

“LA NUEVA CONVIVENCIA SOCIAL EN EL TRABAJO”: EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN TIEMPOS DEL COVID-19

ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA*

Este trabajo introduce una reflexión sobre el marco normativo del deber de prevención en el reinicio de las actividades empresariales y su tensión con derechos fundamentales en el trabajo dentro del contexto de las necesidades de control de riesgos de contagio por la pandemia del Covid-19.**

SUMARIO: Introducción. **I.** El Plan de Reanudación de Actividades y los Planes de Vigilancia, Prevención y Control de Covid-19 en el Trabajo. **II.** El deber de prevención del empleador reforzado. **III.** La compleja relación entre la intimidad personal del trabajador y la prevención y control de Covid-19 en el lugar de trabajo. **IV.** Hacia la “Nueva Convivencia Social en el Trabajo”. Reflexión final; Bibliografía.

243

Introducción

El domingo 3 de mayo de 2020, se publicó en el diario oficial “el Peruano” el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM (en adelante: “DS080”) que “aprueba

* Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Cuenta con el Título de Postgrado de Especialización en “Constitución Social y Derechos Humanos Laborales, Tendencias Globales en la Etapa Actual” expedido por la Universidad de Castilla La-Mancha (España). Profesor de Derecho Laboral Especial en la Facultad de Derecho de la PUCP. Asociado Principal de Rubio, Leguía, Normand. Correo electrónico: acossio@pucp.pe y acossio@rubio.pe

** Sumilla hecha por los editores de Laborem núm. 23.

la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del Covid-19”. Este decreto supremo aprobó la reanudación de las actividades económicas para las diferentes entidades, empresas o personas naturales o jurídicas, en un total de cuatro fases, de modo tal que la primera de estas se ejecute durante el mes de mayo de 2020.

La reanudación de las actividades, conforme a lo previsto en el referido decreto supremo, está condicionada al cumplimiento de los “Lineamientos para la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores con riesgo de Exposición a Covid-19”, aprobados por el Ministerio de Salud (en adelante: “MINSA”), así como a los respectivos protocolos sectoriales. De este modo, la vigilancia de la salud de los trabajadores constituye el eje esencial para el reinicio de las actividades. Por ende, todo empleador¹--formal—que pretenda reiniciar sus actividades deberá contar con un “Plan para la vigilancia, prevención y control de COVID-19 en el Trabajo” (“Plan de Vigilancia Covid-19”).

El 22 de mayo de 2020, en conferencia de prensa, el presidente de la República anunció la emisión de un nuevo decreto supremo que promovía la nueva convivencia social y, a la vez, extendió el aislamiento social obligatorio hasta el día 30 de junio de 2020. Al día siguiente, se publicó el Decreto Supremo N° 094-2020-PCM, denominado “Decreto Supremo que establece las medidas que debe observar la ciudadanía hacia una nueva convivencia social y prórroga del Estado de Emergencia Nacional (EEN) por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del Covid-19.

Según las cifras oficiales de la aplicación del Ministerio de Salud (MINSA) “Perú en tus Manos”, al 13 de junio de 2020 nuestro país reporta 225,132 personas infectadas por Covid-19; 1113 en las Unidades de Cuidados Intensivos; y, 6,498 personas fallecidas a causa de esta enfermedad. En paralelo, múltiples empresas y/o empleadores formales han obtenido la aprobación de sus respectivos Planes de Vigilancia Covid-19 por parte de sus sectores y del MINSA, lo que permite visualizar la mayor presencia de trabajadores formales que retornen a sus centros de labores durante el mes de junio. Simultáneamente, y desde hace sema-

1 Cabe precisar que cada sector ha emitido un particular criterio de focalización para la reanudación de las actividades. Es decir, no cualquier empresa o empleador podrá reanudar sus actividades, sino solo aquellos que cumplan con las características que apruebe el ministerio del sector. Nivel de ventas, cantidad de locales, entre otros.

nas, se advierte la “reactivación económica” del sector informal, quienes, como resulta evidente, no acatarán algún protocolo o plan de vigilancia y prevención de Covid-19. Tendremos, entonces, un panorama complicado con mayor presencia de personas en las calles y con un mayor riesgo de contagio por parte de aquellos trabajadores del sector formal que deban trasladarse hasta sus centros de trabajo.

En este contexto, la vigilancia de la salud de aquellos trabajadores que retornen a sus centros de trabajo resulta fundamental. El cumplimiento de este deber empresarial, y como ya hemos examinado ampliamente en otro lugar², está limitado por el respeto al derecho fundamental a la intimidad de todo trabajador. No obstante, en una situación de pandemia, podrán presentarse circunstancias que justifiquen una mayor intervención en este derecho fundamental, con el objetivo de preservar la seguridad y salud de todas las personas que comparten un mismo centro de trabajo; y, en general, de la comunidad por razones de salud pública.

En este trabajo, revisaremos de modo general aspectos centrales en materia del respeto al derecho a la intimidad personal de los trabajadores que pueden surgir como consecuencia del cumplimiento de los Planes de Vigilancia de Covid-19. Por ejemplo, la información contenida en las fichas de evaluación sintomatológica, el control de temperatura al ingreso y salida de los centros de trabajo, la posibilidad de informar un caso positivo de Covid-19 a otros compañeros de trabajo, a fin de cumplir con la trazabilidad de la enfermedad, entre otros.

I. El Plan de Reanudación de Actividades y los Planes de Vigilancia, Prevención y Control de Covid-19 en el Trabajo

El DS080 estableció cuatro criterios fundamentales que deben observarse para la reanudación de las actividades: (i) de salud pública, sobre la base de la información que emita el MINSA respecto a la situación epidemiológica del país; (ii) de movilidad interna, en función al incremento del riesgo de contagio; (iii) de dimensión social; y, (iv) de actividad económica, sobre la base de la evaluación que el Poder Ejecutivo efectúe de cada sector³.

Este decreto supremo ordenó que los sectores competentes de cada actividad incluida en la fase de reanudación de actividades⁴ proceda a aprobar los proto-

2 COSSIO PERALTA, André Jorge. *“El Derecho a la Intimidad en la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores”*. Lima: Jurista Editores, 2018.

3 Cfr. artículo 2º.

4 Minería e Industria, Construcción, Servicios y Turismo, Comercio, conforme a lo previsto en el

colos sectoriales en un plazo máximo de 5 días calendarios, contados desde el día 4 de mayo de 2020. Para este efecto, los sectores debían tener en cuenta los lineamientos generales aprobados por el MINSA para la vigilancia, prevención y control de Covid-19 en el trabajo. De este modo, el empleador cuyas actividades están comprendidas dentro de la Fase 1 de reanudación de actividades está en la obligación de contar con su respectivo Plan, el cual debe observar los lineamientos generales y sectoriales, para que éste sea aprobado por el sector pertinente y el MINSA debiendo ser registrado en el Sistema Integrado para COVID-19 (SIS-COVID) de esta entidad. Las empresas que no paralizaron sus actividades durante el aislamiento social obligatorio (cuarentena) están obligados a adecuarse a tales disposiciones, pero sin que este hecho afecte la continuidad de sus actividades⁵.

La fiscalización del cumplimiento de estos lineamientos se encuentra a cargo de las autoridades sanitarias, los Gobiernos Locales y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), en el marco de sus respectivas competencias⁶. Revisemos cuáles son los lineamientos generales aprobados por el MINSA.

Mediante Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA de fecha 28 de abril de 2020, se aprobó el Documento Técnico: “Lineamientos para la vigilancia de los trabajadores con riesgo de exposición a Covid-19” (en adelante: “los Lineamientos Generales”)⁷. En estos Lineamientos Generales se estableció que todo empleador, sin importar el tipo de actividad, incluyendo instituciones públicas y privadas, previo al reinicio de sus actividades debe elaborar su Plan de Vigilancia de Covid-19. La preparación de este plan se encuentra a cargo del servicio de seguridad y salud en el trabajo de cada empleador, para luego ser aprobado, en un plazo máximo de 48 horas, por el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo (CSST) o supervisor de seguridad en el trabajo, según corresponda⁸.

Anexo del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM.

5 Disposición complementaria final del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM.

6 Cfr. artículo 4° del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM.

7 Este documento, en un periodo menor a 20 días naturales, ha sido objeto de dos modificaciones: la primera, a través de la Resolución Ministerial N° 265-2020-MINSA de fecha 7 de mayo de 2020; y, la segunda, por medio de la Resolución Ministerial N° 283-2020-MINSA de fecha 13 de mayo de 2020.

8 En el Perú, las empresas que cuentan con 20 trabajadores están obligadas a conformar un Comité paritario de Seguridad y Salud en el Trabajo. Con menos de 20 trabajadores, solo debe garantizarse que los trabajadores elijan libremente a un Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo. Cfr. artículos 29° y 30° de la LSST.

En los Lineamientos Generales se han considerado 7 lineamientos básicos: (i) limpieza y desinfección de los centros de trabajo; (ii) evaluación de la condición de salud del trabajador previo al regreso o reincorporación al centro de trabajo; (iii) lavado y desinfección de manos obligatorio; (iv) sensibilización de la prevención del contagio en el centro de trabajo; (v) medidas preventivas de aplicación colectiva; (vi) medidas de protección personal; y, (vii) vigilancia de la salud del trabajador en el contexto del Covid-19.

Los Lineamientos Generales—al menos en su versión original—partían de presuponer que todo empleador, a la fecha de emisión de la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA, ya contaba con todo el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, lo que, entre otras obligaciones, implica que, por lo menos, cuenten con el CSST—o supervisor de seguridad y salud en el trabajo, de ser el caso—y el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo. Por ejemplo, en el caso del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, en el numeral 6.1.23 de los Lineamientos Generales se definió de la siguiente manera: “(...) *De acuerdo a lo establecido en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, todo empleador organiza un servicio de seguridad y salud en el trabajo, cuya finalidad es esencialmente preventiva*”.

En efecto, debe recordarse que la Ley N° 29783⁹, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR (RLSST)¹⁰, se encuentran en vigor desde hace más de 8 años. Por ende, el MINSA asumió que todos los empleadores del sector formal ya cumplían con las obligaciones generales en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo. Veremos más adelante que esta premisa ha variado a la fecha.

Ahora bien, de las diferentes obligaciones establecidas en los Lineamientos Generales, nos interesa hacer referencia a algunos que inciden sobre la esfera personal e intimidad de los trabajadores. Así, se ha previsto que todo empleador debe otorgar a todos sus trabajadores una ficha de evaluación sintomatológica de manera previa al regreso o reincorporación al centro de trabajo¹¹. Esta ficha tiene el carácter de declaración jurada y debe ser respondida obligatoriamente por todos los trabajadores.

9 Publicada en el diario oficial “el Peruano”, el día 20 de agosto de 2011.

10 Publicado en el diario oficial “el Peruano”, el día 25 de abril de 2012.

11 Originalmente, en el inciso 2° del numeral 7.2.2.1 se señaló: “*aplicación a cada trabajador, de manera previa al regreso o reincorporación, la Ficha de sintomatología COVID-19 (Anexo 2), de carácter declarativo; la cual debe ser respondida en su totalidad*”. Esta disposición fue modificada mediante la Resolución Ministerial N° 265-2020-MINSA y, a la fecha, se indica: “*Los trabajadores deben completar una Ficha de Sintomatología COVID-19 (Anexo 2) que será entregada por el empleador*”.

De igual manera, se ha establecido la obligación del empleador de controlar la temperatura corporal al momento de ingreso al centro de trabajo y al finalizar la jornada laboral; aplicación de pruebas serológicas o moleculares para Covid-19 a todos los trabajadores que regresan o se incorporan a puestos de trabajo con muy alto, alto y mediano riesgo de exposición a este virus¹²; se indicará la evaluación médica de síntomas COVID-19 a todo trabajador que presente temperatura mayor a 38.0° C; se debe identificar los contactos en el centro de trabajo de todo trabajador con fiebre y evidencias de sintomatología COVID-19; entre otros.

Estas obligaciones forman parte del deber de prevención específico del empleador en el contexto de la pandemia por el brote de Covid-19 en el Perú. Creemos que, en este escenario, estaremos ante el cumplimiento de un deber general de prevención reforzado.

II. El deber de prevención del empleador reforzado

Debe recordarse que, conforme a lo previsto en la LSST, en virtud el deber general de prevención de todo empleador, en este recae la responsabilidad de garantizar el establecimiento de todos los medios y condiciones que permitan proteger la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de todas aquellas personas que se encuentren dentro del centro de trabajo¹³. Así, y como he desarrollado ampliamente en otro lugar¹⁴, este [el deber de prevención] es un deber de medios, mas no de resultados, en virtud del cual el empleador debe proporcionar y cumplir con todas las condiciones necesarias para eliminar al mínimo posible los peligros y riesgos existentes en el centro de trabajo.

Como parte de las múltiples obligaciones que conlleva el deber empresarial de prevención, los empleadores requieren contar con un Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SST), lo que implica la adopción de las siguientes medidas que se aplican en este orden de prioridad: (i) eliminación de los peligros y riesgos; (ii) tratamiento, control o asilamiento de los peligros y riesgos, (iii)

12 Bajo riesgo: personas que no requieren contacto con personas que se conoce o se sospecha que están infectados con COVID-19; mediano riesgo: incluyen aquellos trabajos que requieren un contacto frecuente y/o cercano con personas que podrían estar infectadas con COVID-19, pero no son pacientes que se conoce o se sospecha que portan COVID-19; alto riesgo: trabajo con potencial de exposición a fuentes conocidas o sospechosas de COVID-19; muy alto riesgo: trabajos con contacto directo con casos COVID-19. Cfr. numeral 6.1.19 de los Lineamientos Generales.

13 Artículo I del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 29783.

14 COSSIO PERALTA, André. Op. cit.

minimizar los peligros y riesgos, con la adaptación de sistemas de trabajo seguro; (iv) programar la sustitución progresiva de los procedimientos y productos peligrosos por aquellos que produzcan un menor o ningún riesgo para el trabajador; y, (v) otorgar equipos de protección personal adecuados, asegurándose que los trabajadores los utilicen y conserven de forma correcta¹⁵.

El Sistema de Gestión en SST es una obligación de todos los empleadores y no está condicionado a un número mínimo de trabajadores. Así, tanto las empresas de 10 o 100 o 1000 trabajadores están en la obligación de contar con una Política de SST, Registros del Sistema de Gestión de SST (enfermedades profesionales, capacitaciones, accidentes de trabajo, exámenes médicos, entre otros), contar con un Reglamento Interno de SST, brindar capacitaciones en materia de SST, existiendo diferencias en lo relativo a la constitución del Comité de SST¹⁶ y al Servicio de SST.

En el caso del Servicio de SST, cabe recordar que todo empleador está en la obligación de conformar este servicio, ya sea propio¹⁷ o común a varios empleadores. Este servicio, entre otras funciones, se encarga de identificar y evaluar los riesgos que puedan afectar la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo, así como su estado de salud. La vigilancia de la salud de los trabajadores se encuentra a cargo de un Médico cirujano colegiado y habilitado por el Colegio Médico del Perú con especialidad en medicina ocupacional¹⁸. Para empresas con más de 500 trabajadores, el empleador debe garantizar la presencia del médico ocupacional por 6 horas diarias por 5 días a la semana; y, para empresas con 500 o menos trabajadores, la vigilancia de la salud de los trabajadores sigue a cargo del Médico Ocupacional, pero sin una exigencia de un mínimo de horas presenciales¹⁹. Las

15 Art. 21° de la LSST.

16 Cfr. cita 9.

17 En virtud de lo previsto en el artículo 26-A del RLSST, incorporado mediante Decreto Supremo N° 006-2014-TR, el empleador puede contratar a una empresa especializada para la gestión, implementación, monitoreo y cumplimiento de las disposiciones reglamentarias sobre SST. De este modo, el empleador podría tercerizar el Servicio SST.

18 En estricto, el numeral 6.6.1 del Documento Técnico: "Protocolos de Exámenes Médicos Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad", aprobado por Resolución Ministerial N° 312-2011-MINSA, que fuera modificado por la Resolución Ministerial N° 004-2014-MINSA, dispone que el servicio estará a cargo de: (i) médico cirujano con segunda especialidad en Medicina Ocupacional y Medio Ambiente, o Medicina del Trabajo, debidamente titulado, colegiado y habilitado por el Colegio Médico del Perú; o, (ii) médico cirujano con Maestría en Salud Ocupacional o Maestría en Salud Ocupacional y Ambiental o Maestría en Medicina Ocupacional y Medio Ambiente, debidamente colegiado y habilitado por el Colegio Médico del Perú.

19 Los Servicios de Salud Ocupacional para la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores deben estar conformados por equipos multidisciplinarios, por lo que, como mínimo, deben contar con alguno

actividades de vigilancia de la salud de los trabajadores que ejecuta el Médico Ocupacional incluyen a los contratistas, empresas especiales de servicios y a todos aquellos trabajadores que realicen actividades conjuntas en un mismo ambiente de trabajo²⁰.

Todas estas obligaciones están relacionadas a la prevención de riesgos y peligros asociados a la particular actividad que ejecutan los trabajadores. En otras palabras, a los riesgos profesionales que existen en cada labor con el objeto de evitar y/o prevenir las enfermedades y accidentes de trabajo²¹. Sin embargo, el Covid-19 es una enfermedad viral que se transmite de persona a persona, por lo que, en rigor, no tiene origen ocupacional al no estar relacionado a un particular riesgo profesional, salvo para aquellos trabajadores cuyas actividades implican alto o muy alto riesgo de exposición con personas que padecen Covid-19, como, por ejemplo, los profesionales de salud dedicados a la atención de dichos pacientes²².

Por esta razón, el monitoreo del estado de salud del trabajador se erige como la actividad fundamental de prevención para evitar la propagación de Covid-19 en el centro de trabajo, sin perjuicio de la desinfección y limpieza de los lugares de trabajo como se ha previsto en los Lineamientos Generales. De ahí que en el numeral 7.2.7.1 de este documento, se haya establecido de forma expresa que la vigilancia de la salud de los trabajadores constituye una práctica necesaria, la cual debe efectuarse “(...) de forma permanente durante el tiempo que establezca el Ministerio de Salud”.

de los siguientes profesionales: Ingeniero de Higiene y Seguridad Ocupacional, Profesional de la Salud o de Ingeniería con Especialidad en Seguridad y Salud Ocupacional, Licenciada en Enfermería con experiencia en Salud Ocupacional. Cfr. numeral 6.7.5 Documento Técnico: “Protocolos de Exámenes Médicos Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad”, aprobado por Resolución Ministerial 312-2011-MINSA

- 20 Cfr. numeral 6.7.2. del del Documento Técnico: “Protocolos de Exámenes Médicos Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad”, aprobado por Resolución Ministerial N° 312-2011-MINSA, modificado por la Resolución Ministerial N° 571-2014-MINSA.
- 21 Según el glosario de términos del RLSST, Accidente de Trabajo (AT) es: “Todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, y aun fuera del lugar y horas de trabajo”. Por su parte, la enfermedad profesional (EP) ha sido definida como la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo relacionadas al trabajo.
- 22 El Congreso de la República, con fecha 24 de mayo de 2020, aprobó el Proyecto de Ley N° 5098/2020-CR que incorpora al Covid-19 dentro del listado de enfermedades profesionales de los servidores de la salud. A la fecha de preparación del presente trabajo, el proyecto de ley se encuentra pendiente de promulgación u observación por parte del presidente de la República.

Así, la vigilancia de la salud de los trabajadores, en el contexto del Covid-19, pasaría a ser, a la vez, parte de las obligaciones del empleador en materia de monitoreo de los agentes biológicos que pueden estar presentes en el medio ambiente de trabajo. En efecto, el empleador está obligado a prever que la exposición a agentes biológicos en el centro de trabajo no genere daños en la salud de los trabajadores²³, de modo tal que estos cumplan sus funciones en condiciones y en un medio ambiente de trabajo²⁴ seguro y saludable.

La pandemia generada por el Covid-19 exige que se acentúe el cumplimiento del deber de prevención del empleador, maximizándose los esfuerzos en el control estricto del estado de salud de todos los trabajadores que retomen sus actividades presenciales, así como de aquellos que continúan laborando por estar vinculados a la prestación de servicios esenciales. De este modo, estimamos que los Lineamientos Generales aprobados por el MINSA han incorporado nuevos contenidos y/u obligaciones al deber general de prevención del empleador y, por ende, se trata de un deber de prevención reforzado²⁵.

III. La compleja relación entre la intimidad personal del trabajador y la prevención y control de Covid-19 en el lugar de trabajo

Los datos sobre el estado de salud de los trabajadores constituyen datos sensibles, conforme a lo señalado en las definiciones operativas previstas en la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733 (LPDP). Así, pues, cuando el trabajador remite la ficha de evaluación sintomatológica a su empleador está proporcionando información sensible sobre sus condiciones de salud y, de igual forma, sobre aspectos vinculados a su vida privada, dado que se requiere datos sobre algún posible contacto con personas que sean un caso confirmado de Covid-19.

23 Cfr. art. 56° de la LSST.

24 De acuerdo con el glosario de términos del RLSST, se entiende por condiciones y medio ambiente de trabajo a los elementos, agentes, o factores que tienen influencia en la generación de riesgos que afectan la seguridad y salud de los trabajadores, en los que se incluyen, la naturaleza, intensidades, concentraciones o niveles de presencia de los agentes biológicos existentes en el ambiente de trabajo.

25 No obstante, resulta contradictorio con este deber de prevención reforzado que, a través de la Resolución Ministerial N° 283-2020-MINSA se haya modificado el punto 8.6 (sexta disposición complementaria de los Lineamientos Generales), al disponerse que durante la Emergencia Sanitaria por SARS-CoV-2, se reconozca de forma implícita que existen empresas públicas y privadas que hasta la fecha no han implementado un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo. Estas empresas—infractoras de una obligación esencial en materia de SST—pueden optar por aplicar el Anexo 1 de los Lineamientos Generales (referidos a la presencia de profesionales de la salud) para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a Covid-19.

La misma calificación corresponde a los datos sobre la temperatura corporal de los trabajadores, la cual debe ser controlada al momento del ingreso y a la salida del centro de trabajo²⁶.

El trabajador, de igual manera, cumple un rol importante en la adopción de medidas de vigilancia, prevención y control de Covid-19 en el centro de trabajo. Todas las medidas de prevención y lineamientos que disponga el empleador formarán parte de las obligaciones específicas que los trabajadores deben cumplir en materia de SST. Para este efecto, debe recordarse que, conforme a lo dispuesto en la LSST, el trabajador está obligado a cumplir con las normas, reglamentos e instrucciones específicas en materia de SST; debe someterse a los exámenes médicos a que estén obligados por norma expresa, siempre que se garantice la confidencialidad de sus resultados; así como comunicar al empleador todo evento o situación que pueda poner en riesgo su seguridad y salud; entre otros²⁷.

En este contexto, se ha previsto que si el empleador identifica un caso sospechoso de padecer Covid-19, pero se trata de un trabajador de bajo riesgo, el empleador debe identificar los contactos en el domicilio de este y, al mismo tiempo, realizar un seguimiento clínico a distancia²⁸. En caso el profesional de la salud del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo del empleador identifique a un trabajador con fiebre y que presente la sintomatología Covid-19, tiene que identificar a todas las personas con las que éste ha tenido contacto en el centro de trabajo²⁹.

De este modo, y como parte de las obligaciones específicas de los trabajadores para prevenir, controlar y vigilar la presencia de Covid-19 en el centro de trabajo,

26 Cfr. inciso 3 del punto 7.2.2.1 y 7.2.7.2 de los Lineamientos Generales. Para los casos de puestos de trabajo de muy alto riesgo de exposición a Covid-19, la medición de la temperatura se efectúa al inicio, a la mitad y al término de la jornada de trabajo, conforme a lo dispuesto en el numeral 7.2.7.5 de los Lineamientos Generales.

27 Art. 79° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783.

28 Cfr. inciso 4 del punto 7.2.2.2 de los Lineamientos Generales. Conforme a lo previsto en el literal n) del punto 6.1 del Documento Técnico “Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de Personas afectadas por Covid-19 en el Perú, aprobado por Resolución Ministerial N° 193-2020-MINSA, el seguimiento clínico a distancia comprende a las actividades realizadas mediante llamadas telefónicas, aplicativo virtual o página web para aquellos casos leves de asilamiento domiciliario, contactos en cuarentena, así como respecto de aquellos pacientes hospitalizados que han sido dado de alta.

29 Cfr. inciso 3° del punto 7.2.7.6 de los Lineamientos Generales. Conforme a lo previsto en el literal i) del punto 6.1 del Documento Técnico “Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de Personas afectadas por Covid-19 en el Perú, aprobado por Resolución Ministerial N° 193-2020-MINSA, por contacto directo se entiende a “[la] persona que se encuentra de forma continua en el mismo ambiente de un paciente confirmado de infección por COVID-19 (lugar de trabajo, aula, hogar, establecimientos penitenciarios, asilos, entre otros)”.

el personal estará obligado a revelar la información sobre las personas con las que ha tenido en contacto en su domicilio; comunicar de forma inmediata a su empleador en caso presente algún tipo de indicio de la sintomatología Covid-19; someterse a las pruebas serológicas o moleculares de descarte de Covid-19; e, inclusive, reportar con qué personas ha tenido contacto dentro del centro de trabajo. En este último caso, de forma indirecta, el trabajador otorga su consentimiento para que el empleador ubique a los compañeros de trabajo con quienes ha tenido contacto y así rastrear o controlar una probable propagación del Covid-19 en el lugar de trabajo.

Ahora bien, a pesar de que nos encontramos ante una grave crisis sanitaria a nivel nacional, el derecho a la intimidad, la vida privada y la confidencialidad de los datos de sanitarios del trabajador no pueden quedar neutralizados o desprotegidos. En otras palabras, la pandemia generada por el Covid-19 justifica que exista, tanto por razones de salud pública y de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, una mayor injerencia o intervención en la esfera privada o personal del trabajador, pero ello no debe significar que, de forma automática, estos derechos ya no deban respetarse y/o no ser garantizados por el empleador.

Ciertamente, en la Opinión Consultiva N° 32-2020-JUS/DGTAIPD de fecha 5 de mayo de 2020, la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales ha recordado que el derecho a la protección de datos personales no es absoluto y, por ende, se ejerce armonizando el ejercicio de otros derechos, como correspondería en este caso garantizar el estado de salud de la comunidad o de las personas que comparten un mismo centro de trabajo. Por ende, esta autoridad reconoce que el empleador puede utilizar los datos personales de sus trabajadores relativos a su estado de salud para la adopción de medidas de prevención, vigilancia y control de Covid-19, al sustentarse en su deber de garante de la seguridad y salud de todas las personas que se encuentran en un mismo lugar de trabajo. Sin embargo, la referida autoridad hace expreso recordatorio que el empleador no ha quedado exonerado de cumplir con las obligaciones relativas al tratamiento y utilización de datos personales, por lo que los datos sensibles del personal solo pueden ser utilizados en caso estén directamente vinculados a la finalidad puntual de contener la propagación del virus y "(...) no extenderse a otras distintas, ni mantener datos personales por más tiempo del necesario para la finalidad para la que se recaban"³⁰.

30 Ver considerandos 17 a 38 de la en la Opinión Consultiva N° 32-2020-JUS/DGTAIPD de fecha 5 de mayo de 2020.

En efecto, la información que recabe el empleador debe estar estrictamente vinculada a los objetivos de contención y prevención del Covid-19 en el lugar de trabajo, por lo que debe tener un absoluto y adecuado cuidado del manejo de esta para no incurrir o generar situaciones que puedan derivar en una estigmatización o discriminación en el trabajador afectado por Covid-19; o, inclusive, requerir información que resulte excesivamente invasiva a su esfera privada o intimidad personal. Por ejemplo, sería una invasión ilegítima al derecho a la vida privada e intimidad personal que el empleador exija a que, de forma adicional a la ficha de evaluación sintomatológica, el trabajador también deba revelar la identidad y ocupación de las personas que conviven con este en su domicilio, así como el detalle de sus actividades cuando no esté prestando servicios a favor de la empresa. De igual manera, se afectaría la confidencialidad de los datos relacionados al estado de salud, si el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo del empleador revela la identidad del trabajador que padece Covid-19 a todos los trabajadores de un mismo centro de trabajo, a pesar de no haber tenido un contacto directo con este. Inclusive, en las situaciones de contacto directo, el empleador tendría que implementar mecanismos que combinen la adopción de medidas de prevención y una menor afectación a la confidencialidad e intimidad de su personal.

Por esta razón, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) recomienda que los empleadores no revelen las razones que motivan la licencia de un trabajador o si éste ha debido ejecutar su trabajo a distancia; inclusive, la OIT sugiere que, cuando existan trabajadores con un riesgo elevado a contacto con una persona infectada por Covid-19, el empleador tiene que notificarles dicho hecho, pero realizando esfuerzos suficientes para que la sola información que ha proporcionado no les permita identificar a la persona infectada³¹. El objetivo primordial de estas recomendaciones de la OIT consiste en prevenir situaciones de discriminación u acoso en lugar de trabajo en perjuicio de aquellos que pudieran haber contraído el Covid-19³².

De igual manera, en la Declaración del Procesamiento de Datos Personales en el contexto del brote del Covid-19 de fecha 19 de marzo de 2020, la Autoridad Europea de Protección de Datos Personales (*European Data Protección Board*), se ha dispuesto que: (i) el empleador solo debe requerir aquella información que sea proporcional y relevante para la adopción de medidas de prevención en el lugar

31 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “Cómo gestionar el lugar de trabajo durante la crisis del COVID-19: Una Guía para los Empleadores”. Primera edición. GINEBRA: OIT, 2020, pág. 34.

32 Ídem, pág. 33.

de trabajo; (ii) los empleadores solo deben procesar información de la salud de sus trabajadores solo si así es requerido por las legislaciones locales; (iii) el empleador debe informar a los compañeros de trabajo sobre casos positivos de Covid-19 y de las medidas de prevención a adoptar, pero no debe comunicar mayor información de la que sea absolutamente necesaria; incluso si resulta necesario revelar la identidad del trabajador infectado, y así está permitido en la legislación local, el empleador debe comunicarse previamente con aquel e indicarle que su información será compartida y así proteger su integridad y dignidad.³³

Por su parte, la Agencia Española de Protección de Datos ha reconocido que, incluso en este contexto de pandemia, la normativa sobre protección de datos personales se aplica en su integridad, pues esta permite garantizar y/o salvaguardar un derecho fundamental³⁴. No obstante, dicha autoridad reconoce que los empleadores, conforme a lo dispuesto en la normativa de prevención de riesgos laborales, deberá tratar los datos sanitarios de sus trabajadores para garantizar la salud de todos sus trabajadores, incluyendo a aquellos otros trabajadores que no sean titulares de los datos recabados por el empleador, con el único objetivo de proteger la salud y evitar contagios al interior de los lugares de trabajo³⁵.

Vemos, pues, que tanto a nivel nacional como internacional se ha reafirmado la vigencia de la protección de la intimidad, privacidad y datos personales de los trabajadores; pero tal protección debe ejecutarse en armonía de la preservación de la seguridad y salud no solo del propio trabajador, sino también de sus compañeros de trabajo y de la comunidad en general. No obstante, se reafirma el principio finalista del tratamiento de estos datos, de modo tal que el empleador solo podrá utilizar aquella información que resulte absoluta y específicamente necesaria para prevenir y controlar la propagación del Covid-19 en el lugar de trabajo. La infracción a dicho principio podría dar lugar a intervenciones injustificadas en la esfera privada del trabajador.

33 COMISIÓN EUROPEA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. "Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak". En: http://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf 14/06/2020 17:28 horas

34 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Informe N/REF 0017/2020* de marzo de 2020. En: <http://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf> 14/06/2020 17:48 horas, pág. 1.

35 *Idem*, pág. 6.

IV. Hacia la “Nueva Convivencia Social en el Trabajo”

¿Cuáles serán las nuevas reglas de convivencia social en el trabajo? A continuación, algunos breves comentarios:

- (i) Control de temperatura corporal.- Los trabajadores deberán someterse al control de temperatura al inicio y al término de su jornada de trabajo. La toma de la temperatura se encuentra bajo la responsabilidad del profesional de la salud del Servicio de Seguridad y Salud del empleador. Como parte de las obligaciones relativas a la protección de datos personales, y de conformidad con lo previsto en el artículo 18° de la LPDP, el trabajador deberá ser informado de la finalidad de obtener dicha información, vale decir, que la misma está vinculada a las medidas de vigilancia de la salud dispuestas por el MINSA y que tienen que ser ejecutadas por todos los empleadores. De igual manera, el empleador tendría que informar quienes serán los encargados del tratamiento de su información personal, a qué personas o áreas de la empresa se trasladará ésta y el tiempo que se conservará este dato.

En esta nueva convivencia social, el trabajador está obligado a permitir que el empleador conozca su temperatura corporal, como condición necesaria para que pueda prestar o realizar sus actividades presenciales en el centro de trabajo. No obstante, los Lineamientos Generales no han precisado si existirá un registro³⁶ al cual se deba trasladar la temperatura corporal del trabajador, por lo que, podrían presentarse situaciones en las que el empleador no podría acreditar que cumple con esta obligación ante eventuales fiscalizaciones de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL).

En otras latitudes, se han brindado recomendaciones para el control de la temperatura corporal, tanto para el ingreso a establecimientos comerciales, como a los centros de trabajo. Por ejemplo, en España—uno de los países europeos más golpeados por la pandemia—se han detallado cuáles son las obligaciones de los empleadores sobre este punto en particular, precisando que estos deben brindar la mayor información a su personal sobre el uso del dato personal, y que, al tratarse de una medida de prevención de riesgos

36 Cabe destacar que en la redacción original del numeral 7.2.7.3 de los Lineamientos Generales se estableció que “el profesional de la salud (...) es responsable que se realice, la toma y **registro** de la temperatura de cada trabajador”. Esta disposición fue modificada por la Resolución Ministerial N° 265-2020-MINSA, de modo que la redacción vigente dispone que “el profesional de la salud (...) es responsable de que se **realice**, la toma de la temperatura de cada trabajador”.

laborales, el control debe ser ejecutado por personal cualificado³⁷. Inclusive, la toma de temperatura para el ingreso a establecimientos comerciales a través de cámaras térmicas u otros instrumentos han sido calificados como una intervención intensa en la intimidad personal³⁸. Análoga calificación podría corresponder a la instalación de una cámara térmica en el lugar de trabajo para verificar la temperatura corporal de todo el personal durante el cumplimiento de toda su jornada de trabajo.

- (ii) Ficha de evaluación sintomatológica.- El trabajador debe reportar si en los últimos 14 días calendario previos a su reincorporación ha tenido síntomas de alza de temperatura, fiebre, tos, estornudos, dificultad para respirar, contacto con personas positivas a Covid-19, si está tomando alguna medicación, entre otros datos personales. Comentario particular merece la obligación de informar la medicación exacta que estuviera recibiendo algún trabajador. No toda medicación está relacionada a la sintomatología Covid-19, por lo que podrían presentarse casos que la revelación de la medicación podría conllevar que se traslade información al empleador sobre una condición particular de salud del trabajador que éste prefiere preservar de manera confidencial. Por ejemplo, si un trabajador presenta una enfermedad mental y viene recibiendo una medicación diaria, detallar esta información no necesariamente contribuiría a la prevención y control de Covid-19 en el centro de trabajo.

De igual manera, si el empleador decide añadir información adicional a la ficha de evaluación sintomatológica, tal información debe estar directamente vinculada a las medidas de prevención y control de Covid-19. En otras palabras, se tendría que justificar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de requerir una información que resulte más invasiva a la intimidad personal y vida privada de los trabajadores. Por ejemplo, exigir que se informe si el trabajador convive con una persona cuyas actividades implican un alto o muy alto nivel de exposición a Covid-19. Es notorio que en estos casos resultará de plena aplicación el *test* de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la intervención en el derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores.

37 HERRERO GIMÉMEZ, Rubén. "Intimidad y nuevos escenarios del Covid-19: La toma de temperatura de los ciudadanos bajo duda de su legalidad". En: <https://elcierredigital.com/investigacion/112537953/medicion-temperatura-ciudadanos-coronavirus-sospecha-legalidad.html> 14/06/2020 19:10 horas.

38 "COVID-19: termómetros que vulneran la protección de datos". En: La Vanguardia digital: <https://www.lavanguardia.com/seguros/20200512/481111611176/termometros-proteccion-de-datos-privacidad-temperatura.html> 14/06/2020 19:18 horas

- (iii) Revelación del estado de salud a otros compañeros de trabajo.- Como hemos visto en el punto 3 del presente trabajo, las recomendaciones de la OIT están orientadas a que, de trasladarse información a otros compañeros de trabajo, a fin de rastrear adecuadamente posibles contagios de Covid-19, el empleador debe realizar sus máximos esfuerzos para ejecutar tal acción sin revelar la identidad específica del trabajador, salvo supuestos excepcionales. Este estándar internacional, como hemos visto, pretende prevenir situaciones de discriminación y estigmatización sobre aquel trabajador positivo a Covid-19.

De este modo, el empleador al momento de aplicar las pruebas serológicas o moleculares a los contactos directos del trabajador positivo a Covid-19, tendría que informar que esta acción concreta se ejecutará por haberse presentado un caso sospechoso o positivo a dicha enfermedad, cuidando de no proporcionar la identificación del trabajador. Esta no debería ser considerada una regla absoluta, puesto que pueden presentarse situaciones que sí demanden una plena identificación de la persona, en función a la gravedad de la situación o del brote que se evidencie en cada lugar de trabajo. Nuevamente, estos casos quedarán sujetos a un análisis de proporcionalidad y razonabilidad de la medida.

- (iv) Sometimiento periódico a pruebas de descarte de Covid-19.- Las pruebas de descarte de Covid-19 (serológicas o moleculares) son obligatorias para los trabajadores que realizan actividades de mediano, alto o muy alto riesgo de exposición a esta enfermedad. Inclusive, la aplicación de estas pruebas para puestos de trabajo de baja exposición a Covid-19 resulta potestativa a la indicación que efectúe el profesional de la salud del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo del empleador³⁹. Así, el trabajador que desempeña u ocupa un puesto de trabajo de bajo riesgo de exposición estará obligado a someterse a dicha prueba, por la sola prescripción del profesional de la salud. Más aún, la periodicidad de toma de estas pruebas no ha sido detallada en los Lineamientos Generales, por lo que ésta deberá ser definida por el profesional de la salud del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo.

De esta forma, en rigor, todos los trabajadores estarán obligados a someterse a las pruebas de descarte de Covid-19 en la oportunidad que defina el empleador, la cual constituirá un examen médico ocupacional indispensable para el desarrollo de las actividades presenciales en el centro de trabajo. El principio

39 Cfr. numeral 4 del punto 7.2.2.1 de los Lineamientos Generales.

de voluntariedad de los exámenes médicos ocupacionales⁴⁰ cederá ante el contexto de pandemia y la grave crisis sanitaria que afronta nuestro país. En efecto, como sostiene Max Mendel, en tiempos de pandemia la mayor recolección de información sobre el estado de salud de las personas resulta deseable desde una perspectiva de salud pública⁴¹.

- (v) Seguimiento a distancia diario al trabajador identificado como caso sospechoso.- El empleador, a través de su Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, deberá realizar un seguimiento clínico a distancia diario al trabajador identificado como sospechoso a la sintomatología Covid-19. Este seguimiento debe ser realizado por profesionales médicos cada 24 horas a todos los casos leves de Covid-19, con o sin factores de riesgo, tanto al trabajador como a sus contactos, el cual se ejecutará por un plazo de 14 días después del inicio de los síntomas⁴².

El empleador ejecutará este monitoreo a través de llamadas telefónicas, aplicativos virtuales o mediante alguna página web o plataforma diseñada para este efecto. El objetivo de este monitoreo consiste en identificar signos de alarma, mantener un registro de contactos y que en estos se identifique signos y síntomas respiratorios⁴³. Así, la información que se obtenga en este seguimiento diario deberá estar rigurosamente vinculada a dicha finalidad. De lo contrario, la función preventiva y vigilancia de la salud del trabajador podría quedar desvirtuada y se produciría una invasión injustificada a la intimidad y esfera privada del trabajador. Resultaría un exceso a la finalidad preventiva si se obliga al trabajador a activar el dispositivo GPS de su celular para monitorear e identificar cada uno de sus movimientos y traslados durante todo el plazo del seguimiento clínico a distancia.

Reflexión final

¿La adopción de medidas de prevención y control de Covid-19 en el centro de trabajo implican una completa y absoluta intervención del empleador en la

40 Para un mayor detalle sobre la configuración de este principio ver COSSIO PERALTA, André; op. cit, págs. 109 a 113.

41 MAX MENDEL, Clarissa Long. "Privacy and Pandemics". En: Law in the Time of Covid-19. Columbia Law School <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?filename=12&article=1239&context=books&type=additional> 2020, pág. 90.

42 Ver cita 29.

43 Cfr. literal c) del punto 7.12.1 del Documento Técnico "Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de Personas afectadas por Covid-19 en el Perú, aprobado por Resolución Ministerial 193-2020-MINSA

intimidad personal o vida privada del trabajador? El acceso y tratamiento de los datos personales relativos a la salud de los trabajadores, reiteramos, deberá estar estrictamente vinculada a los fines de prevención y contención de posibles contagios de Covid-19 en el centro de trabajo. El empleador no ha quedado exonerado de sus obligaciones relativas a la confidencialidad y protección de los datos personales relativos a la salud de sus trabajadores. Por ende, el tratamiento deberá ejecutarse en absoluto respeto a dichas obligaciones, con el objeto de evitar intervenciones excesivas en la esfera privada del trabajador e, incluso, prevenir situaciones de discriminación y estigmatización sobre trabajadores que hayan dado positivos a Covid-19.

Bibliografía

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Informe N/REF 0017/2020* de marzo de 2020. En: <http://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf> 14/06/2020 17:48 horas.

COSSIO PERALTA, André Jorge. *“El Derecho a la Intimidad en la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores”*. Lima: Jurista Editores, 2018, 170 págs.

COMISIÓN EUROPEA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. *“Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak”*. En: http://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf 14/06/2020 17:28 horas.

HERRERO GIMÉMEZ, Rubén. *“Intimidad y nuevos escenarios del Covid-19: La toma de temperatura de los ciudadanos bajo duda de su legalidad”*. En: <https://elcierredigital.com/investigacion/112537953/medicion-temperatura-ciudadanos-coronavirus-sospecha-legalidad.html> 14/06/2020 19:10 horas.

MAX MENDEL, Clarissa Long. *“Privacy and Pandemics”*. En: Law in the Time of Covid-19. Columbia Law School <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?filename=12&article=1239&context=books&type=additional> 2020, págs. 89 – 98.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *“Cómo gestionar el lugar de trabajo durante la crisis del COVID-19: Una Guía para los Empleadores”*. Primera edición. GINEBRA: OIT, 2020, 37 págs.

“COVID-19: termómetros que vulneran la protección de datos”. En: La Vanguardia digital: <https://www.lavanguardia.com/seguros/20200512/481111611176/termemetros-proteccion-de-datos-privacidad-temperatura.html> 14/06/2020 19:18 horas.