

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 históricamente 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 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 periódica 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_preveccionriesgoslaborales.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.