del inicio de relación laboral; así como del inciso a) del artículo 101 del RLSST—que fuera modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 006-2014-TR—que precisa que el examen médico se realiza “al inicio o para el inicio de la relación laboral”. En virtud de la lectura

¹⁸ De acuerdo con la modificación efectuada a través del artículo 2° de la Ley 30222, Ley que Modifica la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

conjunta de los dispositivos antes señalados, resulta frecuente en nuestro medio que en los procesos de selección de personal se disponga la realización de exámenes médicos a los postulantes. Estas evaluaciones que, al parecer tendrían una finalidad preventiva, terminan convirtiéndose en un mecanismo de selección de personal, puesto que, en base a los resultados obtenidos, el empresario o empleador termina adoptando la decisión de contratar o no al postulante.

En otras latitudes, como por ejemplo en España, expresamente se ha prohibido la utilización de los exámenes médicos como mecanismos de selección de personal, puesto que los mismos descansan sobre el derecho de los trabajadores a la vigilancia de su salud y no como una herramienta dispositiva de uso indiscriminado del empresario. Precisamente, el TCE en el fundamento jurídico N° 9 de la STC 196/2004, del 15 de noviembre de 2004, ha tenido oportunidad de señalar lo siguiente:

“El reconocimiento médico en la relación laboral no es, en definitiva, un instrumento de control del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud”.

Como puede verse, no puede alentarse la realización inopinada de exámenes médicos en los procesos de selección de personal, puesto que ello conlleva el riesgo inminente de que se adopte la decisión de contratar o no al postulante en virtud de sus particulares condiciones clínicas. Esta decisión constituiría un atentado al mandato constitucional de no discriminación contenido en el inciso 2° del artículo 2° de la C93 y al derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación previsto en el inciso 1° del artículo 26° de nuestra carta fundamental, puesto que el postulante estaría siendo discriminado por su particular estado de salud.

En este escenario, podrían producirse situaciones de control genético que permiten identificar a los trabajadores que presentan una mayor o menor predisposición frente a la exposición de riesgos laborales, conforme hemos visto en el acápite 4.2 del capítulo primero de la presente investigación. Así,

bajo la apariencia de una medida preventiva, se generará una forma de discriminación y abusos de poder lo que puede:

“(...) crear una categoría de trabajadores ‘asintóticamente enfermos’, ‘genéticamente defectuosos’ o ‘incontratables’, frente a los que se alzarían los ‘genéticamente modélicos’ (...) absolutamente inadmisibles, conforme a la cual en el peldaño inferior quedarían situados aquellos cuyos test genéticos marcasen como hipersensibles, estigmatizándolos como intocables económicos, destinados a estar crónicamente desempleados” (RIVERO, 2002, pág. 84).

Con base a lo expuesto, consideramos que los exámenes para el inicio de la relación laboral o pre-ocupacionales no pueden interpretarse como la obligación de practicar exámenes médicos inopinados a los postulantes que se presentan en los procesos de selección de personal.

Por el contrario, la lectura adecuada de la referida disposición, determinará que el empleador tenga la obligación, en razón del cumplimiento de su deber de prevención, de practicar la evaluación médica de manera previa a la realización de las labores por parte del trabajador. Ello, pues, resulta concordante con lo dispuesto por el artículo 14° de la Decisión 584 de la CAN que prevé la realización de exámenes pre-empleo y a lo establecido en el literal a) del punto 6.4.3 del DTPEMO que dispone que la Evaluación Pre – Empleo o Pre – Ocupacional es *“(...) la evaluación que se realiza al trabajador antes de que ingrese al puesto de trabajo (...)”*.

En efecto, lo anterior se sustenta en la redacción del propio artículo 49° de la LSST que dispone las *“obligaciones del empleador”* y la realización de exámenes médicos a *“los trabajadores”*. Resulta evidente, pues, entre el postulante y el empresario, no existe una relación de trabajo, por lo que la realización de una evaluación médica en el proceso de selección de personal no se sustenta ni en el deber de prevención que pesa sobre todo empleador, ni en el derecho a la vigilancia de la salud del propio trabajador.

Por consiguiente, tenemos que no puede utilizarse las formas de vigilancia de la salud de los trabajadores como un mecanismo de selección de personal por

el riesgo que conlleva que la decisión de contratar o no a una persona se sustente única y exclusivamente en los resultados de la misma.

3.2. Durante el desarrollo de la relación de trabajo

Durante el desarrollo de la relación laboral se presentarían situaciones en las que el cumplimiento tanto de una obligación de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador, como de los trabajadores podría generar un evento en el que pueda adoptarse alguna decisión peyorativa para los trabajadores y sea considerada discriminatoria por sustentarse únicamente en su estado de salud. De un lado, tendremos la obligación del trabajador de comunicar al empleador al empleador cualquier situación o evento que ponga en peligro su estado de salud; y, del otro lado, la obligación del empleador de la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores.

Así, pues, en el inciso g) del artículo 79° de la LSST se ha previsto la obligación de los trabajadores de *“comunicar al empleador todo evento o situación que ponga o pueda poner en riesgo su seguridad y su salud”*. La pregunta que surge a continuación es si el trabajador está obligado a comunicar al empleador cualquier situación relativa a su estado de salud o, por el contrario, sólo aquella que pueda tener directa incidencia en la ejecución de las labores para las que ha sido contratado. Al respecto, TOSCANI GIMÉNEZ sostiene que, desde un punto de vista objetivo, no cabría exigirle al trabajador que, en aras de observar el principio de buena fe contractual, comunique al empleador cualquier limitación funcional, sino solamente aquella que pueda incidir de manera objetiva y significativa sobre la realización propia de las actividades de su profesión (2012, pág. 33).

Compartimos la posición del referido autor. A fin de preservar el derecho a la intimidad personal y garantizar que no se adopten medidas discriminatorias, el trabajador que, por ejemplo, durante el desarrollo de la relación laboral contrae VIH, no estaría obligado a comunicar a su empleador—en estricto, al Médico Ocupacional—que padece dicha enfermedad, salvo que la misma pudiese tener una consecuencia negativa por las particulares características que impliquen sus actividades profesionales, como sí resultaría necesario en caso se desempeñe como trabajador en un laboratorio químico farmacéutico.

Lo contrario supondría una exigencia ilegítima por parte del empleador que atentaría contra el derecho a la intimidad del trabajador, el respeto a su vida privada, y a la igualdad de oportunidades sin discriminación, de producirse una decisión carente de sustento objetivo y que solo se justifique en su estado de salud.

No obstante, debemos señalar que, por temas de salud pública, existirán situaciones en las cuales el trabajador o trabajadora se encontrará obligado a comunicar su estado de salud a su empleador, sin que ello pueda ser considerado como una injerencia ilegítima en su intimidad personal. Por ejemplo, en el caso de trabajadores que hayan sido diagnosticados con la enfermedad de Tuberculosis, el artículo 13.1 del Reglamento de la Ley de Prevención y Lucha contra la Tuberculosis en el Perú, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2016-SA, estableció la obligación de tales trabajadores de informar su diagnóstico a sus respectivos empleadores, a fin de que puedan acceder a los beneficios establecidos en la Ley 30287 y en el reglamento bajo comentario.

Cabe destacar que a dicho deber de información de los trabajadores a sus empleadores, en el artículo 13.2 del Decreto Supremo N° 021-2016-SA se ha previsto la obligación de estos últimos de guardar absoluta confidencialidad y reserva del diagnóstico del trabajador, con el único objetivo de que la persona afectada por la tuberculosis no sea objeto de actos de discriminación por su estado de salud. Así, pues, en el artículo 15.2 del Decreto Supremo N° 021-2016-SA se ha establecido que los actos de discriminación por la condición de ser una persona afectada con la tuberculosis serán considerados como actos de hostilidad equiparables al despido.

En el contexto de la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores se presentarían múltiples escenarios. El empleador debe realizar la Evaluación Médica Ocupacional Periódica que, conforme a lo establecido en literal b) del numeral 6.4.3 del DTPEMO, se ejecuta con el objeto de monitorear la exposición a factores de riesgo e identificar precozmente *“posibles alteraciones temporales, permanentes o agravadas del estado de salud de los trabajadores, que se asocien al puesto de trabajo y los estados patogénicos”*.

Como parte del deber de confidencialidad del Médico Ocupacional que está a cargo de la ejecución de estas evaluaciones médicas, éste únicamente tendrá que proporcionar al empleador la información que sea necesaria para la adopción de las medidas de prevención que permitan cumplir con uno de los principios básicos en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, esto es, la adaptación del trabajo a la persona.

En tal virtud, si en dicha evaluación el Médico Ocupacional advierte que el trabajador padece una enfermedad de origen profesional, deberá comunicar este hecho al trabajador, quien con base a esta información podrá ejercer su derecho a la reubicación consagrado en el artículo 76° de la LSST, el cual implica que sea transferido a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, sin que se produzca un menoscabo de sus derechos remunerativos y categoría, salvo que se haya diagnosticado un cuadro de invalidez absoluta permanente.

Por tanto, el Médico Ocupacional tendrá la obligación de comunicar al empleador cuáles serán las medidas de prevención a adoptar en el nuevo puesto de trabajo, lo que permitirá que se garantice de manera adecuada el derecho del trabajador a la reubicación. Dicha garantía implicará, a su vez, que el empleador se asegure que el trabajador cuente con toda la información y competencias suficientes para que este ejecute sus nuevas actividades de manera segura y saludable, en caso contrario, tendría que proporcionar la capacitación respectiva de manera previa al inicio de las labores, conforme prevé expresamente el artículo 108° del Reglamento de la LSST.

De igual manera, en caso el Médico Ocupacional detecte que el trabajador padece una discapacidad o una enfermedad asimilada a discapacidad, en los términos detallados en el punto 4.1.2 del capítulo primero de la presente investigación, debería recomendar al empleador la realización de ajustes razonables para garantizar el derecho a la conservación en el empleo, siempre que el trabajador o trabajadora afectada califique como Persona con Discapacidad en los términos establecidos en la LGPCD y obtenga la respectiva certificación de su condición como tal. Para este efecto, el Médico Ocupacional le requerirá dicha certificación y luego no podrá revelar al empleador detalladamente el origen de la discapacidad, salvo aquella información que resulte necesaria para la adopción de los ajustes razonables.

Ahora bien, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad—la cual forma parte integrante de nuestro ordenamiento nacional—se ha señalado que por ajustes razonables debe entenderse a *“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso en particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*. Asimismo, esta disposición ha sido regulada en la LGPCD, precisando en su artículo 50.1 que las medidas comprenden, entre otros supuestos, la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como ajustes en la organización del trabajo, lo que incluiría la modificación del horario de trabajo, salvo que los empleadores demuestren que dichos ajustes constituyen una carga excesiva o desproporcionada.

A través del artículo 24° de la Norma Técnica para el Diseño, Implementación y Ejecución de Ajustes Razonables para el Empleo de Personas con Discapacidad en el Sector Privado, aprobada por Resolución Ministerial N° 127-2016-TR, se ha establecido que la carga económica excesiva implica que la realización de los ajustes razonables pueda afectar el funcionamiento de la empresa, por ejemplo, cuando suponga: *“(...) la paralización o alteración del ciclo productivo que ponga en riesgo el cumplimiento de las metas productivas de la empresa; un impacto económico negativo que ponga en peligro los resultados económicos esperados para el ejercicio correspondiente; o, una falta de liquidez en la empresa que impida el cumplimiento oportuno de sus obligaciones”*. Como puede advertirse, se han establecido supuestos concretos que sustentarían la negativa del empleador a realizar ajustes razonables para la adaptación del trabajo al personal que califique como Persona con Discapacidad.

Ciertamente, la negativa a realizar ajustes razonables ha sido considerada por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como una forma de “discriminación por discapacidad”. Igual tratamiento ha sido previsto en el artículo 8.2 de la LGPCD, cuando señala que por acto discriminatorio se considera a *“(...) toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de*

obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de uno o varios derechos, incluida la denegación de ajustes razonables”.

Vemos, pues, que en nuestro ordenamiento la negativa injustificada a realizar los ajustes razonables constituye una forma de discriminación por discapacidad y, por ende, en los términos señalados por la profesora RODRIGUEZ SANZ DE GALEANO, esta es considerada como una forma autónoma de discriminación que se aparta de las tradicionales formas de discriminación directa e indirecta (2014, pág. 104).

3.3. Al término de la relación laboral

Los resultados de la evaluación médica del estado de salud de los trabajadores podrían tener incidencia en el mantenimiento de la relación laboral. Así, pues, se presentarían tres supuestos distintos que incidirían en el sostenimiento de la relación laboral: (i) la negativa del trabajador a someterse a los exámenes médicos; (ii) la invalidez absoluta del trabajador; y, (iii) las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas.

Sin embargo, cada una de estas alternativas deben ser analizadas a la luz de la garantía del respeto al derecho a la intimidad y vida privada de los trabajadores, así como al principio de adaptación del trabajo a la persona con el objeto de prevenir que la extinción del contrato de trabajo encubra una situación de discriminación motivada en el estado de salud de los trabajadores.

3.3.1. La negativa del trabajador a someterse a los exámenes médicos

En el inciso c) del artículo 23° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL), se tipificó como causa de despido relacionada a la capacidad, la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes para la relación laboral. No obstante, cabe preguntarse sobre la vigencia de esta causal de despido a partir del reconocimiento del principio de voluntariedad de los exámenes médicos.

Al respecto, y como hemos examinado en el punto 1.2 del presente capítulo, en nuestro país la regla general es el sometimiento voluntario a la realización de los exámenes médicos y/o cualquier procedimiento de vigilancia del estado de salud de los trabajadores, con excepción de aquellos que hayan sido catalogados como obligatorios por norma expresa.

Dentro de esta excepción se encontrarán los exámenes médicos obligatorios por actividad aprobados en el DTPEMO. No obstante, consideramos que no bastará con señalar que determinado procedimiento ha sido previsto en el DTPEMO, sino que además, conforme prevé el inciso e) del artículo 79° de la LSST, se garantice la confidencialidad del acto médico, lo que supone que se haya obtenido el consentimiento informado por parte de los trabajadores. Ello, pues, supone el otorgamiento de la información sobre las razones de los exámenes médicos en relación con los riesgos para la seguridad y salud en los puestos de trabajo, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 71° de la LSST.

El sustento de la obligatoriedad de los exámenes médicos debe encontrarse en que bajo otros procedimientos no se pueden obtener los mismos resultados para evaluar un factor de riesgo en la salud de los trabajadores, la especial peligrosidad reconocida por norma expresa y por la particular relevancia que dicho control representa para la salud pública, tal y como se señala en el numeral 6.5 del DTPEMO. Al respecto, IGARTÚA MIRÓ, acotará que se prescindirá del requisito de voluntariedad cuando se trate de un peligro a la salud como bien colectivo de relevancia para terceros o cuando existe un riesgo real y concreto para el trabajador, por lo que el empleador no puede conformarse con su negativa, pudiendo, inclusive, hacer uso de su facultad disciplinaria (2015, pág. 181).

El mismo requisito se exigirá respecto de aquellos exámenes médicos que hayan sido convenidos entre el trabajador y el empleador. Ciertamente, en estos casos también se exigirá que se haya proporcionado información suficiente sobre el alcance de los procedimientos a ejecutar e, inclusive, respecto de procedimientos complementarios establecidos para actividades de alto riesgo, estos deberían sustentarse en causas objetivas y previo a su

aprobación haber sido puestos en conocimiento del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, conforme a lo previsto en el artículo 107° del RLSST.

En consecuencia, si se cumplen con las exigencias antes descritas, y se advierte una negativa injustificada por parte de los trabajadores de someterse a los exámenes médicos previamente convenidos o a los que se encuentren obligados por norma expresa, estimamos que sí resultará procedente iniciar el procedimiento de despido por la causal bajo comentario. De lo contrario, se atentaría contra el principio de voluntariedad de los exámenes médicos y, más aún, no se habría desconocido el derecho a preservar en la esfera de la intimidad personal determinada información relacionada al estado de salud de los trabajadores que no resultaría relevante para la prevención de los riesgos y peligros a la seguridad y salud del propio trabajador, de otros compañeros de trabajo y terceras personas.

3.3.2. La invalidez absoluta permanente

Hemos señalado que luego de efectuada la evaluación médica ocupacional uno de los resultados posibles, conforme a las definiciones contempladas en el numeral 6.4.6 del DTPEMO, es el NO APTO, que implica que el trabajador padece patologías, lesiones o secuelas de enfermedades o accidentes tiene limitaciones que le hacen imposible su labor.

Por esta razón, este resultado podría abarcar, incluso, un supuesto de invalidez absoluta permanente, la cual extingue de manera automática y de pleno derecho la relación laboral, conforme a lo previsto en el artículo 20° de la LPCL. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, como bien ha señalado VILELA ESPINOZA, no es posible delimitar los alcances del concepto invalidez absoluta permanente, pues puede comprender tanto a la imposibilidad de ejecutar las labores para las que ha sido contratado, como la imposibilidad de realizar cualquier tipo de trabajo (2015, pág. 344).

En España, sobre la extinción automática por gran invalidez, se ha sostenido que esta causa debe interpretarse conjuntamente con el nuevo enfoque social de la discapacidad, de modo tal que deba privilegiarse el mantenimiento del empleo, efectuando los ajustes razonables pertinentes,

siempre que estos no supongan una carga excesiva (PASTOR MARTINEZ, 2014, pág. 11). Así, RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, ha precisado que una interpretación coherente entre la incapacidad permanente y la obligación de realizar ajustes razonables, debería suponer privilegiar la reubicación del trabajador de acuerdo a sus capacidades y competencias, teniendo en consideración las capacidades reales de la empresa (2014, pág. 116).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe acotar que, en rigor, el Médico Ocupacional únicamente podrá comunicar al empleador el No Apto de determinado trabajador, sin efectuar mayor detalle sobre las consideraciones del grado o tipo de incapacidad o invalidez de este. Ello, pues, cobra sentido en el deber de respeto de la confidencialidad del acto médico que recae sobre el médico ocupacional.

Por consiguiente, en nuestro ordenamiento, la extinción automática del vínculo laboral no está condicionada al pronunciamiento que emita el encargado del servicio de seguridad y salud en el trabajo del empleador, sino, por el contrario, esta debe ser declarada por el Ministerio de Salud, EsSalud o una Junta de Médicos del Colegio Médico del Perú, los cuales, a la fecha, no cuentan con un procedimiento establecido para tal efecto. De ahí que, como bien concluye VILELA ESPINOZA, nos encontramos ante la inaplicabilidad práctica de esta forma de extinción del vínculo laboral (2015, pág. 345).

3.3.3. Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas

La séptima disposición complementaria modificatoria de la LGPCD, modificó el inciso a) del artículo 23° de la LPCL, de modo tal que dicho artículo quedó redactado de la siguiente manera:

“Art.23.- Son causas justas relacionadas a la capacidad del trabajador:

- a) *Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de las tareas, siempre que no exista puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros”.*

Nuevamente, ante un No Apto Médico, a partir de la LGPCD se privilegia la conservación del empleo, antes que la extinción del vínculo laboral, toda vez que la referida modificación resulta compatible con el texto del artículo 52.2 de la LGPCD. Así, el primer paso consistirá en la evaluación médica realizada por el servicio de seguridad y salud en el trabajo, el cual brindará las condiciones generales de No Aptitud a las áreas respectivas de prevención de riesgos laborales para que ejecuten los ajustes razonables pertinentes que no representen una carga excesiva para el empleador, a fin de adaptar el trabajo a la persona.

Sin embargo, estimamos que esta obligación únicamente puede encontrarse referida para aquellas personas que adquieren una discapacidad en los términos establecidos en la LGPCD, vale decir, aquellos que padecen una discapacidad en el sentido estricto del término y quienes padecen una enfermedad asimilada a discapacidad, conforme al enfoque social de discapacidad. Ciertamente, el derecho a la conservación del empleo se encuentra recogido en el artículo 52.2 de la LGPCD y es la propia séptima disposición complementaria modificatoria la que cambia el texto del inciso a) del artículo 23° de la LPCL.

Igualmente, quedarán comprendidos dentro del procedimiento establecido en este texto normativo, aquellos trabajadores que padecen una enfermedad profesional o han sufrido un accidente de trabajo con consecuencias incapacitantes, conforme al derecho a la reubicación que les ha sido reconocido en el artículo 76° de la LSST. De ahí que quedarían al margen todas aquellas enfermedades comunes o accidentes de trabajo comunes que no generan consecuencias que puedan ser equiparadas al modelo y/o definición social de persona con discapacidad contenido en la LGPCD.

Empero, y sin perjuicio de que la decisión de extinguir el vínculo laboral sustentada en esta causal exige acreditar que no existe puesto vacante al cual pueda ser reubicado el trabajador sin que ponga en peligro su seguridad y salud o de terceras personas, debemos señalar que, al igual que en el caso de la invalidez absoluta permanente, esta causal resulta inaplicable en la práctica.

En efecto, el artículo 33° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, establece que las referidas deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas, deberán ser certificadas por EsSalud, o el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú. En consecuencia, ante la ausencia de procedimientos en las referidas instituciones, en los hechos también resulta impracticable que se efectúe el procedimiento de despido por la causal bajo comentario.



CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto en los capítulos precedentes, podemos concluir lo siguiente:

1. Los derechos fundamentales se sustentan en la dignidad de la persona y tienen plena eficacia vertical y horizontal, pues constituyen un límite tanto al ejercicio de los poderes públicos, como al ejercicio de los poderes privados o de los particulares.
2. La relación de trabajo es el espacio en el que se producen diversas colisiones entre el ejercicio de los derechos fundamentales de naturaleza inespecífica del trabajador y el poder de dirección como manifestación del derecho a la libertad de empresa. Sin embargo, los derechos fundamentales del trabajador constituyen un límite legítimo al ejercicio del poder de dirección, de modo tal que ninguna relación laboral puede afectar indebidamente dichos derechos.
3. Cuando exista una colisión entre los derechos fundamentales del trabajador y el ejercicio del poder de dirección se deberá evaluar la medida mediante la aplicación del Juicio de Ponderación o Test de Proporcionalidad, en virtud del cual a mayor afectación al derecho fundamental del trabajador deberá corresponderle un interés extraordinario y preponderante del empleador. No obstante, el análisis de la validez de determinada medida dispuesta por el empleador será efectuado, finalmente, en sede judicial.
4. El derecho a la intimidad personal es un derecho fundamental de naturaleza inespecífica de los trabajadores y de compleja determinación sustantiva que exige su reivindicación y respeto frente a intromisiones ilegítimas del empleador. Es un derecho fundamental reconocido en la Constitución de 1993 y en múltiples instrumentos internacionales y regionales de protección de Derechos Humanos, lo que determina que no se encuentre sujeto o subordinado a un criterio de jerarquía normativa.
5. El derecho a la intimidad personal no es sinónimo del derecho al respeto a la vida privada. El derecho a la intimidad constituye un derecho-regla que prevé un ámbito de infranqueable acceso por parte de terceras personas, al impedir el conocimiento de datos personalísimos relativos a enfermedades, ingresos,

composición genética, preferencias, entre otras. La vida privada es un derecho-principio que permitirá distintos grados de optimización y que se encuentra relacionada a un espacio del desarrollo de la personalidad de la persona y cómo interactúa en la sociedad.

6. El derecho a la intimidad personal se diferencia del derecho a la protección de datos personales o al derecho a la autodeterminación informativa, pues este último derecho permite que el titular de los datos personales tenga pleno control sobre la información que le concierne y que se encuentra contenida en bases de datos de acceso público o privado.
7. Los mecanismos de vigilancia de la salud de los trabajadores implican el acceso a información que corresponde al ámbito de su intimidad personal, por lo que tanto los datos biométricos y los relativos a la salud han sido calificados como datos sensibles por la LPDP y el RLPDP. Por tanto, estos datos se encuentran protegidos no solo por el derecho a la intimidad, sino también por el derecho a la protección de datos personales.
8. El término discriminación implica todo tratamiento diferenciado e ilegítimo que conlleva una actitud vejatoria sustentada en alguno de los motivos prohibidos establecidos en la C93, los mismos que se refieren a colectivos que histórica y tradicionalmente han sido tratados de manera odiosa. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, se ha ordinarizado el concepto de discriminación a través de la jurisprudencia del TCP y de la Corte Suprema de Justicia de la República, de modo tal que, en el sentido lato del término, a la fecha calificará como discriminación todo trato diferenciado que no sustente en causas objetivas y razonables.
9. En nuestro ordenamiento existe un régimen de protección o de tutela antidiscriminatoria especial respecto a especiales colectivos de trabajadores que padecen alguna enfermedad tales como VIH/SIDA y Tuberculosis, o sufren alguna discapacidad.
10. La discriminación genética es una nueva forma de discriminación que puede presentarse en la relación de trabajo cuando el empleador adopta decisiones que se sustentan en la predisposición genética de determinado trabajador para contraer o padecer algún tipo de enfermedad o patología.

11. El derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo es un derecho humano laboral que se sustenta en el derecho a la vida e integridad personal, en el derecho a la salud, en el concepto de trabajo decente y que se encuentra reconocido en múltiples instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. En la C93 este derecho se configura a partir de la lectura conjunta del último párrafo de su artículo 23°, con el inciso 1° del artículo 2° y del artículo 7° de la misma.
12. El derecho a la seguridad y salud en el trabajo es un derecho fundamental de los trabajadores que exige particulares prestaciones por parte del empleador, las cuales constituirán manifestaciones del deber general de prevención, en virtud del cual el empleador tiene que garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores durante el desarrollo de sus actividades. El empleador, por tanto, es un deudor de seguridad.
13. El deber de prevención es una obligación de eminente naturaleza contractual, pues las específicas obligaciones del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo surgen a raíz de la existencia de una relación de trabajo con su personal. Este deber de prevención es una obligación de carácter complejo que comprende una serie de obligaciones específicas.
14. El deber de prevención es una obligación de medios y no de resultados, pues la atribución de responsabilidad está sujeta a la comprobación del cumplimiento de las obligaciones por parte del empleador, en el que se evaluará la diligencia de este, además de ser necesario la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento de determinada obligación y el daño sufrido por el trabajador. Este es el esquema vigente en nuestro país a partir de la entrada en vigencia de la LSST y el RLSST.
15. La Vigilancia de la Salud de los Trabajadores es una de las diversas obligaciones específicas que se encuentran comprendidas dentro del deber general de prevención. No obstante, el término ha sido objeto de múltiples definiciones, por lo que el concepto general utilizado por la OIT es “Vigilancia de la Salud en el Trabajo, el cual comprende la Vigilancia del Medio Ambiente de Trabajo y la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores. Esta clasificación es la que ha sido adoptada en nuestro ordenamiento a través de una norma de nivel terciario y no en la propia Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, ni en su Reglamento.

16. La Vigilancia de la Salud de los Trabajadores no solamente se efectúa a través de exámenes o evaluaciones médicas ocupacionales. Existen múltiples formas de vigilar la salud de los trabajadores, tales como encuestas de salud, controles pre-clínicos o tamizaje, estudios epidemiológicos, entre otros. La vigilancia de la salud de los trabajadores se encuentra a cargo del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, el cual está integrada por un equipo multidisciplinario y liderada por médicos especialistas en Medicina Ocupacional, quienes serán los encargados de realizar los procedimientos de vigilancia de la salud de los trabajadores.
17. En nuestro ordenamiento, a través de la LSST y de la LGS se han establecido mecanismos que garantizan el respeto al derecho a la intimidad en la realización de los procedimientos de vigilancia de la salud de los trabajadores. Estas garantías pueden ser clasificadas en formas *ex ante* y *ex post* a la ejecución de las actividades de vigilancia de la salud de los trabajadores.
18. Una garantía *ex ante* implica que los procedimientos de vigilancia de la salud de los trabajadores se realicen en función a los riesgos y peligros previamente identificados por el empleador, conforme se encuentra previsto a nivel comunitario en la Decisión 584 de la CAN, la LSST y el RLSST una afectación al derecho a la intimidad personal de los trabajadores la realización de procedimientos de vigilancia integrales y generales que no tienen vinculación con los riesgos y peligros existentes en los lugares de trabajo.
19. El sometimiento voluntario a los procedimientos de vigilancia de la salud de los trabajadores y el consentimiento informado son otros mecanismos establecidos por ley que califican como formas de garantía *ex ante*. El trabajador sólo está obligado a someterse a los procedimientos y evaluaciones médicas que estén establecidas como tal por norma expresa.
20. La modificatoria del inciso d) del artículo 49° de la LSST establecida por la Ley 30222 que prevé la realización de exámenes médicos con una periodicidad bi anual no altera el carácter voluntario de los mismos, pues el trabajador solo deberá someterse a los procedimientos que hayan sido calificados como obligatorios por norma expresa, con excepción de los exámenes médicos que deben efectuarse en los casos de trabajadores que ejecutan actividades calificadas como de alto riesgo. No obstante, la periodicidad bi-anual establecida

mediante la modificación del mencionado inciso d) del artículo 49° de la LSST no responde a un criterio técnico, ni médico.

21. Sólo cabría exceptuar el requisito de voluntariedad cuando: (i) el examen médico ocupacional resulta indispensable por no existir otro procedimiento para lograr los mismos resultados; y, (ii) cuando la salud del trabajador pudiera poner en peligro la seguridad y salud de terceras personas.
22. La realización de exámenes médicos y de cualquier procedimiento de vigilancia de la salud de los trabajadores implica el acceso a información de carácter sensible y, por tanto, se requiere el consentimiento previo, expreso e informado de los trabajadores y específico sobre cada una de las pruebas a realizar. El consentimiento informado constituye una manifestación del derecho a la autodeterminación informativa y se erige como una garantía del derecho a la intimidad personal, la LSST establece expresamente que el empleador debe informar a los trabajadores sobre las razones que motivan la realización de los exámenes médicos ocupacionales.
23. La aplicación del test de proporcionalidad o juicio de ponderación para determinar si un procedimiento resulta lesivo al derecho a la intimidad o es conforme al cumplimiento del deber de prevención del empleador constituye otro mecanismo de respeto del derecho a la intimidad personal *ex ante* a la realización de los exámenes médicos ocupacionales. En nuestro ordenamiento se ha precisado que los exámenes médicos y cualquier procedimiento de vigilancia de la salud de los trabajadores debe respetar los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.
24. Una de garantías *ex post* consiste en el deber de confidencialidad respecto a los resultados de los exámenes médicos, lo cual implica que el Médico Ocupacional: (i) sea el único que tenga competencia para conocer la información relativa al exacto estado de salud de los trabajadores; (ii) comunique el detalle de los resultados de los exámenes médicos y procedimientos de vigilancia de la salud directamente al personal; y, (iii) le comunique al empleador únicamente las condiciones generales de salud del trabajador, tales como apto, apto con restricciones o no apto.
25. Una segunda garantía *ex post* consiste en que la información que se obtiene a través de los mecanismos de vigilancia de la salud de los trabajadores

únicamente sea utilizada con la finalidad de que el empleador adopte medidas de prevención para preservar la seguridad y salud del propio trabajador, otros compañeros de trabajo o de terceras personas. Esta garantía es una manifestación del derecho al tratamiento objetivo de los datos personales previsto en el artículo 23° de la LPDP, pues el trabajador no debería verse sometido a una decisión peyorativa sustentada en los datos relativos a su estado de salud.

26. En la fase de acceso al empleo no puede alentarse la realización inopinada de exámenes médicos a los postulantes debido al riesgo de que puedan adoptarse decisiones discriminatorias sustentadas únicamente en el estado de salud o en la predisposición a padecer una determinada enfermedad y no en la capacidad de la persona. Así, los exámenes médicos no pueden ser utilizados como mecanismos de selección de personal.
27. Los exámenes pre-ocupacionales deben entenderse como exámenes previos a la asignación de labores, lo que sí resultaría conforme al cumplimiento del deber de prevención del empleador.
28. Durante la relación laboral el trabajador está obligado a comunicar al empleador toda evento o situación que ponga en riesgo su seguridad y salud, siempre que la omisión de dicha información pueda incidir negativamente en la seguridad y salud de terceras personas, como por ejemplo, en casos de padecimientos de enfermedades que deban ser reportadas por temas de salubridad pública (Tuberculosis). Esta obligación debe encontrarse limitada a aquellos aspectos que tengan especial vinculación con las actividades que realiza el trabajador, pues, de lo contrario, una exigencia general y abierta podría resultar lesiva a su derecho a la intimidad personal.
29. Al detectarse en los procedimientos de vigilancia periodica de la salud de los trabajadores el padecimiento de una enfermedad profesional o de una enfermedad asimilada a discapacidad, se debería disponer la realización de los ajustes razonables para la adecuación del trabajo a la persona respecto del trabajador que califique como persona con discapacidad en los términos previstos en la LGPCD, salvo que estos puedan representar un gasto excesivo para el empleador. La no ejecución de los ajustes razonables constituye una forma de discriminación.

30. Al término de la relación laboral sólo podría operar la extinción del vínculo por la causal relativa a la negativa injustificada al sometimiento de los exámenes médicos, siempre que: (i) se trate de pruebas obligatorias establecidas por norma expresa; y, (ii) haya sido previamente convenido con el empleador, contando con la información detallada y pormenorizada de los efectos de la misma.
31. La extinción del contrato de trabajo por datos relativos a la salud que determinen que el trabajador padece una invalidez absoluta permanente o sufre una deficiencia física, mental, intelectual sobrevenida, a la fecha, resulta impracticable, debido a la ausencia de los procedimientos administrativos para que el Colegio Médico del Perú, EsSalud o el Ministerio de Salud certifique el estado de salud del trabajador.
32. En los casos de incapacidades sobrevenientes, previo al inicio de un procedimiento de despido, el empleador tendría que realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo o, en su defecto, disponer la reubicación respectiva, siempre que el trabajador padezca una discapacidad en el sentido estricto del término o de una enfermedad asimilada a discapacidad.
33. Las formas de garantía *ex ante* y *ex post* del derecho a la intimidad personal en la vigilancia de la salud de los trabajadores establecidas en nuestro ordenamiento tienen por objeto prevenir la comisión de actos de discriminación en las distintas fases de la relación laboral, es decir, en el acceso, durante y al término de la misma que se sustenten en los datos obtenidos a través de los procedimientos de vigilancia de la salud de los trabajadores

BIBLIOGRAFÍA

- AFANADOR C., M. I. (diciembre de 2002). El Derecho a la Integridad Personal – Elementos para su análisis. *Reflexión Política*, 4(8), 93 - 104.
- ALCÁNTARA MORENO, G. (junio de 2008). La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad. *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, 9(1), 93 - 107.
- ALEXY, R. (2010). La fórmula del peso. En R. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Primera reimpresión ed., págs. 457 - 493). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- APARISI MIRALLES, Á. (1996). Igualdad y discriminación genética. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 309 - 326.
- AUVERGNON, P. (2005). Poder de dirección y respeto a la persona asalariada. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 139 - 164.
- BALTA VARILLAS, J. (1995). Qué es la Discriminación en el Empleo. *Revista Jurídica del Perú*, XLV(1), 91 - 96.
- BALTA VARILLAS, J. (1996). El Impacto Adverso. *Thémis, Revista de Derecho*(34), 117 - 124.
- BARRÈRE UNZUETA, M. Á. (1997). *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: Civitas.
- BBC Mundo. (1 de Abril de 2015). *El Comercio*. Recuperado el 15 de Diciembre de 2015, de <http://elcomercio.pe/mundo/actualidad/germanwings-estos-paises-cambiaron-normas-cabina-avion-noticia-1801327>
- BILBAO UBILLUS, J. M., & REY MARTINEZ, F. (1998). Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad materia. *La Constitución y práctica del derecho*.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2013). *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo* (Segunda Edición Aumentada ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BOBBIO, N. (1981). Presente y Porvenir de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos, Revista de la Universidad Complutense de Madrid*(1), 6 - 28.
- CALVO GUERRERO, F. J. (2002). Test Genéticos y Vigilancia de la Salud del Trabajador. *Derecho y Conocimiento*, 2, 3-19.
- CANESSA MONTEJO, M. (2009). Los derechos humanos laborales en el Derecho Internacional. *Revista Derecho PUCP*(63), 349 - 373.
- CANESSA MONTEJO, M. (2012). El redimensionamiento del derecho internacional del trabajo. *Derecho PUCP*(68), 285 - 300.

- CARDONA RUBERT, M. B. (1999). Tutela de la Intimidad Informática en el Contrato de Trabajo. *Revista de Derecho Social*(6), 23 - 52.
- CASTILLO CORDOVA, L. (2008). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Lima: Grijley.
- CÉSPEDES SUZUKI, E. (2005). "Importante Empresa Requiere Profesional Genéticamente Apto". La Discriminación Genética en el Acceso al Empleo. (A. C. Sociedad, Ed.) *Derecho & Sociedad*(24), 250 - 260.
- COLLADO LUIS, S. (diciembre de 2008). Prevención de Riesgos Laborales: Principios y Marco Normativo. *Revista de Dirección y Administración de Empresas*(15), 91 - 117.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL. (2013). *Derechos Humanos Laborales*. México D.F.: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- 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.
- CORDERO GORDILLO, V. (2010). El Derecho a la Intimidad y la Revelación de Datos Relativos a la Salud (Comentario a la STC 159/2009, de 29 de junio). *Revista de Derecho Social*, 173 - 181.
- CORNEJO VARGAS, C. (Octubre de 2009). Surgimiento y concepto del trabajo decente. *Asesoría Laboral*(226), 18 - 25.
- COSSIO PERALTA, A. J. (1 de Setiembre de 2014). Las Garantías del Derecho a la Intimidad en la Realización de los Exámenes Médicos Ocupacionales. *Revista Jurídica Thomson and Reuters - Suplemento Laboral*, III(4), 1 - 14.
- DE CASTELLA, T. (27 de marzo de 2015). *BBC Mundo*. Recuperado el 15 de Diciembre de 2015, de http://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2015/03/150326_germanwings_examen_psicologico_pilotos_ng
- DONALISIO GONZALEZ, R. (1987). Las Encuestas de Salud. (INSTH, Ed.) *Salud y Trabajo: Revista del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo*(62 - 63), 49 - 56. Recuperado el 9 de octubre de 2015, de http://www.mapfre.com/documentacion/.../i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1009856
- EGUIGUREN PRAELI, F. (2002). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. En F. EGUIGUREN PRAELI, *Estudios Constitucionales*. Lima: ARA Editores.
- FERIA BASILIO, I. R. (enero - marzo de 2015). Antesala al tratamiento jurídico de la enfermedad como elemento diferenciador: la discriminación por causa genética. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3(1), 1-30.
- FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. (mayo de 2008). La Vigilancia de la Salud y el Respeto a los Derechos del Trabajador en el Marco de la Negociación Colectiva en Castilla y León. *Revista Jurídica de Castilla y León*(15), 235-310.

- FERNÁNDEZ-COSTALES, J. (2008). Intimidad de la Persona y Confidencialidad de Datos en el Marco de la Vigilancia de la Salud. El Respeto a los Derechos del Trabajador en los Reconocimientos Médicos. *Derecho y Salud*, 16(1), 81-108.
- FERRAJOLI, L. (2010). *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. (Séptima Edición ed.). Madrid: Trotta.
- FRANCO MONSREAL, J., LARA ZARAGOZA, E. B., VILA RUANO, N., RAMON CANUL, L. G., CARDEÑA BOZZIERE, I. M., FLORES PRIMO, Á., . . . MAGAÑA, M. (Setiembre - Diciembre de 2011). Los Estudios Epidemiológicos. *Temas de Ciencia y Tecnología*, 15(45), 51 - 58.
- GALLARDO MOYA, R. (2013). El derecho fundamental a la protección de datos y la videovigilancia empresarial. *Revista de Derecho Social*(62), 163 - 171.
- GALVAN BARAHONA, J. L. (9 de junio de 2009). *Red de Integración y Comunicación Biomédica*. Recuperado el 9 de Octubre de 2015, de <http://www.uacj.mx/ICB/RedCIB/MaterialesDidacticos/Monografas/Pruebas%20de%20Tamiz.pdf>
- GÁLVEZ DURÁN, S. (2015). El despido basado en la enfermedad del trabajador: Una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad. *IUSLabor*(3), 1-23.
- GARCÍA GOMEZ, M., ESTEBAN BUEDO, V., GALLO FERNÁNDEZ, M., & GUZMÁN FERNÁNDEZ, A. (2007). La vigilancia de la salud de los trabajadores 12 años después. *Cuadernos de Relaciones Laborales*(1), 59 - 86.
- GOÑI SEIN, J. L. (1999). Límites Constitucionales a los Reconocimientos Médicos Obligatorios Establecidos como Medida de Prevención de Riesgos Laborales. *Revista de Derecho Social*(5), 49 - 74.
- GUERRERO PUPO, J. C., SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, O. A., & CAÑEDO ANDALIA, R. (14 de diciembre de 2004). *Biblioteca Virtual en Salud de Cuba*. Recuperado el 28 de setiembre de 2015, de http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol12_6_04/aci05604.htm
- HERNÁNDEZ, M., GARRIDO, F., & LÓPEZ, S. (marzo - abril 2000 de 2000). Diseño de Estudios Epidemiológicos. *Salud Pública de México*, 42(2), 144 - 153.
- HUERTA GUERRERO, L. (2006). El Derecho a la Igualdad: su contenido en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. En AA.VV, *El derecho fundamental de Igualdad: II Jornada de Derechos Humanos*. Lima: Palestra Editores.
- IGARTUA MIRÓ, M. T. (2015). *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales* (Tercera edición ed.). Madrid: Tecnos.
- MARÍN ARCE, J. I. (2 de marzo de 2009). *Consortio de Estudios de Mediación y Conciliación de la Administración Local - CEMICAL*. Recuperado el 13 de 12 de 2015, de http://cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/marinarce_prevenicionriesgoslaborales.pdf
- MARIN ARCE, J. I. (2015 de abril de 2015). *UGT FSP Asturias*. Recuperado el 24 de abril de 2015, de

http://asturias.fspugt.info/Salud_Laboral/documentos/13032009%20vigilancia%20salud.pdf.

- MARTÍN VALVERDE, A. (1999). Contrato de trabajo y derechos fundamentales. *Revista de Derecho Social*(6), 11-54.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. (2003). *Libro Blanco de la vigilancia de la salud para la prevención de riesgos laborales*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo.
- MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J., & ALZAGA RUIZ, I. (2009). *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo* (Segunda edición ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- NIKKEN, P. (1994). El Concepto de Derechos Humanos. En *Estudios Básicos de Derechos Humanos 1* (págs. 15 - 27). San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- NOVAK TALAVERA, F., & NAMIHAS, S. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual para magistrados y auxiliares de justicia*. Lima: Academia de la Magistratura.
- OIT. (1998). *Los Principios Directivos Técnicos y Éticos Relativos a la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores*. Ginebra: OIT.
- OJEDA AVILES, A. (2006). Equilibrio de Intereses y Bloque de Constitucionalidad en la Empresa. *Revista de Derecho Social*(35), 11-33.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (1998). *Principios Directivos Técnicos y Éticos Relativos a la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2007). *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe Global con arreglo al seguimiento de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra: OIT.
- OSPINA SALINAS, E. (2014). Vigilancia de la Salud de los Trabajadores. *Thémis - Revista de Derecho*(65), 187 - 197.
- PALOMEQUE, M. C. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- PASTOR MARTINEZ, A. (2014). El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo. *XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (págs. 1-15). Pamplona: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- PEREZ LLOSA, V. (14 de Abril de 2015). *La mula.pe*. Recuperado el 2015 de Diciembre de 15, de <https://revistapoder.lamula.pe/2015/04/14/germanwings-tres-preguntas-que-vale-la-pena-hacerse-sobre-la-seguridad-aerea/poder/>
- PRIETO SANCHIZ, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.

- RIVERO, J. (Julio de 2002). Deber empresarial de vigilancia de la salud de la persona del trabajador (los aspectos jurídicos de la vigilancia de la salud). *Zurichprevencion.com "La Revista"*(2), 78 - 107.
- ROBAINA AGUIRRE, C., ROBAINA AGUIRRE, F., & TAMARGO RODRÍGUEZ, N. (2006). *Biblioteca Virtual en Salud de Cuba*. Recuperado el 9 de abril de 2016, de http://www.bvs.sld.cu/revistas/mgi/vol22_2_06/mgi09206.htm
- RODRIGUEZ MANCINI, J. (2007). *Derechos fundamentales y relaciones laborales* (Segunda edición actualizada y ampliada ed.). Buenos Aires: ASTREA.
- RODRIGUEZ SANZ DE GALEANO, B. (2014). La Obligación de Realizar Ajustes Razonables del Puesto de Trabajo a las Personas con Discapacidad. *Temas Laborales*, 1(27), 85-120.
- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2005). Poder de dirección y derecho contractual. *Relaciones Laborales: Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, II, 111-137.
- RODRIGUEZ-PIÑERO, M. (2004). Intimidad del trabajador y contrato de trabajo. *Revista Relaciones Laborales, Revista de Doctrina y Práctica*(Tomo 2004-I), 93 - 105.
- RODRIGUEZ-PIÑERO, M., & FERNANDEZ LÓPEZ, M. F. (1986). *Igualdad y Discriminación*. Madrid: Tecnos.
- SAEZ LARA, C. (1994). *Mujeres y Mercado de Trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*. Madrid: Consejo Económico Social.
- SALAS FRANCO, T. (2011). *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales* (Séptima edición ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- SALCEDO BELTRÁN, M. d. (2000). *El Deber de Protección Empresarial de la Seguridad y Salud de los Trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SAN MARTIN MAZZUCCONI, C. (2004). La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*(53), 181 - 202.
- SÁNCHEZ CARO, J. (s.f.). *Comunidad de Madrid*. Recuperado el 2015 de Diciembre de 15, de <http://www.madrid.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobheadervalue1=filename%3Dintimidad.pdf&blobkey=id&blobheadername1=Content-Disposition&blobwhere=1158621445728&blobheader=application%2Fpdf>
- SANCHEZ CARO, J. (s.f.). *Intimidad, Salud y Constitución*. Recuperado el 2015 de abril de 2015, de <http://www.madrid.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobheadervalue1=filename%3Dintimidad.pdf&blobkey=id&blobheadername1=Content-Disposition&blobwhere=1158621445728&blobheader=application%2Fpdf>
- SANCHEZ ZORRILLA, M. (2011). La Metodología en la Investigación Jurídica: Características Peculiares y Pautas para Investigar en el Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(14), 317-358.

- SANGUINETI RAYMOND, W. (2006). La Protección de los Derechos Laborales en la Constitución Peruana de 1993. En A. VARIOS, *Derechos Laborales Pensionarios y Justicia Constitucional* (págs. 29-101). Arequipa: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2013). *Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador y Poderes Empresariales: El Juicio de Ponderación*. Lima: Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2012). Cómo y cuándo se le puede realizar un reconocimiento médico a los trabajadores y qué consecuencias tiene el no superarlo. *Relaciones Laborales, Revista de Crítica de Teoría y Práctica*(3), 17 - 61.
- UGARTE, J. L. (Enero - Marzo de 2000). El derecho a la intimidad y la relación laboral. *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, XLIII(197), 60-89.
- UGAZ, M., & SOLTAU, S. (2012). El Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo. *Revista Derecho PUCP*(68), 571 - 584.
- VALDES DAL-RÉ, F. (2003). Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador. En A. VARIOS, *Libro de Informes Generales - XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (págs. 37-159). Montevideo: Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- VEGA RUIZ, M. L., & MARTINEZ, D. (2002). *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Su valor, su viabilidad, su incidencia y su importancia como elementos de progreso económico y justicia social*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- VILELA ESPINOZA, A. (2015). Inaplicabilidad de la invalidez absoluta permanente como causa de extinción del contrato de trabajo. *Laborem*(16), 323 - 346.
- WAGNER, G. R. (1996). *Screening and surveillance of workers exposed to mineral dust*. Génova: Organización Mundial de la Salud.