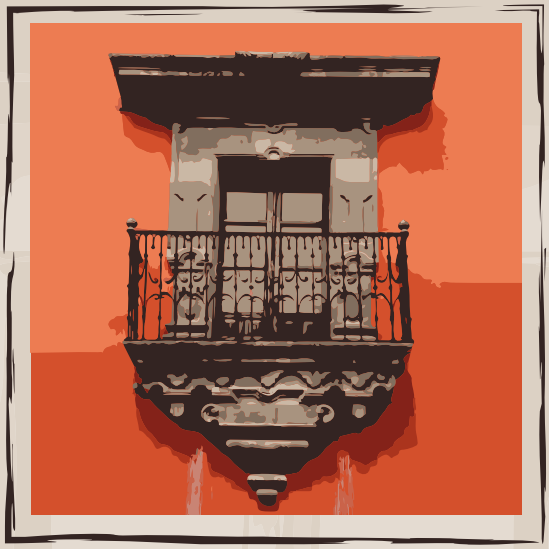


IX CONGRESO NACIONAL

DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LIMA 11,12,13 y 14 DE NOVIEMBRE 2020

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN ÉPOCA DE CAMBIOS

SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

IX Congreso Nacional "El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Época de cambios"
Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

PRIMERA EDICIÓN
Noviembre 2020

Prohibida su reproducción total o parcial
DERECHOS RESERVADOS
D. Leg. N.º 822

Autores:
Jorge Rosenbaum Rimolo / Miguel F. Canessa Montejo / Javier Arévalo Vela / Isabel Herrera Gonzales Pratto / Elmer Huamán Estrada / Claudia Denisse Cermeño Durand / Cecilia Enid Calderón Paredes / Gabriela Salas Zúñiga / Renzo Vito Salvador Florian / Estela Ospina Salinas / Luis Vinatea Recoba / Mauricio Matos Zegarra / Yordan Feler Romero Mendoza / David Salas Manrique / Ana Nelly Calderón Tarrillo / Francisco Álvarez Dávila / Silvia Rebaza Santa Cruz / Sandro Núñez Paz / Carlos Blancas Bustamante / Daniel Ulloa Millares / Lidia Vilchez Garcés / Maria Elisa Cuadros Garrido / César Alfredo Puntriano Rosas / Maria Stephany Soto Zevallos / Jorge Luis Mayor Sánchez / Claudia Andrea Guerrero Britto / Fátima Deyanira Arrivasplata Reyes / José Eduardo López Ahumada / Lorena Vasconcelos Porto / Giuseppe Casale / Lourdes Lucía León Pacheco / Camila Suzana Taramona Bara / Carmen Vianka Vilena Fernández Baca / Emily Alexandra Fuentes Rivera Berrocal / Enzo Alfredo Yturrizaga Aguirre

© Coordinadores: Mauricio Matos Zegarra y Michael Vidal Salazar

Copyright 2020
Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Diseño, diagramación y montaje:
Christian Ávalos

Libro electrónico disponible en https://www.spdtss.org.pe

Edición a cargo de:
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
RUC N.º 20108098512
Av. Dos de Mayo 516 dpto. 201 Miraflores Lima
Tefl. (01) 70-55586.
Email.: contabilidad@spdtss.org.pe

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL
EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2020-07864

ISBN: 978-9972-9422-3-5

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor
El siguiente texto está expuesto a fe de erratas
Los usuarios de la presente publicación tienen derecho a utilizar, copiar y distribuir su contenido de manera gratuita, con la única condición que se dé el debido crédito a sus autores y a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como editor.
El editor del libro no se identifica necesariamente con las opiniones emitidas por los autores de los artículos.

"En la presente publicación, la SPDTSS ha respetado la metodología de citado de fuentes bibliográficas empleada por cada autor, sin alterarla".

TABLA *de* CONTENIDO

Presentación por Guillermo Boza Pró 25
Introducción por Michael Vidal Salazar 27
Programa: IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social " El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Época de cambios" 33

CONFERENCIA MAGISTRAL DE APERTURA: LA REDEFINICIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

39 **JORGE ROSENBAUM RIMOLO: La redefinición del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo**

I. Vivir en la revolución del trabajo: incertidumbres y nuevas tecnologías 41
II. Esfuerzos desplegados desde el derecho del trabajo 47
III. Hacia una nueva instrumentalidad 52
IV. Contrastando un marco abierto de posibilidades 57
V. Un balance hasta ahora insuficiente 64

TEMA 1
VIOLENCIA EN EL TRABAJO Y HOSTIGAMIENTO SEXUAL

PONENCIAS OFICIALES

73 **MIGUEL F. CANESSA MONTEJO: Violencia en el trabajo y hostigamiento sexual: aspectos sustantivos**

Introducción 75
1. La violencia y el acoso en el mundo del trabajo 79
2. El ámbito de aplicación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.. 92
2.1. El ámbito subjetivo de la prohibición de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo 93
2.2. El ámbito objetivo de la prohibición de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo 98
Reflexión final 103

105 **JAVIER ARÉVALO VELA: El hostigamiento sexual en el trabajo: aspectos procesales**

1. Introducción 107
2. Definición de hostigamiento sexual 109
3. Elementos de la definición de hostigamiento sexual según la LPSHS 110
   a) Conducta sexual o sexista 110
   b) Conducta no deseada 111
   c) Afectación laboral 111
4. Ámbito de aplicación LPSHS 111
5. Sujetos en el hostigamiento sexual 112
6. Clases de hostigamiento sexual 113
   a) El hostigamiento sexual típico o coacción sexual 113
   b) El hostigamiento sexual ambiental 113
7. Manifestaciones del hostigamiento sexual 114
8. Responsabilidad del empleador en el régimen laboral privado 114
9. Consecuencias en el régimen laboral privado 115
10. Sanción a los hostigadores 116
11. Procedimiento judicial 117
    11.1. Juez competente y vía procedimental 117
    11.2. Cuestiones previas 117
    11.3. Plazo de caducidad 118
    11.4. Litisconsorcio necesario 118
    11.5. La falsa queja 118
12. La prueba en el hostigamiento sexual 119
    12.1. La declaración de parte 120
    12.2. La declaración testimonial 120
    12.3. La prueba documental 121
        12.3.1. El correo electrónico (e-mail) 121
        12.3.2. El *Short Message* Service (SMS) 121
        12.3.3. El *WhatsApp* 122
        12.3.4. La página web 122
        12.3.5. Las grabaciones de sonido 122
    12.4. La pericia 123
    12.5. La inspección judicial 123
13. Conclusiones 123
14. Bibliografía 124

125 **ISABEL HERRERA GONZALES PRATTO: Violencia de género: la inspección del trabajo contribuyendo a un cambio social básico**

1. Feminismo y *Buttefly politics* 127
2. La perspectiva comparada y de algunas fuentes de derecho internacional. 128
3. Acoso y hostigamiento sexual en el Perú 131
4. El Perú fracturado: Los retos de la Inspección del Trabajo 135
5. Conclusiones 140

Referencias bibliográficas 142

PONENCIAS LIBRES

147 **ELMER HUAMÁN ESTRADA: La declaración de la víctima como prueba única en la investigación y sanción del hostigamiento sexual laboral**

Introducción 149
I. El comité de investigación de hostigamiento sexual y su papel de órgano de investigación y propositivo de la sanción 150
II. La declaración de la víctima como prueba exclusiva en los casos de hostigamiento sexual laboral 153
1. La declaración de la víctima como prueba exclusiva en los casos de hostigamiento sexual 153
2. Evaluación de la declaración de la víctima como prueba única en los procedimientos de hostigamiento sexual laboral 154
a) Que la declaración de la víctima no adolezca de incredibilidad subjetiva 155
b) Que la declaración de la víctima sea verosímil 156
c) Que la declaración de la víctima sea persistente durante la investigación del acto de hostigamiento sexual 157
III. La presunción de inocencia del trabajador denunciado en los procedimientos de hostigamiento sexual con declaración de la víctima como prueba exclusiva 159
IV. La labor del CIHS y del área de recursos humanos en los procedimientos de hostigamiento sexual con declaración de la víctima como prueba exclusiva 161
Conclusiones 162

165 **CLAUDIA DENISSE CERMEÑO DURAND: Configuración espacial y temporal del hostigamiento sexual en el trabajo**

1. Introducción 167
2. La importancia del 'dónde' y del 'cuándo' 168
2.1. Otras experiencias en la materia 170
2.2. Para las medidas de prevención 171
a. Evaluaciones anuales 172
b. Capacitaciones obligatorias 172
c. Medidas adicionales para evitar nuevos casos 173
2.3. Para las medidas correctivas 173
a. Medidas disciplinarias 173
b. Reparación a la víctima 174
3. Delimitando el ámbito espacial y temporal 175
3.1. Definición legal del hostigamiento sexual 175
3.2. Hostigamiento sexual como violencia 178
3.3. Hostigamiento sexual como riesgo psicosocial 180
3.4. La violencia y el acoso en la OIT 183
4. A modo de conclusión 185
5. Bibliografía 187

189 **CECILIA ENID CALDERÓN PAREDES: La evolución del concepto de hostigamiento sexual y la necesaria vigencia de la prevención de su ocurrencia en el marco de las nuevas formas de organización del trabajo**

Introducción 191
I. Trascendencia de la problemática: vinculación del concepto de prevención del hostigamiento sexual con derechos fundamentales y obligaciones internacionales 193
II. La evolución del concepto de hostigamiento sexual en la normativa peruana y su definición actual 198
III. La utilización de nuevas tecnologías como medio de hostigamiento sexual en el marco del vínculo laboral y la mayor exposición a las mismas con ocasión de las medidas laborales dispuestas por el Covid-19 203
IV. De la necesidad de abordar la problemática del hostigamiento sexual en el trabajo desde una óptica de prevención en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo 207
V. Aspectos prácticos y recomendaciones para el empleador ante el cambio de paradigma en la forma cómo se prestan servicios 210
Conclusiones 211

215 **GABRIELA SALAS ZUÑIGA: La interseccionalidad en la investigación de denuncias de hostigamiento sexual en el empleo**

1. Contexto: el hostigamiento sexual en el empleo a nivel mundial y nacional... 217
2. Interseccionalidad: definición y su regulación en el Perú para la atención e investigación de casos de hostigamiento sexual laboral 220
3. Algunas sugerencias para garantizar el uso del enfoque interseccional en la atención e investigación de casos de hostigamiento sexual laboral 227
   a. Ajustar actual marco normativo a fin de garantizar reflexión sobre necesidad de recurrir a enfoque interseccional 227
   b. Incorporación de interseccionalidad como punto en capacitación para miembros del Comité de Intervención y Sanción del Hostigamiento Sexual y Recursos Humanos 228
4. A modo de conclusión 229
Bibliografía 230

231 **RENZO VITO SALVADOR FLORIAN: Reflexiones en torno a la tutela del trabajador frente al poder empresarial: una mirada a los actos de hostilidad**

I. Introducción 233
II. Aproximación histórica y funcional a los actos de hostilidad 234
   1. La protección del trabajador en la ejecución del contrato desde una perspectiva histórica 235
   2. Breve repaso al diseño actual 238
   3. Actos de hostilidad: problema y posibilidad 240
III. Una mirada al constructive dismissal norteamericano 241
IV. Conclusiones 244
Referencias bibliográficas 244

TEMA 2
SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, ALCANCES E IMPORTANCIA ACTUAL

PONENCIAS OFICIALES

251 **ESTELA OSPINA SALINAS: Tiempos de pandemia y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo**

Introducción 253
1. Un análisis prospectivo 254
2. Impacto de la Covid 19 sobre la agenda 2030 257
3. La Covid 19 sobre el trabajo, el cuerpo y la salud de las y los trabajadores. 267
   a. Comparar para conocer mejor 267
   b. El cuerpo: el opaco objeto del contrato de trabajo 270

Valoraciones Preliminares 276
Bibliografía 277

283 **LUIS VINATEA RECOBA: Seguridad y salud en el trabajo, alcances e importancia actual: Aspectos procesales**

1. El sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo y su carácter preventivo 286
2. Las obligaciones de prevención del empleador en la LSST 289
3. La responsabilidad del empleador en la LSST 293
4. Los derechos de los trabajadores en la LSST 298
5. El rol de los trabajadores y los sindicatos en la LSST 299
6. Aspectos procesales de la seguridad y salud en el trabajo 300
   6.1. El rol reparador de la Justicia Laboral en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales 300
   6.2. El rol preventivo de la Justicia Laboral 304
      a. La competencia del juez laboral en materia de accidentes y seguridad y salud en el trabajo 305
      b. La legitimidad procesal en materia de SST 307
      c. Los derechos susceptibles de reclamo judicial en materia de prevención en la SST. 309
   6.3. Derecho de protección 310
   6.4. Derecho de Participación y de gestión del Sistema de SST. 311
   6.5. Obligaciones del empleador 312
   6.6. Actividades de riesgo 313
   6.7. Derechos de los trabajadores 313
7. Conclusiones 314

317 **MAURICIO MATOS ZEGARRA: La responsabilidad por accidentes de trabajo y el rol de la inspección de trabajo en el Perú**

Introducción 319
I. La responsabilidad del empleador frente a los accidentes de trabajo: una antigua noción basada en la culpa 320

1. La teoría del riesgo profesional y el rol de la ley 1378 sobre accidentes de trabajo 321
2. La protección de accidentes de trabajo: Un necesario enfoque desde la seguridad social 326
2.1. La visión de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 326
2.2. El Decreto Ley 18846 y la posición del legislador peruano 328
3. El seguro complementario de trabajo de riesgo, el abandono de la seguridad social y la adopción de un sistema de seguro obligatorio 329
II. El rol de la inspección de trabajo en el Perú frente a los accidentes de trabajo 333
1. Entre la cobertura, la vigilancia y la prevención 333
2. La función de inspección respecto a los accidentes de trabajo: un recorrido histórico 335
3. El rol actual de la inspección de trabajo frente a los accidentes de trabajo 338
3.1. Un sistema que no concibe que el Estado incumpla la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo 339
3.2. Un sistema que sólo concibe un "culpable": el empleador 340
3.3. Recientes reformas mediáticas 344
III. A manera de conclusión: algunas propuestas de mejora 346
IV. Bibliografía 347

PONENCIAS LIBRES

351 **YORDAN FELER ROMERO MENDOZA: "Las embarazadas -grupo de especial protección o riesgo- ante la COVID 19" A propósito del fin preventivo de la Seguridad y Salud en el Trabajo**

Introducción 353
1. Aspectos Generales 355
a) El "Sars-Cov-2" (COVID – 19) en el Perú 355
b) Grupos de Riesgo 357
c) Mujeres embarazadas 358
d) Principio del interés superior del niño 361
e) Trabajo decente 363
2. Análisis 364
a) Legislación sobre mujeres trabajadoras embarazadas 364
b) La madre trabajadora como grupo especial de protección, frente a la COVID-19 370
c) ¿Responsabilidad del empleador por no considerar a las embarazadas como grupo de especial protección por COVID-19, en el "Plan"? 375
3. Conclusiones 377
Bibliografía 379

383 **DAVID SALAS MANRIQUE: El accidente de trabajo *in itinere* durante el trabajo remoto: un análisis orientado a reafirmar la necesidad de su reconocimiento expreso en el Perú**

1. Introducción 385

2. El accidente de trabajo *in itinere* en la legislación peruana 386
2.1. Exclusión expresa en la legislación en materia de seguridad social... 386
2.2. Reconocimiento en la legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo 387
3. Supuestos y elementos de configuración del accidente de trabajo *in itinere* . 389
3.1. Supuestos de configuración de un accidente de trabajo *in itinere*..... 389
3.2. Elementos de configuración del accidente de trabajo *in itinere*..... 394
4. Configuración del accidente de trabajo *in itinere* durante la vigencia del trabajo remoto 397
4.1 Principales Características del trabajo remoto..... 397
4.2. El accidente de trabajo *in itinere* durante la vigencia del trabajo remoto. 402
5. Conclusiones 407

411 **ANA NELLY CALDERÓN TARRILLO: Gestión de los riesgos psicosociales laborales en el contexto de la COVID-19**

I. Introducción 413
II. Desarrollo 413
1. Trabajo y derechos fundamentales 413
1.1. El marco jurídico internacional y regional..... 413
1.2. El marco jurídico nacional..... 414
1.2.1. Principios constitucionales 414
1.2.2. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y la salud como bien jurídico protegido 415
2. Las relaciones laborales en el Contexto del COVID-19 y sus efectos sobre la salud mental (y física) de los trabajadores..... 416
2.1. Personal de salud 417
2.2. Trabajo remoto..... 420
2.3. Mujeres en el ámbito laboral 424
3. Riesgos laborales emergentes en el contexto del COVID-19: Los riesgos psicosociales laborales 425
3.1. Los riesgos psicosociales laborales..... 425
3.2. La implicación directa del empresario en el campo de la prevención de los riegos psicosociales laborales..... 427
3.3. La prevención de los riegos psicosociales laborales en el contexto del COVID-19 429
III. Conclusiones 431
IV. Bibliografía 431

435 **Francisco Álvarez Dávila: Mitos en relación a la responsabilidad penal del empresario por el incumplimiento de medidas de seguridad y salud en el trabajo**

1. Ideas Preliminares..... 437
2. Mitos alrededor de la intervención penal en seguridad y salud en el trabajo 440
2.1. ¿Puede el Derecho penal intervenir para proteger bienes jurídicos colectivos y de contenido difuso? 440
2.2. ¿Respeta la intervención penal el principio de *ultima ratio*?..... 445

2.3. ¿Qué diferencia la protección penal de la seguridad y salud de los trabajadores, si el derecho administrativo sancionador tipifica infracciones por la inobservancia de medidas de protección laboral? 448
2.4. ¿Si SUNAFIL tiene atribuida la facultad de paralizar el trabajo y el cierre temporal como medidas preventivas, por qué sería necesario el ingreso del Derecho penal?..... 450
2.5. ¿Por qué sería necesaria la concurrencia del Derecho penal si en la vía laboral el trabajador podría reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación de seguridad del empleador?..... 452
3. ¿Por qué el legislador ha decidido incluir como autor del delito al empleador y sus delegados?..... 453
4. Conclusiones..... 456
5. Referencias Bibliográficas..... 457

461 **SILVIA REBAZA SANTA CRUZ: Aspectos y estrategias de prevención de riesgos psicosociales y promoción de la salud mental**

1. La importancia de la promoción de la salud mental y de la prevención de riesgos psicosociales en el trabajo..... 463
1.1. Entendiendo los riesgos psicosociales..... 463
1.2. Efectos de los riesgos psicosociales..... 468
1.3. Importancia de la promoción de la salud mental en el centro de trabajo..... 473
2. Estrategias de prevención de riesgos psicosociales y promoción de la salud mental..... 474
a) Verificar control debido y liderazgo..... 475
b) Utilizar adecuadamente aptitudes del trabajador..... 476
c) Involucrar a los trabajadores y participación colectiva..... 476
d) Verificar jornada laboral y horarios de trabajo..... 477
e) Brindar apoyo social..... 478
f) Adoptar acciones respecto al espacio y lugar de trabajo..... 478
g) Promover conciliación de vida laboral y familiar..... 479
h) Promover alimentación saludable y ejercicios..... 480
i) Promover sueño y descanso adecuado..... 481
j) Brindar formación en manejo de estrés, aspectos profesionales y otros 482
3. Prevención de riesgos sociales y de salud mental en el Perú..... 483
4. Conclusiones..... 487
5. Bibliografía..... 488

491 **SANDRO NÚÑEZ PAZ: El seguro complementario de trabajo de riesgo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

1. Introducción..... 493
2. La Constitución Política del Perú, el sistema de pensiones y el sistema de salud..... 494
2.1. El sistema nacional de pensiones..... 495
2.2. El sistema nacional de salud..... 495
3. El SCTR, sus orígenes y la protección de los riesgos ocupacionales en el Perú..... 496
3.1. Prestaciones de salud..... 498

3.2. Prestaciones económicas 498
4. El SCTR en la jurisprudencia del TC 500
4.1. STC N.° 1417-2005-AA/TC Precedente Anicama Hernández (la madre del cordero) 500
5. Diferencias entre la pensión de invalidez del sistema nacional de pensiones con la pensión de invalidez del sistema nacional de salud 503
5.1. El carácter de "cobertura adicional" del SCTR 505
6. El error del TC al otorgar el rango de contenido esencial de derecho fundamental a la pensión de invalidez del SCTR 506
7. La vía procedimental en la que deben tramitarse pretensiones derivadas del SCTR: el análisis de la nueva ley procesal del trabajo, el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, y el precedente del TC Elgo Ríos Núñez 507
(i) Respecto a la estructura e idoneidad del proceso ordinario de la NLPT 511
(ii) Respecto de la adecuada tutela jurisdiccional 513
(iii) Respecto al riesgo de irreparabilidad 514
(iv) Respecto a la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias 515
Conclusiones 515

MESA REDONDA
LA REFORMA DEL SISTEMA PENSIONARIO EN EL PERÚ

519 **JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA: Reflexiones sobre el sistema de pensiones desde una perspectiva comparada: la encrucijada de la reforma previsional peruana**

I. Introducción 521
II. Consideraciones generales sobre los sistemas de pensiones en América Latina: la tensión entre lo público y lo privado. 522
III. Algunos apuntes sobre las modalidades de protección a efectos del sistema de pensiones 526
IV. La financiación del sistema de pensiones: la naturaleza de las aportaciones a la hora financiar las prestaciones 530
V. La protección por la vía de las pensiones en atención a las situaciones de necesidad 532
VI. La imposibilidad de desatender las situaciones de pobreza y de especial vulnerabilidad 535
VII. Reflexiones sobre el sistema de pensiones del Perú: la reforma pendiente. 537
VIII. La tensión entre lo público y lo privado en la pendiente reforma peruana del sistema pensional 540
IX. Conclusiones 545
X. Referencias bibliográficas 548

TEMA 3
FACULTADES DEL EMPLEADOR Y EL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LAS RELACIONES LABORALES

PONENCIAS OFICIALES

555 **CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE: El poder de dirección del empleador y las nuevas tecnologías**

1. La revolución tecnológica y su efecto sobre la sociedad 557
2. El impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales 563
3. El poder de dirección y control del empleador 572
4. Las facultades de dirección y control en relación a las nuevas tecnologías 578
   - 4.1. El lugar y tiempo de trabajo 578
   - 4.2. La hiperconectividad y el derecho a la desconexión digital 582
   - 4.3. Monitorización del trabajador: GPS y Wearables 587
   - 4.4. Controles biométricos 591
   - 4.5. Gestión mediante algoritmos 598
   - 4.6. El control a distancia por medios audiovisuales 601
   - 4.7. El control sobre los dispositivos digitales proporcionados al trabajador 607

Bibliografía 616

621 **DANIEL ULLOA MILLARES: Facultades del empleador y el uso de la tecnología en las relaciones laborales. Aspectos procesales**

1. Introducción 623
2. El trabajo 623
3. Las pruebas 626
   - El correo electrónico y los sistemas de comunicación interna 626
   - El teléfono celular 628
   - La computadora personal 629
   - Cámaras de video vigilancia 630
   - El GPS (Global Positioning System o sistema de posicionamiento global) 635
4. La veracidad de las pruebas 638
5. Conclusión 641

643 **LIDIA VILCHEZ GARCÉS: Nuevas tecnologías y poder de dirección: La fiscalización laboral en la era de la inteligencia artificial**

Introducción 645

I. El contrato de trabajo y las facultades del empleador desde una mirada tradicional 646
   1. El repaso inevitable: Los elementos esenciales de la relación de trabajo 646
      - 1.1. Trabajo personal 647
      - 1.2. Trabajo remunerado 647
      - 1.3. Trabajo subordinado como manifestación del poder de dirección 648

2. Límites al poder empresarial de dirección: derechos específicos e inespecíficos 650
II. Nuevas tecnologías y poder de dirección: la subordinación en la era de la inteligencia artificial 652
1. Definiciones necesarias: nuevas tecnologías, inteligencia artificial y redes sociales 652
1.1. Definición de nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC) 652
1.2. Web 2.0 y la inteligencia artificial 653
3. Impacto de las nuevas tecnologías en el desarrollo de la relación de trabajo y en el ejercicio de las facultades del empleador 656
3.1. Retos y oportunidades de las NTIC en la fase inicial de la relación de trabajo: selección, formación y capacitación 658
3.2. Retos y oportunidades de las NTIC durante el desarrollo de la relación laboral 662
3.2.1. Evaluaciones de desempeño a través de mecanismos de procesamiento de Big Data 662
3.2.2. El uso de mecanismos biométricos y del GPS para controlar el trabajo del personal 664
3.2.3. Control empresarial sobre el uso del correo electrónico y de las redes sociales 665
III. La inspección de trabajo ante las NTIC en las relaciones de trabajo 672
1. El reto de la tipicidad para la fiscalización de la relación laboral enmarcada en las NTIC 674
2. El despliegue de la actividad probatoria en la inspección: un gran desafío ante las NTIC 678
3. El invaluable esfuerzo por la modernización de las actuaciones inspectivas 680
Conclusiones 681

PONENCIAS LIBRES

687 **MARÍA ELISA CUADROS GARRIDO: Derechos digitales, protección de datos y control empresarial en España**

1. Enfoque conflictivista 689
2. Derechos digitales 691
2.1. Normativa 691
2.2. Derechos digitales 694
2.3. El derecho a la protección de datos 698
3. Control empresarial 700
3.1. Delimitación 700
3.2. El consentimiento 701
3.3. Información previa 704
3.3.1. Panorámica general 704
3.3.2. Información previa sobre el uso de dispositivos digitales 706
3.3.3. Información previa sobre el uso de dispositivos de videovigilancia permanente 708
3.3.4. Información previa en relación con dispositivos de grabación del sonido 709
3.3.5. Ausencia de información previa sobre el uso de dispositivos de videovigilancia oculta 710

3.3.6. Información previa sobre el uso de dispositivos de geolocalización 712
4. La protagonista ausente: la negociación colectiva 712
5. Reflexiones finales 715
Bibliografía 715

719 **CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS: La videovigilancia en el ámbito laboral**

1. A manera de introducción: las TIC en el mundo del trabajo 721
2. El poder de dirección del empleador frente a los derechos fundamentales del trabajador 724
   2.1. Alcances del poder de dirección 724
   2.2. Derechos fundamentales en el seno de la relación laboral 727
3. Las cámaras de vigilancia en la relación laboral. Constitucionalidad de su empleo. 730
   3.1. El control (vigilancia) empresarial y sus límites 730
   3.2. Derecho a la intimidad 734
   3.3. Derecho a la imagen 735
   3.4. Derecho a la protección de datos personales 736
   3.5. Instalación de cámaras ocultas 741
   Conclusiones 742
Bibliografía 744

749 **MARIA STEPHANY SOTO ZEVALLOS: Videovigilancia como fuente de prueba en el proceso laboral: Reflexión acerca de su admisión probatoria**

Planteamiento del problema 751
Bases sustanciales y racionales: 752
Impacto de la nueva tecnología de la información y comunicación (NTIC) en el ámbito laboral 754
Regulación de la videovigilancia laboral en el Perú 760
Juicio de proporcionalidad como una forma de exclusión probatoria 771
Conclusiones 773
Bibliografía 775

777 **JORGE LUIS MAYOR SÁNCHEZ: Las redes empresariales y su posición en la real identificación del empleador en las transformaciones empresariales por aplicativos digitales como reto ante el futuro laboral inmediato en el Perú**

I. Introducción 779
II. Las Redes empresariales por aplicativos y la estructura del contrato de trabajo 782
III. Los Retos y las ventajas de las redes empresariales en una economía disruptiva, globalizada y su impronta en el mercado de trabajo peruano por aplicativos digitales 790

IV. Las redes de empresa por aplicativos y su incidencia en el marco del sistema normativo de las relaciones laborales en el Perú como parte y objeto de su estructura empresarial 796
V. Conclusiones 801
VI. Bibliografía 802

807 **CLAUDIA ANDREA GUERRERO BRITTO: La mujer trabajadora como beneficiaria del trabajo a domicilio en el Perú: ¿mito o realidad?**

I. Origen del Trabajo a domicilio 810
II. Normativa peruana 813
A. Ley N.° 2851: Ley del trabajo de los niños y mujeres por cuenta ajena 813
B. Ley N.° 8514: Ley del Registro General de Patrones de Trabajo a domicilio 814
C. Ley de Productividad y Competitividad Laboral 815
D. Constitución Política del Perú 818
E. Otras normas conexas 819
III. Normas internacionales 820
A. Trabajo a domicilio 821
B. La no discriminación laboral hacia la trabajadora mujer 823
IV. Las actuales dificultades del trabajo a domicilio para las trabajadoras en el Perú 826
V. A modo de conclusión 828
Bibliografía 829

833 **FÁTIMA DEYANIRA ARRIVASPLATA REYES: Monitorización de la navegación en Internet en el «BYOD»: exigencias del empleador en el marco de la Ley de Protección de datos personales**

I. Introducción 835
II. Una aproximación a la modalidad BYOD 837
1. Principales ventajas y riesgos del BYOD 837
2. Algunas recomendaciones de seguridad aplicadas al BYOD 838
III. La protección de datos como derecho fundamental implicado en el contexto de la monitorización del uso de los dispositivos digitales 839
IV. Caso Barbulescu c. Rumanía: criterios del TEDH para la monitorización de los dispositivos electrónicos en el ámbito del trabajo 845
1. Los hechos del caso 846
2. Valoraciones del TEDH 846
V. Un comentario exploratorio acerca de la expectativa razonable de privacidad. 847
1. Sentencia 966/2006 del Tribunal Supremo de España de fecha 26 de setiembre de 2007 848
2. Sentencia 8876/2011 del Tribunal Supremo de España de fecha 06 de octubre de 2011 848
VI. Seguimiento de la actividad de navegación en internet desplegada por el trabajador: exigencias derivadas para el empleador 849
1. La ineficacia del consentimiento del trabajador como base jurídica habilitante para la monitorización de la navegación en internet en el contexto del BYOD 850

2. La finalidad lícita y explícita en el registro digital de la navegación en internet 852
3. La exigencia de transparencia informativa en el control digital de la navegación en internet 855
4. La proporcionalidad del tratamiento de los datos personales de los trabajadores en la monitorización de la navegación en internet 858
VII. Conclusiones 862
VIII. Bibliografía 863

MESA REDONDA
LA LIBERTAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ÉPOCA DE POST COVID-19

869 **LORENA VASCONCELOS PORTO: La libertad sindical y la negociación colectiva post COVID-19**

1. Introducción 871
2. El rol del sindicato en el sistema de producción capitalista 872
3. Retos y posibilidades para el trabajo de los sindicatos 873
   3.1. Sindicalismo, movimientos sociales y transversalidad 873
   3.2. Sindicalismo, trabajadores de plataformas digitales y ampliación de bases de representación 879
   3.3. Sindicalismo internacional y nuevas tecnologías 888
   3.4. Sindicalismo y pandemia de COVID-19 896
4. Conclusiones 901
5. Referencias bibliográficas 903

CONFERENCIA MAGISTRAL DE CIERRE
EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO

913 **GIUSEPPE CASALE: La crisis de Covid-19 y las desigualdades económicas y sociales**

Introducción 915
1. La crisis de Covid-19 y su impacto económico y social 917
2. ¿Por qué son importantes las políticas públicas? 920
3. El caso de Europa 921
4. ¿Hacia un sistema de bienestar europeo? 925
5. La reducción de la pobreza sigue siendo la prioridad 928
6. El papel del salario mínimo 930
7. Las relaciones laborales 931
8. El escenario de la crisis post Covid-19 932
9. Bibliografía 932

SECCIÓN DEL CONCURSO LABORAL UNIVERSITARIO

937 **LOURDES LUCÍA LEÓN PACHECO: La relación entre la Seguridad y Salud en el Trabajo y la informalidad en el subsector minero: estudio de caso de La Rinconada, Puno**

I. Introducción 939
II. Evolución de la Seguridad y Salud en el Trabajo y su relación con la informalidad 941
III. Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería Artesanal y de Pequeña Escala 945
IV. Estudio de caso de La Rinconada 950
V. Conclusiones 952
Bibliografía 953

959 **CAMILA SUZANA TARAMONA BARA: Sobre datos y metadatos La nueva vigilancia y los retos que impone al derecho laboral**

1. Los retos de la nueva tecnología 961
2. Sobre datos y metadatos: unas aclaraciones iniciales 962
3. La sobre-concentración en el contenido y el abandono de los metadatos .. 964
4. ¿Debemos preocuparnos por la protección de metadatos en el ámbito laboral? 968
   4.1. La protección de los metadatos como garantía para el respeto del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones 968
   4.2. La prohibición de la vigilancia sobre los metadatos como presupuesto para garantizar el derecho a la intimidad y la protección de datos personales 972
5. Reflexiones finales 976
Bibliografía 977

981 **CARMEN VIANKA VILENA FERNÁNDEZ BACA: Tutela del tiempo de trabajo y uso de las TIC: aproximaciones para la incorporación del derecho a la desconexión digital en el ordenamiento jurídico peruano**

1. Introducción 983
2. Precisiones sobre el tiempo de trabajo en la legislación peruana 984
3. Las TIC y su impacto en el mundo del trabajo: nuevas formas de trabajo y zonas grises en jornada laboral 986
   3.1. En la prestación de servicios presenciales 988
   3.2. Trabajo a distancia 990
4. La desconexión digital: delimitación conceptual 992
5. Incorporación del derecho a la desconexión digital en la legislación peruana 998
6. Reflexiones finales 1000
Bibliografía 1000

1003 **EMILY ALEXANDRA FUENTES RIVERA BERROCAL: La responsabilidad por daños y perjuicios ante un contagio o fallecimiento de trabajador por COVID-19**

Introducción 1005
I. Normativa laboral en el contexto COVID-19 1006
1. Nuevas obligaciones del empleador 1007
2. Responsabilidad por daños y perjuicios en el ámbito laboral 1008
2.1. Elementos de la Responsabilidad Civil Contractual 1009
II. Contagio de COVID-19 en el centro de trabajo 1011
1. ¿Si el trabajador se contagia de Covid-19, hay responsabilidad del empleador? 1011
1.1. El daño que alega el trabajador Q 1012
1.2. ¿El empleador cumplió diligentemente el Plan de vigilancia, prevención y control de Covid-19? 1013
1.3. ¿Se puede acreditar el nexo causal? 1015
1.4. ¿Y el factor de atribución? 1016
III. Fallecimiento de trabajador por COVID-19 1017
IV. Otros aspectos relevantes en el contexto COVID-19 1018
1. ¿Responsabilidad frente a un daño considerable? 1018
2. ¿Covid-19: una enfermedad profesional en todos los casos? 1018
3. El deber de prevención y protección en el trabajo remoto 1020
V. Conclusiones 1021
Bibliografía 1022

1025 **ENZO ALFREDO YTURRIZAGA AGUIRRE: Tecnología Bluetooth y Derecho Laboral**

1. Introducción 1027
2. Acercamiento a la Tecnología Bluetooth 1028
3. Principales Críticas a la Tecnología Bluetooth 1033
4. La Tecnología Bluetooth en el Ámbito Laboral Peruano 1035
5. Conclusiones 1041
Bibliografía 1042

IX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN ÉPOCA DE CAMBIOS"

Lima, Perú
11, 12, 13 y 14 de noviembre 2020

COMISIÓN ORGANIZADORA

Presidente de la Comisión Organizadora:	Michael Vidal Salazar
Comisión Central:	Ana Cecilia Crisanto Castañeda
	Mauricio Matos Zegarra
	Renato Mejía Madrid
	Estela Ospina Salinas
Comisión de Concurso Universitario:	Raúl Saco Barrios (Presidente)
	Betty Egúsquiza Palacín
	Liliana Pilar Tsuboyama Shiohama
Comisión de Ponencias Libres:	Álvaro Vidal Bermúdez (Presidente)
	Luis Mendoza Legoas
	César Lengua Apolaya

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Consejo Directivo 2019-2021

Presidente:	Guillermo Boza Pró
Vice-presidenta:	Mónica Pizarro Díaz
Secretaria:	María Katia García Landaburu
Pro-Secretaria:	Estela Ospina Salinas
Tesorero:	Mauricio Matos Zegarra
Pro-Tesorero:	Sergio Quiñones Infante
Secretaria de Eventos y Reuniones Científicas:	Marlene Molero Suárez
Secretario de Biblioteca y Publicaciones:	Luis Mendoza Legoas
Secretario de Relaciones Internacionales:	Michael Vidal Salazar

Relación de Miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Abanto Revilla, César
Alva Hart, Beatriz Regina
Aparicio Valdez, Luis (†)
Arévalo Vela, Javier
Balta Varillas, José
Boza Pró, Guillermo
Canessa Montejo, Miguel Francisco
Carrillo Calle, Martín Alberto
Castro Otero, José Ignacio
Ciudad Reynaud, Adolfo
Cortés Carcelén, Juan Carlos
Cuzquén Carnero, Jaime
De los Heros Pérez Albela, Alfonso
Espinoza Escobar, Javier Hildebrando
Gamarra Vílchez, Leopoldo
García Landaburu, María Katia
González Nieves, Orlando
Herrera Gonzales-Pratto, Isabel
Huamán Estrada Elmer
Malca Guaylupo Víctor
Matallana Ruiz, Roberto
Mayorga Miranda, Víctor
Mendoza Legoas, Luis
Morales Corrales, Pedro Gonzalo
Morales Morante, Carlos Guillermo
Núñez Paz, Sandro
Pacheco Zerga, Luz
Pasco Cosmópolis, Mario Martín (†)
Pilotto Carreño, Luigino
Prelle Mayuri, Herbert
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Ramírez-Gastón Ballón, José Luis Germán
Sanguineti Raymond, Wilfredo
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Toledo Toribio, Omar
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Vidal Bermudez, Álvaro
Vilchez Garcés, Lidia
Villacorta Ramírez, Edmundo
Yangali Iparraguirre Gino Ernesto
Zavaleta Cruzado, Róger Enrique
Acevedo Mercado, Jorge Luis
Ampuero de Fuertes, Victoria
Arbulú Alva, Luis (†)
Barrenechea Calderón, Julio César
Beltrán Quiroga, Jaime Eduardo
Butrón Fuentes, José Andrés (†)
Cárdenas Terry Ernesto
Castillo Montoya, Nixon Javier
Cavalié Cabrera, Paúl
Cornejo Vargas, Carlos
Crisanto Castañeda, Ana Cecilia
De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando
Egúzquiza Palacín Beatty
Ferro Delgado, Víctor
García Granara, Fernando
Gonzáles Hunt, César José
Guzmán Barrón Leidinger, Cecilia
Herrera Vásquez, Ricardo
Lengua Apolaya, César
Marcenaro Frers, Ricardo Arturo
Matos Zegarra, Mauricio
Mejía Madrid, Renato
Monzón Zevallos Willy
Morales González, Néstor
Mortola Flores, Italo Román
Ospina Salas, Estela
Paredes Infanzón Jelio
Pasco Lizárraga, Mario
Pizarro Díaz, Mónica
Puntriano Rosas, César Alfredo
Quispe Montesinos, Carlos Alberto
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Servat Pereira de Sousa, Roberto Juan
Tsuboyama Shiohama, Liliana Pilar
Ugaz Olivares, Mauro
Varela Bohorquez Fernando
Vidal Salazar, Michael
Vilela Espinosa, Anna
Vinatea Recoba, Luis
Zavala Costa, Jaime

Relación de miembros honorarios de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Carlos Blancas Bustamante
Ricardo Nugent López (†)
Néstor de Buen Lozano (†)
Jean Claude Javillier
Alfredo Montoya Melgar
Américo Plá Rodríguez (†)
Héctor Hugo Barbagelatta (†)
Guillermo Gonzales Rosales (†)
Javier Vargas Vargas (†)
Antonio Ojeda Avilés
Fernando Elías Mantero (†)
Jorge Capriata D'auro
Oscar Ermida Uriarte (†)
Emilio Morgado Valenzuela
Fernando Suárez González
Mozart Víctor Russomano (†)
Manuel Alonso Olea (†)
Ricardo La Hoz Tirado (†)
Joaquín Leguía Gálvez (†)
Manuel Carlos Palomeque López

PRESENTACIÓN

El presente libro recoge las ponencias y otros trabajos académicos presentados al IX Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), que se celebra los días 11, 12, 13 y 14 de noviembre de 2020. Son más de tres lustros los que han transcurrido desde el 2004, año en el que la SPDTSS inició la andadura de sus congresos nacionales, y que a la fecha son reconocidos como uno de los espacios más importantes de reflexión y debate de los principales problemas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en nuestro país.

Este IX Congreso Nacional se desarrolla, no obstante, en una coyuntura muy particular, la terrible pandemia del COVID-19 y la crisis sanitaria que azota al mundo entero y que, junto a la obligación de confinamiento social decretada por los gobiernos a nivel planetario, está teniendo gravísimas consecuencias en nuestro país, no conocidas desde la guerra con Chile. Uno de los ámbitos en los que ha tenido mayor repercusión es, sin duda alguna, el económico con singular impacto en el ámbito de las relaciones laborales. Millones de personas han visto afectada, de diversa manera y con distinta intensidad, su relación de trabajo: se han reducido remuneraciones, modificado jornadas o turnos de trabajo, o suspendido de manera perfecta los contratos de trabajo, pero lo más penoso ha sido la pérdida de ingentes puestos de trabajo. El desempleo y los índices de informalidad se han incrementado de manera significativa, y los sistemas de pensiones, público y privado, también se han visto seriamente dañados. Está por verse la repercusión en los derechos laborales colectivos, pero se vislumbra ya una disminución importante en el nivel de afiliación y el número de negociaciones colectivas.

Esta situación ha supuesto un remezón de los cimientos del Derecho del Trabajo, cuyas secuelas están aún por definirse, pero que seguramente será utilizada como un pretexto de nuevas corrientes flexibilizadoras del ordenamiento laboral, a lo que debemos estar atentos para contenerlas, de ser el caso.

La SPDTSS no podía ser ajena a esta realidad, y pese a la dificultad que representaba realizar el congreso en las actuales circunstancias, decidió hacer los esfuerzos necesarios para llevarlo a cabo, a fin de abordar en él, desde distintas perspectivas, y con el rigor y el carácter propositivo requeridos, tan compleja problemática. Como en ocasiones anteriores, se ha hecho con el concurso de los más destacados especialistas, nacionales y extranjeros. Debido a su plena vigencia y pertinencia, se decidió también mantener los temas inicialmente seleccionados como parte de las ponencias oficiales (violencia en el trabajo y hostigamiento sexual, seguridad y salud en el trabajo, y facultades del empleador y uso de las tecnologías en las relaciones laborales) y de las mesas redondas (reforma del sistema de pensiones, y la libertad sindical y la negociación colectiva), aunque reorientados necesariamente a la problemática indicada.

De otro lado, la propia coyuntura nos exigió modificar la estructura del congreso y realizarlo, por primera vez, de manera virtual. Todo un reto que ha sido superado logrando poner los recursos tecnológicos al servicio de la academia.

Deseo resaltar, finalmente, que un evento de esta naturaleza no se hubiese podido realizar sin la colaboración de numerosos miembros de la SPDTSS, que de manera desinteresada dedicaron parte de su valioso tiempo en su organización, la revisión de las ponencias libres y de los artículos presentados para el concurso universitario, y también de quienes asumieron el compromiso de preparar las ponencias oficiales, de los directores y directoras de sesiones y de quienes intervinieron en las mesas redondas. Por su puesto, es imprescindible destacar la generosa participación de nuestros invitados nacionales y extranjeros en las diferentes sesiones y en las conferencias de apertura y de cierre del congreso. A todos y todas les quedamos infinitamente agradecidos.

Lima, noviembre de 2020

Guillermo Boza Pró

Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

INTRODUCCIÓN

La llegada del año 2020 nos tomó con una serie de temas en discusión dentro de la regulación y estudio de las relaciones laborales, temas cuya vigencia se ha visto ratificada dentro del contexto de la crisis generada a nivel mundial por el COVID 19. Varios de estos temas han sido objeto de desarrollo normativo o posiciones jurisprudenciales, no siendo ajenos al desarrollo doctrinal. Es en vista de ello que se decidió que el IX Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social versará sobre alguno de estos temas, dándole el título de "El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en época de cambio".

Los temas escogidos como centrales en el Congreso fueron la violencia y el hostigamiento sexual, la seguridad y salud en el trabajo (alcances e importancia actual), y las facultades del empleador y el uso de la tecnología en las relaciones laborales. Además, se consideró la implementación de dos mesas de debate. Una sobre la reforma del sistema pensionario en el Perú y otra sobre cómo se presenta el panorama de la libertad sindical y la negociación colectiva en época de post COVID 19. Asimismo, se consideró como aspecto a desarrollar en la Conferencia de Apertura la redefinición del ámbito de aplicación del derecho del trabajo, y de la Conferencia de Cierre el futuro del derecho del trabajo.

El presente libro reúne los trabajos escritos presentados en el marco del Congreso. Contiene en ese sentido, las conferencias de apertura y cierre, las ponencias oficiales y ponencias libres presentadas en relación a los temas centrales, un trabajo por cada una de las mesas redondas, y los artículos ganadores del concurso universitario realizado como parte del evento.

Es importante mencionar que, sobre los temas centrales, como novedad se adoptó la decisión que los ponentes oficiales trabajaran los mismos desde tres ópticas: sustantiva, procesal y desde la inspección del trabajo, lo que ha llevado a un interesante resultado complementario, sin perjuicio de las diferentes opiniones que puedan tener los autores con relación a cada tema.

De esta manera, lo primero que encontramos es la Conferencia Magistral de Apertura, a cargo del Presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Uruguay y de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Jorge Rosembaum Rimolo, quien nos presenta un trabajo sobre la redefinición del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, enmarcado en la revolución del trabajo a partir de las incertidumbres existentes en la actualidad y la utilización de las nuevas tecnologías, así como los desafíos del Derecho del Trabajo en este contexto.

A continuación, encontramos el desarrollo del tema 1, relacionado a la violencia en el trabajo y el hostigamiento sexual. Para ello, el aspecto sustantivo es tratado por el profesor Miguel F. Canessa Montejo, quien analiza los aspectos subjetivo y objetivo de la prohibición de la violencia y el acoso en el trabajo. El aspecto procesal es desarrollado por el Doctor Javier Arévalo Vela, quien nos presenta las implicancias de estos temas en el proceso judicial y, en especial, en el ámbito probatorio que se desarrolla en el mismo. Finalmente, a cargo de los aspectos relacionados a la inspección laboral, Isabel Herrera Gonzales Pratto nos presenta un trabajo que gira en torno a los retos de la inspección del trabajo en materia de violencia y hostigamiento sexual.

Como ponencias libres dentro del tema 1, se incluye, en primer lugar, la elaborada por Elmer Huamán Estrada que analiza el papel de la declaración de la víctima en la investigación y sanción del hostigamiento sexual. Por su parte, Claudia Denisse Cermeño Durand nos habla del ámbito espacial y temporal del hostigamiento sexual. De otro lado, Cecilia Enid Calderón Paredes analiza la evolución del concepto de hostigamiento sexual considerando la utilización de nuevas tecnologías y el

cambio del paradigma en la forma de prestarse los servicios dentro de las relaciones laborales. Encontramos además el trabajo de Gabriela Salas Zuñiga, que apunta a brindarnos sugerencias para garantizar el uso de un enfoque interseccional en la atención y la investigación de los casos de hostigamiento sexual. Por último, Renzo Vito Salvador Florían desarrolla algunas reflexiones en torno a la tutela del trabajador frente al poder empresarial, haciendo referencia en el mismo al concepto de *constructive dismissa* norteamericano.

En relación al tema 2, sobre seguridad y salud en el trabajo, el desarrollo de los aspectos sustantivos está a cargo de la profesora Estela Ospina Salinas, quién nos presenta un artículo interesante que gira en torno al impacto del COVID 19 en las relaciones laborales. Los aspectos procesales son desarrollados por el profesor Luis Vinatea Recoba, quién en su trabajo desarrolla el rol reparador y el rol preventivo de la justicia laboral, el derecho de protección, el derecho de participación y gestión del sistema de seguridad y salud en el trabajo, las obligaciones del empleador, las actividades de riesgo y los derechos de los trabajadores. Finalmente, los aspectos relacionados a la inspección laboral son trabajados por el profesor Mauricio Matos Zegarra, quien nos presenta un artículo sobre la responsabilidad por accidentes de trabajo y el rol de dicha inspección en el Perú en esa materia.

Como ponencias libres, el libro contiene, en primer lugar, el artículo presentado por Yordan Feler Romero Mendoza sobre el caso de las mujeres embarazadas como grupo de especial protección o riesgo ante el COVID 19, considerando entre otros aspectos el principio de interés superior del niño y el trabajo decente. Por su parte, David Salas Manrique nos habla del accidente de trabajo *in itinere* durante el trabajo remoto y la necesidad de su reconocimiento en el Perú. También forman parte de este grupo de ponencias las presentadas por Ana Nelly Calderón Tarrillo y Silvia Rebaza Santa Cruz sobre riesgos psicosociales y la salud mental de los trabajadores. Francisco Álvarez Dávila nos presenta un trabajo que gira en torno a la responsabilidad penal del empresario por el incumplimiento de medidas de seguridad y salud en el trabajo. De otro lado, Sandro Núñez Paz nos

expone sus inquietudes sobre el seguro complementario de trabajo de riesgo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del mismo.

Antes de entrar al tema 3 encontramos el trabajo del profesor español José Eduardo López Ahumada, parte de la mesa de debate sobre la reforma del sistema pensionario en el Perú. En el mismo se presenta una visión comparada de América Latina, aterrizando en el caso peruano.

El tema 3, relacionado a las facultades del empleador y el uso de la tecnología en las relaciones laborales, es tratado en tres ponencias oficiales. La primera, referida a los aspectos sustantivos, está a cargo del profesor Carlos Blancas Bustamante, quien nos presenta un estudio sobre el poder de dirección del empleador y las nuevas tecnologías, el mismo que gira alrededor especialmente de las facultades de dirección y control. De otro lado, los aspectos procesales son tratados por Daniel Ulloa Millares, quien desarrolla el tema desde la perspectiva probatoria en el proceso judicial. Lidia Vílchez Garcés completa las ponencias oficiales tratando los aspectos desde la inspección laboral, aterrizando su análisis en el papel de la inspección de trabajo ante lo que se denomina como "nuevas tecnologías de la información y comunicación".

Como ponencias libres del tema 3 encontramos, en primer lugar, el trabajo presentado por María Elsa Cuadros Garrido, quien nos expone un análisis sobre los derechos digitales y el control empresarial en España. Por su parte, César Alfredo Puntriano Rosas y María Stephany Soto Zevallos, tratan la videovigilancia en el ámbito laboral, el primero desde la constitucionalidad de su empleo, y la segunda, desde su admisibilidad en los procesos judiciales. Jorge Luis Mayor Sánchez nos habla sobre las redes empresariales por la aplicación y las relaciones laborales en el Perú. De otro lado, Claudia Andrea Guerrero Brito presenta una ponencia sobre el trabajo a domicilio y el caso de la mujer como beneficiaria de tal modalidad. También encontramos el trabajo de Fátima Deyanira Arrivasplata Reyes, el cual desarrolla un análisis de la modalidad conocida como "BOYD" (*Bring Your Own Device*) y las exigencias del empleador en el marco de la Ley de Protección de Datos Personales.

Como parte de la mesa de debate sobre la libertad sindical y la negociación colectiva en épocas de post COVID 19 encontramos el trabajo de la profesora brasileña Lorena Vasconselos Porto. En el mismo, desarrolla el rol del sindicato en el sistema de producción capitalista, y los retos y posibilidades para el trabajo de los sindicatos.

Como Conferencia Magistral de Cierre presentamos la ponencia del profesor Guiseppe Casale, Secretario General de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, acerca de la crisis del COVID 19, su impacto económico y social, el caso europeo y el escenario posterior a la misma.

Finalmente, presentamos como parte de este libro los trabajos ganadores del Concurso Universitario. Así, encontramos el artículo ganador del Concurso, elaborado por la estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lourdes Lucía León Pacheco, que incluye un análisis sobre la relación entre la seguridad y salud en el trabajo y la informalidad en el subsector minero. También se incluye el segundo lugar, trabajo presentado por la estudiante de la Universidad del Pacífico, Camila Suzana Taramona Bara, referido a los datos y metadatos, y su protección al interior de las relaciones laborales. El tercer lugar del Concurso fue ocupado por Carmen Vianka Vilena Fernández Baca, estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sobre el derecho a desconexión laboral. Por último, consideramos los trabajos calificados como menciones honoríficas, de los estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Emily Alexandra Fuentes Rivera Berrocal y Enzo Alfredo Yturrizaga Aguirre, sobre la responsabilidad por daños y perjuicios ante el contagio o fallecimiento de trabajadores por COVID 19, y la utilización de la tecnología Bluetooth en el ámbito del derecho laboral, respectivamente.

Lima, noviembre de 2020

Michael Vidal Salazar

Presidente de la Comisión Organizadora del IX Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

PROGRAMA

IX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN ÉPOCA DE CAMBIOS"

MIÉRCOLES 11 DE NOVIEMBRE DE 2020

06:00 p.m. - 06:30 p.m. **INAGURACIÓN**

- Palabras del Presidente de la SPDTSS, Guillermo Boza.
- Palabras del Presidente del Comité Organizador, Michael Vidal

06:30 p.m. - 07:15 p.m. **CONFERENCIA MAGISTRAL DE APERTURA: LA REDEFINICIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO**

- Ponente: Jorge Rosenbaum Rimolo (Uruguay) Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Presentador: Emilio Morgado

07:15 p.m. - 09:15 p.m. **TEMA 1: VIOLENCIA EN EL TRABAJO Y HOSTIGAMIENTO SEXUAL**

- Directora de Sesión: Mónica Pizarro

Ponencias oficiales

- Ponente 1: Aspectos sustantivos: Miguel Canessa
- Ponente 2: Aspectos procesales: Javier Arévalo
- Ponente 3: Aspectos relacionados a la inspección de trabajo: Isabel Herrera

JUEVES 12 DE NOVIEMBRE DE 2020

06:00 p.m. - 08:00 p.m.

Tema 2: SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, ALCANCES E IMPORTANCIA ACTUAL

- Director de Sesión: Beatriz Alva

Ponencias oficiales

- Ponente 1: Aspectos sustantivos: Estela Ospina
- Ponente 2: Aspectos procesales: Luis Vinatea
- Ponente 3: Aspectos relacionados a la inspección de trabajo: Mauricio Matos

08:00 p.m. - 09:30 p.m.

MESA REDONDA: LA REFORMA DEL SISTEMA PENSIONARIO EN EL PERÚ

- Moderador: María Katia García Landaburu
- Panelistas: José López Ahumada (España), Pablo Casalí (Argentina - OIT), Giovanna Prialé (Asociación de AFP), Leopoldo Gamarra.

VIERNES 13 DE NOVIEMBRE DE 2020

06:00 p.m. - 08:00 p.m.

Tema 3: FACULTADES DEL EMPLEADOR Y EL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LAS RELACIONES LABORALES

- Director de Sesión: Roberto Servat

Ponencias oficiales

- Ponente 1: Aspectos sustantivos: Carlos Blancas
- Ponente 2: Aspectos procesales: Daniel Ulloa
- Ponente 3: Aspectos relacionados a la inspección de trabajo: Lidia Vílchez

08:00 p.m. - 09:30 p.m.

MESA REDONDA: LA LIBERTAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ÉPOCA DE POST COVIT19

- Moderador: Juan Carlos Cortés
- Panelistas: Alvaro Vidal, Ricardo Herrera, Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lorena Vasconcelos (Brasil).

SÁBADO 14 DE NOVIEMBRE DE 2020

10:30 a.m. - 10:45 a.m.	**RESULTADO DE CONCURSO UNIVERSITARIO** - Palabras del Presidente de la Comisión del Concurso Universitario, Raúl Saco
10:45 a.m. - 11:30 a.m.	**CONFERENCIA DE CIERRE: EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO** - Ponentes: Giuseppe Casale (Italia - Secretario General de la Sociedad Internacional del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social) - Presentadora: Luz Pacheco
11:30 a.m. - 11:45 a.m.	**AVANCES E INVITACIÓN AL CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL – LIMA 2021** - Palabras del Presidente del Comité Organizador, Germán Ramírez-Gastón
11:45 a.m. - 12:00 p.m.	**CLAUSURA**

CONFERENCIA MAGISTRAL DE APERTURA: LA REDEFINICIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LA REDEFINICIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

JORGE ROSENBAUM RIMOLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay. Presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Uruguay y de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

"Las herramientas de la mente amplifican y a la vez adormecen las más íntimas y humanas de nuestras capacidades naturales: las de la razón, la percepción, la memoria y la emoción" (NICHOLAS CARR, *Superficiales: ¿Qué está haciendo internet con nuestras mentes?*, ed. Taurus, Madrid, 2011).

I. VIVIR EN LA REVOLUCIÓN DEL TRABAJO: INCERTIDUMBRES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

1. Se alude con acierto a que tanto el Derecho laboral como la Seguridad social, han sido la gran invención jurídica sobrevenida para dar forma a *las nuevas relaciones de trabajo* que trajo la revolución industrial (entre los siglos XVIII y XIX), así como apañar las condiciones miserables y oprobiosas de *la cuestión social*, reconociendo derechos en el trabajo e instrumentando protecciones para la vida de las personas enfrentadas a los riesgos de la sociedad. La expansión progresiva de esta última a través del entramado más amplio de la Protección social, permitió dar sustantividad a los derechos fundamentales del hombre, más allá de la dependencia con el trabajo formal y el salario, dada la necesidad de extender garantías ante contingencias profundamente inequitativas (cuyo ejemplo exponencial es la lucha contra la pobreza y la desigualdad sociales).

   En ese punto, anticipamos nuestra opinión en cuanto a compartir que aquellos planteamientos generales y primigenios del **Derecho del trabajo** y del **Derecho de la seguridad social**, "no han perdido ni un ápice de validez"[1] al día de hoy, por lo

1 SUPIOT, Alain, "Introducción a las reflexiones sobre el trabajo", Revista Internacional del Trabajo, vol. 115, n.º 6, OIT, Ginebra, 1997.

que adelantamos que, de seguro, tampoco habrán de perderla en el futuro. A fundarlo dedicaremos las siguientes reflexiones.

2. Constituye un lugar común aseverar que en el mundo contemporáneo transitamos por épocas de incertidumbres que poseen un alcance y una complejidad muy distinta a lo que nuestra realidad histórica haya experimentado antes. Y eso debido a la vastedad de los factores alterativos, en especial aquellos que más inciden en el mundo del trabajo, como la incorporación creciente de nuevas tecnologías, la robotización y mecanización, las bases de datos y la aplicación de la inteligencia artificial, los sistemas ciberfísicos, la realidad aumentada y la impresión 3D, la hiperconectividad y la informática en la nube, así como el surgimiento de las plataformas y aplicaciones digitales, el uso intensivo del internet de las cosas y un conjunto inacabado de avances técnico productivos en proceso de generación que, en forma cotidiana y con una multiplicación vertiginosa, adquieren consistencia real.

3. Se trata de fenómenos desenvueltos a través de un largo proceso, en cuyo decurso se ha producido, en primer lugar, una ***pérdida importante de puestos de trabajo en el mercado laboral***. Pérdida ésta que no se detendrá, pero que resulta harto difícil estimar cuál será su real y efectivo alcance cuantitativo, siendo demostrativo de esa dificultad las inúmeras estimaciones que se han venido realizando y que generan pronósticos tan disímiles, lo que pone en evidencia lo lejos se está de cualquier confirmación fundada al respecto[2]. Las opiniones más pesimis-

2 Una lúcida y sistematizada referencia a la coexistencia de estudios pesimistas conjuntamente con los más optimistas, es presentada por las centrales sindicales españolas UGT y CCOO en el informe aportado en el año 2016 a la Iniciativa del Centenario convocada por el Director General de la OIT -titulado "El futuro del trabajo que queremos"-, en el cual se deja en claro que "los sindicatos no pretendemos impedir el avance de la digitalización y la innovación tecnológica, que contribuye en gran medida al desarrollo industrial y genera beneficios sociales y riqueza, lo cual, por otra parte sería en vano. Sin embargo, los sindicatos de clase como UGT y CCOO no podemos obviar los riesgos (laborales y sociales) que lleva asociados" [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--

tas y radicales anuncian la desaparición de diversos trabajos (oficios, profesiones, labores); más aún, se ha llegado a afirmar que la desocupación adquirirá dimensiones imposibles de revertir[3]. Por otra parte, en un ámbito laboral imprevisible, extremadamente competitivo y exigente en cuanto a conocimientos y formación, los estudios e investigaciones que analizan el futuro (aunque percibo que debiera decir el presente) del trabajo, son imprecisos en cuanto al balance final entre los puestos y tareas que desaparecerán y aquellos otros que se crearán por efecto de la incorporación de nuevas tecnologías[4]. Sostener que "las innovaciones tecnológicas que destruyen algunos empleos existentes, también crean empleos nuevos"[5], suena como una frase intuitiva más que comprobable. Lo que sí parece constatarse es

-europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/ genericdocument/wcms_548990.pdf].

3 Así sostiene Yuval Noah Harari, para quien el presente siglo asistimos a la creación de una nueva y masiva clase no trabajadora, compuesta por "personas carentes de ningún valor económico, político o incluso artístico, que no contribuyen en nada a la prosperidad, al poder y a la gloria de la sociedad". El autor califica el fenómeno como el de una «clase inútil», augurando que no solo permanecerá desempleada, sino mucho más drásticamente que "será inempleable" ya que "el problema crucial es crear empleos en que los humanos rindan mejor que los algoritmos", lo que parece difícil (Homo Deus, ed. Debate, 2016).

4 En Uruguay, el Director de Planificación de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto ha señalado que "si bien en sectores como el agro el riesgo de la sustitución de mano de obra por tecnología es cercano al 90%, ese sector apenas tiene el 5% del empleo en Uruguay. Sin embargo, hay otras categorías de oficios donde la amenaza de la automatización dejaría a un número sensiblemente mayor de trabajadores por el camino, como el caso de trabajadores de servicios y vendedores de comercio y mercados (22% del mercado laboral en Uruguay), donde el riesgo de reemplazo por tecnología llega al 64%. En tanto, en el personal de apoyo administrativo –que tiene un peso en el empleo del 12%–, el riesgo de automatización trepa al 94%. En cambio, en el caso de los profesionales y científicos (11% del empleo) la amenaza del reemplazo por máquinas apenas llega al 12%" (Fernando Isabella). Por su parte, desde el Instituto Cuesta Duarte (del PIT-CNT) se considera que la tecnología y la robotización "no es hoy la prioridad" en la agenda de la central sindical y que está relegada a un cuarto lugar en un orden de importancia (comentarios de Milton Castellano) (Opiniones vertidas en la prensa, El Observador, 24.09.2017).

5 Por ejemplo, ha sido empleada en el Word Economic Forum, reunión celebrada el 24 de octubre de 2017 sobre "El futuro no tan sombrío del trabajo".

que "la idea de que habrá menos empleos globalmente y de que los pocos empleos disponibles serán de mucha o poca calidad, pero no realmente de calidad intermedia"[6].

4. También ha acaecido ***un radical menoscabo del peso específico o de la centralidad del "trabajo subordinado" como elemento definidor del alcance del Derecho laboral y de la Seguridad social***. Las "nuevas" condiciones bajo las cuales se desarrolla la prestación humana de actividades, conforma uno de los resultados concretos de esta realidad[7]. Ello ha provocado que los rasgos contractuales clásicos de la estructura normativa que regula el trabajo, han pasado a ser de utilidad solo para un núcleo de personas que pueden considerarse favorecidas, grupo éste que día a día se reduce más y más[8].

   En el firmamento del trabajo, han ido irrumpiendo modalidades de prestación de actividades muy diversas; desde las contrataciones atípicas[9], el empleo temporal o estacional, el trabajo a tiempo parcial, las prestaciones con alternancia esporádica o discontinuas, el trabajo por proyectos o encargos, el trabajo a comisión o sujeto al desempeño, las prácticas laborales, el trabajo prestado a través de agencias o suministro temporal, la subcontratación, el trabajo por cuenta propia e independiente, los trabajos semi-autónomos, el teletrabajo con indeterminación horaria, las relaciones de trabajo ambiguas, las prestaciones de

6 Aporte de Lord Robert Skidelsky, de la Universidad de Warwick (Reino Unido), en el debate del que da cuenta el Informe sobre "El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global", OIT, Ginebra, 6 y 7 de abril de 2017.

7 Supiot habla de "las fronteras movedizas de la condición de asalariado" ("Introducción a las reflexiones sobre el trabajo", en Revista Internacional del Trabajo núm. 115, vol. 6, OIT, 1996,

8 OIT, Informe "Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. El empleo en plena mutación", 2015.

9 Córdova, Efrén, "Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas", en rev. Derecho Laboral N.° 142, Montevideo, 1986; Fernández Brignoni, Hugo, "Reflexiones sobre las formas de contratación del trabajo en los años 90", en rev. Derecho Laboral N.º 190, Montevideo, enero-marzo, 1998.

colaboración, el trabajo en la economía de plataformas y múltiples estilos de prestar tareas productivas cada vez más individualizadas. De eso se trata **vivir en la revolución del trabajo**.

Desde la mirada sociológica, se destacan los elementos disruptivos del modelo que alcanzara una posición preeminente (al menos, en las sociedades occidentales y occidentalizadas, de economía capitalista): una variada heterogeneidad, su complejidad y la fragmentación del trabajo[10], siendo que además, los cambios tecnológicos claramente han facilitado la tercerización y la relocalización, en especial en los países desarrollados[11]. Facilitando y facilitado por un inocultable dato de la realidad: la creciente desigualdad también tiene raíces en la gravitación que asume el *"dumping social"* en el comercio internacional[12] y en la concentración y oligopolización ante los mercados[13].

Todo ello transcurre en un mundo en el cual hay nuevos actores y espacios que se ubican más allá de los partidos políticos y de los sindicatos; así es como las redes sociales poseen un poder de convocatoria casi desconocido apenas dos décadas atrás. Al punto de poner en tela de juicio –con el natural peligro que

10 Antunes, Ricardo, "La centralidad del trabajo hoy", Papeles de población vol. 6, N.º 25, Toluca, jul.-sept., 2000.

11 "Los cambios tecnológicos y el trabajo en el futuro. Cómo lograr que la tecnología beneficie a todos", aportes de Irmgard Nübler, Nota Informativa 1 de OIT [http://www.inefop.org.uy/docs/ Cambios%20tecnologicos%20y%20futuro%20del%20trabajo_Notas%20OIT.pdf].

12 García Menéndez, José, "Neoproteccionismo, dumping social y eco-dumping", Rev. Nueva Sociedad N.º 143, mayo-junio 1996.

13 Comenta Mariano Ruiz Funes que "entre las causas del incremento de la concentración en los mercados y de la generación de utilidades extra normales en diversos sectores, destacan el proteccionismo comercial, la baja exposición de ciertos sectores a la competencia y las barreras a la entrada. Ello generó que la participación del trabajo se redujera en industrias con elevada concentración, que el número de nuevos participantes disminuyera y que el crecimiento de la productividad se debilitara en esos sectores, lo que fue en detrimento de la innovación y propició un estancamiento de los niveles de vida de la población en general" ("Oligopolización económica", El Financiero, México, 22.11.2018).

subyace en esta realidad- de que las democracias no sigan siendo garantía de crecimiento, estabilidad y bienestar social[14].

Como ha sido destacado en la síntesis de los Diálogos Nacionales sobre el Futuro del Trabajo[15], asistimos a "*un giro notable del modelo de empleo típico a nuevas formas de empleo con escasa protección social*". Muchos son los Estados en los que se constata el pasaje de un empleo definido por un patrón clásico, a unas relaciones de trabajo más asequibles, flexibles e individualizadas, lo que repercute de manera ostensible en los derechos de los trabajadores.

Se trata de una realidad que contribuye a que la ***precariedad, la pérdida de derechos y beneficios, los déficits en materia de trabajo decente y el menor o nulo desarrollo de protecciones sociales***, constituyan el signo saliente de una época signada por la inseguridad e inestabilidad laborales[16]. Condiciones éstas que, además, se hiperbolizaron a partir de la pandemia sanitaria que azota a las comunidades del planeta, sin distinciones y que formalmente fuera calificada como tal por la OMS el 11 de marzo de 2020.

---

14 Como lo expone Máriam Martínez-Bascuñán: "Demasiados temores y fantasías nos hablan de indignidad, de la sensación de no contar nada, de estar fuera. Es el lenguaje que nos acaban de mostrar los chalecos amarillos en Francia, el de unas vidas demediadas donde todas las formas de invisibilidad saltan de pronto con una estruendosa cólera: la nueva manifestación anti política expresada con violencia" (El País, Madrid, 30.12.2018).

15 Documento de apoyo a la tarea encomendada a la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo designada por la OIT (publicación de 2017).

16 Tal como lo describe Diego López, se ha perdido protección legal al trabajo, "transformándolo en comúnmente precario, inseguro, inestable, volátil y fragmentado, insuficiente para proveer sustento permanente personal y familiar" ("La nueva función de la legislación laboral y la reducción de los derechos en el trabajo", Revista Nueva Sociedad N.º 188, nov. – dic. 2003.

II. ESFUERZOS DESPLEGADOS DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO

5. Ha de reconocerse, sin embargo que ***son ingentes los esfuerzos realizados desde el propio Derecho laboral para*** evitar semejante sangría, procurándose –por sobre todo- ***ensanchar sus fronteras***[17] ***y***, además, ***que la subordinación mantenga su rol central*** para definir qué sujetos están amparados y protegidos por las normas laborales[18]. Un elenco relevante y cada vez más laxo de criterios presuntivos de laboralidad[19] es objeto de discernimiento en vastos ámbitos doctrinarios y jurisdiccionales para determinar si existe o no un vínculo laboral alcanzado por la protección jurídica de la disciplina[20].

   Entre algunas de las elaboraciones emergentes desde el propio Derecho del trabajo, la para-subordinación emerge como un ejemplo paradigmático, pretendiendo ampliar la laboralidad en

---

17 Martín Valverde, Antonio, "Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N.º 38, 2002, págs. 21-50; Eleonora Peliza, "El derecho del trabajo y sus fronteras. La situación latinoamericana. Informalidad y zonas grises", en [www.adapt.it/boletines-panol/fadocs/peliza_ilo_02_05_2012.pdf].

18 Tal como señala Baylos Grau, Antonio, la calificación de una prestación de servicios como laboral alcanza un significado relevante en términos no sólo contractuales; "significa el acceso a un conjunto de condiciones de trabajo y empleo tuteladas legal y colectivamente y a una situación de ejercicio de derechos cívicos individuales y colectivos que se fundamentan en el trabajo y que se construyen desde él como partes de un proyecto colectivo de ciudadanía social" ("Sobre el contrato de trabajo y la subordinación jurídica", Blog, 3 de noviembre de 2009).

19 Ha de reconocerse que en esta materia se observa el método presuntivo con cautela; así lo expresa Sanguineti, Wilfredo, al anotar que "la incorporación de la presunción de laboralidad a un sistema concreto, aun no siendo indispensable, puede resultar más o menos aconsejable dependiendo de la aptitud que pueda reconocerse a dichos mecanismos –y muy especialmente a la actuación de los jueces y tribunales– para hacer frente de manera satisfactoria a los problemas que plantea en un momento determinado de su evolución el deslinde entre las prestaciones incluidas y excluidas del ámbito de la laboralidad" ("La decadencia de la presunción de laboralidad en España: ¿una cuestión de oportunidad o de método?, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N.º 12, Madrid, 2006.

20 Recomendación Internacional del Trabajo núm. 198.

estos casos[21]. Regulada por artículo 409 n. 3 del Código Civil italiano de 1973, abarcó a los trabajadores autónomos que desarrollen una actividad prevalentemente personal de colaboración coordinada y continuativa con la empresa, dentro del alcance de la jurisdicción que entiende sobre los conflictos laborales y, para parte de la doctrina, incluso a la tutela de las mismas normas aplicables a los trabajadores subordinados. Similar posición ocuparía, según Goldin, la figura del "cuasi empleado" que definiera en la legislación alemana, la sección 12 de la ley de 1974 sobre convenios colectivos[22].

De igual modo lo hace la generación de otras presunciones como la dependencia estructural u operativa de quien en apariencia es un proveedor autónomo de tareas, pero trabaja inserto en la estructura de la empresa que arrienda sus servicios[23]; de la persona que prescinde de la ajenidad propia del empresario porque no tiene capacidad económica ni financiera para asumir los riesgos

21 Santoro-Passarelli, Giuseppe, Il lavoro parasubordinato, ed. F. Angeli, Milán, 1979; Perulli, Adalberto, "Trabajo económicamente dependiente (trabajo parasubordinado)", Parlamento Europeo, Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, Bruselas, 2003; Caamaño Rojo, Eduardo, "La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del Derecho del Trabajo", en Revista Laboral Chilena, N.º 132, diciembre 2004, p. 61; Fernández Sánchez, Sonia, "Apunte sobre el trabajo "parasubordinado" como vía flexibilizadora del derecho de trabajo en Italia", Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica, N.º 2, 2007, págs. 287-295;

22 Opinión de Adrian Goldin, "Las fronteras de la dependencia", Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, N.º 2, Buenos Aires, 2001 y Los trabajadores de plataforma y su regulación en la Argentina, CEPAL, Buenos Aires, junio de 2020.

23 Conf. señala José L. Ugarte, se avanza "en una "evolución desde una noción precisa pero rígida de dependencia, entendida como sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresariado a un concepto mes definido pero más elástico, referido a la inserción del trabajador en un ámbito organizativo ajeno" (Montoya, 1998: 713). El resultado será sostener, como lo hace un tribunal europeo, que "el elemento caracterizante del trabajo subordinado es el vínculo de la subordinación, entendido como inserción del trabajador en la organización de la empresa en modo continuado y sistemático, más que como ejercicio de una constante vigilancia del empleador sobre lo que ha hecho el trabajador…" ("La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo", Gaceta Laboral vol. 11, N.º 1, Maracaibo, abr. 2005).

de un emprendimiento[24]; de quien desenvuelve las tareas sin poseer una infraestructura empresarial mínima independiente, empleando en cambio maquinaria, herramientas y materiales que le proporciona la empresa cliente; de aquellos que hacen depender su desempeño profesional respecto de actividades que prestan con exclusividad para una sola unidad productiva; de quien hiper coordina su trabajo técnico con la empresa arrendadora que establece condiciones de horarios, impone cronogramas de trabajo, planifica visitas de clientes, exige reportes, vigila y controla movimientos y operaciones, capacita, evalúa, sanciona, etc.[25].

6. Pero no obstante esos progresos, muchos son los seres humanos que también trabajando, ya hace mucho tiempo que están fuera del círculo del Derecho laboral tradicionalmente diseñado.

   Y ello es una realidad condicionada por razones fácticas, como las que imponen, por un lado, los elevados índices de informalidad laboral que persisten en gran número de regiones y países (entra las cuales Latinoamérica no escapa de esa realidad)[26].

---

24 Como postula Antonio Ojeda Avilés, el problema del riesgo puede no servir para diferenciar al contrato de trabajo de los de arrendamiento de obra o servicio, "porque no es cierto que en estos sea el comitente quien asuma el riesgo de la obra o el servicio, por cuanto con frecuencia se acuerdan mecanismos de reparto" ("Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato", Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, 2007).

25 Rosenbaum Rimolo, Jorge, "Reflexiones acerca de la actualidad de otras formas de contratación, por fuera del contrato de trabajo, en la realidad latino americana", Libro en homenaje al Prof. Adrian Goldin, Buenos Aires, 2017.

26 También denominado trabajo sumergido, en negro o no declarado. Sobre esto último, la Comisión Europea propuso en 2014 una plataforma para la lucha frontal contra estas prácticas [véase https://www.consilium.europa.eu/es/policies/labour-mobility/platform-against-undeclared-work/]. Como asevera Esperanza Macarena Sierra, "la informalidad plantea graves problemas de política y fomenta la competencia desleal en el mercado de trabajo debido a una cadena de factores inquietantes como, entre otros, la escasez de trabajo de calidad y el debilitamiento de ciertos sectores tradicionales como, por ejemplo, el del sector manufacturero que cuenta con un número importante de mano de obra perjudicada considerablemente por los procesos de reestructuración económica" ("La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia,

Por otro, el fraude a la ley que procura encubrir bajo formas no laborales, vínculos de trabajo efectivamente dependientes y por cuenta ajena[27]. Pero también, la inaplicación de las normas laborales[28] (o dicho en buen romance, el incumplimiento liso y llano del Derecho, tolerado en extensos sectores de actividad, países o regiones)[29].

Correlativamente con estas situaciones anómicas, cabe anotar que ***el ordenamiento "ius laboral" existente, ni siquiera contempla o se adecua a categorías enteras de prestadores de actividad laborativa*** que fueron quedando prescindidos o han tenido que huir de su alcance tradicional para obtener –siempre "trabajando"- un ingreso con el cual vivir. Como se reseña, "muchas de las nuevas formas de realización de las actividades profesionales pueden no ser reconducibles mediante los postulados y requisitos clásicos del Derecho del trabajo y de la Seguridad social. El proceso de transformación del trabajo y la deslocalización de las empresas permiten que ciertos sujetos y/o entidades puedan operar con una mínima estructura"[30]. Sostiene RASO, al poner como ejemplo a las empresas "virtuales", que han aparecido "las primeras reacciones de los tribunales

---

del trabajo digital y la robótica", en Revista de Derecho de la Seguridad Social N.º 11, ed. Laborum, Madrid, 2017).

27 Goldin, Adrian, "El fraude laboral y los contratos afines", en La Ley, Buenos Aires, 22 de setiembre de 2011; Hernández Álvarez, Oscar, "La prestación de trabajo en condiciones de fraude o simulación", en rev. Derecho Laboral N.º 141, Montevideo, 1986.

28 Bensusán, Graciela, "La efectividad de la legislación laboral en América Latina", Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra, 2007; Barbagelata, H.-H., "Vigencia y eficacia de los instrumentos normativos en el derecho laboral", en Revista De La Facultad de Derecho, Montevideo, 2005, págs. 97-108.

29 Puede verse un interesante estudio desarrollado por Tzehainesh Teklè para la OIT, intitulado "Derecho del Trabajo y protección de los trabajadores en países en desarrollo", 2014, en el cual se pone de manifiesto que, "además de los problemas a la hora de aplicar el derecho del trabajo, existe una clara distancia entre la realidad del mundo en desarrollo y las premisas sociales, económicas y políticas sobre las cuales se construyó el derecho del trabajo".

30 Conf. Esperanza Macarena Sierra, ob. cit.

y de la administración del trabajo, que de forma desordenada tratan de comprender el fenómeno y buscar soluciones que protejan los desplazamientos de trabajadores formales. El caso más notorio es el de Uber… Nace así un nuevo modelo de organización empresarial llamado *Uber economy*, pero también *on demand economy*, *economía colaborativa*, *peer to peer economy* (economía "de igual a igual") o *1099 economy* (el Form 1099 es un formulario norteamericano para inscribir a trabajadores autónomos)"[31].

Una descripción simplificada de este tipo de prestaciones está basada en el empleo de plataformas[32] a través de internet, las que ofrecen distintos servicios a los consumidores, agrupando a numerosos posibles prestadores de tareas y así concretar con los clientes consumidores un productos (transporte, entregas, descargas, etc.) que ofrece supuestas garantías diferenciales (confiabilidad, seguridad, celeridad y competitividad en el precio). Quienes brindan materialmente un servicio así contratado, aparentan no ser trabajadores[33], sino que son calificados por las plataformas como asociados, colaboradores, prestadores autónomos o auto emprendedores. Como tales –y sin perjuicio de las inúmeras variantes que pueden describirse en cada caso- organizan con libertad su trabajo (son sus propios jefes, trabajan cuando quieren, aportan un vehículo o instrumental propio, deciden si responden o no a un llamado u oferta, no están obligados a cumplir un mínimo de prestaciones, se conectan y des-

31 Raso Delgue, Juan, "La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 5, N.º 1, enero-marzo de 2017.

32 Puede verse Rosenbaum Carli, Federico, "Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de empleo en plataformas digitales o "Uber Economy", Blog Opinión y crítica sobre el Derecho del Trabajo, 11 de enero de 2019 [https://federicorosenbaum.blogspot.com/].

33 De allí que sostengamos que estos trabajadores prestan tareas en el halo de una subordinación evanescente, contribuyendo a generar marcos de trabajos no estructurados e invisibles.

conectan de internet cuando desean, no tienen exclusividad y asumen los riesgos de su actividad frente al cliente).

Hemos señalado que en términos jurídicos, no resulta nítido ni fácil discernir, practicando un *"test de laboralidad"*, cuál es la posición real que ocupan; en ello influye de manera fundamental la casuística, el aporte probatorio, el criterio de la administración del trabajo y, naturalmente, el de los tribunales. Por eso concluíamos que "***el Derecho del Trabajo no se encuentra preparado para asumir, con respuestas unívocas, estas transformaciones de organización del trabajo en el mundo digital***, siendo notorio que el camino recorrido en esta década ha sido errático"[34].

Más aun, en muchos casos la implantación de estas nuevas tecnologías rebasa toda reglamentación preexistente, resultando estratégico para su implementación desatender cualquier tipo de condicionamiento regulatorio[35].

III. HACIA UNA NUEVA INSTRUMENTALIDAD

7. Es en este epicentro donde surgen algunos señalamientos dilemáticos. Lo primero es que **la protección del trabajo fue diseñada a través de un proceso histórico universal** que plasmaron las normas internacionales, constituciones y legislaciones

34 Rosenbaum Rimolo, Jorge, "Las instituciones del Derecho del Trabajo, ¿están preparadas para las transformaciones del mundo digital?, exposición en VIII Congreso Internacional de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sao Paulo, 5 de octubre de 2018; "Las nuevas relaciones de trabajo en la era digital", exposición en el Colegio de Abogados de Santa Fe, 8 de noviembre de 2018.

35 Barreto, Hugo, "Tres determinismos tecnológicos sobre el futuro del trabajo", nota en Blog "La realidad y el resto de las cosas", 15 de julio de 2017. Prueba fehaciente de tal condicionamiento se constata en el reciente conflicto que tuvo lugar en el norte de España: 31.01.2019 - "Uber anuncia el cese de su actividad en Barcelona. Después de que la Generalitat de Catalunya aprobara el decreto ley que regula el sector de las VTC, la compañía ha comunicado que suspende el servicio de UberX en Barcelona, la única ciudad catalana donde hasta la fecha ofrecía el servicio" [en https://www.xataka.com/automovil/uber-abandona-barcelona-restricciones].

nacionales, como un imperativo, **con carácter general y sin distinciones**. Mejorar la calidad de vida de las personas, su seguridad o la justa remuneración en el plano individual –por citar solamente algunos pocos propósitos axiomáticos-, así como atender las contingencias sociales, lograr la paz mundial y evitar el dumping social en la proyección internacional, no pueden convertirse en meros eslóganes vacíos de contendidos.[36]

Lo segundo es **la obligación de proteger** lo que hemos calificado como **el trabajo globalmente considerado**, en la medida que detrás del mismo haya un ser humano (individuo – persona - ciudadano) que debe ser respetado en su dignidad e integridad, dotándosele de una capacidad real para obtener ingresos a través de sus habilidades y aptitudes laborativas, al tiempo que resulte útil e integrado a la comunidad en razón del rendimiento de su esfuerzo productivo[37]. Resaltemos que desde nuestra óptica, existen varios elementos definitorios en este entramado principiológico y conceptual.

En efecto; recordemos que *trabajar constituye un **"deber"*** que generalizadamente impone la sociedad resguardando el "bien común", ya que el ser humano es un ser gregario y se integra en comunidades para vivir. Por tanto, al individuo le cabe un grado de responsabilidad compartida con el propio grupo del que forma parte constitutiva. Paralelamente, los ordenamientos normativos (especialmente los de superior jerarquía), *consagran el **"derecho"** de todo ciudadano o habitante "a trabajar"*. Es así, simplemente porque el trabajo constituye el principal medio para obtener aquél sostén de sobrevivencia y desenvolvimiento

36 Muchas veces se las califica como normas programáticas, que no afirman derechos y deberes inmediatamente exigibles por los individuos, sino que "son normas que imponen una obligación de hacer al Estado, o que autorizan al legislador para que establezca, realice o cumpla un determinado program" (conf. Gros Espiel, Héctor, Evolución constitucional del Uruguay, FCU, Montevideo, 2003).

37 Rosenbaum Rimolo, Jorge, "El Derecho Laboral ante las nuevas realidades y cambios del mundo pos moderno", revista Derecho laboral N.º 270, abril-junio 2018.

material, personal y familiar. Barreto ha descrito con acierto que la significación del trabajo constituye "una seña de identidad para la persona"[38]. No compartimos las opiniones que valoran al mercado como el elemento central de sustento de las sociedades; por el contario, concebimos que el ser humano constituye el eje sobre el que ha de girar el trabajo y, por tanto, el fin principal de sus normas y protecciones.

Porque además, y por si fueran pocos los fundamentos articulados, un tercer factor (generado en el propio ámbito de la economía), reconoce que *el trabajo constituye una actividad necesaria para* ***"producir"****, es decir, transformar la naturaleza* de modo de obtener frutos o bienes que, a la vez de satisfacer mejor a las personas y sus necesidades, posean un valor económico de intercambio y permitan generar beneficios más allá del prestador directo o primario.

8. Ello nos lleva a formular otra disyuntiva, entendiendo que **los desafíos para el Derecho laboral exceden de la simple adaptación de sus normas o sus principios** a los requerimientos del mercado y la economía. Opinamos que ese es el balance que puede y debe hacerse respecto de las experiencias de desregulación[39] y flexibilidad[40], de los ensayos de una "tercera vía"

38 Barreto, Hugo, "Trabajo y normatividad en la Iniciativa del Centenario de la OIT", editorial de la revista Derecho Laboral, Montevideo, 2016.

39 Romagnoli, Umberto, "La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo", Cuadernos de Relaciones Laborales, N.º 1., ed. Complutense, Madrid, 1992.

40 Ermida Uriarte, Oscar, "La Flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas", Primeras Jornadas Chileno-Italianas de Derecho de Trabajo, organizadas por la Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1990 (publicadas en Ius y Veritas). Barbagelata Héctor-Hugo, "Los límites de la flexibilidad en el mercado de trabajo", El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales, 2ª. ed. FCU, Montevideo, 2009; Bronstein, Arturo, "La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles de un debate", en revista Derecho Laboral N.º 153, Montevideo, 1989.

alternativa[41], basados en la flexiseguridad[42] o en el softlaw[43], y de la implementación más reciente de diversas y extendidas "reformas laborales"[44] determinadas por políticas de ajuste de los organismos de crédito internacionales (como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional) y los operados de los sistemas financieros[45].

---

41 Blair, Tony y Schroeder, Gerhard, "The Way Forward for Europe's Social Democrats – A Proposal", The Labour Party, Londres, 1999.

42 Ojeda Aviles, Antonio y Gutiérrez Pérez, Miguel, "La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: Revisión crítica", Themis Revista de Derecho N.º. 65, 2014, págs. 41a 51.

43 Valdés Dal Re, Fernando, "Soft law, Derecho del trabajo y orden económico globalizado", Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica N.º 1, 2005, págs. 37-54.

44 Arese, César, "Los procesos de reformas laborales", I Congreso Nacional de la Asociación Nacional de Jueces del Trabajo (ANJUT) Santiago del Estero, 25 y 26 de agosto de 2017; García, Héctor, "Los paradigmas de una reforma laboral sustentable", La Nación, 26 de noviembre de 2017; Genro, Tarso, "Cuidados essenciais na aplicação da reforma laboral", [Espaço Vital.com, 21 de diciembre de 2017]; Guimarães Feliciano, Guilherme, Marsiglia, Marco Aurélio y Tarcísio de Carvalho Fontes, Saulo (Coordinadores), Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica, ed. LTr, São Paulo, 2017; Arellano Ortiz, pablo, "Reforma Laboral ley N.º 20.940 bajo el prisma de la teoría de las relaciones laborales", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIX, Valparaíso, Chile, 1er semestre de 2017; Belmont Cortés, Edgard, "La reforma laboral en México: La mitificación de la empresa y los ajustes en las relaciones laborales", Nueva antropología vol. 27, N.º 80, México, en./jun. 2014; Raso Delgue, Juan, "Una reforma laboral uruguaya: ¿posible?", El Blog de Juan Raso, 22 de octubre de 2017; Gil y Gil, José Luis, "trabajo decente y reformas laborales", Revista Derecho Social y Empresa N.º 7, julio de 2017; Yannakourou, Stamatina y Tsimpoukis, Chronis, "Labour law reforms in Greece after the economic crisis (2010-2012)", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, [en w ww.iustel.com]; Pestana Nascimento, André, "A reforma laboral em Portugal", Actualidad jurídica Uría Menéndez N.º Extra 1, 2012.

45 Se produce lo que Wilfredo Sanguineti describe como un "triunfo de los mercados sobre los gobiernos", argumentando con acierto que no ha sido el resultado del solo desenvolvimiento de los primeros, sino de la simultánea aplicación de políticas deliberadas, tanto por parte de un reducido número de países cuyo peso económico y político resulta decisivo dentro de la escena internacional, como de los organismos financieros internacionales ("La de-construcción del Derecho del Trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿un devenir inevitable?, Relaciones Laborales N.º 23, Madrid, 2004).

Resulta incontrastable que las condiciones pos modernas perturban el mercado de trabajo, el empleo, los ingresos económicos y las regulaciones laborales construidas por el Derecho del trabajo convencional, pero también lo vienen haciendo las expectativas de las personas en cuanto a su desarrollo profesional[46], a las necesidades formativas continuas, a la salud psicosocial[47], a la conciliación del trabajo y la vida familiar[48], a la búsqueda de seguridad y bienestar, a la dignificación del trabajo, al cuidado del ambiente, entre otros designios a alcanzar.

9. Constituye un imperativo ineludible reconocer una oblicuidad que se proyecta como componente necesario en el devenir de un Derecho laboral al abordarse la tarea que contemporáneamente propicia su "deconstrucción"[49] puesta al servicio de las nuevas realidades del mundo del trabajo. A partir de las crisis contemporáneas (como la norteamericana y europea de la primer década del siglo que transcurre, así como la pandemia que

46 Al punto que en medicina se comienzan a estudiar los síntomas de otra patología, denominada "tecno estrés" que está vinculada a los casos de trabajadores que no pueden adaptarse a los cambios tecnológicos en sus puestos de trabajo.

47 Puede consultarse: "El estrés en el trabajo. Un reto colectivo", OIT [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/publication/wcms_473270.pdf

48 Jaime Cabeza Pereiro, "La doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la conciliación de la vida familiar y laboral", La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas, ed. La ley, Madrid, 2015.

49 Entendida ésta como una "relectura prolongada de las instituciones laborales, pues los intensos procesos de reestructuración organizativa en los diversos niveles de la economía, sobre todo a nivel empresarial, han inducido a una evolución esquizoide, de tejer y destejer", sobre la base de "contenidos siempre abiertos", pero por sobre todo conservando "la función histórica del Derecho del Trabajo" que ha consistido en "mantener la paz social a través de la tutela del más débil" como meta que no ha desaparecido (Antonio Ojeda Aviles, La deconstrucción del Derecho del Trabajo, ed. La Ley, Madrid, 2010). Como ha señalado Antonio Baylos, no para constituir un desmontaje, demolición, desmantelamiento y desguace, sino para generar un conjunto de procesos y técnicas orientados a la recuperación, clasificación, reutilización de materiales y espacios, capaz de formular "el nuevo paradigma" del Derecho del Trabajo (comentario al libro de Ojeda en su Blog, 13 de noviembre de 2010).

nos cerca y encierra), habrá que rectificar los marcos políticos, institucionales y normativos para asegurar grados de gobernanza más justos y equitativos respecto del mercado de trabajo en sus distintas escalas (sectorial, nacional e internacional)[50].

Analíticamente, el armado del escenario de la nueva realidad, ha de tener en cuenta que **no es factible que las respuestas y soluciones provengan exclusivamente de las normas laborales**, a la vez que **las alternativas a instrumentar tampoco pueden resultar ajenas a la importancia del Derecho del trabajo** como expresión normativa del derecho social.

IV. CONTRASTANDO UN MARCO ABIERTO DE POSIBILIDADES

10. En este contexto, lejos estamos de avizorar una respuesta única y lineal sobre cómo discurrirá el devenir de la disciplina, así como también se diversifican las alternativas propositivas del deber ser esperado o querido. O mejor dicho aún, cómo debería conformarse el ámbito de aplicación del Derecho laboral de acuerdo con un criterio finalístico determinado por la "Ciencia de la Legislación", como disciplina prescriptiva, cuyos cultivadores son los políticos y filósofos.[51]

    Por el contrario, constatamos que las grandes interrogantes reciben por respuesta muy ***diversas posibilidades***, que procuraremos identificar tan sólo como un ensayo para el imaginario y sin pretender sistematizar ni agotar el elenco de opciones siem-

50 Con la única pretensión de constatar un ejemplo, a mediados del año 2018, se creó el llamado "Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital" por parte del Secretario General de las Naciones Unidas. Su propósito será efectuar propuestas que refuercen la cooperación en el espacio digital entre los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil, las organizaciones internacionales, las comunidades técnica y académica y otros interesados. A su respecto, se consigna que "las tecnologías digitales contribuyen considerablemente a hacer realidad la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y trascienden de manera incomparable las fronteras internacionales" [http://www.un.org/es/digital-cooperation-panel/index.html].

51 Conf. Albert Casalmiglia, "El concepto de integridad de Dworkin", Rev. Doxa. N. 12, Madrid, 1992.

pre abiertas en épocas de profundos cambios. Por otra parte, existen múltiples argumentos y enfoques –incluso ideológicos- para no compartir alguna o todas las disyuntivas que así son presentadas.

(a) La **degradación de la normativa laboral**, en los términos que vienen de expresarse sobre la base de los ensayos neoliberales (y del posterior dogma de la globalización) que mediáticamente encontraron un lanzamiento nítido a partir de las políticas económicas impulsadas en los años ochenta por Ronald Reagan (en los Estados Unidos) y Margaret Thatcher (en el Reino Unido). Por su efecto transformador, con el devenir histórico representaron un fuerte reemplazo de los postulados de la social democracia por un hiper-liberalismo desregulado y considerado como un sistema naturalmente global, que se tradujo en amplias regiones del orbe donde se redujo la economía productiva a costa del aumento de las finanzas especulativas, pero fundamentalmente por los nefastos resultados que produjo este fenómeno sobre la calidad de vida y bienestar de las clases populares[52]. Con la pretensión de buscar una reducción de los costes laborales, causaron una contracción de regulaciones en las que se asientan derechos y beneficios obtenidos progresivamente (lucha sindical mediante), un aflojamiento de la malla que consagra normas mínimas imperativas e irrenunciables y la revalorización de la "contratación" individual legitimada (aun cuando se trate de una relación entre partes desiguales), para perforar el orden público –por un lado- y la negociación colectiva –por el otro-.

52 Existe suficiente evidencia de ello; recientemente Vicenç Navarro reflexiona sobre la realidad de España y los efectos de la ortodoxia neoliberal aplicada, cuyo saldo ha dejado un deterioro del mercado de trabajo, una bajada de salarios, un descenso de la ocupación, un incremento del desempleo y la expansión de la precariedad. Consideramos que se trata de conclusiones análogas a las de otros países irradiados por el dogma neoliberal que acompañó el fin del siglo XX ("El ataque neoliberal al bienestar de las clases populares", Nueva Tribuna, 11 de enero de 2019).

(b) **El mantenimiento de la estructura de un Derecho Laboral tradicional como modelo unitario**, sin abandono de los paradigmas centrales de la subordinación y el trabajo asalariado, como delimitadores de su esfera de actuación (alcance personal, material, normativo e institucional). El Derecho del trabajo debe seguir siendo lo que siempre fue, aun cuando resulte necesario implantar grados de laxitud respecto de aquellos arquetipos[53]. Pero, en cambio, las prestaciones de actividad que quedan excluidas y extramuros de la figura tradicional de los sujetos (empleador y trabajador asalariado) y del objeto (trabajo humano subordinado y por cuenta ajena), tendrán que regularse desde el Derecho común (civil o comercial), como claramente ocurría con el auténtico prestador de trabajo autónomo, que organiza su emprendimiento por cuenta propia, toma los riesgos del mercado, transita por fuera de la organización empresarial a la que vende sus servicios, contrata su propio personal, etc. Esta concepción ratifica que "estamos entrando en un territorio nuevo, en el que una relación comercializada y no la relación laboral, media en el trabajo"[54]. No obstante, creemos que como contrapeso relativo, probablemente continuar el avance laborioso pero diligente, que en materia de garantización de derechos fundamentales de la persona en el trabajo, continuarán aportando las disciplinas que tratan de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional (rebasando así las calificaciones de la dependencia o subordinación).

53 Castello, Alejandro: "De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral. Una nueva tendencia de fines del siglo XX", en revista Derecho Laboral n.º 190, Montevideo, abril-junio 1998.

54 Pregunta para reflexionar que formulara el Director General de la OIT en las conversaciones del Centenario (más específicamente, la tercera, que comprende el trabajo y la producción) en el Informe "El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global", cit.

(c) La promoción de un **sistema de regulación del trabajo diferenciado y múltiple**[55]. Estas corrientes de opinión propugnan la idea básica de que una realidad "diferenciada" debe ser regulada solo a través de normas que se ajusten a las particularidades de los nuevos trabajos, ya que el Derecho puede reglamentar la realidad y mejorarla sólo dentro de ciertos límites[56]. Por sí solo, el Derecho no puede modificar en forma radical el contexto que exhibe un mundo en el que se han consolidado formas distintas de prestar trabajo; más aún, es posible pensar en un nuevo diseño de los procesos de producción en el marco de la revolución 4.0 y la era digital, tanto en términos de espacio (la empresa deja de ser el centro habitual de prestación de tareas y a veces ni siquiera tiene una existencia material), tiempos (muy diferentes a los parámetros gestados a través de la jornada de trabajo y su histórica limitación), ingresos (lo que representa una pérdida del carácter contraprestativo salarial), riesgos (al ser asumidos como propios) y su repercusión en las contingencias profesionales, etc. De allí la opción de multiplicar la actividad reglamentaria, más allá de la normativa típicamente laboral[57].

55 No hacemos referencia a las vías de constante diferenciación del Derecho Laboral de la doctrina tradicional, tal como pueden verse Camerlynck, G.H. y Lyon-Caen, G., Derecho del Trabajo, ed. Aguilar, Madrid, 1974, págs. 21 y 22. Aunque en cambio, apreciamos que existe un acercamiento a ciertas concepciones como las que enunciaba Paul Durand en cuanto al surgimiento de "un nuevo derecho profesional más allá del Derecho del Trabajo" ("Naissance d'un droit nouveau: du droit du travail au droit de l'activité professionalle", La Semaine Juridique, noviembre de 1996, pág. 606, citado por Juan López Gandía en Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 571), argumento que fuera mencionado por la Comisión redactora del Proyecto de Estatuto del Trabajador Autónomo en España.

56 Raso Delgue, Juan, "Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Relaciones Laborales: hacia una teoría de los círculos", Revista *Derecho laboral N.º 190*, Montevideo, 1998.

57 Lo que ha ocurrido a través de la formulación de estatutos como el de los trabajadores autónomos y los TRADE en España; los contratos "zero hours" en el Reino Unido, o el "lavoro agile" en Italia.

Se observa que cuando se impulsan propuestas como las de la creación de una tercera categoría legal de trabajador, que combina independencia y protección[58], ello puede tener implicaciones negativas, "ya que es difícil encuadrar todos los posibles entramados y relaciones y es complicado facilitar definiciones jurídicas que permitan su identificación"[59].

(d) ¿Y por qué no? La **ampliación de las fronteras del Derecho del Trabajo**, posibilitando abarcar las formas atípicas o diferentes de la relación laboral en su ámbito de aplicación, así como asegurar la transición de los trabajadores empleados en la economía informal o en la precariedad, hacia el marco de un trabajo decente. Estos conceptos hacen decir a Vega que "todo trabajo útil para la sociedad debe contar con una serie de derechos sociales que le permitan un estatuto jurídico"[60].

Postulación que encuentra antecedentes muy en zaga, pero limitados a la ampliación del elenco de ciertos prestadores de actividad para incorporarlos, a través del espectro ampliado de los indicios de laboralidad, al cobijo protector del ordenamiento normativo del Derecho del trabajo.[61] Pero

58 Con referencia a Weber: What if there were a new type of worker? Depdendent contractor, The Wall Street Journal (29.01.15), en [http://www.wsj.com/articles/what-if-therewere-a-new-type-of-worker-dependent-contractor-1422405831].

59 Vega Ruiz, María Luz, "Los nuevos paradigmas en la relación de trabajo: el dilema humanización, flexibilidad y producción", XXVII Jornadas catalanas de Derecho Social, Barcelona, 17 y 18 de marzo de 2016.

60 Vega Ruiz, María Luz, "Los nuevos paradigmas, cit.

61 Huertas Bartolomé, Tibelia y López López, Julia, La ampliación de las fronteras del Derecho del Trabajo español tras la Ley del estatuto de los Trabajadores, Cuadernos de Relaciones Laborales N.º 1, ed. Complutense, Madrid, 1992. También: VV.AA., Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo : estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán (con referencias a deportistas profesiones, trabajo familiar, teletrabajo, transportistas de mercaderías, contratos de agencia, representación de comercio, medios de comunicación, servicios de proximidad, trabajo au pair, etc.), Tecnos, Madrid, 1999. Otro tanto: "Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios", tema del XXVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad

que en la contemporaneidad, enfrente realidades mucho más vastas y complejas, como las impuestas por la confrontación delimitativa en el binomio "autonomía – subordinación", y promovidas desde disrupciones tecnológicas inéditas como las plataformas y las aplicaciones digitales de la economía colaborativa.

En opinión de Supiot, ha de relativizarse "el alcance de la oposición entre trabajo dependiente e independiente, pues si la conciliación de la subordinación y de la libertad individual es un asunto propio del trabajo asalariado, la necesidad de seguridad del trabajador es algo válido por igual para las dos clases de trabajo". De allí su propuesta de "elaborar un **derecho laboral común** que se aplique lo mismo al trabajo independiente que al dependiente", entendiendo que "ya presagian esta evolución indicios visibles en materia de higiene y seguridad laborales, formación profesional o derechos de jubilación".

Interpretamos que la opinión de Bronstein va más allá aún, ya que percibe que "es posible que el derecho del trabajo deberá evolucionar, para tratar de abarcar a todos los trabajadores y no solamente aquellos que se encuentran en una relación de trabajo subordinada según los conceptos prevalecientes en el siglo pasado. En gran medida esto implicaría pasar del "derecho del trabajo" al **"derecho de los trabajadores"**[62].

Nosotros hemos preferido hablar de un **"Derecho del y para el trabajo global"**[63], concepto que fue germinando desde nues-

Social, celebrado el 2 y 3 de junio de 2016 en Córdoba, España.

62 Bronstein, Arturo, Relatoría en la que comenta la ponencia presentada por el Prof. Wagner Giglio sobre el tema "El futuro del Derecho del Trabajo", en el VI Congreso Regional Americano de la SIDTSS que tuvo lugar en Querétaro, México, en setiembre de 2004.

63 Rosenbaum Rimolo, Jorge, "Reflexiones acerca de la actualidad…, cit.; "El Derecho Laboral ante las nuevas realidades y cambios del mundo pos moderno", revista Derecho Laboral N.º 270, Montevideo, abr.-jun. 2018.

tra aproximación a ideas o propuestas delineadas por muchos referentes del pensamiento ius laboralista. Entre ellos, he de reconocer la influencia que ejercieran –naturalmente que por razones de cercanía- las enseñanzas de Barbagelata, cuando en 2011 enuncia una descripción de nuestra disciplina jurídica a través del prisma de lo que él califica como **su proyección universal**. La concepción del autor le asigna al Derecho laboral una función omnicomprensiva de "protección del trabajo y consiguientemente de los trabajadores, bajo todas sus formas y modalidades, aunque" –agrega- "la protección deba adaptarse a las respectivas condiciones"[64]. Se trata de una apertura conceptual respecto de los caracteres que identifican por una parte, el objeto o materia (el trabajo) y por la otra, los sujetos (tanto trabajador como empleador), en relación con los tipos regulados por la normativa corriente. Se supera así el modelo histórico que, en cierto modo, Romagnoli calificara como "el derecho laboral que ha sido reconocido en la ley o negociado con los sindicatos"[65].

Pensamos que se trata de proteger el trabajo globalmente considerado, en la medida que detrás del mismo haya un ser humano (individuo - persona - ciudadano) que debe ser respetado en su dignidad e integridad, dotándosele de una capacidad real para obtener ingresos a través de sus habilidades y capacidades laborativas, redundando en que resulte útil e integrado a la comunidad en razón de la productividad de su esfuerzo físico e intelectual. Las modalidades de prestar y organizar el trabajo de las personas que viven del mismo (y por qué no, para el mismo)[66]

64 Barbagelata, H.-H., "El Derecho universal del Trabajo", Revista de la Facultad de Derecho N.º 31, Montevideo, julio-diciembre 2011.

65 Romagnoli, Umberto, "El derecho laboral de cara a la globalización", Revista Actualidad Laboral N.º 114, Lima, nov.-dic. 2002.

66 Sometiendo su capacidad "laborativa" (adjetivo de la lengua portuguesa al que acudimos con frecuencia en nuestra dicción), entregando su tiempo y subsumiendo porciones de libertad individual para "producir algo" (como gustaba definir Plá Rodríguez el trabajo).

y siguen dependiendo de su capacidad de prestarlo para su sustento, no pueden quedar sujetas a los (ahora) estrechos límites del Derecho Laboral que supo irrumpir como disciplina protectora del trabajo humano industrial a nivel de cada Estado nacional.[67]

V. UN BALANCE HASTA AHORA INSUFICIENTE

11. Como corolario de estas apreciaciones generales, rescatamos la idea de que la peor actitud consiste en desviar la mirada de esta realidad, pretendiendo que sólo hay trabajo cuando se contrata el mismo por un empleador, mediando una dependencia jurídica (subordinación) y a cambio de un salario, como lo ha propuesto históricamente el Derecho del Trabajo.[68]

    Menos aún que el sindicato sólo ha de ocuparse por los intereses de ese núcleo reducido de trabajadores subordinados y asalariados, desconociendo su capacidad para ampliar el paraguas de su accionar a todos aquellos que trabajan en condiciones precarias, desamparadas, sin cobertura jurídica, con nula capacidad de organizarse, negociar y hasta accionar el conflicto.[69]

---

67 Aun sin desconocer el papel trascendente que ha prestado y sigue prestando la OIT en la internacionalización de estándares protectores mínimos en el mercado laboral. Pero la propia institución hoy plantea dilemas que conforman un clima de preocupación. "A escala nacional, es difícil regular de forma efectiva la relación de empleo individual a causa del trabajo informal, la migración laboral y la proliferación de formas atípicas de empleo. El estancamiento o la disminución del número de afiliados a los sindicatos y, en algunos casos, la pérdida de apoyo político a la negociación colectiva constituyen un obstáculo a la regulación colectiva del empleo. Del mismo modo, la regulación pública encuentra trabas en muchos casos por el debilitamiento del apoyo a la administración laboral, en especial la inspección del trabajo y la solución de conflictos" (Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Nuevas perspectivas para la gobernanza del trabajo - Grupo 6, Nota informativa de 15 – 17 de febrero de 2018).

68 Rosenbaum, Jorge, Otras formas de contratación…., cit.

69 Como señala Eduardo Rojo Torrecilla, "la lucha contra todo tipo de exclusión y marginación, con especial atención a los problemas de los más excluidos, aquellos que quedan fuera de los círculos ordinarios de la vida social o laboral" ("El sindicato del siglo XXI y la Carta de Derechos Sociolaborales", Barcelona, 8/9/2016).

La protección del trabajo, aún bajo los actuales postulados del derecho positivo, exige extender su alcance, de modo inexorable, a variedades de trabajadores y formas de prestar trabajo que conceptualmente han aparecido en la vida real.[70] Como se ha afirmado, bajo el modo de producción capitalista (que por más injusto e ineficaz que nos parezca, sigue siendo un sistema preeminente en la era contemporánea), "la unidad de la producción y el consumo sociales se establece en el mercado: allí es donde los individuos se enfrentan a su interdependencia social; donde se enfrentan a la necesidad de producir valor como el único medio para reproducir sus propias vidas".[71]

12. Por ello consideramos ineludible **encarar un enfoque global sobre el trabajo**, bajo una perspectiva de confluencia de muy diversas variables, que incluso admite la co- responsabilización protectora de los salarios, las indemnizaciones y los aportes contributivos de Seguridad Social, como también del cumplimiento de protección y seguridad, y hasta de condiciones de trabajo decentes (en el sentido más amplio del término), a terceros beneficiarios directos o indirectos de la prestación laboral de los trabajadores.[72] Para lograrlo se torna menester la instrumentación "ad-hoc" de cambios tributarios, que no se agoten

70 Al releer las páginas escritas por Néstor De Buen en 1974, sorprende su visión premonitoria cuando anunciaba que "El problema parece difícil de resolverlo en una etapa de la evolución del derecho del trabajo en que aún escapan de sus normas ciertas relaciones de prestación de servicios. Nosotros consideramos esta etapa como transitoria. Llegará el día…. en que el único dato importante lo constituya, precisamente, la prestación personal de un servicio. Ésta será, entonces, la nota característica de la relación laboral" (La relación laboral, en Derecho del Trabajo, tomo I, 8ª. edición, Porrúa, México, 1991, pág. 551).

71 Rossi, Cecilia Brenda, "¿El descentramiento teórico del mundo del trabajo como forma de resistencia al neoliberalismo? Notas críticas sobre el fin del trabajo y la clase obrera", en Rev. Theomai, núm. 23, 2011, págs. 136-150.

72 Conforme las describe Ermida Uriarte, Oscar en "El impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo (informe general del tema 1 del XIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), en rev. Derecho Laboral N.º 164, Montevideo, 1991.

exclusivamente en los aportes y rentas generadas en el trabajo y las jubilaciones, en la producción y comercialización empresarial directa o en el consumo, sino que actúen más fuertemente sobre los factores de concentración efectiva de riqueza, posibilitando así una redistribución que resulte más equitativa que igualitaria respecto de las personas con mayores carencias que la sociedad debe proteger y encausar inclusivamente en su seno.

Se trata de avanzar, entonces, respecto de las que fueron y siguen siendo algunas de las valoraciones y respuestas tradicionales. Por tanto, habría camino por delante para el Derecho del trabajo y para un sinnúmero de disciplinas que se enraízan con este progreso necesario e impostergable de la humanidad toda. Recordamos que desde que surgiera el Derecho laboral, y mucho más aun con el auge del neo liberalismo, se ha discutido y propiciado por corrientes afines a la libertad del mercado y de la empresa[73], si esta disciplina no terminaría conformando un capítulo de la Economía, lo que notoriamente desconoce en los hechos que el trabajo no constituye una mercancía. No obstante tan fuertes y enconados embates, la misma ha pervivido y mantenido incólume su dogmática y sus principios. Incluso lo ha hecho mucho más allá de los cambios en los sistemas políticos y económicos a lo largo de la historia, tornándose de ese modo en un derecho universal.[74]

---

73 Según las cuales, la libre empresa y la propiedad privada, son partes esenciales de la libertad, por lo que una sociedad que no se construya sobre estos pilares, no merece el nombre de libre. Según Jorge Witker, los neoliberales "hacen del mercado el centro de lo social, pero su visión del mercado está sólo restringida a los mercados de los sectores financiero y bursátil, el cual es el eje de toda su concepción y de toda su orientación sociopolítica. En torno a ellos giran los mercados de bienes y servicios al que acuden los agentes económicos" (Introducción al derecho económico, 4a. ed., McGrawHill, México, 1999, citado por María Carmen Macías, en Neoliberalismo y relaciones de trabajo, Colección de investigaciones jurídicas de la UNAM).

74 Concepción ya citada de Héctor-Hugo Barbagelata: "…por cuanto el trabajo es un derecho humano fundamental, la protección de los trabajadores está amparada por normas constitucionales e internacionales, que deben ser cuidadosamente respetadas y desarrolladas, cualquiera sea el régimen de producción" (vid. También "El derecho del trabajo y

Si bien no resultan visibles muchos indicios positivos, **existen espacios** para impulsar un avance tal de los derechos humanos y su concretización en normas jurídicas, así como que el Derecho del trabajo se vea en condiciones inmejorables para ampliar, como ciencia regulatoria del trabajo del hombre, los que han sido y siguen siendo sus conceptos estructurales. Muchas son las dificultades que se plantean, pero los Pactos Internacionales no pueden quedar, como lo hemos señalado, en meras expresiones de deseos. Si las naciones han reafirmado el impulso universal del ideal del ser humano libre, redimido del temor y de la miseria, habrá que militar para recordarles a los gobernantes que tienen el deber ineludible de crear "condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".[75]

Para cristalizar ese fin, la concreción de mayor justicia exigirá no sólo eliminar la pobreza en los términos que viene batallando con ahínco la comunidad internacional, sino también alcanzar grados de distribución mucho más equitativos del producto que genera la riqueza en el mundo, a la luz de los datos que se verifican en la realidad presente.[76]

Este imperativo y la prosecución de otra aspiración, como lo es la lanzada por la OIT desde 1999 sobre el **trabajo decente**, quizás sirvan para **ir incorporando regulaciones garantistas de las condiciones de prestación del trabajo humano en su sentido más amplio imaginable**, en niveles sin duda diferen-

---

el capitalismo", Equipo Federal del Trabajo, en http://www.newsmatic.com.ar/conectar/245/100/ articulo/3299/El-Derecho-del-Trabajo-yel-Capitalismo.html).

75 Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; Convención americana sobre Derechos Humanos de 1969 y su Protocolo Adicional de San Salvador, 1988.

76 Desde que sólo el 1% más rico tiene ya casi la mitad del PIB mundial, se señala que esto contradice la ética más elemental (¿Cómo justificar lo injustificable?, Red Latinoamericana de Universidades por el Emprendedurismo Social, en "La Escalada de la Pobreza en América Latina", Fondo de Cultura Económica, 1993).

ciados y con una gradualidad compatible con las condiciones de fondo que se requieren para solventar su realidad sustancial.

El conocimiento tiene que configurarse necesariamente a partir de diferentes perspectivas y ese es el camino para generar una verdadera conciencia universal compartida.[77] Se atribuye a Pablo Picasso un sabio pensamiento: **"todo lo que puedas imaginar es real"**, incluso –agrego- aquello que hoy nos parece una utopía.

77 Ottmar Ette, Los caminos del saber: Desafíos y perspectivas en el paisaje científico del Siglo XXI, conferencia dictada en la Universidad de Costa Rica, 2005.

TEMA 1

VIOLENCIA EN EL TRABAJO Y HOSTIGAMIENTO SEXUAL

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

PONENCIAS OFICIALES

VIOLENCIA EN EL TRABAJO Y HOSTIGAMIENTO SEXUAL: ASPECTOS SUSTANTIVOS

MIGUEL F. CANESSA MONTEJO

Abogado y Sociólogo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor universitario, investigador y consultor internacional (miguelcanessa@hotmail.com)

INTRODUCCIÓN

La relación laboral es descrita como la conexión jurídica entre una persona -el trabajador- y un tercero -el empleador-, donde aquél restringe el ejercicio de su libertad -la subordinación- para que éste pueda aprovechar su fuerza de trabajo -la prestación personal manual o intelectual- dentro de un lapso de tiempo -la jornada de trabajo- recibiendo a cambio una contraprestación económica -la remuneración-.

La particularidad de esta conexión jurídica es que el trabajador vende su fuerza de trabajo y no su resultado: el trabajo. Por eso, el empleador debe exteriorizar esa fuerza de trabajo para usarla en la elaboración de una mercancía o en la prestación de un servicio. Dicha finalidad solo puede ser lograda si el trabajador limita su libertad mientras dure la relación. El otorgamiento de validez jurídica por el ordenamiento a un acto donde una persona libre restringe su libertad es el dato de la realidad en la que se basa la relación laboral. En otras palabras, la licitud de la restricción de la libertad en la relación laboral es el "pecado original" del Derecho del Trabajo.

La subordinación jurídica es el pilar sobre el que se sustentan los poderes del empleador (dirección, control y disciplinario), en tanto le otorga la facultad jurídica para utilizar la fuerza de trabajo conforme a los requerimientos de la producción o la prestación del servicio que desea lograr. El poder del empleador cae en el abuso del derecho cuando el ejercicio de dicha facultad deriva en un comportamiento contrario a dicha finalidad. Esto explica el énfasis de los ordenamientos en evitar que el abuso de los poderes del empleador signifique la violación de los derechos fundamentales de los trabajadores. Sin embargo, también retrata que existe un terreno fértil dentro de las relaciones laborales para que el

abuso del poder del empleador materialice una forma de violencia sobre el trabajador.

Entre las formas más perniciosas de violencia en el mundo del trabajo que pueden padecer las personas tenemos a la discriminación. La discriminación es el trato peyorativo que sufre una persona o colectividad motivado por diferentes causas. En el caso de la discriminación por razón de género es entendida como el trato peyorativo que soportan las personas por distinciones basadas en características biológicas o en razón de funciones y responsabilidades que la sociedad le atribuye a determinado sexo (género)[1]. El género es definido como el conjunto de personas que comparten una o más características comunes y que se vuelve una variable socioeconómica para analizar las funciones, las responsabilidades, las limitaciones, las oportunidades y las necesidades de las personas. En resumen, las personas sufren la discriminación por motivo de género en el mundo del trabajo cuando se materializan distinciones peyorativas o acciones perjudiciales en base a los dos criterios mencionados.

El hostigamiento o el acoso sexual en el trabajo es una de las figuras de la discriminación por razón de género. Sostiene la Comisión de Expertos de la OIT que el hostigamiento sexual en el trabajo se define bajo dos elementos: el primer elemento es el chantaje sexual (*quid pro quo*) y el segundo elemento es el entorno de trabajo hostil. El primero consiste en el comportamiento ofensivo que afecta la dignidad de la persona, el cual es no deseado, irrazonable y ofensivo para la persona que lo sufre; el rechazo de una persona, o la sumisión a este comportamiento es utilizado como fundamento de una decisión que afecta el trabajo de la persona

1 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2012). *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativo a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Informe III (Parte 1B)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, párrafo 782.

hostigada. El segundo consiste en un comportamiento ofensivo que crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador[2].

La Comisión de Expertos de la OIT señala una serie de ejemplos de hostigamiento sexual que se reproducen en el mundo del trabajo: "Se trata especialmente de insultos, observaciones, bromas, insinuaciones o comentarios impropios sobre la manera de vestir de una persona, su cuerpo, edad, situación familiar, etc.; una actitud condescendiente o paternalista que menoscaba la dignidad; invitaciones o solicitudes impertinentes, implícitas o explícitas, acompañadas o no de amenazas; miradas concupiscentes u oros gestos asociados a la sexualidad; contactos físicos inútiles, como tocamientos, caricias, pellizcos; las vías de hecho"[3].

Para lograr la erradicación de la discriminación por razón de género en el mundo del trabajo, incluyendo el hostigamiento sexual, el Derecho del Trabajo lo plantea bajo la forma jurídica de la prohibición, tipología normativa que en los derechos fundamentales tiene carácter absoluto, es decir, la conducta está prohibida en cualquier supuesto. En otras palabras, el Derecho del Trabajo adopta la prohibición de la discriminación laboral (su versión general) o la prohibición en razón de género (su versión específica) para prescribir que en ninguna circunstancia cabe una conducta discriminadora en el mundo del trabajo.

La prohibición de la discriminación se ubica en la cúspide normativa de los ordenamientos. En primer lugar, la prohibición de la discriminación está recogido en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en la mayoría de las constituciones nacionales. En segundo lugar, la prohibición de la discriminación laboral forma parte del listado de los derechos humanos laborales, inclusive recogida en las

2 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2003). *Aplicación de las normas internacionales del trabajo 2003 (I). Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 504.

3 Organización Internacional del Trabajo (1988). *Igualdad en el Empleo y la Ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (parte 4B).* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, párrafo 45.

normas imperativas del Derecho Internacional, es decir, es uno de los derechos componente del *ius cogens* laboral[4]. También la prohibición de la discriminación laboral está incorporada como un derecho fundamental del trabajo por la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998. El Convenio núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la OIT -considerado un convenio fundamental por el propio organismo internacional- prohíbe cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación. En la actualidad, la discriminación laboral por razón de sexo es interpretada por razón de género[5].

El esfuerzo normativo internacional por suprimir los actos más perniciosos de la discriminación laboral lo encontramos en el recientemente aprobado Convenio núm. 190 sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, complementando con la Recomendación núm. 206. Las dos normas internacionales del trabajo retratan el consenso universal sobre la materia alcanzado por los representantes gubernamentales, de empleadores y de trabajadores, respectivamente[6].

Los ordenamientos nacionales no son ajenos en prescribir la prohibición de la discriminación laboral, inclusive regulaciones específicas que abordan la prohibición del hostigamiento social en el mundo del trabajo. Por ejemplo, la ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Ley No. 28983) o la ley peruana de prevención y sanción del hostigamiento sexual (Ley No. 27942) con sus reformas y su reglamento (Decreto Supremo N.º 010-2003-MIMDES), prohíben la discriminación por razón de género.

---

4 Cfr. Canessa Montejo, Miguel Francisco (2020). *Los derechos humanos laborales en el seno de la OIT*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 3ª. Edición, p. 325.

5 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2012). *Óp. Cit.,* párrafos 782-783.

6 El Convenio núm. 190 fue aprobado por 439 votos a favor, 30 abstenciones y 7 en contra; y la Recomendación núm. 206 fue aprobado por 397 votos a favor, 44 abstenciones y 12 en contra.

El objetivo de esta ponencia es analizar la violencia en el trabajo y el hostigamiento sexual en sus aspectos sustantivos desde una perspectiva laboral internacional, especialmente por el aporte de las disposiciones del mencionado Convenio núm. 190 de la OIT. La ponencia está dividida en dos apartados y una reflexión final. La primera parte aborda el contenido jurídico del Convenio en base a las nociones sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, la discriminación laboral por razón de género y el hostigamiento sexual. La segunda parte analiza el ámbito de aplicación de la norma internacional del trabajo, especialmente el debate sobre la obligación del empleador en asegurar su prohibición más allá del lugar de trabajo. Finalmente, una reflexión final que alienta la ratificación del Convenio por nuestro país. A lo largo de la ponencia se hace referencia a las normas laborales peruanas desde una perspectiva comparada, de modo que puedan identificarse las armonías y desavenencias con la norma internacional del trabajo.

La ponencia reduce su análisis a las definiciones y el ámbito de aplicación de la norma internacional del trabajo, sin que esto signifique ensombrecer el resto de las regulaciones y socavar su importancia. Tampoco la ponencia ni aborda la aplicación de las normas laborales peruanas en nuestro ordenamiento ni la jurisprudencia nacional emitida en base a la interpretación de dichas normas. Estos límites de la ponencia se enfocan en evitar yuxtaponerse a las otras dos ponencias del Congreso que lo complementan, aunque esto no impide hacer referencias puntuales a sentencias que por su importancia deben ser mencionadas.

1. La violencia y el acoso en el mundo del trabajo

El fenómeno de la violencia y el acoso está muy presente en el mundo del trabajo, diversos estudios muestran el alto grado de incidencia de este grave problema. En un estudio del Eurofound de la Unión Europea (2015) revela que el 14% de los trabajadores afirma haber sido objeto de violencia o acoso en el lugar de trabajo, siendo las mujeres las que sufren más la violencia. También muestra que el costo económico de la violencia contra las mujeres y las niñas representa entre el 1,2 y el 3,7% de produc-

to interno bruto. El mismo estudio revela que el 75% de las mujeres en puestos de alta dirección y más del 60% de las mujeres que trabajaban en el sector de servicios habrían sufrido acoso sexual[7].

Otro estudio realizado por la OIT de 2017 sobre la violencia y el hostigamiento sexual a nivel mundial, apoyándose en estadísticas nacionales, resalta que, en Corea del Sur, Filipinas, Japón y Malasia, entre el 30 al 40% de las mujeres sufrieron acoso sexual en su lugar de trabajo. A su vez, en México, el Instituto Nacional de Mujeres revela que el 46% de las mujeres que laboran en la economía formal (15 millones de personas) sufrieron algún tipo de hostigamiento sexual. En Uganda, una encuesta realizada a más de 2.910 organizaciones indica que el 90% de mujeres habían sido acosadas sexualmente en el trabajo por sus superiores masculinos[8].

Lamentablemente, no hay estadísticas peruanas sobre la violencia y el hostigamiento sexual en el país, solo contamos con reportes sobre las denuncias presentadas ante el Ministerio de Trabajo y el estudio de la problemática del hostigamiento sexual laboral en el sector público de la Defensoría del Pueblo[9]. Sin embargo, las cifras peruanas no deben ser muy lejanas a las mostradas en los otros países del mundo, inclusive podrían ser peores si consideramos los números de feminicidios registrados en el Perú. En la última década hubo 1,179 mujeres asesinadas, siendo el peor año 2019 con 166 asesinatos, con una tendencia creciente[10].

---

7 Cfr. Giaccone, Mario y Di Nunzio, Daniele (2015). *Violence and harassment in European workplaces: Causes, impacts and policies.* Dublin: Eurofound. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_comparative_analytical_report/field_ef_documents/ef1473en.pdf.

8 Cfr. Pillinger, Jane (2017). *Violence and harassment against women and men in the world of work. Trade Union perspectives and action.* Geneva: International Labour Office, p. 14.

9 Cfr. Defensoría del Pueblo del Perú (2018). *Aproximación a la problemática del hostigamiento sexual laboral contra las mujeres. Supervisión a ministerios, gobiernos regionales y Poder Judicial.* Lima: Defensoría del Pueblo, Serie Informe de Adjuntía, Informe No. 007-2018-DP/ADM.

10 Cfr. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2019). *Reporte estadístico de casos con características de feminicidio registrados por los centros de emergencia Mujer*. Lima: Programa Nacional para la Prevención y Erradicación de la violencia contra las

Partamos en reconocer que el conflicto impregna la relación laboral por las posiciones contrapuestas entre el trabajador (y el colectivo de trabajadores) y el empleador, en razón que, si bien comparten intereses comunes (por ejemplo, el destino de la empresa), también pesan las diferencias de intereses por la fijación de las remuneraciones, las condiciones de trabajo y de empleo, etc. A esto se agrega la disparidad de poder en la negociación para la celebración del contrato de trabajo y que se acrecienta con los poderes del empleador por la subordinación del trabajador. Estas características son subrayadas por los laboralistas clásicos del siglo XX, reconociendo que el conflicto no puede ser ajeno a la relación laboral.

Mencionamos previamente que esta situación se explica por la propia naturaleza de la subordinación. La subordinación es el medio que permite al empleador usar la fuerza de trabajo, el sostén de su poder sobre el trabajador y, también, la causa principal del conflicto laboral. En palabras de Kahn-Freund, lo que ocurre en realidad es que: "El Derecho encubre -y, en alguna medida, debe hacerlo- la realidad de la subordinación tras la pantalla conceptual de los contratos que considera concluidos entre iguales. Quizás esto justifique en parte la propensión de los juristas a tratar de ignorar la realidad que encierra el reparto del poder en la Sociedad"[11]. La sujeción permanente a las órdenes del empleador es característica de la relación laboral que la ley laboral valida, pero, a la vez, es causa de conflictividad. La inicial fundamentación del Derecho del Trabajo fue la canalización del conflicto laboral por medio de su institucionalización[12], para evitar los altos niveles de intensidad que terminen en violencia y destruyan el modelo productivo. De este modo, la intervención estatal en las relaciones

mujeres e integrantes del Grupo Familiar Aurora.
https://www.mimp.gob.pe/contigo/contenidos/pncontigo-articulos.php?codigo=39

11 Kahn-Freund, Otto (1987). *Trabajo y Derecho.* Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, traducción de Jesús M. Galiana Moreno, tercera edición inglesa a cargo de Paul Davies y Mark Freedland, p. 49-50.

12 Cfr. Palomeque López, Manuel Carlos (2011). *Derecho del Trabajo e Ideología*. Madrid: Editorial Tecnos, 7ª. Edición revisada, p. 20-22.

laborales respondió a limitar la voluntad omnímoda del empresario en la fijación de las condiciones de trabajo protegiendo al trabajador[13].

Si bien el papel de la subordinación jurídica no se transforma en las relaciones laborales del siglo XXI, el Derecho del Trabajo reformula su fundamentación, influenciado por los derechos humanos, poniendo el énfasis en la protección de la libertad mermada del trabajador.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporaron desde el principio de su regulación a los derechos laborales, entendible porque los seres humanos tienen que ser protegidos en el mundo del trabajo por un conjunto de derechos básicos que asegurase el respeto de la dignidad humana[14]. Este nexo común termina influenciando recíprocamente a los ordenamientos nacionales. Así, la fundamentación de los derechos humanos laborales que se sustenta en la protección de la dignidad humana y en la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo[15], encuentra encaje en el inalterable carácter tuitivo de la norma laboral. La defensa de la libertad del trabajador se erige como límite jurídico infranqueable para el ejercicio del poder del empleador. La subordinación jurídica permanece como pilar de la relación laboral, pero vigilada por esta redefinida norma laboral. Por ello, la protección de la libertad de las personas en el mundo del trabajo es la exigencia para erradicar este tipo de discriminación y su prohibición responde a dicha fundamentación.

En conclusión, la prohibición de la discriminación laboral por razón de género, que incluye el hostigamiento o acoso sexual, está en el núcleo indisponible del ordenamiento laboral, por lo que no cabe ningún tipo de tolerancia frente a la distinción, exclusión o restricción basado en el género dentro del mundo del trabajo, por el carácter absoluto de la prohibición[16].

---

13 Cfr. De La Villa, Luis Enrique y Palomeque López, Manuel Carlos (1980). *Introducción a la Economía del Trabajo*. Madrid: Editorial Debate, Volumen 1, p. 74.

14 Cfr. Canessa Montejo, Miguel Francisco (2008). *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 19.

15 Cfr. Canessa Montejo, Miguel Francisco (2020). *Óp. Cit.,* p. 70.

16 Aunque se sostiene que en realidad las prohibiciones son los límites últimos de los derechos fundamentales. Cfr. Brage Camazano, Joaquín (2004). *Los límites a los derechos*

En este escenario debemos analizar la prohibición de la violencia y del hostigamiento sexual en el mundo del trabajo.

El Convenio núm. 190 de la OIT es el esfuerzo normativo internacional para combatir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Su preámbulo plasma el vínculo jurídico entre los derechos humanos y esta prohibición laboral recogida en la norma internacional del trabajo cuando afirma: "Reconociendo que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos, y que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades, y son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente". De modo que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo es una violación de los derechos humanos.

El antecedente directo de la norma internacional del trabajo es el Acuerdo Marco Europeo sobre el acoso y violencia en el trabajo de 2007[17], donde los interlocutores sociales definen en el tercer apartado que el acoso es el maltrato a uno o más trabajadores o directivos varias veces y deliberadamente, se les amenaza o se les humilla en situaciones vinculadas con el trabajo; mientras la violencia se produce con la agresión de uno o más trabajadores o directivos en situaciones relacionadas con el trabajo. Precisa que el acoso y la violencia pueden provenir de los directivos o de los propios trabajadores, con la finalidad o el efecto de perjudicar la dignidad de la víctima, dañar su salud o crearle un entorno de trabajo hostil.

En el literal a) de su artículo 1, el Convenio núm. 190 señala que para efectos del Convenio: "la expresión «violencia» y «acoso» designa al conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género".

---

fundamentales. Madrid: Editorial Dykinson, p. 41.

17 Los acuerdos marco europeos son los convenios celebrados entre los representantes de las organizaciones de empleadores y de trabajadores a nivel comunitario que está reconocido en el Acuerdo de Maastricht sobre política social.

En primer lugar, la «violencia» y el «acoso» son planteados como un concepto integrado que permite aplicarse a toda una variedad de situaciones, por lo que la referencia al «conjunto» alude a toda una variedad de comportamientos, independientes o combinados, incluyendo también la escalada de comportamientos[18]. El significado de considerarlo como un solo concepto es que facilita su aplicación en diversas situaciones[19]. A su vez, esta formulación jurídica deja a un lado la relación de un listado indicativo de comportamientos que expresen la violencia y el acoso, o que establezca categorías o formas de violencia y acoso generalmente reconocidas, porque puede interpretarse que estos son los únicos supuestos que están prohibidos.

Durante el primer debate del proyecto del Convenio, la delegación de los trabajadores postuló que la definición de «violencia y acoso» podían abarcar formas múltiples y diversas, tales como: "el abuso físico, la violencia sexual, el abuso verbal, el hostigamiento, el acoso moral, el abuso psicológico, la intimidación, el acoso sexual, las amenazas de violencia y el acecho, así como otras formas que aún no se habían manifestado o reconocido"[20]. Sin embargo, el propio listado que pretende ser amplio denota que la multiplicidad de situaciones puede resultar insuficiente y la propia percepción de la definición evoluciona continuamente[21], por lo

18 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2019a). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (1)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 108ª. Reunión, 2019, p. 4-5.

19 Este criterio lo formula la delegación gubernamental peruana. Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2019b). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (2A)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 108ª. Reunión, 2019, p. 16.

20 Organización Internacional del Trabajo (2018d). *La violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo. Informes de la Comisión normativa sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: Resumen de las labores*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales, 8B (Rev. 1), 107ª. Reunión, miércoles 10 de octubre de 2018, párrafo 70.

21 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2018b). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (2)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 107ª. Reunión, 2018, p. 26.

que la delegación de trabajadores termina adhiriéndose a la formulación final del Convenio núm. 190.

En conclusión, la prohibición de la violación y el acoso cubre cualquier supuesto que signifique comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas. Para el caso peruano, es relevante que el supuesto establecido en el Convenio va más allá de la prohibición del hostigamiento sexual como conducta o práctica inaceptable prohibida.

En segundo lugar, la violencia y el acoso puede manifestarse una sola vez o de manera repetida. En principio, este segundo elemento se alejaría de las posiciones que identifican al acoso en función a que se produzca en multiplicidad de ocasiones.

Bajo el concepto elaborado por el psicólogo Heinz Leyemann sobre el acoso moral en el trabajo o *mobbing* resalta que consiste en las actitudes hostiles frecuentes y repetidas en el lugar de trabajo contra una determinada persona[22]. Este criterio de la pluralidad de actos hostiles fue incorporado por la doctrina jurídica para distinguir entre el acoso moral y el hostigamiento sexual, donde el primero se configura por la repetición sistemática de actos vejatorios y humillantes contra la persona, mientras en el segundo puede materializarse mediante un solo acto[23]. La justificación del carácter reiterativo del acoso moral es para diferenciarlo de la agresión esporádica que puede ser simplemente una reacción impulsiva donde no existe la premeditación[24].

La reunión de expertos de 2016, promovida por la OIT, con la que se inicia el proceso de elaboración de la norma internacional del trabajo, señala que: "La manifestación de la violencia y el acoso puede ser un evento puntual o recurrente, y la naturaleza y el impacto de dicha conducta son criterios fundamentales para determinar si la misma puede calificarse de

22 Cfr. Leyemann, Heinz (1996). *Mobbing: la persécution au travail*. Paris: Seuil.

23 Cfr. Blancas Bustamente, Carlos (2007). *El acoso moral en la relación de trabajo*. Lima: Palestra Editores, p. 47.

24 Ídem., p. 26.

violencia y acoso"[25]. La gravedad del evento puntual lo hace merecedor de su prohibición, con independencia del supuesto de violencia y acoso en que se le ubique.

Este segundo elemento que no exige la repetición del acto hostil se justificaría en que bajo este concepto de violencia y acoso de la norma internacional del trabajo caben todos los supuestos de comportamientos y prácticas inaceptables. Exigir que sea recurrente desvirtuaría la gravedad de un único acto, como ocurre con el hostigamiento sexual. Esto explica que, entre las variadas formas de violencia y acoso en el mundo del trabajo, la agresión esporádica puede ser tan grave que califica dentro de ella.

En tercer lugar, el objeto de la violencia y el acoso es causar o poder causar un daño físico, psicológico, sexual o económico. Lo que alude es que el resultado o efecto del comportamiento o práctica inaceptable provoca un daño que se materializa en un perjuicio, lesión o menoscabo para la víctima.

La norma internacional del trabajo señala cuatro tipos de daños que causa o busca causar. En primer lugar, el daño físico causa un sufrimiento en la persona y su amplitud le permite abarcar desde la lesión corporal hasta el fallecimiento de la persona. En segundo lugar, el daño psicológico está vinculado al acoso moral o *mobbing* que es una alteración en la psique o mente de la persona. En tercer lugar, el daño o violencia sexual es el acto que pretende u obliga a una persona a mantener un contacto de carácter sexual, que abarca desde el acoso verbal, la penetración forzada y una variedad de tipos de coacción, desde la presión social y la intimidación de la fuerza física, sostiene la Organización Mundial de la Salud[26]. En cuarto lugar, el daño económico es el perjuicio material que sufre la persona.

---

25 Organización Internacional del Trabajo (2016). *Informe del Director General. Quinto informe complementario: Resultado de la reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración del Trabajo, 328ª. Reunión, (GB.328/INS/17/5) p. 6.

26 Cfr. Organización Mundial de la Salud (2013). *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres.* Washington DC: Organización Panamericana de la Salud. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98821/WHO_RHR_12.37_spa.pdf;jsessionid=1636AC16C3B6A0427BEC57A678A904EB?sequence=1

En el literal b) del artículo 1 del Convenio núm. 190 señala que para efectos del Convenio: "la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual".

La norma internacional del trabajo introduce la expresión «violencia y acoso por razón de género» siguiendo la evolución internacional desde la prohibición de la discriminación motivada por el sexo de la persona.

En primer lugar, el concepto de la «violencia de género» se refiere a "la violencia y el acoso que se dirige contra una persona en razón de su sexo o género o que afecta de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado"[27].

En segundo lugar, la «violencia de género» no puede ser interpretada como un sinónimo de la violencia contra la mujer, porque si bien las mujeres o las niñas son la mayoría de las víctimas y sus perpetradores son hombres, la violencia de género lo sufren las mujeres, los hombres u otras personas con estilos de vida no convencionales (homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales) o que son percibidos como tales[28].

En tercer lugar, las formas específicas de violencia y acoso de género relacionadas con el trabajo son: el hostigamiento o acoso sexual, la violencia y el acoso por motivos relacionados con el sexo y la violencia doméstica en el lugar de trabajo o relacionada con éste[29]. La violencia sexual en el mundo del trabajo es una forma de discriminación sexual que puede combinar elementos de violencia física y psicológica e incluir una diversidad de comportamientos, que van desde los comentarios o gestos no deseados, las

27 Organización Internacional del Trabajo (2018b). *Óp. Cit.,* p. 27.

28 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2018a). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (1)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 107ª. Reunión, 2018, párrafo 33.

29 Ídem., párrafo 36.

bromas y el contacto físico breve hasta la agresión sexual[30]. En el caso de la violencia y el acoso relacionados con el sexo se materializa bajo diversas modalidades como el acoso por maternidad, la discriminación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, las bromas despectivas o degradantes sobre las personas en razón de sexo o género[31]. Finalmente, en un estudio de legislación comparada del Banco Mundial se concluye que la violencia doméstica abarca la violencia física, la violencia sexual, la violencia psicológica y la violencia económica[32], justamente los cuatro daños recogidos en la norma internacional del trabajo.

En cuarto lugar, el hostigamiento o acoso sexual forma parte del contenido de la violencia y el acoso. Este elemento buscar reforzar y resaltar la importancia que tiene esta perniciosa modalidad en el mundo del trabajo.

En el segundo numeral del artículo 1 del Convenio núm. 190 establece que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados".

Este numeral es un buen ejemplo de la flexibilidad de las normas internacionales del trabajo, porque deja un ámbito de regulación para los Estados miembros dentro del marco normativo establecido. En este caso se otorga la potestad de mantener el concepto único de violencia y acoso o separarlo en la legislación nacional. Desde el inicio de la elaboración de la norma internacional del trabajo, los gobiernos y los empleadores señalaron su preocupación de que la legislación nacional pudiese formular la definición conjunta o separada de la violencia y el acoso, de modo que se permitiese aumentar la claridad de la regulación y facilitar la ratificación[33].

---

30 Cfr. Mccann, Deidre (2015). *Sexual harassment at work: National and international responses*. Geneva: International Labour Office, Conditions of Work and Employment Series No. 2, p. 2.

31 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2018a). *Óp. Cit.,* párrafo 44.

32 Cfr. Banco Mundial (2015). *Mujer, Empresa y el Derecho 2016: alcanzando la igualdad.* Washington DC: Banco Mundial.

33 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2018b). *Óp. Cit.,* p. 18-19.

Nuestra Constitución prescribe en su artículo 2 que toda persona tiene derecho: "(…) 2. A la igualdad ante la Ley. *Nadie puede ser discriminado por motivos de origen* de raza, *sexo*, idioma, religión, opinión, condición económica *o de cualquier otra índole* (cursiva es mía)". Existe abundante jurisprudencia constitucional y laboral sobre la discriminación por motivo de sexo, especialmente la que sufre la mujer[34]. A su vez, el artículo 26 prescribe que en la relación laboral se respeta: "1. Igualdad de oportunidades si discriminación", lo que ha interpretado el Tribunal Constitucional como la manifestación del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales[35].

La legislación peruana tiene cinco normas principales que abordan la discriminación laboral. En primer lugar, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728 y sus modificatorias) cuando regula la hostilidad como despido indirecto (artículos 30 y 35). En segundo lugar, la Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual (Ley No. 27942 y sus modificatorias). En tercer lugar, la Ley de las ofertas de empleo (Ley No. 26772 y su modificatoria en la Ley No. 27270). En cuarto lugar, la Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Ley No. 28983). En quinto lugar, la Ley que prohíbe la discriminación salarial entre varones y mujeres (Ley No. 30709). Nuestro interés se centra solo en las regulaciones que se refieran a la violencia y el acoso.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral califica como actos de hostilidad en su artículo 30: el acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia (inciso e), los actos de discriminación por razón de sexo (inciso f), y los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador (inciso g). La norma prescribe que, ante estos supuestos de hostilidad, el trabajador

34 Vid. Rubio Correa, Marcial, Eguiguren Preali, Francisco y Bernales Ballesteros, Enrique (2013). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2ª. Reimpresión, 156 y ss.

35 Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia de 6 de noviembre de 2008*. Expediente No. 5652-2007-PA/TC, párrafo 34.

debe emplazar por escrito a su empleador para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, antes de accionar judicialmente. Hay una referencia al hostigamiento sexual, señalando que este tipo de acto de hostilidad se investiga y sanciona conforme a la ley sobre la materia. El artículo 35 establece que el trabajador afectado por algunas de las causales de hostilidad tiene que optar excluyentemente por demandar el cese de la hostilidad o el pago de la indemnización por la terminación del contrato de trabajo (despido indirecto).

En principio, podría considerarse que la amplitud de supuestos de estos tres incisos se ajusta al concepto de violencia y acoso, permitiendo que una interpretación justificada de la regulación esté armonizada a la norma internacional del trabajo. Por ejemplo, si bien el acoso moral no está explícitamente regulado en el artículo 30, resulta evidente que esta conducta se encuentra prohibida[36]. Otros ejemplos son las sentencias constitucionales sobre la discriminación que sufren las mujeres por razón de su embarazo[37] o la protección de la madre trabajadora[38].

La Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual (Ley N.º 27942) señala en su artículo 4 que "es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual no deseada por la persona contra la que se dirige, que pueda crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que pueda afectar su actividad o situación laboral (…). En estos casos no se requiere acreditar el rechazo ni la reiterancia de la conducta"[39].

---

36 Cfr. Blancas Bustamante, Carlos (2007). *Óp. Cit.,* p. 78.

37 Vid. Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia de 25 de junio de 2004*. Expediente No. 0666-2004-AA/TC. Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia de 6 de noviembre de 2008*. Expediente No. 5652-2007-PA/TC. Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia de 11 de febrero de 2009*. Expediente No. 05527-2008-PHC/TC. Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia de 30 de junio de 2010*. Expediente No. 2632-2009-PA/TC. Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia de 31 de enero de 2011*. Expediente No. 02148-2010-PA/TC. Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia de 22 de octubre de 2012*. Expediente No. 02456-2012-AA/TC.

38 Vid. Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia de 6 de noviembre de 2008*. Expediente No. 5652-2007-PA/TC.

39 La Ley No. 27492 ha recibido dos importantes reformas normativas. Por un lado, la

Lo destacable es que no se exige que el hostigamiento sexual tenga que materializarse de forma reiterada, incorporando el argumento jurídico de que la gravedad del único acto es suficiente para producirse la violación de la dignidad de la persona.

Luego, el artículo 6 establece un listado abierto de las manifestaciones del hostigamiento sexual: a) la promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente o beneficioso a cambio de favores sexuales; b) las amenazas que exigen en forma implícita o explícita una conducta no deseada de la víctima que atente o agravie su dignidad; c) el uso de términos de naturaleza o connotación sexual o sexista, insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos o exhibición a través de cualquier medio de imágenes de contenido sexual, que resulten inapropiados, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima; d) los acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulte ofensivas y no deseadas por la víctima; e) el trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas previas; f) otras conductas que encajen dentro del hostigamiento sexual.

El listado abierto de causales de hostigamiento sexual armoniza con la regulación del Convenio núm. 190 que también lo establece, como se ha destacado. De este modo, la norma nacional puede adaptarse a los cambios propios de la conducta de las personas y estará actualizado de forma permanente. No obstante, la labor principal de protección la va a cumplir la judicatura que por medio de sus fallos judiciales va a señalar las pautas en la materia. Merece destacarse el precedente vinculante establecido por la Corte Suprema sobre el hostigamiento sexual[40].

Ley No. 29430 de 8 de noviembre de 2009; y, por otro lado, el Decreto Legislativo No. 1410 de 12 de septiembre de 2018. En su versión original, el artículo 4 equiparó el hostigamiento sexual solo con el chantaje sexual, no incluyendo el ambiente hostil. También exigió que el hostigamiento sexual fuese una conducta física o verbal reiterada. Evidentemente este artículo era opuesto a lo prescrito en el Convenio núm. 190.

40 Vid. Corte Suprema del Perú. *Sentencia 8 de enero de 2013.* Casación N.º 3804-2010-Del Santa.

En conclusión, la regulación de los artículos 4 y 6 de la Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual es armonioso con lo estipulado en el artículo del Convenio núm. 190 sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo.

2. El ámbito de aplicación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

La protección universal del Convenio es el objetivo que se trazan sus redactores, aunque esto no estuvo ajeno a controversias. En primer lugar, si la protección universal se refiriese solo a los trabajadores con los que el empleador mantuviese una relación laboral, así como la responsabilidad de los empleadores. En segundo lugar, si la obligación de protección del empleador fuese solo en el lugar físico del trabajo o se extendiese más allá del centro de labores. Estas materias son las que definen el ámbito de aplicación de la norma internacional del trabajo.

El Convenio núm. 190 tiene dos regulaciones sobre su ámbito de aplicación que son de profundo calado porque se refiere, por un lado, el ámbito subjetivo -las personas protegidas-, y, por otro lado, el ámbito objetivo -el espacio físico y temporal de la protección-. La importancia de estas regulaciones es valorar la discusión que se dio al interior de la Comisión normativa sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y en la Conferencia Internacional del Trabajo donde se aprueba la norma internacional. Se trata de un debate que por su resultado quiebra los tradicionales ámbitos de aplicación de las normas laborales, explicable porque la materia trasciende el carácter salarial de la relación laboral para ubicarse en la protección de la dignidad humana. Esto queda retratado en las afirmaciones de la vicepresidenta empleadora de la Comisión normativa cuando expresa con claridad que: “Es importante destacar que ponemos nuestra esperanza en un instrumento que se aplique a todos, dada la enorme importancia que todos reconocemos a la protección contra la violencia y el acoso. Hemos asistido a una controversia innecesaria y lamentable en torno a la cuestión de las personas como seres humanos que merecen el mismo trato, sin atenerse a categorías o definiciones. Hemos advertido sistemáticamente que tales listas corren el riesgo de excluir a determinadas

personas y seguimos decepcionados porque se haya dedicado tanto tiempo a debatir si el texto de las conclusiones propuestas debía mencionar expresamente a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales (LGBTI) con miras a la adopción de un convenio. Consideramos muy importante garantizar la protección de todas las personas contra la violencia y el acoso, incluidas las personas LGTBI; algo que debe quedar meridianamente claro en el texto (…)”[41].

Para analizar esta materia lo dividimos en función a los dos ámbitos de aplicación de la norma internacional del trabajo.

2.1. El ámbito subjetivo de la prohibición de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

El numeral 1 del artículo 2 del Convenio núm. 190 establece: “El presente Convenio protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador”.

Esta disposición establece que el ámbito subjetivo de protección del Convenio tiene un carácter universal, es decir, la norma internacional del trabajo se les aplica a las personas ubicadas en el mundo del trabajo: los trabajadores, los empleadores y las personas, en general, sin que la relación salarial sea la frontera que determine la protección.

Conforme al Convenio existen siete grupos de personas que se ubican en el mundo del trabajo -materia que analizamos en el ámbito objetivo-. En

41 Organización Internacional del Trabajo (2018c). *Informes de la Comisión normativa sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales 8C, 107ª. Reunión, jueves 28 de junio, p. 4.

primer lugar, los trabajadores asalariados. En segundo lugar, las personas que trabajan con independencia de su situación contractual. En tercer lugar, las personas en formación profesional (los pasantes, los aprendices). En cuarto lugar, los trabajadores despedidos. En quinto lugar, los voluntarios. En sexto lugar, las personas desempleadas, ya sea buscando un empleo o postulando a uno. Finalmente, las personas que son identificadas como el empleador por ejercer dicha autoridad, funciones o responsabilidades. Si lo que se protege es la erradicación de la violencia y el acoso, cualquier persona que está en el mundo del trabajo puede sufrirla o cometerla. Por lo que cualquier planteamiento jurídico debe partir de este hecho. Esto explica que el ámbito subjetivo se plantee en función a identificar a las personas que se ubican en el mundo del trabajo, con independencia a la calidad jurídica que gozan dentro de ella.

En el caso de la protección de los asalariados no existe controversia que deben ser protegidos, en razón que son los que sufren directamente la violencia y el acoso durante sus labores, aunque la definición del trabajador asalariado será conforme lo defina la legislación y la práctica nacional, de modo que se evita cualquier controversia al respecto. La reunión de expertos de 2016 identifica las formas y las fuentes de la violencia y el acoso. Existen dos formas de violencia y acoso. El acoso horizontal se produce entre los propios trabajadores o entre el personal de dirección y el acoso vertical se produce entre personas ubicadas en distintos niveles de una jerarquía establecida. Existen dos fuentes de violencia y acoso. La fuente interna se refiere que el acoso proviene del propio personal que labora y la fuente externa se refiere que el acoso proviene de personas ajenas, como los clientes[42].

En el caso de las personas distintas a los asalariados, las legislaciones nacionales suelen proteger solo a los asalariados ante la violencia y el acoso. Aunque la tendencia predominante en las últimas regulaciones es ampliar la protección a otras personas, como los pasantes, los aprendices, los contratistas independientes y los subcontratistas[43]. Tomando esto en

42 Organización Internacional del Trabajo (2016). *Óp. Cit.,* párrafo 4.

43 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2018a). *Óp. Cit.,* párrafos 70-72.

consideración, la Oficina Internacional del Trabajo le propone a los gobiernos y los interlocutores sociales incluirlos en el proyecto del Convenio, por lo que bajo el término «trabajador» se designe a cualquier persona que ejerce cualquier tipo de empleo u ocupación, cualquiera sea su situación contractual, con inclusión de las personas en formación, los pasantes, los aprendices, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los trabajadores despedidos o suspendidos[44]. La mayoría de los gobiernos y de las organizaciones de trabajadores están de acuerdo con el texto propuesto[45], inclusive el gobierno peruano sostiene que: "No debería ser relevante el vínculo jurídico que las personas mantengan con la empresa, ya que la violencia y el acoso se manifiestan bajo el mismo modelo y espacio"[46]. Varios gobiernos y una organización de empleador proponen incluir a las personas que buscan empleo, los trabajadores despedidos y los trabajadores suspendidos únicamente si la violencia contra estas personas tiene lugar en una relación de trabajo[47]. El argumento principal para su inclusión, como lo manifiesta la vicepresidente trabajadora de la Comisión normativa, es porque se encuentran a menudo en condiciones de mayor riesgo[48].

Para respaldar esta ampliación, tengamos presente que en otras normas internacionales del trabajo su ámbito subjetivo los incluye. Por ejemplo, las personas que buscan empleo son señalados dentro del término «trabajadores» en el artículo 1 numeral 2 del Convenio núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas; o, el término «trabajador» que designa a toda persona que realiza cualquier forma o modalidad de trabajo, incorpora las personas que ejercen cualquier empleo u ocupación, las personas que reciben formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los voluntarios, las personas que buscan empleo y solicitantes de empleo, y los trabajadores despedidos y suspendidos, en los párrafos 1 literal j y 2 de la Recomendación núm. 200 sobre el VIH y el sida.

---

44 Ídem., p. 120.

45 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2018b). *Óp. Cit.,* p. 35.

46 Ídem., p. 34.

47 Ídem., p. 35.

48 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2018d). *Óp. Cit.,* párrafo 73.

Al principio el grupo de empleadores consideró innecesario definir el concepto de «trabajador» en la norma internacional porque su ampliación implicaba que los empleadores tendrían que asumir responsabilidades con respecto a personas que normalmente no estaban comprendidas en las definiciones de la legislación nacional[49]. Si bien el grupo de empleadores no deseaba limitar el ámbito de aplicación y reconocen que los empleadores tienen responsabilidad en el tratamiento de la violencia y el acoso, se interrogaban cómo se podría proteger a personas que no son trabajadores de un empleador[50]. Sin embargo, en el debate reconocen que la violencia contra los voluntarios es totalmente inaceptable y el requerimiento de favores sexuales a los solicitantes de empleo[51]. Finalmente, el grupo de empleadores propone que la norma internacional del trabajo abarque a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos o suspendidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los solicitantes de empleo[52].

Luego, la referencia a los trabajadores suspendidos desaparece de la redacción del texto porque se considera que están incluidos dentro del propio término «trabajadores» al no haber terminado su relación de trabajo[53].

Respecto a la aplicación del Convenio sobre los empleadores, tampoco cabe discusión que éstos pueden sufrir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo por lo que están protegidos por la norma internacional del trabajo. La controversia se refiere más bien a la noción de empleador.

El proyecto original del Convenio definió el término "empleador" designando a toda persona o entidad que contrata directa o indirectamente a trabajadores. Esta propuesta fue dejada de lado en la discusión, modificándose por incluir individuos específicos, como el personal directivo,

49 Ídem., párrafo 81.

50 Ídem., párrafo 302.

51 Ídem., párrafo 330.

52 Ídem., párrafo 346.

53 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2019a). *Óp. Cit.,* p. 5.

los supervisores y los gerentes, conforme a la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUO-8)[54]. Posteriormente, el proyecto propuesto a la Conferencia señalaba a los empleadores o sus respectivos representantes como víctimas o los autores de violencia y acoso en el mundo del trabajo. Finalmente, se incorporó en el Convenio como personas protegidas a los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador.

En conclusión, el Convenio núm. 190 se aplica a los trabajadores asalariados conforme lo defina la legislación y la práctica nacional para evitar cualquier controversia, así como a las demás personas que trabajan en el mundo del trabajo mencionadas en la regulación y a las personas que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades del empleador.

La Ley de prevención y sanción de hostigamiento sexual establece en su artículo 1 que el objeto de la norma es prevenir y sancionar el hostigamiento social producido en las relaciones de autoridad o dependencia, cualquiera sea la forma jurídica de esta relación. También cuando se presente entre personas con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo.

En el artículo 2 sobre el ámbito de aplicación, la ley peruana señala que la regulación comprende en su numeral 1 a los centros de trabajo públicos y privados, a los trabajadores o empleadores, al personal de dirección o de confianza, al titular, asociado, director, accionista o socio de la empresa o institución; asimismo, a los funcionarios o servidores públicos cualquiera sea su régimen laboral. En su numeral 4 también comprende a las demás personas intervinientes en las relaciones de sujeción no reguladas por el derecho laboral, tales como las prestaciones de servicios sujetas a las normas del Código Civil, la formación de aprendices del SENATI, los programas de capacitación para el trabajo, el acceso a centros de educación superior, y otras modalidades similares.

54 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2019b). *Óp. Cit.,* p. 24.

La opción normativa de la regulación peruana en su primer artículo es por el carácter relacional que existe entre las personas que sufren el hostigamiento sexual y sus perpetradores. Bajo ese enfoque se explica que el artículo 2 plantea el ámbito de aplicación de la ley en función a la relación laboral, identificando a las personas enmarcadas en ese supuesto y, solo lo extiende para los prestadores de servicios, los aprendices y los jóvenes en formación laboral.

Si bien el Convenio núm. 190 señala que la definición del trabajador asalariado corresponde a la legislación y la práctica nacional, extiende la protección de la norma internacional a las personas que trabajan en el mundo del trabajo con independencia de su situación contractual, por lo que la ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual es menos amplia. La ratificación del Convenio núm. 190 obligaría a reforma la ley de modo que resulte armoniosa a la norma internacional del trabajo.

2.2. El ámbito objetivo de la prohibición de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

El numeral 2 del artículo 2 del Convenio núm. 190 señala: "Este Convenio se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en las zonas urbanas o rurales". Con esta regulación precisa que la norma internacional cubre los diversos espacios del mundo del trabajo, sin quedar excluido ninguno.

No obstante, es el artículo 3 que cobra mayor importancia al establecer su cobertura temporal y física. Así dispone que: "El presente Convenio se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo: a) en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo; b) en los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de

la comunicación; e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, y f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo".

La primera línea de la regulación plantea que el trabajo -en términos latos- es la característica definidora para ubicar en qué momento y lugar se produce la violencia y el acoso. En primer lugar, se puede producir mientras la persona presta su servicio. En segundo lugar, aunque se puede producir fuera del lugar de trabajo, la violencia y el acoso del que es víctima está en relación con la prestación. En tercer lugar, la violencia y el acoso se produce como consecuencia de la prestación. Al reconocerse los dos últimos supuestos, se descarta que el lugar del trabajo es el único lugar donde se materializa la violencia y el acoso, por lo que la norma internacional recurre al «mundo del trabajo» como categoría que abarca los tres supuestos.

La reunión de expertos de 2016 sostuvo que: "el mundo del trabajo no sólo abarca el lugar de trabajo físico tradicional, sino también el trayecto hacia y desde el trabajo, los eventos sociales relacionados con el trabajo, los espacios públicos, también para los trabajadores de la economía informal tales como los vendedores ambulantes, y el hogar, en particular para los trabajadores a domicilio, los trabajadores domésticos y los teletrabajadores"[55]. Lo que resaltan los expertos es que la violencia y el acoso que pueden sufrir las personas no se reduce solo al espacio del lugar de trabajo. También se puede materializar en eventos sociales organizado por el empleador o por el sindicato; en eventos vinculados al trabajo, como capacitaciones técnicas o conferencias; inclusive laborando desde el domicilio por medio del teletrabajo, las personas pueden recibir el acoso a través de mensajes electrónicos o videos, etc. Lo que tienen en común estas modalidades de comportamientos y prácticas inaceptables es que están vinculadas al trabajo.

La introducción del término «mundo del trabajo» dentro de la norma internacional no fue ajena a controversias, especialmente, porque el grupo de empleadores rechazaba que su responsabilidad en la protección de las

55 Organización Internacional del Trabajo (2016). *Op. Cit.,* párrafo 5.

personas fuese más allá del lugar de trabajo donde ejerce un control real. Aunque no es nuevo dentro de las normas internacionales del trabajo la regulación que incluye la referencia «en relación con el trabajo» (segundo supuesto) porque el artículo 1 del Protocolo núm. 155 del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores lo establece cuando designa los accidentes de trabajo ocurridos en el curso del trabajo o en relación con el trabajo que causen lesiones mortales o no mortales.

Las legislaciones nacionales, especialmente cuando regulan la seguridad y salud en el trabajo, definen expresiones como «en el lugar del trabajo», o «durante el trabajo», o «en relación con éste». Además, hay una tendencia creciente en las legislaciones en ampliar el alcance de la noción del «lugar de trabajo» con el fin de ajustarse a las realidades de los entornos en que se producen los actos de violencia y acoso[56]. También llama la atención que la jurisprudencia relativiza la sujeción al «lugar del trabajo» para configurar el hostigamiento sexual. Por ejemplo, los tribunales estadounidenses señalan que el acoso se puede cometer durante un curso de formación profesional[57], un viaje de negocios[58], un recinto fuera del lugar de trabajo durante una huelga[59].

El primer proyecto señalaba que para efectos del Convenio debería abarcar dentro del mundo del trabajo situaciones que ocurren: a) en el lugar de trabajo físico, incluidos los espacios públicos y los espacios privados cuando son un lugar de trabajo; b) en los lugares que el trabajador cobra o come; c) en el trayecto entre el domicilio y el lugar de trabajo; d) en los desplazamientos o viajes por motivos profesionales así como en eventos, actividades sociales o formaciones vinculados al trabajo; y, e) en

56 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2018a). *Óp. Cit.,* párrafo 80.

57 Cfr. United States District Court N.d. Illinois, Eastern Division. *Case Lapka v. Chertoff. Decided October 30th., 2006.* Case No. 05 C668.

58 Cfr. United States Court Of Appeals, Eight Circuit. *Case Moring v. Arkansas Department of Correction. Decided March 15TH., 2001.* Case No. 99-3706.

59 Cfr. United States District Court N.d. Illinois, Eastern Division. *Case Dowd vs. United Steelworkers of America. Decided September 13th., 2004.* Case No. 03 C 4774.

el marco de comunicaciones de carácter profesional realizadas por medio de las tecnologías de la información y de la comunicación.

La delegación gubernamental peruana respaldó esta propuesta porque expresó que el objetivo de esta regulación "debería radicar en que la violencia y acoso en el mundo del trabajo pueden manifestarse en distintos ámbitos, pero pueden tener como origen el empleo. Este factor resulta de relevancia a efectos de entender que la violencia no tiene un espacio específico, pero si un origen común"[60].

La discusión en la Comisión normativa condujo a una serie de modificaciones que merece resaltarse. En primer lugar, poner el énfasis en el término «ciberacoso» como situación de violencia y acoso que puede darse en el marco de comunicaciones relacionadas con el trabajo y realizadas por medio de las tecnologías de la información y de la comunicación. En segundo lugar, la eliminación el carácter físico del lugar de trabajo ya que puede interpretarse de manera restrictiva. En tercer lugar, se agreguen los lugares donde el trabajador disfruta de pausas de descanso[61].

La posición de los empleadores fue cuestionar el término «mundo de trabajo» porque va más allá al lugar de trabajo donde el empleador ejerce un control directo y puede rendir cuentas sobre sus obligaciones[62], por lo que insistieron que fuese reemplazado por el «lugar de trabajo»[63]. Si bien el grupo de trabajadores comprendía esta preocupación, resaltaban la abundancia de ejemplos sobre el uso del término en las leyes y las políticas nacionales[64]. Además, el planteamiento no consideraba que los empleadores fueran responsables en todas las situaciones, pero era necesario proteger a los trabajadores, por ejemplo, en las actividades sociales relacionadas con el trabajo, y los empleadores podían tomar medidas para mejorar la seguridad de los trabajadores en los trayectos entre el domicilio

60 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2018b). *Óp. Cit.,* p. 28.

61 Ídem., pp. 30-31.

62 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2018d). *Óp. Cit.,* párrafos 16-17.

63 Ídem., párrafo 376.

64 Ídem., párrafo 74.

y el lugar de trabajo, por lo que estuvieron dispuestos a hallar soluciones que atendieran a las preocupaciones planteadas por los empleadores[65].

El planteamiento de sustitución fue rechazado por los representantes de los gobiernos y de los trabajadores, por lo que se mantuvo el término «mundo del trabajo»[66], pero se reconoció que debía establecerse un límite de responsabilidad de los empleadores.

La Oficina Internacional del Trabajo mencionó que "no todos los aspectos de la lista incluida en esta disposición están destinados a ser aplicados en toda circunstancia a todos y cada uno de los actores. Se trata, más bien, de establecer un ámbito de aplicación amplio en el que los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, así como sus respectivas organizaciones, tengan distintos grados de responsabilidad"[67]. Por lo que se introduce en el proyecto de artículo 9 del Convenio, a partir de los comentarios de los gobiernos, empleadores y trabajadores, que la responsabilidad del empleador sea «en la medida en que sea razonable y factible»[68]. Así, no se modifica la introducción del término «mundo del trabajo» y se logra que la responsabilidad del empleador esté en función a su grado de control real.

El consenso aprueba la redacción del artículo 3 que introduce el término «mundo del trabajo» con los supuestos mencionados y en el primer párrafo del artículo 9 del Convenio núm. 190 se precisa: "Todo Miembro deberá adoptar una legislación que *exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo*, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular, *en la medida en que sea razonable y factible* (la cursiva es mía)".

En conclusión, el ámbito objetivo de la prohibición de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo cubre el lugar de trabajo; los lugares de

65 Ídem., párrafo 377.

66 Ídem., párrafo 382.

67 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2019a). *Óp. Cit.,* p. 6.

68 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2019b). *Óp. Cit.,* p. 29.

paga, descanso, alimentación, instalaciones sanitarias o de aseo, vestuarios; los desplazamientos, viajes, eventos, actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluyendo las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; el alojamiento proporcionado por el empleador; y, en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo. A los empleadores se le exige que tomen las medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, medidas que deben ser razonables y factibles.

La Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual señala que la norma se aplica en los centros de trabajos públicos y privados (artículo 2 numeral 1), las instituciones educativas (artículo 2 numeral 2), las instituciones policiales y militares (artículo 2 numeral 3). Por lo que su diseño normativo se mantiene en función al lugar de trabajo. La ratificación del Convenio núm. 190 obligaría a una sustancial modificación de la ley, introduciendo el término «mundo del trabajo» para resulte armoniosa con la norma internacional del trabajo.

REFLEXIÓN FINAL

La subordinación jurídica es un terreno fértil para que pueda materializarse el conflicto y la violencia en las relaciones laborales, siendo la discriminación por razón de género y el hostigamiento sexual entre sus formas más perniciosas.

La prohibición de la discriminación laboral por razón de género está en el núcleo indisponible de los ordenamientos laborales, por lo que no cabe ningún tipo de tolerancia frente a comportamientos y prácticas indeseables que afectan la dignidad de la persona. Esto explica porque esta prohibición goza de carácter absoluto y forma parte del *ius cogens* laboral.

El Convenio núm. 190 sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, complementado por la Recomendación núm. 206, adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo de 2019 representan el consenso universal para suprimir este tipo de comportamiento y práctica indeseable.

El Convenio aporta el concepto integrado de «violencia y acoso» con tres elementos esenciales. En primer lugar, la prohibición de la violencia y el acoso cubre cualquier supuesto que materialice comportamientos y prácticas indeseables. En segundo lugar, la violencia y el acoso puede manifestarse una sola vez o de manera repetida. En tercer lugar, el objeto de la violencia y el acoso es causar o buscar causar un daño físico, psicológico, sexual o económico sobre la víctima.

El Convenio introduce el término «mundo del trabajo» quebrando el tradicional ámbito de aplicación de las normas laborales que reduce su regulación a las relaciones salariales. Bajo este término se extiende la protección a todas las personas ubicadas en el mundo del trabajo: los trabajadores asalariados, las personas que trabajan con independencia de su situación contractual y las personas que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades del empleador. También el término señala que la prohibición de la violencia y el acoso va más allá del lugar de trabajo, porque el comportamiento y la práctica indeseable puede materializarse durante la prestación del servicio, o en relación con la prestación, o como consecuencia de la prestación.

Sin embargo, la referencia al mundo del trabajo no debe interpretarse que el empleador es responsable en todas las situaciones, pero si está obligado a adoptar las medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso, medidas que deben ser razonables y factibles.

La legislación peruana vigente es parcialmente armoniosa con este consenso universal que representa el Convenio núm. 190, por lo que una reforma normativa se vuelve imperiosa dentro del marco de las disposiciones de la norma internacional del trabajo. Esta tarea llegará a un mejor puerto si nuestro país ratifica el Convenio núm. 190, incorporando directamente en nuestro ordenamiento su regulación, más aún, cuando la materia se ubica entre los tratados de derechos humanos que gozan el nivel constitucional.

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL TRABAJO: ASPECTOS PROCESALES

JAVIER ARÉVALO VELA

Juez Supremo Titular, integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, docente de la maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad San Martín de Porres.

1. INTRODUCCIÓN

La expresión "violencia y acoso" ha sido establecida por el Convenio N.º 190 – Convenio sobre violencia y acoso, 2019, aprobado durante la 108ª. Conferencia Internacional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la cual, también se aprobó la Recomendación N.º 206 – Recomendación sobre la violencia y acoso, 2019.

El artículo 1, numeral 1 del Convenio N.º 190 define la expresión "violencia o acoso" en los términos siguientes:

> "1. A efectos del presente convenio:
>
> a) la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y
>
> b) la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.
>
> 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados".

En el Perú, la protección de la indemnidad sexual del trabajador se encuentra regulada por la Ley N.º 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, modificada por la Ley N.º 29430, publicadas en el Diario Oficial *El Peruano* el 27 de febrero del 2003 y el 8 de no-

viembre del 2009; respectivamente, y modificada a su vez, por el Decreto Legislativo N.º 1410, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 12 de setiembre del 2018 (en adelante LPSHS); así como, por el Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP, Reglamento de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 27 de julio del 2019 (en adelante el Reglamento).

En relación a la protección contra la "violencia y acoso por razón de genero", encontramos que en nuestro derecho positivo se encuentra vigente la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 23 de noviembre del 2015, modificada por el Decreto Legislativo N.º 1386 y por la Ley N.º 30862 publicadas en el Diario Oficial *El Peruano* el 04 de setiembre del 2018 y el 25 de octubre del 2018, respectivamente.

La Ley N.º 30364 fue reglamentada por el Decreto Supremo N.º 009-2016-MIMP, el mismo que fue modificado por el Decreto Supremo N.º 004-2019-MIMP, publicados en el Diario Oficial *El Peruano* el 27 de julio del 2016 y el 07 de marzo del 2019, respectivamente.

En el ámbito de los espacios públicos, existe la Ley N.º 30314, Ley para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 26 de marzo del 2015.

Este marco jurídico ha llevado a que, en las relaciones laborales, tanto dentro del régimen laboral de la actividad privada como del régimen laboral público, se establezcan límites para la conducta del empleador, los que, sin desconocer su poder de dirección, le impiden ingresar en ciertas esferas de la vida privada de sus trabajadores, las que deberán ser respetadas, tal como es su libertad sexual. Cualquier intromisión en este ámbito tan personal será considerada ilegal por el ordenamiento jurídico.

Los alcances de esta ponencia se circunscriben a los aspectos procesales relacionados con el hostigamiento sexual en el ámbito laboral de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada; sin embar-

go, antes de entrar al tema de fondo, resulta necesario comentar algunos aspectos sustantivos sobre el hostigamiento sexual en general.

2. DEFINICIÓN DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

En nuestra legislación se hace una diferenciación entre hostigamiento sexual y acoso sexual. El primero, está referido al ámbito laboral, educativo y de relaciones formativas, el segundo, junto con el chantaje sexual, han quedado restringidos al ámbito de la responsabilidad penal.

No es fácil establecer una definición de hostigamiento sexual que comprenda en toda su amplitud este problema; sin embargo, a continuación, presentaremos algunas vertidas por la doctrina y la legislación nacionales.

Balta (2005) define el hostigamiento sexual como: "Toda conducta o comportamiento de carácter sexual que no es bienvenido por la persona a la que se dirige, y que tiene por propósito o efecto afectar negativamente sus términos y condiciones de empleo" (p. 25).

Por su parte, Llanos (2006) formula la definición siguiente: "El Hostigamiento sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos fundamentales" (p. 299).

El artículo 4 de la Ley N.° 27942, modificada por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1410, establece el concepto de hostigamiento sexual siguiente:

> "El hostigamiento sexual es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear u ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que pueda afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole.

> En estos casos no se requiere acreditar el rechazo ni reiterancia de la conducta".

El numeral 6.1 del artículo 6 del reglamento precisa la definición de hostigamiento sexual en los términos siguientes:

> "Hostigamiento sexual es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige. Esta conducta puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o afectar la actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole de la víctima, aunque no necesariamente se requiere dichas consecuencias".

3. ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL SEGÚN LA LPSHS

Si analizamos la definición contenida en el artículo 4 de la LPSHS, modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1410, tenemos los elementos siguientes: conducta sexual o sexista, conducta no deseada y afectación laboral.

a) Conducta sexual o sexista

Dada la dificultad que existe para determinar cuándo una conducta tiene carácter sexual o sexista, el legislador peruano, mediante el artículo 3 del Reglamento, ha definido estos dos términos de la manera que a continuación se transcribe.

Conducta de naturaleza sexual: comportamientos o actos físicos, verbales, gestuales u otros de connotación sexual; tales como, comentarios e insinuaciones, observaciones o miradas lascivas, exhibición o exposición de material pornográfico, tocamientos, roces o acercamientos corporales, exigencias o proposiciones sexuales, contacto virtual, entre otras de similar naturaleza (artículo 3 a del Reglamento).

Conducta sexista: Comportamiento o actos que promuevan o refuercen estereotipos en los cuales las mujeres y los hombres tienen atributos,

roles o espacios propios, que suponen la subordinación de un sexo o genero a otro (artículo 3 b del Reglamento).

b) Conducta no deseada

Una conducta es no deseada cuando la persona a quien afecta no la ha provocado y la considera ofensiva.

Tanto la LPSHS como su Reglamento han establecido que no es necesario que la conducta hostil sea reiterada o que la víctima la haya rechazado de manera expresa (último párrafo del artículo 4 de la Ley y el numeral 6.2 del artículo 6 del Reglamento).

c) Afectación laboral

La configuración del hostigamiento sexual implica que la conducta sexual o sexista del agresor o agresores afecte la actividad laboral de la víctima al perturbarla con un ambiente intimidatorio, hostil o humillante.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN LPSHS

La LPSHS se aplica a situaciones de hostigamiento sexual producidas en el marco de relaciones laborales al servicio de empleadores particulares o públicos, sujetas al régimen laboral de la actividad privada (artículo 2 del Reglamento).

Dejamos constancia que la LPSHS también se aplica a relaciones educativas o formativas, públicas o privadas, militares o policiales, regímenes laborales especiales o a cualquier otro tipo de relaciones de sujeción, sin importar el régimen contractual, fórmula legal o lugar de ocurrencia de los hechos; sin embargo, como lo expresamos anteriormente, en la presente ponencia solo trataremos del hostigamiento sexual de trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

5. SUJETOS EN EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

En una relación de hostigamiento sexual encontramos dos sujetos claramente diferenciados, el hostigado y el hostigador:

a) **El hostigado (a):** Es toda persona, independientemente de su sexo, identidad de género u orientación sexual, que es víctima de hostigamiento sexual (artículo 3 c del Reglamento).

b) **El hostigador (a):** Es toda persona, independientemente de su sexo, identidad de género u orientación sexual, que realiza uno o más actos de hostigamiento sexual (artículo 3 d del Reglamento).

Comentando sobre el sujeto activo del hostigamiento sexual en la legislación venezolana, Carballo (2000), dice lo siguiente:

> "En este supuesto, el sujeto activo lo será el propio empleador —en atención a sus poderes de dirección y sanción en el seno de la empresa—o el superior jerárquico de la víctima, siempre que participe —en alguna medida— de aquellas facultades patronales (prevaliéndose de una situación de superioridad laboral") y que permitan —por tal virtud— presumir razonablemente la virtualidad de una amenaza tácita o expresa de lesionarle en la esfera de la relación de trabajo.
>
> Eventualmente, pudiere también ostentar la condición de sujeto activo del acoso sexual, algún dirigente o representante sindical cuando, prevaliéndose de poderes (originariamente patronales) de decisión en el seno de la empresa, ejerciere coacción sobre un trabajador —o sobre quien pretendiere ostentar dicho status (acoso u hostigamiento sexual precontractual)— para obtener así favores sexuales. El supuesto indicado pudiere perfeccionarse a partir de la virtualidad de cláusulas sindicales o de consolidación sindical que —por ejemplo— obligaren al empleador a solicitar a la organización sindical la postulación de quienes pudieren ocupar cargos vacantes en la empresa (cláusula *biring ball* o bolsa de trabajo), que impusieren el despido de un trabajador que fuere expulsado de la organización sindical o decidiere desafiliarse de éstas (cláusula *maintenance of membership* o conservación de la membresía), que impusiere como condición de ingreso a la empresa la afiliación previa del aspirante a la organización sindical (cláusula *closed shop* o de taller cerrado) o que, por

> fin, condicionare la conservación de la relación de trabajo a la afiliación del trabajador a la organización sindical dentro de un cierto lapso contado a partir del ingreso a la empresa (cláusula *union shop* o taller sindical) (p. 81)".

6. CLASES DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

El artículo 4 de LPSHS, modificado por la Ley N.º 29430, reconocía expresamente dos formas de hostigamiento sexual: el hostigamiento sexual típico o chantaje sexual y el hostigamiento sexual ambiental.

La modificatoria de la LPSHS, introducida por el Decreto Legislativo N.º 1410, ha suprimido esta clasificación, haciendo referencia solo a hostigamiento sexual; sin embargo, esta deficiencia legal no significa que en la realidad no se presenten las dos formas de hostigamiento sexual originalmente previstas, ni que la doctrina no pueda diferenciarlas, tal como lo haremos a continuación.

a) El hostigamiento sexual típico o coacción sexual

Es la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como, sus derechos fundamentales.

Este hostigamiento sexual es el típico, obedece a un concepto de intercambio forzado, se le llama también *quid pro quo*. En este caso, el acosador condiciona una conducta suya relacionada al ámbito laboral a la complacencia en el ámbito sexual del acosado.

b) El hostigamiento sexual ambiental

Es la conducta física o verbal reiterada de carácter sexual o sexista de una o más personas hacia otras con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo, creando un clima de intimidación, humillación u hostilidad.

7. MANIFESTACIONES DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

El artículo 6 de la LPSHS, modificada por el Decreto Legislativo N.º 1410, considera que el hostigamiento sexual se puede manifestar de las maneras siguientes:

a) Promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales.

b) Amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima que atente o agravie su dignidad.

c) Uso de términos de naturaleza o connotación sexual o sexista (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos o exhibición a través de cualquier medio de imágenes de contenido sexual, que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima.

d) Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivas y no deseadas por la víctima.

e) Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas señaladas en este artículo.

f) Otras conductas que encajen en el concepto regulado por el artículo 4 de la Ley.

8. RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN EL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO

Según el artículo 7 de la LPSHS, modificada por la Ley N.º 29432, el empleador está obligado, bajo responsabilidad, a prevenir y sancionar las conductas que impliquen hostigamiento o acoso sexual, por tal motivo, deberá cumplir las obligaciones siguientes:

a) Capacitar a los trabajadores sobre las normas y políticas contra el hostigamiento sexual en la empresa.

La norma reglamentaria dispone que es obligación del empleador, a través de las Oficinas de Personal o quien haga sus veces, capacitar y sensibilizar a los trabajadores sobre las conductas a sancionar por hostigamiento sexual a fin de promover un ambiente laboral saludable y un cambio de conductas contrarias al mismo.

b) Adoptar las medidas necesarias para que cesen las amenazas o represalias ejercidas por el hostigador, así como, las conductas físicas o comentarios de carácter sexual o sexista que generen un clima hostil o de intimidación en el ambiente donde se produzcan.

c) Informar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo los casos de hostigamiento sexual y el resultado de las investigaciones efectuadas para verificar el cumplimiento de la presente Ley.

9. CONSECUENCIAS EN EL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO

El artículo 8 de la LPSHS, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1410, ha establecido las reglas siguientes:

- Si el hostigador es el empleador, personal de dirección, personal de confianza, titular, asociado, director o accionista, el hostigado puede optar entre accionar el cese de la hostilidad o el pago de la indemnización, dando por terminado el contrato de trabajo, conforme al artículo 35 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.º 003-97-TR (en adelante TUOLPCL). En este caso, no es exigible el emplazamiento al empleador por cese de hostilidad.
- Independientemente de la categoría o cargo del hostigador, si el empleador o autoridad competente omite iniciar la investigación del caso o adoptar las medidas de protección y sanción

correspondientes, la víctima también puede optar por los mecanismos señalados en el punto anterior.

- En caso que se demande judicialmente el cese de hostilidad o pago de una indemnización por despido arbitrario, conforme al artículo 35 del TUOLPCL, el plazo de caducidad es de treinta (30) días calendario de producido el último acto de hostigamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la TUOLPCL (numeral 26.3 del artículo 26 del Reglamento).
- El cómputo del plazo inicia a partir del día siguiente de producido el último acto de hostigamiento o indicio del mismo, salvo que se haya iniciado el procedimiento interno de investigación y sanción, en cuyo caso, el plazo se computa a partir del día siguiente de emitida la resolución que pone fin al procedimiento o, en su defecto, desde la fecha en la que esta debió ser emitida (numeral 26.4 del artículo 26 del Reglamento).

10. SANCIÓN A LOS HOSTIGADORES

En caso se determine la existencia del acto de hostigamiento sexual, las sanciones aplicables dependerán de la gravedad, pudiendo ser: amonestación, suspensión o despido (numeral 8.3 del artículo 8 de la LPSHS, modificado por Decreto Legislativo N.º 1410).

El hostigador puede ser sancionado, según la gravedad de los hechos, con amonestación, suspensión o despido inclusive, pues, la Primera Disposición Final Complementaria de la Ley N.º 27942 ha adicionado el literal i) al artículo 25 del TUOLPCL, considerando como falta grave causal de despido la conducta siguiente: "i) El hostigamiento sexual cometido por los representantes del empleador o quien ejerza autoridad sobre el trabajador, así como el cometido por un trabajador cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica del centro de trabajo".

En caso la queja recaiga sobre la autoridad de mayor jerarquía, el procedimiento interno no resulta aplicable, teniendo el trabajador el de-

recho a interponer una demanda por cese de hostilidad, de acuerdo a lo establecido en el literal a) del artículo 35 del TUOLPCL.

11. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Tal como se expresó anteriormente, el trabajador que se considere víctima de un acto de hostigamiento sexual puede recurrir a la vía judicial demandando el cese del acto de hostilidad sexual o recurrir al despido indirecto por hostigamiento sexual, dando por terminada la relación laboral, y demandando la correspondiente indemnización por despido que se calculará conforme al artículo 38 del TUOLPCL; además, en este último caso, podrá demandar en forma acumulada los beneficios sociales que le correspondan de acuerdo a la ley (artículo 8 de la LPSHS y el numeral 26.3 del artículo 26 del Reglamento).

De acuerdo con el numeral 26.1 del artículo 26 del Reglamento, la víctima de hostigamiento sexual puede demandar directamente los daños y perjuicios sufridos, por lo tanto, consideramos que es posible, e incluso recomendable, que dicho concepto pueda ser demandado acumulativamente en el proceso de cese de actos de hostilidad o de despido indirecto.

11.1. Juez competente y vía procedimental

El juez competente es el juez especializado de trabajo y la vía procedimental es la del proceso ordinario laboral (literal d del inciso 1del artículo 2 de la NLPT).

El juez competente puede, de oficio o a pedido de parte, disponer que el procedimiento judicial sea de carácter reservado (artículo 9 de la LPSHS).

La publicidad solo procede para la resolución o decisión final.

11.2. Cuestiones previas

Cuando el autor del presunto acto de hostilidad sea el empleador, personal de dirección, personal de confianza, titular, asociado, director

o accionista, y la víctima opte por el despido indirecto, no es exigible la comunicación previa al empleador de cese de hostilidad previsto en el artículo 30 del TUOLPCL para que proceda la demanda (numeral 26.1 del artículo 26 del Reglamento).

Asimismo, en ningún caso se puede exigir como requisito de procedencia haber recurrido previamente al procedimiento de investigación y sanción regulado por la LPSHS y su Reglamento (artículo 8 del Reglamento).

11.3. Plazo de caducidad

Se aplica el plazo de caducidad de treinta (30) días naturales previsto en el artículo 36 del TUOLPCL, computados a partir del día siguiente de producido el último acto de hostigamiento o indicio del mismo (artículo 10 de la LPSHS y el numeral 26.3 del artículo 26 del Reglamento).

En el caso que se haya iniciado el procedimiento interno de investigación y sanción, el plazo de caducidad se computa a partir del día siguiente de emitida la resolución que pone fin al procedimiento o, en su defecto, desde la fecha que esta debió ser emitida (numeral 26.4 del artículo 26 del Reglamento).

11.4. Litisconsorcio necesario

En los procesos relativos a hostigamiento sexual, se debe demandar no solo al empleador sino también al o los trabajadores que han incurrido en actos de hostigamiento, pues, tienen legitimo interés en el resultado del proceso, debido a que, como consecuencia del mismo, podrían ser objeto de una sanción de amonestación, suspensión e, incluso, despido (artículo 8 de la LPSHS y numeral 22.2 del artículo 22 del Reglamento).

11.5. La falsa queja

Cuando la queja o demanda de hostigamiento sexual es declarada infundada por resolución firme y queda acreditada la mala fe del deman-

dante, la persona a quien se le imputan los hechos en la queja o demanda tiene expedito su derecho a interponer judicialmente las acciones pertinentes. En este caso, el supuesto hostigado denunciante queda obligado a pagar la indemnización que fije el juez respectivo.

El empleador, por el mérito de sentencia firme que declare infundada la queja o demanda de hostigamiento, puede resolver justificadamente el contrato de trabajo con el trabajador privado. Para el caso de los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se procederá al cese definitivo (Décima Disposición Final y Complementaria de la LPSHS).

12. LA PRUEBA EN EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

Para nosotros, la prueba debe ser estudiada siguiendo una concepción tridimensional: como fuente, como medio y elemento de convicción.

La prueba como **fuente**, la ubicamos en un ámbito extra procesal, como un hecho ocurrido en la realidad que puede o no ser invocado en un juicio.

La prueba como **medio,** la ubicamos ya en el ámbito procesal, debe entenderse como la incorporación válida al proceso de la fuente de prueba.

La prueba como **elemento de convicción**, ubicada también en el ámbito procesal, debe ser entendida como la valoración por el juez de las fuentes de prueba, que han sido incorporadas a través de los medios de prueba al proceso.

El hostigamiento sexual puede acreditarse mediante cualquiera de los medios probatorios típicos reconocidos por la NLPT o por alguno de los medios probatorios atípicos a que se refiere el artículo 191 del Código Procesal Civil (en adelante CPC).

Consideramos que, en el proceso de cese de hostilidad por hostigamiento sexual o de despido indirecto por la misma causa, resultan aplicables la declaración de parte, la declaración de testigos, los documentos (escritos y digitales), las pericias informáticas y psicológicas, así como, la

inspección judicial. La utilidad de estos medios probatorios será explicada a continuación.

12.1. La declaración de parte

Siguiendo una concepción tradicional, contenida en el artículo 213 del CPC, la declaración de parte puede definirse como la declaración verbal que realiza ante el juez una de las partes en el proceso a pedido de su contraparte, sobre los hechos que son materia de la controversia.

Para que la declaración de parte resulte un medio probatorio eficaz en los procesos de cese por hostigamiento sexual, se necesita, en primer lugar, que el juez tenga suficiente amplitud de criterio para interpretar el artículo 213 del CPC, aceptando recibir la declaración no solo a solicitud de la contraparte, sino también la solicitud de declarar ante el juez de la parte que la ofrece.

Un adecuado examen directo y un buen contraexamen permitirán explicar ante el juez, con mayor claridad y precisión, los hechos controvertidos, cosa que muchas veces no es posible solamente en el escrito de demanda o de contestación. Aquí cobra vital importancia el principio de inmediatez.

12.2. La declaración testimonial

Los testigos son personas que pueden aportar información valiosa sobre los hechos materia de actuación probatoria, sea porque los han presenciado u oído o porque les han sido contados por terceros, resultando, por ello, necesario incorporar al proceso sus versiones.

Los testigos deben ser examinados por la parte que los ofrece y pueden ser contra examinados por la contraria.

En los procesos por hostigamiento sexual, la prueba de testigos cobra gran importancia, sobre todo cuando no existen documentos, y solo se tiene las versiones contradictorias de quien alega haber sido víctima de hostigamiento y de quien niega haber incurrido en tal conducta.

12.3.La prueba documental

El CPC en su artículo 233 define que documento como: "[…] todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho".

En los procesos de cese de hostilidad por hostigamiento sexual, cobran especial relevancia los documentos electrónicos, los cuales, según Illan Fernadez, citado por Pinto Palacios y Pujol Capilla (2017), pueden definirse como: "[…] todos aquellos objetos materiales en los que puede percibirse una manifestación de voluntad o representativos de un hecho de interés para el proceso que pueda obtenerse a través de los modernos medios reproductivos, como la fotografía, la fonografía, la cinematografía, el magnetófono, las cintas de video, los discos de ordenador y cualesquiera otros similares" (p. 38).

Consideramos que los documentos electrónicos más importantes en un proceso por hostigamiento sexual son los siguientes:

12.3.1. El correo electrónico (e-mail)

Es un sistema de mensajería que utiliza el internet. Cuando es ofrecido como medio de prueba puede cumplir dos funciones, una directa y otra indirecta.

La directa se presenta cuando a través de un e-mail se expresan en textos escritos con frases de connotación sexual o sexista; la indirecta, cuando a través de un e-mail se remiten archivos adjuntos conteniendo comunicaciones escritas, videos o fotos, que forman parte de una conducta que significa hostigamiento sexual.

12.3.2. El Short Message *Service (SMS)*

Es un servicio de telefonía celular que permite enviar y recibir mensajes cortos en forma instantánea. Al mensaje recibido se le llama también SMS siendo común que, en el Perú, se le denomine mensaje de texto para diferenciarlo del mensaje de *WhatsApp*.

El SMS puede contener palabras o frases de contenido sexual o sexista.

12.3.3. *El* WhatsApp

Es un sistema de mensajería instantánea para teléfonos inteligentes (*Smartphone*), mediante el cual se envían y reciben mensajes utilizando internet.

El *WhatsApp* permite recibir mensajes escritos, imágenes, videos, audios y otras comunicaciones, las cuales, muchas veces pueden tener contenido sexual o sexista.

12.3.4. La página web

Es un documento informático al que se puede acceder mediante internet conociendo el enlace llamado también dirección web. Si deseamos ingresar a una página web necesitamos utilizar un navegador de internet como es Google Chrome, Mozilla Firefox, Safari, entre otros.

Los navegadores interpretan el lenguaje HTML (*Hyper Text Makup Language*) para mostrarnos los sitios web.

Tratándose de procesos por hostigamiento sexual, las páginas web resultan de gran importancia probatoria, pues, los acosadores algunas veces cuentan con su página web propia o acceden a páginas de terceros, publicando comentarios, fotos, videos u otros documentos de contenido sexual o sexista que perjudican a la persona hostilizada.

12.3.5. Las grabaciones de sonido

Son las reproducciones de ondas sonoras, como son la voz, música u otros sonidos.

Las grabaciones de sonido van a constituir una prueba importante, pues, contienen expresiones verbales o sonoras que pueden tener contenido sexual o sexista, las mismas que son producidas por el o los sujetos hostilizadores con la finalidad de crear un ambiente hostilizatorio, hostil o humillante.

12.4. La pericia

Este medio de prueba consiste en la opinión que sobre determinada materia del conocimiento emiten personas especialistas en la misma.

La opinión de los peritos ilustra al juez sobre ciertos conocimientos científicos o artísticos que son ajenos a su formación, para ayudarlo a tener una mayor claridad de lo sucedido al memento de resolver.

El artículo 28° de la NLPT regula la prueba pericial, concibiéndola, principalmente, como contable; sin embargo, para los casos de hostigamiento sexual, la pericia psicológica, cobra protagonismo, debiendo realizarse bajo los parámetros médicos legales del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Publico o cualquier otro parámetro técnico que permita determinar el daño o afectación (artículo 13 de la LPSHS).

También resulta especialmente importante la pericia técnica, sobre todo cuando se trata de verificar la autenticidad o no alteración de las pruebas documentales.

12.5.La inspección judicial

Es el medio de prueba a través del cual el juez aprecia directamente los hechos relacionados con los puntos materia de controversia. En los procesos por hostigamiento sexual, este medio probatorio será de utilidad en la medida que con la presencia del juez en determinado lugar se verifique la existencia de conductas de carácter sexual o sexista, tal como sería el caso de afiches, pintas, fotos, cuadros, lemas o similares.

13. CONCLUSIONES

Primera. La definición de hostigamiento sexual que ha tenido, en nuestra legislación, variaciones a través del tiempo, tal como se desprende de las modificaciones introducidas a la Ley N.º 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, por la Ley N.º 29340 y por el

Decreto Legislativo N.º 1410, así como, las modificatorias en sus normas reglamentarias.

Segunda. De acuerdo con la modificatoria del artículo 4 de la Ley N.º 27942, introducida por el Decreto Legislativo N.º 1410, la definición de hostigamiento sexual nos parece ambigua, en cuanto de manera expresa suprime las diferencias entre hostigamiento sexual típico y hostigamiento sexual ambiental, figuras que existían claramente diferenciadas en el texto modificado por la Ley N.º 29430.

Tercera. El hostigamiento sexual puede acreditarse a través de los diversos medios probatorios típicos y atípicos, pero, en la época actual, cobran especial relevancia los documentos electrónicos, los cuales, últimamente, se ha podido apreciar que son utilizados para conductas de hostigamiento sexual.

14. BIBLIOGRAFÍA

Balta Varillas, José, "Acoso Sexual en las Relaciones Laborales Privadas", Ara Editores, (2005)

Carballo Mena, César Augusto, "Derecho Laboral Venezolano". Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, Caracas-Venezuela, (2000).

Llanos Gamarra, Rafael Omar, "Protección constitucional de los derechos laborales en el hostigamiento sexual"; en: Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional II Congreso Nacional de la SPDTSS, Lima Perú, (2006)

Pinto Palacio, Fernando y Pujol Capilla, *Purificación: La prueba en la era digital,* Primera Edición, Editora Wolters Kluger, (2017).

VIOLENCIA DE GÉNERO: LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO CONTRIBUYENDO A UN CAMBIO SOCIAL BÁSICO

ISABEL HERRERA GONZALES PRATTO

Abogada. LLM The University of Warwick.

Socia del Estudio Isabel Herrera Abogados.

Graduada en 1992 por la Pontificia Universidad Católica del Perú, obtuvo una Maestría en Derecho Internacional Económico por The University of Warwick (Reino Unido, 2005). Realizó estudios sobre Dirección de Personas en la Universidad de Piura (1999). Ha sido profesora de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad San Martín de Porres. Ha sido jefe del área Laboral del Estudio Muñiz, Forsyth, Ramírez, Perez-Taiman & Luna Victoria Abogados (1990-2003). Fundó el Estudio Isabel Herrera Abogados, donde se desempeña como consultora y abogada litigante.

1. FEMINISMO Y *BUTTEFLY POLITICS*

Hace algunos años Oscar Ermida (2014) señaló que el núcleo duro de la discriminación está en el campo de las relaciones económicas, sociales y laborales; que el centro de gravedad de la discriminación se sitúa en el seno social familiar; que la conquista de la igualdad entre hombres y mujeres[1] requiere de una revolución; y, que "el feminismo no prosperará plenamente, mientras no se atreva a hacer una revolución *de tipo religioso.*" (p. 38). En esa línea, la activista y abogada Catharine MacKinnon (2017) apuesta por un gran cambio social desde el feminismo:

> Todo lo que hace la ley es reflejar la manera como es la sociedad. Para producir cambios sociales, se requiere trabajar a nivel social, abdicar de la arena legal, porque es sólo una herramienta pasiva en manos de los manipuladores de la sociedad (...) Necesitamos examinar la ley desde el punto de vista de 'todas las mujeres'. Obviamente esta tarea debe abarcar a las mujeres negras, a las latinas, a las mujeres del tercer mundo, incluyendo a aquellas que por ejemplo creen que si todavía tienen un clítoris son feas y sucias, y a las que se vendan sus pies y los de sus semejantes porque creen que es esencial para resultar atractivas y para su futuro. (...). Creo que la sexualidad de la mujer está en el corazón de cómo somos socialmente definidas y por lo tanto denigradas como mujeres, porque la sexualidad ha sido largamente ignorada como un factor de la desigualdad de la mujer frente al hombre. (p. 2).

MacKinnon advierte que el acoso sexual sigue siendo un *new issue*, por lo tanto, la posibilidad presente hoy en día de modelarlo jurídicamente como concepto otorgará poder a las mujeres sobre sus propias vidas.

1 Se hace énfasis la mujer porque en nuestro país las mayores cifras y formas de violencia y discriminación se dan contra la mujer donde confluyen motivos de sexo o género, raza, inmigración, clase social y, educación.

Butterfly politics significa que, a partir de pequeñas acciones simples, pero correctamente orientadas, podemos esperar grandes transformaciones, en este caso relacionadas a los *sistemas de género*.[2] Otro consejo de MacKinnon es no dejar de llamar discriminación por sexo a todos los actos de acoso, porque tal sería su real entidad.

2. LA PERSPECTIVA COMPARADA Y DE ALGUNAS FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL

En la década de los setenta en los Estados Unidos se acuñó el término acoso sexual (*sexual harassment*) por Lin Farley, siendo el ámbito laboral aquél donde pudo hacerse más visible. El movimiento feminista y la mayor incorporación de la mujer al ámbito laboral permitió el desarrollo de dicho concepto, siendo abordado por estudios jurídicos, psicológicos y sociológicos. En los Estados Unidos el acoso sexual viola las leyes de igualdad de oportunidades de empleo, es una forma de discriminación sexual y en algunos casos también puede ser un delito penal. Para MacKinnon, la prohibición del acoso sexual no sólo legitimó el descontento y la visión de las mujeres, sino que promovió un cambio de los sentimientos de muchas mujeres sobre lo que "tienen que aguantar", redibujando las líneas de dignidad entre y dentro de las personas. Considera que el riesgo es que la indignación de las mujeres se reduzca o limite, en tanto aquello que la ley considere como ilegal será necesariamente más limitado que todo aquello que las mujeres aún requieren protestar políticamente.

En el seno de la Unión Europea se emitió en julio 2006 la Directiva 2006/54/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato en asuntos de empleo y ocupación. El acoso y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación

2 Conjunto de acuerdos por el cual la sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, para satisfacción de las necesidades sexuales. El dominio masculino, la heteronormatividad y el modelo dual sexo/género surgen de estructuras concretas, donde el sexo como dato natural (esencialismo) es desplazado y sustituido por el género (constructivismo) como relación social de dominación. Gómez Suárez: 2010: pp. 62-64.

por razón de sexo. Dichas formas de discriminación se producen no solo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción. La directiva definió el acoso sexual como cualquier forma de conducta verbal, no verbal o física no deseada de naturaleza sexual, con el propósito o efecto de violar la dignidad de una persona, y de crear un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Se hizo énfasis en que los resultados serán más efectivos mediante la adopción de los procedimientos adecuados. El Acuerdo Marco sobre Acoso y Violencia en el Trabajo (2007) confirió a los empleadores la responsabilidad de desarrollar políticas y procedimientos en los cuales las quejas sean investigadas y tratadas adecuadamente sin demora.

Aunado a ello, se agregó un marco legal sobre los riesgos en materia de seguridad y salud en el trabajo (*bullying and harassment*). La gestión de los riesgos psicosociales, incluidos *bullying and harassment*, es responsabilidad de los empleadores. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02) señala que todo trabajador tiene derecho a condiciones de trabajo que garanticen su salud, seguridad y dignidad. Por su parte, la Directiva marco sobre salud y seguridad en el trabajo (Directiva 89/391 CEE) adoptada en 1989, recoge como elemento fundamental el principio de evaluación de riesgos, definiendo como elementos principales la identificación de peligros, la participación de los trabajadores, la introducción de medidas adecuadas con la prioridad de eliminar el riesgo en la fuente, la documentación y la reevaluación periódica de los peligros en el lugar de trabajo.

En el ámbito de la Organización de Estados Americanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994 (Convención de *Belém do Pará*") utiliza la expresión "violencia contra la mujer", para referirse a cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, en el ámbito público o privado. La violencia física, sexual y psicológica puede tener lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; o, en la comunidad, donde es perpetrada por cualquier persona, comprendiendo

violación, abuso sexual, tortura, trata, prostitución y acoso sexual, éste último en el lugar de trabajo o en instituciones educativas de salud u otros. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, según esta Convención, el derecho a ser libre de toda forma de discriminación, y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

En el seno de la Organización Internacional del Trabajo se adoptó en 2019 un nuevo Convenio Internacional del Trabajo, Convenio N.° 190, sobre la violencia y el acoso, instrumento donde se hace referencia a las expresiones: violencia, acoso, acoso por razón de género y, acoso sexual. En el Convenio citado, la expresión "violencia y acoso" en el mundo del trabajo designa comportamientos y prácticas inaceptables, o amenaza de los mismos que causen o sean susceptibles de causar un daño físico, psicológico, sexual o económico, incluyendo violencia y acoso por razón de género. Mientras que la "violencia y acoso por razón de género" es dirigida contra las personas por razón de su sexo o género, o afecta de manera desproporcionada a las personas de un sexo o género determinado, e incluye el concepto de acoso sexual.

Entonces, la violencia de género deriva de la desigualdad de las relaciones de poder entre los hombres y las mujeres o bien se comete en contra de personas que no se ajustan a las funciones de género socialmente aceptadas (Danzi: p. 8) como las personas lesbianas, *gays,* bisexuales, trans e intersexuales (LGBTI).

La violencia y el acoso pueden ocurrir en distintos espacios, incluso fuera del espacio del trabajo. El Convenio N.° 190 incluye una especial referencia a la violencia doméstica, considerándose pertinente que, de ser razonable y factible, pueda mitigarse su impacto en el mundo del trabajo. En efecto, es sabido que la violencia doméstica impacta negativamente en la vida del trabajador y en la productividad de las empresas. La violencia doméstica causa ausentismo, estrés, bajo rendimiento y desatención. Se ha observado que a veces el agresor busca impedir que la persona se integre o permanezca en el trabajo. Según explica Danzi, en la Reunión de Ex-

pertos se concluyó que en los convenios colectivos se podría abordar los efectos de la violencia doméstica, ya que el lugar de trabajo puede ser un punto privilegiado para abordar la violencia doméstica y los empleadores pueden convertirse en aliados frente a esta forma de violencia, aunque no sean los responsables de ella. (Danzi: p. 10).

El Convenio N.° 190 protege por igual a todas las personas del mundo del trabajo, tengo o no algún tipo de contrato. Considera así el enfoque de salud mental, para hacer del trabajo un espacio seguro, previniendo el problema de forma integral y apoyando a las víctimas.

3. ACOSO Y HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL PERÚ

Comenzaremos por una cuestión terminológica: en el Perú se reserva el término "acoso sexual" para el ámbito penal y con una connotación de continuidad de la conducta indeseable; mientras que se utiliza la expresión "hostigamiento sexual" para aquellas inconductas que no necesariamente trascienden a la esfera penal y que no requieren reiterancia. En efecto, el Decreto Legislativo N.° 1410 publicado en setiembre de 2018 incorporó el delito de acoso en el Código Penal peruano a fin de sancionar a todo aquel que, de manera reiterada, continua o habitual, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto con una persona sin su consentimiento alterando el desarrollo de su vida cotidiana. El acoso sexual consiste en la misma conducta cuando esté específicamente orientada a llevar a cabo actos de connotación sexual.

Mediante la misma ley, se redefinió el concepto de hostigamiento sexual establecido por la Ley N.° 27942 "Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual", como una forma de violencia que se configura por una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante, o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier índole. En este caso, no se requiere acreditar el rechazo ni la reiterancia.

Efectuada esta precisión, lo segundo que podemos afirmar es que resulta claro que en el Perú hemos venido acompañando el proceso de

internacionalización del derecho fundamental de las mujeres a una vida libre de violencia; el cual se desprende de nuestra Constitución, a partir de tres derechos fundamentales: a la vida, a la integridad moral, psíquica y física, y al libre desarrollo, los cuales lo aseguran y salvaguardan, según lo expresó la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de marzo del 2020 (expediente N.° 03378-2019 Jorge Guillermo Colonia Balarezo); sin perjuicio de la consagración del citado derecho fundamental en la Ley N.° 30364 (artículo 9°) y la Convención Belém do Pará (artículo 3°) como lo indicaron Díaz Castillo *et. al* (2019), p. 23.

Nuestro Tribunal Constitucional ha hecho también referencia al principio de igualdad, para precisar que éste incluye el derecho a la igual dignidad, cualquiera sea el sexo o género, y que no ser objeto de discriminación alguna, en particular, por razón del sexo, forma parte del núcleo inderogable del derecho fundamental de la mujer a una vida libre de violencia.

El año pasado, nuestro Tribunal Constitucional se refirió a la técnica o herramienta de la perspectiva de la igualdad de género como "nueva forma de análisis" que "necesariamente debe ser empleada" (mandato vinculante) en el ámbito jurisdiccional y en el ámbito privado, en tanto que permite hacer real el principio de igualdad entre hombres y mujeres. El enfoque de género debe ser incorporado y practicado "en el ejercicio de la función judicial y fiscal", para combatir la discriminación contra las mujeres y la violencia de género. (Expediente N.° 01479-2018-PA/TC de 5 de marzo del 2019).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene sugiriendo (no sin votos en discordia) a una perspectiva constitucional para el análisis de la protección de la mujer contra el acoso sexual; enfoque que en otros países admite varios mecanismos. En efecto, según Poyatos Matas (2019) la técnica de la perspectiva de género se concretiza en el campo de la función jurisdiccional en tres aspectos: en la tramitación o procedimiento; en la valoración de la prueba (distribución de la carga de la prueba, relevancia de la declaración de la víctima); y, en la aplicación de las normas sustantivas

dirigidas a lograr una mayor efectividad de los principios de igualdad de trato y de oportunidades.

Como hemos visto antes, para lograr la protección de la mujer contra el hostigamiento sexual, existen varias opciones disponibles que pueden ser concurrentes: i) una legislación sobre el principio de igualdad de oportunidades; ii) la previsión de la violencia como uno de los riesgos psicosociales a ser abordado dentro de las políticas de seguridad y salud en el trabajo del empleador; iii) el impulso de los procedimientos internos de solución de conflictos en los centros de trabajo (comités bipartitos frente al hostigamiento sexual). Progresivamente, cada uno de estos mecanismos han ido abriéndose camino en nuestro ordenamiento.

En efecto, la igualdad de oportunidades ha sido objeto de una ley del 2006, Ley N.° 28983, y posteriormente mediante la Ley N.° 30709 y su Reglamento Decreto Supremo N.° 002-2018-TR, se considera de manera más específica lo que algunos denominan "violencia económica" contra las mujeres, que se manifiesta típicamente en la discriminación salarial o en el ascenso. La ley aborda asimismo la cuestión de la compatibilidad de la vida laboral y familiar, en tanto que las mujeres son las más afectadas con la excesiva carga laboral o con las tareas domésticas o de servicio a otros (los hijos, el esposo, los familiares que requieren cuidados).

Con relación a la presencia de riesgos psicosociales en el trabajo, el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, Decisión N.° 584, establece que los planes integrales de prevención de riesgos contemplarán la salud física y mental, inclusive que se tendrá en cuenta dentro de dichos planes los factores de riesgo que inciden en la procreación. Los registros de monitoreo deben incluir los agentes psicosociales.

De forma muy directa, el Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP señala en su artículo 7° que el hostigamiento sexual es un riesgo psicosocial que amenaza la dignidad e integridad de las personas, por lo que debería ser contemplado en los instrumentos de seguridad y salud en el trabajo. Asimismo, la Ley de Salud Mental, Ley N.° 30947 señala que los problemas de salud mental comprenden problemas psicosociales, referidos a

la dificultad generada por la alteración de la estructura y dinámica de las relaciones entre las personas o entre éstas y su ambiente. Por su parte, el Reglamento Decreto Supremo N.° 007-2020-SA, obliga al desarrollo de programas que incluyan medidas de identificación, evaluación, atención y protección ante el estrés laboral, acoso, hostigamiento sexual. Se viene así resaltando cada vez más, que los riesgos psicosociales (entre ellos, la violencia y el acoso) conforman un tipo de riesgo que impacta negativamente en la salud de los trabajadores, y que incide, en la tasa de accidentes de trabajo y en el absentismo o la deserción laboral. Se llama actualmente riesgo psicosocial "emergente" en el mundo del trabajo a aquél que está causado por nuevos procesos organizativos, tecnologías y cambios sociales, pero también por factores conocidos que, bajo nuevas percepciones sociales, evidencian que generan condiciones laborables intolerables o difíciles de tolerar.

Finalmente, en relación a los procedimientos internos de solución de conflictos, se considera clave el funcionamiento de comités de intervención de carácter bipartito, donde los empleadores y los trabajadores estén representados y cumplan la importante función de desarrollar un proceso de investigación que permita a la empresa adoptar una decisión final frente a cualquier queja o denuncia por hostigamiento sexual. En las empresas con menos de veinte trabajadores, los trabajadores elegirán un delegado contra el hostigamiento sexual.

Siendo la prevención uno de los ejes fundamentales, debe existir una política clara de prohibición del hostigamiento sexual; y la capacitación y participación de los trabajadores para el mejor conocimiento de las conductas prohibidas, los procedimientos, los medios de prueba, la obligación de guardar reserva, y las posibles consecuencias y sanciones. Asimismo, el empleador debe hacerse responsable por la instalación del Comité.

Si el Comité recibe una denuncia, debe poner en conocimiento del acusado la denuncia para su descargo y realizar una investigación dentro de un plazo de 15 días calendarios. Dicha investigación será puesta en conocimiento del órgano de sanción (oficina de Recursos Humanos o aquella que haga sus veces) para que éste emita una decisión en un plazo

de diez días calendarios. Asimismo, se notificará a las partes el informe de investigación del Comité, para que presenten sus alegatos.

Como veremos en el ítem siguiente, este marco jurídico es insuficiente, se necesitan otras respuestas para el "Perú fracturado" como lo llama Francisco Durand.

4. EL PERÚ FRACTURADO: LOS RETOS DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

La propuesta de acción de MacKinnon pasa por concentrarse en tres columnas: la violación, el acoso sexual y la pornografía. En el Perú, no obstante, hablamos de problemas escalofriantes: trata de personas con fines de explotación sexual y laboral; tráfico de órganos; trabajo infantil, trabajo forzoso y trabajo doméstico en condiciones de riesgo y servidumbre. La mayoría de las víctimas son niñas, adolescentes o jóvenes en situación de pobreza, de raza campesina o indígena y de hogares desintegrados o con un bajo nivel de educación. Múltiples factores alimentan esta situación: altas tasas de informalidad; persistentes problemas de corrupción que ceban la impunidad; y una sociedad racista que no asume la tragedia de las víctimas como propia.[3]

Uno de los males en el Perú es la distancia entre la consagración normativa de derechos humanos o profusión de normas igualitarias y la efectiva aplicación en la práctica. Se viene impulsando la ratificación del Convenio N.° 190 sobre la eliminación y el acoso en el mundo del trabajo, 2019, pero no hemos eliminado las modernas formas de esclavitud. Diversos estudios han analizado esta problemática; leyes y planes nacionales buscan combatir estos delitos; existe un Ministerio *ad hoc* de la mujer y poblaciones vulnerables; sin embargo, muchas vidas siguen siendo destruidas. ¿Por qué sucede esto, y cómo puede cambiar? ¿Hay algún rol para la Autoridad de Trabajo y, para la Inspección en particular?

3 Parafraseamos la conclusión de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, para la que el proceso de violencia terrorista tuvo un fuerte componente étnico racial y afectó singularmente a las mujeres debido a un sistema de género caracterizado por la desigualdad, la jerarquía y la discriminación. Capítulo 2: El impacto diferenciado de la violencia: http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/

Francisco Durand (2007) señala que el Perú tiene tres economías separadas por el tipo de legalidad, aunque con vasos comunicantes: la economía formal, la economía informal y la economía delictiva; las dos últimas incorporan a millones de peruanos y han copado el Perú. En la economía informal, las empresas operan en una franja claroscura, y en materia laboral los trabajadores no están en planillas y sufren abusos. Obviamente las normas fiscales, laborales y de derechos humanos sólo pueden aplicarse en "la parte sana", cada vez menor, no sólo por el pujante crecimiento de las economías no legales que desde hace años han penetrado el Estado con representación política, sino por la tendencia de la economía formal a un menor empleo de fuerza laboral, amén de la explosión demográfica:

> Hoy en día el sector formal es mucho más pequeño, no solo por los avances de las otras dos economías. Esa limitación se evidencia en el hecho de que la gran empresa genera poco empleo. Es intensiva en capital y "grande" en el sentido que abastece al conjunto del país, lo que significa otro tipo de articulación. Las corporaciones emiten sus mensajes y programas a todos, venden los seguros a los taxistas, sean formales o informales, dan crédito, instalan teléfonos y redes de energía, y ofrece a los consumidores nacionales productos en sus supermercados. Hoy, buscando al consumidor, se han trasladado a las "zonas marginales", como los supermercados del Cono Norte de Lima. Entonces, la vinculación con estas multitudes, definidas así por ser menos que clases sociales propiamente hablando -otra vez la metáfora del triángulo sin base viene al caso recordarla-, es por el consumo.

Según explica Durand, la economía informal no es solo una economía de pequeña escala, sino que incluye a una gran burguesía informal de empresarios que para defender mejor sus intereses, buscan pasar desapercibidos: los patrones informales utilizan a sus "trabajadores" como fuerza de choque cuando les resulta conveniente.

Entonces, por un lado, el Estado y la Inspección Laboral no pueden renunciar al avance de la formalización, ya que como indica Durand, ésta le proporcionará mayores recursos, fortalecerá su capacidad de acción y le brindará las condiciones para que pueda tener lugar la aplicación de la

normativa sociolaboral a un mayor número de trabajadores. Este sector viene escapando del control del Estado a pesar de que emplea a cientos de miles de trabajadores. El cambio social que propugna MacKinnon mediante una política de mariposas *(Butterfly politics)* resultaría ostensiblemente más eficaz si hubiera más alas batiendo, y como veremos después, no es poca cosa lo que se puede hacer a través de los empleadores.

En cuanto a los territorios y negocios dominados por mafias que operan sobre la base de la violencia y la corrupción, el Estado tiene que tomar control a nivel municipal y regional, y asegurar su presencia en instituciones locales estratégicas. Según Durand, la economía delictiva se nutre gracias a un Estado ausente o débil, y tiene operadores en la política, en la justicia, en los medios de comunicación, en las rutas, en el transporte, además del apoyo de redes de productores y distribuidores con miles de personas detrás. Esta economía se expande rápidamente a las otras economías (informal e incluso formal). Dentro de estos espacios lumpenizados están las niñas y jóvenes obligadas a la prostitución y al trabajo forzoso o servil, como parte de una gran cadena económico-delictiva muy rentable y perfectamente organizada.

¿Podrá hacer algo nuestra Inspección del Trabajo en espacios donde no hay Estado, porque éste no quiere (economía informal) o al parecer no puede (economía delictiva)? Como indica Durand, si queremos hacer algo, un buen comienzo sería llamar a las cosas por su nombre, admitir que tenemos economías sin contrato social (sin Estado). Está claro entonces que, en principio, la posible contribución de nuestra Inspección del Trabajo al cambio social estará principalmente orientada a un sector minoritario de nuestra economía, donde funcionan los comités internos de prevención y acoso sexual y las capacitaciones.

Será indispensable que la Inspección avance en la formalización de empresas, para que exista una real contribución al cambio. Justamente, el Convenio N.° 190 de la OIT nos da un mensaje en relación al sector informal: "Este Convenio se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales" (artículo 2°); debiendo el Estado garantizar una Inspección efectiva para los

casos de violencia y acoso, incluyendo aquella que desarrolla la Inspección del Trabajo (artículo 4°).

La Recomendación N.° 206 que la complementa, señala lo siguiente:

> "Al facilitar la transición de la economía informal a la economía formal, los Miembros deberían proporcionar recursos y asistencia a los trabajadores y empleadores de la economía informal, y a sus asociaciones, para prevenir y abordar la violencia y el acoso en ésta" (ítem 11 capítulo II).

Por otro lado, los Estados que ratifiquen el Convenio N.° 190 de la OIT facultarán a la Inspección del Trabajo y a otras autoridades pertinentes para dictar órdenes que requieran la adopción inmediata de medidas; o disponer la interrupción de la actividad laboral si supone peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad de los trabajadores, a reserva de cualquier recurso que pueda prescribir la legislación (artículo 10° literal h).

Precisamente, la Recomendación N.° 206 (ítem 20 capítulo III) señala que los inspectores de trabajo y los agentes de otras autoridades competentes, deberán recibir formación específica sobre cuestiones de género para detectar y tratar la violencia y acoso en el mundo del trabajo.

El Perú ha adoptado una Estrategia Sectorial para la formalización Laboral 2018-2021 así como cuenta con un Plan Sectorial para la igualdad y la no discriminación en el empleo y la ocupación 2018-2021, reconociendo que debe contemplar el enfoque de género para atender a la problemática de la informalidad que continúa teniendo una mayor incidencia en el segmento de las mujeres (75%). En un Informe nacional reciente, el Perú reconoce que existe normativa para atender el acoso sexual en el lugar de trabajo, pero no está extendida a nivel nacional, ya que en las regiones sólo el 44% cuenta con una normativa interna que regula el procedimiento para la prevención y sanción de los actos de hostigamiento sexual.[4]

4 Informe nacional sobre los avances en la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995), Beijing+25 y los resultados del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General (2000).

Las actuaciones inspectivas orientadas a detectar inconsistencias, errores, omisiones, defectos de plazos de comunicación o del número anual capacitaciones según protocolos de fiscalización, están en la práctica dirigidos al sector formal. La inmensa mayoría de la población no trabaja ahí, la SUNAFIL parece imitar a la SUNAT que desata la presión de la fiscalización sobre los principales contribuyentes, pues aunque aquellos representen el 0.2% del total de contribuyentes inscritos, aportan cerca del 80% del total de ingresos tributarios. La acción de la SUNAFIL es reactiva, al vaivén de las denuncias: cerca del 90% de las actuaciones inspectivas surgen como resultado de una denuncia del sector formal.

Deberíamos contar con un cuerpo de estadísticos que pueda verificar la información de los servicios médicos o de salud, registros de denuncias, ingreso a los refugios, registro de las líneas telefónicas de emergencia, entre otros. Asimismo, exigir en todo lugar de trabajo, formal o no, el funcionamiento de un comité de intervención frente al hostigamiento sexual (delegado cuando corresponda) y, la activación de una suerte de seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR-Salud) en caso de violencia doméstica, que puede ser complementado con programas especiales. Si las mujeres pudieran solicitarlo y ser facilitado mediante un plan, mejoraría el conocimiento estadístico y se abriría al conocimiento o intervención de las autoridades administrativas (Trabajo, Mujer), judiciales, fiscales y policiales.

Mencionamos el SCTR-Salud porque es un seguro de atención de la salud que tiene un funcionamiento expeditivo y completo. Se plantea un seguro porque todo riesgo de alta siniestralidad debería ser asegurado, y la violencia de género, en especial, la violencia doméstica, es muy común. Conforme avance la formalización laboral, las mujeres que sufran violencia doméstica podrían estar cada vez más informadas de los medios para acceder a este seguro, que incluso podría ser financiado parcialmente con las rentas que deriven de la formalización laboral.

En México se ha ensayado un seguro contra la violencia familiar otorgado a través de la Dirección de Igualdad y Diversidad Social, y consiste en un apoyo mensual por un año, a las mujeres que denuncian

violencia familiar, ello para preparar a las mujeres a romper con el agresor. El seguro está complementado con un programa de reinserción social que apoya a las mujeres a capacitarse, recibir atención psicológica y jurídica, así como un programa de apoyo a la vivienda, aspecto importante para una nueva etapa de la vida de las víctimas. Consideramos que debería estudiar la experiencia mexicana, y convocar a los expertos en riesgos, sea en prevención o en aseguramiento, para alumbrar un seguro de violencia doméstica que permita cubrir la atención médica por lo menos, y sumar programas adicionales si fuera posible.

5. CONCLUSIONES

Primera: El principio de igualdad, que subyace al Derecho del Trabajo, sigue manifestándose bajo nuevos enfoques y perspectivas; la igualdad entre mujeres y hombres viene integrando las políticas públicas. Pero alcanzar el esperado cambio social y cultural, requiere un impulso desde el feminismo.

Segunda: El derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia surge para visibilizar la persistencia de factores socioculturales que legitiman la violencia contra las mujeres, y ante la vacilante voluntad, persistentes deficiencias y carencia de recursos de las autoridades para combatir la misma. En los procedimientos de investigación en la esfera jurisdiccional, administrativa y privada que conocen hechos de violencia contra la mujer se invoca dicho principio y se comienza a emplear la perspectiva de género como herramienta legal.

Tercera: Bajo un enfoque jurídico, el Perú luce un completo elenco de planes y políticas para combatir la violencia contra la mujer y una internacionalización, constitucionalización y reglamentación de derechos y principios dirigidos al mismo objetivo. Pero bajo un enfoque práctico, nuestra legislación no recibe un adecuado grado de cumplimiento: seguimos inmersos en la misma crisis de autenticidad que denunció Oscar Ermida hace veinte años.

Cuarta: Las peores formas de violencia, explotación y abuso que sufren las niñas y mujeres de nuestro país acontecen dentro de la economía

informal "y de su mala hermana" la economía delictiva (expresión de Francisco Durand). La economía informal es heterogénea e incluye a una gran burguesía informal de empresarios que buscan pasar desapercibidos y que utiliza a sus "trabajadores" fuera de planillas. La economía delictiva está organizada, tiene representación política y se nutre de un Estado ausente. En las economías no legales, millones de mujeres son abusadas, no reciben capacitación preventiva e información sobre los contactos de emergencia o de las autoridades, en sus lugares de trabajo no se instalan comités de intervención frente al hostigamiento sexual, y no es extraño que cuando buscan algún tipo de ayuda, no reciban respuesta de las autoridades, con resultados fatales.

Quinta: Los esfuerzos de los inspectores en fiscalizar los requerimientos normativos se concentran en el sector formal, mientras que en las otras economías no se cumplen las obligaciones más elementales como es el registro en planillas y la contratación de los seguros.

Sexta: La violencia de género es un riesgo psicosocial que amenaza la vida e integridad de las mujeres. En el caso de la violencia doméstica, los empleadores no son responsables, pero están llamados a dar facilidades al trabajador cuando tomen conocimiento que aquel es víctima de tipo de violencia.

Séptima: Todo riesgo de alta siniestralidad debería ser asegurado: un seguro similar al seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR-Salud) facilitaría la atención médica o de salud integral de la mujer y aportaría a la información estadística. Si bien puede parecer exagerado o delirante proponer un seguro, hablamos de un grave, alarmante y recurrente riesgo de consecuencias fatales.

Octava: La Inspección del Trabajo requiere capacitación sobre cuestiones de género para detectar y tratar la violencia, pero también recursos, dirección y estrategias para promover la formalización laboral, sin olvidar que la economía informal no equivale a negocio de pequeña escala. Reducir la informalidad es atacar directamente las cifras de violencia: la Inspección del Trabajo contribuirá verdaderamente al cambio social en favor de las

mujeres, liderando la formalización laboral de todo empleador en cualquier lugar de trabajo, incluyendo a los empleadores del servicio doméstico.

Novena: La información estadística permite la planificación y el monitoreo, por lo tanto, se debería contar con un cuerpo de estadísticos dedicado a esta problemática. Exigir dentro de todo lugar de trabajo, sea cual fuere su tipo y formalidad, el funcionamiento de un comité de intervención frente al hostigamiento sexual (o delegado según el caso) y, la activación de una suerte de SCTR-Salud de violencia doméstica, mejorará el conocimiento estadístico y la intervención de las autoridades administrativas (Trabajo, Mujer), judiciales, fiscales y policiales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Danzi, Jorge Rubén. (2019). *El Convenio N.° 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la violencia y el acoso (2019). Ponencia presentada en el congreso celebrado en la ciudad de Formosa titulada "Grupos Vulnerables de Especial Protección. Discriminación y Acoso Laboral".* http://congresosartra.com/MDQ-2019/DANZI-CONVENIO%20190%20OIT.pdf

Díaz Castillo, *et. al.* (2019). *Feminicidio. Interpretación de un delito basado en violencia de género.* http://files.pucp.edu.pe/departamento/derecho/2019/08/21194712/libro-feminicidio.pdf

Durand, Francisco. (2007). *El Perú fracturado: formalidad, informalidad y economía delictiva.* https://escuela.pucp.edu.pe/gobierno/images/documentos/el%20peru%20fracturado%20-%20francisco%20durand.pdf

Ermida Uriarte, Oscar. (2014). *La mujer en el Derecho del Trabajo: de la protección a la promoción de la igualdad.* http://www.relats.org/documentos/DERECHOErmida.pdf

Gomez Suárez, Águeda. (2010). *Los sistemas sexo/género en distintas sociedades: modelos analógicos y digitales.* Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis) N.º 130, 2010, pp. 61-96. http://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_130_03b1331888735499.pdf

Mac Kinnon, Catharine. (2017). *Butterfly Politics*. The Belknap Press of Harvard University Press.

Pons Carmena, María. (2020). *Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190.* https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/5538 https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/5538

Poyatos Matas, Glòria (2019). *Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa.* https://revistas.um.es/iqual/article/view/341501/257391

PONENCIAS LIBRES

LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA ÚNICA EN LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL LABORAL

ELMER HUAMÁN ESTRADA
Asociado sénior del área laboral
de Lazo & De Romaña Abogados.

INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia el año pasado en nuestro país de las nuevas precisiones en materia de hostigamiento sexual laboral, a propósito de la emisión del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, norma reglamentaria de la Ley N.° 27942, Ley de Hostigamiento Sexual, una serie de dudas surgieron en el ámbito de las relaciones laborales, básicamente, enfocadas en definir la puesta en marcha del papel del empleador como órgano encargado de investigar y sancionar, a la vez, los casos de hostigamiento sexual que se presentan en su ámbito.

Así, bajo la nueva normativa, los empleadores deben contar con un Comité de Investigación de Hostigamiento Sexual (CIHS), órgano paritario conformado tanto por representantes del empleador y de los trabajadores; el que se encuentra encargado de investigar el asidero fáctico y legal de los posibles casos de hostigamiento sexual que se puedan presentar en la empresa y, luego de realizar esta investigación, de recomendar la imposición de una sanción o el archivamiento del caso. Al mismo tiempo, los empleadores, a través de otro órgano distinto a este CIHS que vendría a ser el Área de Recursos Rumanos, debe decidir si sanciona o no y qué sanción impone a los trabajadores que hayan cometido los actos de hostigamiento sexual que son imputados.

La labor del CIHS y del área de recursos humanos no será tan complicada en ciertos casos, cuando, por ejemplo, existe abundante material probatorio que les permite a ambos órganos corroborar la existencia de los actos de hostigamiento sexual investigados; sin embargo, existirán otras situaciones, que nos ha develado la puesta en marcha de la normativa en esta materia, en las que la única prueba para concluir un posible caso de hostigamiento sexual es la propia y exclusiva declaración de la presunta víctima.

En este último escenario, la labor del CIHS, encargado de la investigación de presuntos actos de HS, y del área de RH, encargado de sancionar y decidir qué sanción imponer, se torna compleja, ya que, por un lado, se encuentra la dificultad de arribar a una conclusión (existencia de un caso de HS) a fin de tutelar al trabajador afectado y erradicar este tipo de situaciones al interior de la empresa; y, por otro lado, el derecho fundamental al debido procedimiento del presunto hostigador, el cual, para ser sancionado válidamente (incluso, con el despido) ha debido gozar de la garantía del derecho a recibir una sanción basada en pruebas que soporten los hechos que se le imputan y, asimismo, de ver respetado su derecho a la presunción de inocencia.

La presente investigación busca analizar y brindar pautas para la atención de aquellos casos de hostigamiento sexual laboral en los que la única prueba con la que se cuenta es la propia declaración de la presunta víctima. Por ello, analizaremos, primero, el papel del CIHS en la atención de los casos de hostigamiento sexual; segundo, nos detendremos a analizar el escenario en el que la única prueba del hostigamiento sexual denunciado es la propia declaración de la presunta víctima; tercero, analizaremos si una decisión empresarial fundamentada única y exclusivamente en la declaración de la víctima es conforme con el respeto de la presunción de inocencia del trabajador acusado; y, finalmente, precisaremos algunas pautas dirigidas al CIHS y al área de recursos humanos cuando se presenten estas complejas situaciones probatorias.

I. EL COMITÉ DE INVESTIGACIÓN DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y SU PAPEL DE ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN Y PROPOSITIVO DE LA SANCIÓN

En nuestra actual normativa laboral, existe la obligación de los empleadores que cuentan con veinte (20) o más trabajadores de contar con un CIHS, el cual "investiga y emite recomendaciones de sanción y otras medidas adicionales para evitar nuevos casos de hostigamiento sexual", y que asegura en su conformación la representación de los trabajadores. Si el empleador cuenta con menos de veinte (20) trabajadores, el Comité de intervención frente al Hostigamiento Sexual lo asume un delegado contra el Hostigamiento Sexual.

Este Comité, pues, garantiza la participación de los trabajadores en la investigación de los actos de hostigamiento sexual, así como en la elaboración de las recomendaciones que este órgano trasladará al órgano decisorio de la empresa. Esta participación de los trabajadores, como indican Yoselyn Bermúdez Abreu y César Prades Espot, se denomina "cogestión", la cual "otorga a los trabajadores un rol activo en la empresa, que a la par de la lucha por el otorgamiento de los beneficios sobre los cuales siempre han actuado los sindicatos, se diferencia de éstos por situar al trabajador en una posición de mayor envergadura, pues de algún modo trataría de asimilarlo a la clase patronal en cuanto al cumplimiento de acciones que normalmente estos como propietarios habían realizado"[1].

Así, queda claro que, a diferencia de otras situaciones en las que el empleador únicamente es el que realiza la investigación de la comisión de posibles incumplimientos de los trabajadores, en materia de hostigamiento sexual, al menos en la etapa de investigación y propuesta de sanción, esa función es compartida entre los representantes del empleador y representantes del trabajador que conforman este CIHS.

De esta manera, el CIHS tiene, conforme lo confiere nuestra normativa, la función de ser el "órgano encargado de (…) investigar los hechos y emitir el informe con las conclusiones de la investigación" (numeral 19.2 del artículo 19 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP), lo que deberá realizar respetando "el debido procedimiento de ambas partes" (numeral 19.4 del artículo 19 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP).

Precisamente, en el ejercicio de esa función de investigar los hechos que giran alrededor del supuesto caso de hostigamiento sexual y de proponer una sanción o el archivamiento del caso, se presentan situaciones complejas para el CIHS como lo serían aquellas en las que la única prueba con la que se cuenta es la declaración de la víctima del presunto acto de hostigamiento sexual.

1 Bermúdez Abreu, Yoselyn y Prades Espot, César. "Algunas consideraciones sobre la cogestión laboral en Alemania, España y Venezuela". En: *Gaceta Laboral* v. 12 n. 3 Maracaibo, dic. 2006.

Y estas situaciones, aunque se pueda pensar preliminarmente que son de difícil ocurrencia, se presentan en ámbitos como el penal y en específico cuando nos encontramos frente a delitos vinculados a la libertad sexual, ya que como nos señala Miranda Estrampes[2], la experiencia nos enseña que, en una multitud de ocasiones, frente a la posición del acusado o procesado que niega rotundamente los hechos delictivos que se le imputan, se alza la declaración de la víctima u ofendido por el delito como única prueba incriminatoria.

Por consiguiente, como nos indica Vizcarra, "(l)a declaración de la víctima en los delitos denominados "clandestinos" es vital. Esta declaración es admitida como única prueba de cargo legítima, sobre todo en delitos contra la libertad sexual, pero requiere la presencia de datos periféricos de carácter objetivo que corroboren su versión"[3].

En un mismo sentido, debemos resaltar, a partir de la experiencia práctica en estos asuntos, que resulta complicado para el trabajador víctima de hostigamiento sexual demostrar la afectación de la que ha sido víctima. La doctrina, con relación a este asunto, nos indica que "el carácter secreto del acoso, la ausencia de evidencias físicas, de testimonios o la parálisis inicial de la víctima, hacen de la aportación de indicios probatorios el problema central (…)"[4].

Por lo tanto, no debe resultarnos extraño encontrar casos en los que se presenten denuncias de posibles actos de hostigamiento sexual clandestinos, en los que hay una carencia de pruebas materiales y sólo se cuenta con la declaración de la víctima; y que no deben llevar, como exponemos a continuación, a rechazar y archivar estas denuncias bajo el argumento

2 Citado en Vizcarra Vizcarra, Paul. "Precisiones al Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116 Declaración de la víctima suficiente para enervar la presunción de inocencia". En: Foro Jurídico, Lima, 2016, p. 333. Puede verse la publicación en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/19854/19895/.

3 Ídem.

4 Poquet Catalá, Raquel. "Las dificultades probatorias del acoso laboral". En: *Revista Aranzadi Doctrinal* num.10/2016, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016.

de una falta de pruebas o de que la declaración de la víctima por sí sola no puede sustentar la ocurrencia de este tipo de actos.

II. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA EXCLUSIVA EN LOS CASOS DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL LABORAL

1. La declaración de la víctima como prueba exclusiva en los casos de hostigamiento sexual

Sobre la valoración de las pruebas que debe realizar tanto el CIHS como el área de recursos humanos o el que tome la decisión y ejecute la sanción, debemos partir precisando lo que nos indica el numeral 20.4 del artículo 20 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, que regula lo siguiente:

> *"20.4 Tanto en la etapa de investigación como en la de sanción, la valoración de los medios probatorios debe realizarse tomando en cuenta la situación de vulnerabilidad de la presunta víctima, considerando particularmente lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, aprobado por Decreto Supremo N.º 009-2016-MIMP".*

Vemos, pues, que este dispositivo normativo impone el deber al CIHS de valorar las pruebas con las que cuente sobre la denuncia del acto de hostigamiento sexual, tomando en cuenta, primero, la situación de vulnerabilidad de la presunta víctima; y, segundo, deberá realizar esa valoración contemplado lo dispuesto en el artículo 12 del D.S. N.º 009-2016-MIMP.

¿Y qué nos precisa esta última norma en mención? Pues lo siguiente:

> ***"Artículo 12.- Declaración de la víctima***
>
> *12.1 En la valoración de la declaración de la víctima, los operadores y operadoras de justicia, especialmente deben observar:*
>
> ***a. La posibilidad de que la sola declaración de la víctima sea hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, si es que no se advierten razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Para ello se evalúa la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación.***

> *b. La importancia de que la retractación de la víctima se evalúe tomando en cuenta el contexto de coerción propiciado por el entorno familiar y social próximo del que proviene la víctima y la persona denunciada.*
>
> *12.2 Asimismo, deben observar los criterios establecidos en los Acuerdos Plenarios aprobados por la Corte Suprema de Justicia de la República".*

Esta norma de remisión, plenamente aplicable al procedimiento de investigación de los actos de hostigamiento sexual, precisa que **la sola declaración de la víctima es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, esto es, para considerar culpable al trabajador o trabajadora denunciado, siempre que no hubiera razones objetivas que invaliden esa declaración**. Dichas razones invalidantes de la eficacia de la declaración de la víctima serán, a su vez, analizadas desde la evaluación de los criterios de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación; factores que la misma norma nos indica que deben estudiarse y aplicarse a partir de los criterios establecidos en acuerdos plenarios de nuestra Corte Suprema.

Por lo tanto, el CIHS y el área de recursos humanos incurrirían en un desacierto si proceden a archivar una denuncia de hostigamiento sexual bajo el argumento de que el único medio de prueba es la sola declaración de la víctima. En tal sentido, debe tenerse presente que la misma normativa indica que esta prueba es suficiente para concluir en la responsabilidad del presunto hostigador sexual; y, para concluir lo contrario, esto es, en su ausencia de responsabilidad, tanto el presunto hostigador como la propia empresa deberán poder rebatir esta presunción de veracidad de la declaración de la víctima a través de una pauta metodológica que la normativa y jurisprudencia penal más profusamente han analizado y que detallamos en el punto siguiente de este artículo.

2. Evaluación de la declaración de la víctima como prueba única en los procedimientos de hostigamiento sexual laboral

Conforme lo hemos indicado en el punto anterior, la declaración de la víctima puede perder su carácter incriminatorio siempre que existan

pruebas que permitan derribar su valor probatorio. En este punto, es importante advertir las precisiones contenidas en el "Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria" de la Corte Suprema, celebrado mediante el Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-116, en el que, en el punto 10, se nos ha indicado lo siguiente:

> *"10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testis unus testis nullus, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:*
>
> ***a)*** ***Ausencia de incredibilidad subjetiva.*** *Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.*
>
> ***b)*** ***Verosimilitud,*** *que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.*
>
> ***c)*** ***Persistencia en la incriminación,*** *con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior".*

Por lo tanto, aunque en la práctica pueda resultar complejo aplicar estas pautas para los miembros del CIHS y del área de recursos humanos del empleador, que no necesariamente son expertos en el Derecho y más aún en el Derecho Penal o en Argumentación Jurídica, se deberá someter a este análisis la declaración de la víctima a fin de confirmar su validez como prueba única en los casos de hostigamiento sexual.

En tal sentido, los miembros del CIHS y el área de recursos humanos deberán analizar, respecto a la declaración de la víctima como única prueba en la imputación de actos de hostigamiento sexual, lo siguiente:

a) Que la declaración de la víctima no adolezca de incredibilidad subjetiva

Como nos indica la jurisprudencia penal se debe "examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias:

venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad".

Por ejemplo, podrá acarrear que la declaración pierda su valor probatorio el hecho de que el trabajador denunciando haya tenido una relación sentimental con la trabajadora denunciante que hubiera finalizado con problemas conocidos públicamente (por ejemplo, publicaciones en Facebook sobre los problemas sentimentales de ambos trabajadores); o que entre los trabajadores haya existido previamente un litigio civil por ejemplo de alimentos en los que el trabajador obtuvo una sentencia favorable generando con ella un resentimiento en la trabajadora denunciante. O, por indicar otro ejemplo, que haya existido un concurso de ascenso al interior de la empresa en el que ganó un trabajador y el otro, que esperaba el ascenso desde hace buen tiempo, denuncia al ganador de haberlo hostigado sexualmente desde hace varios meses (antes y durante el concurso de ascenso).

Estos ejemplos, sin embargo, no deben por sí solos generar la incredibilidad subjetiva del testimonio de la denunciante, pero deberán ser valorados a efectos de poder concluir si debilitan o no dicha declaración.

b) Que la declaración de la víctima sea verosímil

La declaración de la víctima debe ser coherente, sólida, y que se encuentra acompañada de ciertas corroboraciones periféricas que la hagan una denuncia creíble. Por ejemplo, un caso en materia penal en el que se destruyo la verosimilitud de la declaración se produjo debido a que cuando el presunto agraviado indica se produjo el acto lesivo se encontraba en estado de ebriedad, lo que, para la Corte Suprema (sentencia emitida al momento de resolver el Recurso de Nulidad N.° 2172-2015-Lima), además de otras inconsistencias en su relato, produjeron que se le reste verosimilitud al hecho.

Esta verosimilitud es más exigible en casos en los que la comisión del acto de hostigamiento sexual es clandestina, esto es, en la que no hay

pruebas materiales del hecho ocurrido. Por ejemplo, una trabajadora denuncia que un compañero de trabajo le dijo una frase de contenido sexista, pero sólo la escucho ella y no hubo testigo alguno, lo cual se produjo en el centro de trabajo a las 09:00 p.m. cuando ya no había más trabajadores que los dos en la empresa; sin embargo, el denunciado demuestra que a esa hora se encontraba en el cine (y lo logra demostrar), restando, con ello, de toda verosimilitud a la denuncia.

Es importante precisar que el Tribunal del Servicio Civil ha reconocido, en la Resolución N.° 001962-2019-SERVIR/TSC-Primera Sala, que "(…) **el hostigamiento o acoso sexual es una falta que suele cometerse de forma clandestina, sin la presencia de testigos y en ocasiones sin dejar rastros o vestigios materiales, lo que naturalmente dificulta contrastar el testimonio de la víctima con otros elementos de carácter objetivo**. Por esa razón, es necesario recurrir a otros elementos de prueba o indicios que permitan generar un grado de certeza suficiente para determinar la culpabilidad del procesado en los hechos atribuidos. Un ejemplo sería una **pericia psicológica que evidencie que la víctima padece de síntomas compatibles con episodios de hostigamiento sexual**. También, el **testimonio de quienes puedan haber observado que el investigado(a) haya empleado términos de corte sexual hacía la víctima, o le haya hecho proposiciones reiteradas para citas o actos de similar naturaleza**" (el resaltado es nuestro).

Por lo tanto, podrá servir, tanto a favor como en contra de la verosimilitud de la declaración, aportar esos elementos periféricos que menciona la jurisprudencia penal, siendo ejemplos de ellos una pericia psicológica de la víctima o declaración de testigos sobre el comportamiento o conducta tanto del acusado como de la víctima.

c) Que la declaración de la víctima sea persistente durante la investigación del acto de hostigamiento sexual

Respecto a este presupuesto de la declaración de la víctima, se exige que esta sea continua y no entre en contradicciones durante la investiga-

ción del acto de hostigamiento sexual[5]. Así, por ejemplo, podría perder su persistencia una declaración de una trabajadora que, por escrito, informó al CIHS de haber sido víctima de declaraciones sexuales de un compañero de trabajo, pero, cuando se acercó a dar sus declaraciones ante los miembros de este Comité, indicó que todo fue un error o varió los hechos de su declaración.

Sobre este elemento, debe indicarse que no existe normativa que impida o prohíba que el trabajador víctima de un acto de hostigamiento sexual declare más de una vez sobre los actos que denuncia. Asimismo, deberá cuidar el empleador de no infringir la prohibición de revictimización que, conforme lo establece el artículo 15 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, exige que en la actuación de los medios probatorios no se exponga a la víctima a ciertas situaciones como "la declaración reiterativa de los hechos"; prohibición que, no obstante, según la Corte Suprema, "no puede convertirse en un obstáculo para la averiguación de la verdad procesal cuando, precisamente, lo que se discute es la calidad de la víctima de la declarante; (…). La "no revictimización" no es un principio absoluto y, por tanto, no puede estar por encima del derecho constitucional a la presunción de inocencia"[6].

No obstante, deberá tenerse en cuenta que la retractación de la víctima no necesariamente debe generar que su declaración pierda valor probatorio. Señalamos esto porque la Corte Suprema, a través del VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria celebrado mediante el Acuerdo Plenario N.° 1-2011/CJ-116, ha precisado lo siguiente:

> *"La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En*

5 Debemos indicar en este punto que el Tribunal Supremo español, en la sentencia del 31 de enero de 2005, sobre la persistencia en la incriminación ha señalado que no se exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajuste a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imposiciones, una base sólida y homogénea.

6 Ver sentencia de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema al resolver el Recurso de Nulidad N.° 3303-205-Lima.

cuanto a la primera, se trata de indagar: a) la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos- que exista; b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado -venganza u odio- y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: d) los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos".

En tal sentido, consideramos que la prohibición de no revictimización en los casos de hostigamiento sexual en los que sólo existe como prueba la propia declaración de la víctima, especialmente cuando estamos frente a actos "clandestinos" (en los que no hay prueba material del acto de hostigamiento), se debe flexibilizar a fin de permitir que la víctima pueda declarar ante el CIHS a fin de evaluar la consistencia de su declaración y, en tal sentido, que se pueda comprobar su persistencia en el tiempo; asimismo, en caso exista una retractación de la víctima en su declaración, se deberá analizar interna como externamente a fin de poder justificar dejar de lado esa declaración como prueba del acto de hostigamiento sexual.

III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL TRABAJADOR DENUNCIADO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL CON DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA EXCLUSIVA

Como ya previamente lo habíamos deslizado, concluir al interior de la empresa que un trabajador ha cometido un acto de hostigamiento sexual únicamente a partir de la declaración de la presunta víctima, podría colisionar con el derecho a la presunción de inocencia que, como derecho fundamental, ostenta el trabajador también en el marco de la relación laboral que sostiene con su empleador.

Este derecho a la presunción de inocencia, sin embargo, tal como lo ha precisado nuestro Tribunal Constitucional no sería absoluto sino relativo, pues "parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia está vinculado también con que dicho derecho incorpora una presunción *«iuris tantum»* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada mediante una mínima actividad probatoria"[7].

Por ello, la presunción de inocencia del denunciado como hostigador sexual en el marco de una relación laboral será válidamente derrotada incluso cuando la única prueba de cargo es la declaración de la propia víctima. No obstante, conforme lo ha precisado el Tribunal Supremo español "(…) aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: ausencia de incredibilidad subjetiva, o dicho en positivo, credibilidad subjetiva del testimonio, verosimilitud del mismo y persistencia en la acusación"[8].

Por consiguiente, la presunción de inocencia que ostenta el trabajador acusado de un acto de hostigamiento sexual no se verá afectada cuando la única prueba en contra de él es la acusación de la víctima, siempre que dicho testimonio sea creíble subjetivamente, verosímil y persistente; debiendo, para ello, ser el CIHS cuando investiga y recomienda la sanción a imponer, y el área de recursos humanos de la empresa cuando sanciona, los encargados de valorar esta declaración a la luz de este examen que permitirá sustentarla como prueba suficiente de incriminación del trabajador acusado.

---

7 Sentencia recaída en el expediente N.º 2440-2007-PHC/TC, fundamento quinto.

8 Sentencia del Tribunal Supremo español 269/2014 (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec 1845/2013 de 20 de marzo de 2014).

IV. LA LABOR DEL CIHS Y DEL ÁREA DE RECURSOS HUMANOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL CON DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA EXCLUSIVA

Es evidente la difícil labor del CIHS y del área de recursos humanos en aquellos casos en los que la única prueba de cargo es la declaración de la víctima, en especial, en aquellos casos que son denominados como "clandestinos", esto es, en los que no hay prueba material alguna que sustente la acusación existiendo como única prueba la declaración de la víctima de haber sido agredida sexualmente por algún compañero de trabajo.

En estos casos, consideramos que la dificultad que ostentan ambos órganos del empleador es dar soporte jurídico a la decisión que vayan a asumir: el CIHS que deberá investigar y evaluar si la declaración de la víctima reúne los presupuestos que la jurisprudencia penal ha establecido para dar validez a esta declaración como prueba inculpatoria; y el área de recursos humanos, que deberá revisar las recomendaciones efectuadas por el CIHS y que deberá tomar la decisión de sancionar o no al trabajador a partir de las pruebas aportadas en la etapa de investigación.

Y precisamos que lo anterior desde nuestro punto de vista implica una serie dificultad ya que los miembros del CIHS son finalmente trabajadores (ya sea que representen en estricto a los trabajadores o al empleador) al igual que lo son los miembros del área de recursos humanos; y no se exige en la normativa que alguno sea un operador jurídico.

No obstante, una manera de paliar esta complicación podría ser el cumplimiento de la obligación impuesta en el literal b) del numeral 11.1 del artículo 11 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, que establece que el empleador deberá brindar "(u)na (1) capacitación anual especializada para el área de Recursos Humanos o el que haga sus veces, el Comité de intervención frente al Hostigamiento Sexual o el que haga sus veces y los demás involucrados en la investigación y sanción del hostigamiento sexual, con el objeto de informar sobre el correcto tratamiento de las víctimas, el desarrollo del procedimiento, así como la aplicación de los enfoques previstos [en la normativa]. Esta obligación no será exigible en el caso de

las micro y pequeñas empresas, siempre que se encuentran acreditadas en el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa – REMYPE".

Esta capacitación, por consiguiente, deberá enfocarse en brindar estas herramientas y pautas metodológicas jurídicas a los miembros del CIHS y del área de recursos humanos de la empresa. Sin embargo, como la misma norma indica, esta capacitación no será exigible para las micro y pequeñas empresas, por lo que somos de la idea de que en estas organizaciones probablemente los miembros del CIHS o el delegado que cumple esta función tendrá serias complicaciones al momento de evaluar aquellas denuncias en las que la única prueba es la propia declaración de la víctima.

Por otro lado, no debe dejarse de lado, como previamente lo hemos indicado, el derecho al debido proceso del acusado, el que, tanto en la etapa de investigación (numeral 19.4 del artículo 19 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP) como en la etapa ante el área de recursos humanos (numeral 20.2 del artículo 20 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP), será el principal interesado en aportar las pruebas que permitan destruir la eficacia de la declaración de la víctima como única prueba de cargo.

Finalmente, se debe resaltar la importancia en la delimitación, atención y correcto análisis de esta casuística analizada en este artículo, puesto que un escenario en el que el CIHS y el área de recursos humanos archiva una denuncia de hostigamiento sexual señalando que la única prueba es la declaración de la víctima, o el escenario en el que se despide a un trabajador sobre la base de la declaración de la víctima pese a que existían pruebas aportadas por el acusado que destruían la eficacia de esa prueba; podrían generar que el empleador tome decisiones erradas que generen contingencias administrativas (multas de SUNAFIL) o judiciales (demandas ya sea del trabajador víctima de hostigamiento sexual o el trabajador sancionado).

CONCLUSIONES

1. La experiencia práctica nos ha mostrado que existirán casos de hostigamiento sexual en los que la única prueba de incrimi-

nación del presunto hostigador es la propia declaración de la víctima. Esta situación se presenta especialmente en los casos "clandestinos", en los que el acto de hostigamiento sexual se produjo de manera instantánea sin que quede rastro material alguno; escenario que es frecuente en las agresiones sexuales al interior de las empresas.

2. La declaración de la víctima, conforme con nuestra normativa, es una prueba suficiente que permite derribar la presunción de inocencia que ostenta el acusado. Sin embargo, debido a la carencia de otras pruebas que en estos casos permita sustentar la acusación de la víctima, se exige -conforme a los criterios de la Corte Suprema- que esta declaración soporte un examen en el que se analizará estos tres requisitos: que la declaración de la víctima no incurra en una incredibilidad subjetiva (es decir, que tenga credibilidad subjetiva), que sea verosímil y que sea persistente durante la investigación del acto de hostigamiento sexual.
3. Reconocemos que el análisis y los requisitos antes mencionados, que se exigen para ratificar la validez de la declaración de la víctima, es complejo, puesto que es una metodología propia del Derecho Penal que, sin embargo, es exigida por nuestra normativa laboral en la investigación de los actos de hostigamiento sexual; lo que implicaría, en buena cuenta, trasladar esta labor *cuasi jurisdiccional* a los miembros del CIHS y del área de recursos humanos de los empleadores.
4. Una manera de paliar esta complejidad en la labor normativamente conferida a los miembros del CIHS y del área de recursos humanos la encontramos presente cuando se impone el deber de brindarles una capacitación anual especializada a los trabajadores que conforman estos órganos. No obstante, esta capacitación no es exigida para las micro y pequeñas empresas, por lo que no de realizarse creemos podría generar que al interior de estas organizaciones se asuman decisiones erradas al momento de analizar los casos de hostigamiento sexual que se presenten entre sus trabajadores.

5. Finalmente, reconocemos la importancia de ahondar y examinar asuntos como el analizado en este artículo, puesto que la decisión del empleador de archivar o sancionar a un trabajador (incluso con el despido) en los casos en los que sólo hay como prueba la denuncia del trabajador víctima de hostigamiento sexual, sin tener presente las herramientas que la misma norma impone revisar (incluso, acudiendo a los criterios judiciales en materia penal), puede generar severas contingencias administrativas o judiciales para el empleador.

CONFIGURACIÓN ESPACIAL Y TEMPORAL DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL TRABAJO

CLAUDIA DENISSE CERMEÑO DURAND

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Curso de Especialización de la Universidad de Salamanca "Problemas actuales de Derecho del Trabajo y Derechos Fundamentales". Asociada del área laboral en el Estudio Rodrigo, Elías & Medrano. Correo electrónico: claudia.cermeno@pucp.pe.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos dos años la regulación peruana en materia de hostigamiento sexual en el trabajo ha sufrido cambios sustanciales. El primero de ellos ocurrió en septiembre de 2018, cuando se publicó el Decreto Legislativo N.° 1410 que introdujo diversas modificaciones a la Ley N.° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual. El otro evento de importancia aconteció en julio de 2019, con la publicación del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, que aprobó el Reglamento de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, sustituyendo en su integridad el reglamento pasado aprobado por el Decreto Supremo N.° 010-2003-MINDES. Tales dispositivos han determinado la existencia de un sistema de prevención y sanción del hostigamiento sexual absolutamente nuevo en diversos ámbitos, incluyendo, el laboral privado.

El cambio principal del Decreto Legislativo N.° 1410, fue la modificación del concepto de hostigamiento sexual, al calificarlo expresamente como una forma de violencia, y establecer por primera vez una definición limpia con énfasis en sus elementos esenciales y no en la clasificación de sus tipos. En cuanto al Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, las novedades son abundantes. Entre ellas: en materia de prevención se disponen las evaluaciones anuales, publicación de afiches, capacitaciones generales para el personal y especializadas para quienes dirigen la investigación y sanción, entre otros; se crea la obligación de contar con un Comité de Intervención frente al Hostigamiento Sexual que liderará la etapa de investigación (o de un Delegado, para empresas con menos de 20 trabajadores); se establece un procedimiento para la tramitación de la queja de hostigamiento sexual con diversas obligaciones a cumplir por actores específicos y en plazos muy acotados; se incorporan diversas medidas para la contención y protección

de la presunta víctima; se crean nuevas comunicaciones obligatorias para el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; entre otras.

En definitiva, se trata de un sistema normativo nuevo y sobre el que, de momento existen pocos estudios. Los campos de investigación son diversos, en esta oportunidad, nos centraremos en uno bastante específico: la configuración espacial y temporal del hostigamiento sexual en régimen laboral privado. Es decir, dónde y cuándo podrían producirse las conductas que llegarían a configurar un supuesto de hostigamiento sexual laboral. Este aspecto es esencial pues permite delimitar el alcance de las obligaciones que tienen los empleadores en materia de prevención, protección y, sobre todo, sanción del hostigamiento sexual.

El hostigamiento y acoso sexual, son formas de violencia de larga data, que afectan principalmente a las mujeres y personas en situación de vulnerabilidad, presentes en diversos ámbitos, tales como: el laboral, el educativo, el formativo, el familiar, las vías públicas, etc. Su intervención, prevención y control, demandan el trabajo conjunto de diversos actores, tanto públicos como privados, que el Estado debe articular apropiadamente para evitar excesos y fallas en el sistema que generen argumentos para deslegitimar los importantes avances normativos que se han logrado. Si bien no hay un límite para las acciones de sensibilización que, de buena voluntad puedan emprenderse, lo mismo no ocurre cuando se trata de sancionar desde el plano legal y laboral los actos de hostigamiento sexual detectados. Como indicamos, desde que tales conductas pueden presentarse en diversos ámbitos de las personas, es fundamental verificar la competencia para avocarse a su intervención, a efectos de evitar cuestionamientos futuros que desestimen las acciones emprendidas.

2. LA IMPORTANCIA DEL 'DÓNDE' Y DEL 'CUÁNDO'

La regulación actual del hostigamiento sexual es producto de las modificaciones introducidas en los últimos dos años. Sin embargo, no podemos obviar que este fenómeno se reguló por primera vez en febrero del 2003, con la publicación de la Ley N.° 27942, Ley de Prevención y San-

ción del Hostigamiento Sexual, reglamentada inicialmente en noviembre del mismo año por el Decreto Supremo N.° 010-2003-MIMDES. Pese a ello, este primer elenco normativo no contemplaba ninguna referencia al ámbito espacial ni temporal en el que se configura el hostigamiento sexual.

Producto de ello, Molero y Ulloa, reflexionando en base a esta legislación, se preguntaban si el empleador también debía ser responsable por los actos que sus trabajadores y trabajadoras realicen fuera del centro y del horario de trabajo. (2005, pág. 311). Al ensayar una respuesta, ambos autores se inclinan por ampliar el rol tuitivo del empleador a situaciones de hostigamiento sexual inmediatamente cercanas a la prestación de servicios, debido a que aquellas "(…) no sólo pueden producirse durante la jornada laboral sino que también se cometen durante el refrigerio, al salir del trabajo, en fiestas de camaradería, entre otras situaciones, siendo que aquellos podrían ser indebidamente incentivados si asumimos una posición restringida de la responsabilidad del empleador y la limitamos solamente al centro de labores" (2005, pág. 312).

Ello ha cambiado con la regulación vigente. El numeral 6.3 del artículo 6 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, dispone lo siguiente:

> "Artículo 6.- Configuración y manifestaciones del hostigamiento sexual
> (...)
> 6.3 El hostigamiento sexual se configura independientemente de (...) si el acto de hostigamiento sexual se produce durante o fuera de la jornada educativa, formativa, de trabajo o similar; o si este ocurre o no en el lugar o ambientes educativos, formativos, de trabajo o similares."
>
> (El énfasis es añadido).

Es la primera vez que la legislación nacional se pronuncia sobre el alcance temporal y espacial del hostigamiento sexual. Según el dispositivo citado, las conductas que configurarían un acto de hostigamiento sexual pueden producirse tanto durante como fuera de la jornada de trabajo y del centro o ambientes laborales. Ciertamente, se trata de una referencia bastante amplia que, leído de manera aislada y literal, nos llevaría a concluir

que las acciones que un trabajador o trabajadora realice en su tiempo y espacio personales, podrían llegar a configurar un acto de hostigamiento sexual con consecuencias de índole laboral.

Pensemos en el *after office* de los viernes o en una parrilla de fin de semana entre compañeros de trabajo. Ahora imaginemos las fiestas de aniversario organizadas por los empleadores o un retiro de *coaching* auspiciado por la empresa. Estos ejemplos coinciden en que suelen realizarse fuera de la jornada o del centro de labores. Sin embargo, ¿todos son iguales? ¿los empleadores tienen el mismo nivel de responsabilidad en cuanto a la prevención y acción frente a potenciales actos de hostigamiento sexual? ¿existe algún límite y, de ser el caso, cuál es?

Seguidamente abordaremos la experiencia de la legislación comparada, para finalmente referirnos al doble ámbito en el que incidirá la determinación del dónde y el cuándo del hostigamiento sexual, y que está vinculado a sus objetivos fundamentales: su prevención y sanción (Alva, 2004, pág. 501).

2.1. Otras experiencias en la materia

La legislación comparada trata este aspecto con son soluciones poco uniformes. Graficando tal variedad, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala que el ámbito de protección "(…) se define utilizando expresiones tales como «en el lugar de trabajo», o «durante el trabajo, o en relación con éste». Muchos países no definen necesariamente en su legislación el concepto de «lugar de trabajo». Sin embargo, un número creciente de países están ampliando el alcance de [dicha] (…) noción (…)" (2018, pág. 22). Añade que, un 53% de las legislaciones que tratan la violencia no definen "lugar de trabajo", un 30% de aquellas define al "lugar de trabajo" únicamente como la dimensión física y un 17% contempla una definición que rebasa la dimensión puramente física (OIT, 2018, pág. 22).

Debido a esa variedad, tratándose de la violencia y el acoso sexual, la OIT ha optado por referirse al "mundo del trabajo", entendido no solo

como el lugar de trabajo físico tradicional, sino también "(…) el trayecto hacia y desde el trabajo, los eventos sociales relacionados con el trabajo, los espacios públicos (…) el hogar, en particular para los trabajadores a domicilio, los trabajadores domésticos y los teletrabajadores" (2016, pág. 6). A ello, se añade el ciberacoso, que se viabiliza a través de las tecnologías de la información, y que puede llevarse tanto dentro como fuera del lugar de trabajo físico (OIT, 2018, págs. 23-24).

En nuestra legislación, es irrelevante la definición de "centro de trabajo" desde que, como indicamos, el Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP señala que el hostigamiento sexual puede configurarse a partir de conductas que se produzcan tanto dentro como fuera del centro de labores y de la jornada de trabajo. De hecho, si bien nuestra normativa parecería recoger la propuesta de la OIT, referida a circunscribir la violencia y el acoso al "mundo de trabajo", en realidad advertimos que una lectura aislada y literal del numeral 6.3 del artículo 6 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP podría llegar a excederlo. Nos preguntamos, el encuentro en una discoteca entre dos compañeros o compañeras de trabajo ¿en todos los casos es parte del "mundo del trabajo"?

2.2. Para las medidas de prevención

Alva Hart señala acertadamente que el primero de los objetivos fundamentales del tratamiento del hostigamiento sexual está referido a su carácter preventivo que, entre otros, comprende campañas de sensibilización, capacitaciones, entre otras actividades (2004, pág. 501).

La legislación vigente contempla una serie de medidas de prevención que los empleadores deben adoptar (ya sea de forma periódica o cada vez que identifiquen una conducta de hostigamiento sexual en el trabajo). La determinación del espacio y del tiempo dentro del cual pueden ocurrir estas conductas es fundamental para diseñar las acciones preventivas que la legislación exige, así como, para implementar las mejoras que sean necesarias luego de la ocurrencia de algún evento de hostigamiento sexual. Para ejemplificar esto, conviene repasar las principales acciones de prevención:

a. Evaluaciones anuales

Los empleadores deben realizar estas evaluaciones, con periodicidad anual, para identificar posibles situaciones de hostigamiento sexual o riesgos de que estas sucedan, dentro de su "ámbito de intervención" (numeral 10.1 del artículo 10 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP). Para ello, deben utilizar cuestionarios u otras herramientas de valuación que incluyan preguntas o mecanismos destinados a levantar información que permita identificar acciones de mejora para la prevención del hostigamiento sexual (numeral 10.2 del artículo 10 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP).

Como resulta evidente, la preparación de tales herramientas y su respectiva metodología, dependerán de qué estemos incluyendo dentro del "ámbito de intervención" del empleador que, —a su vez—, exige definir el momento y el lugar en que pueden tener lugar las conductas de hostigamiento sexual laboral.

b. Capacitaciones obligatorias

Los empleadores deben capacitar a todo su personal al inicio del vínculo laboral o formativo en materia de hostigamiento sexual que –entre otros aspectos– debe abordar el referido a cómo identificar tales situaciones (literal a), numeral 11.1, artículo 10 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP). Asimismo, los empleadores deben capacitar anualmente a quienes sean responsables de conducir el procedimiento interno de investigación y sanción del hostigamiento sexual sobre –entre otros aspectos– el desarrollo del proceso (literal b), numeral 11.1, artículo 10 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP).

En ambos casos es imprescindible delimitar el espacio temporal y espacial del hostigamiento sexual, pues de ello dependerá el contenido de la capacitación que se brinde, ya sea para que los trabajadores o quiénes dirijan el procedimiento de investigación y sanción puedan identificar apropiadamente tales conductas.

c. Medidas adicionales para evitar nuevos casos

Los empleadores deben identificar los factores de riesgo en el "área" o "espacio" en el que se han desarrollado los hechos que constituyeron hostigamiento sexual, con el fin de removerlos y evitar que se repitan (artículo 23 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP). Este mandato viene de la mano con la obligación de incluir en el informe final que resuelve la queja presentada, las medidas identificadas para evitar nuevos casos de hostigamiento sexual (inciso 29.6 del artículo 29 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP).

Nuevamente, el alcance espacial y temporal de las conductas que pueden configurar hostigamiento sexual laboral, determinarán tales acciones preventivas del empleador. Respecto de todas las inconductas detectadas por el empleador y que estén dentro de su ámbito de acción, deberán identificarse los riesgos que las ocasionaron a efectos de mitigarlos.

2.3. Para las medidas correctivas

El segundo de los objetivos fundamentales de regular el hostigamiento sexual apunta al ámbito sancionador que "(…) se sustenta en la justa reparación de la víctima que (…) es de carácter económico con el pago de una indemnización, y de carácter moral al aplicarse al hostigador una sanción de carácter administrativa" (Alva, 2004, pág. 501).

a. Medidas disciplinarias

La persona que incurra en actos de hostigamiento sexual podrá ser sancionada. El inciso 8.3 del artículo 8 de la Ley N.° 27942 señala que cuando el hostigador u hostigadora se sujetan al régimen laboral privado, se les sancionará según la gravedad de los hechos con amonestación, suspensión o despido. Se trata de aplicar la facultad disciplinaria de la que goza todo empleador y que, en nuestro ordenamiento, está consagrada en el artículo 9 del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Según este dispositivo, los empleadores pueden sancionar disciplinaria-

mente cualquier infracción o incumplimiento "de las obligaciones a cargo del trabajador", dentro de los límites de la razonabilidad.

Como recuerda Vidal Salazar, dentro de los principios que restringen el uso irracional y abusivo del poder sancionador se encuentra el de tipicidad que –entre otros aspectos– impide calificar como falta un acto que no ha sido previsto como tal, de modo que el empleador deberá sujetarse a lo estrictamente regulado en la norma legal, convencional o unilateral (2009, págs. 269-274). En estos casos, se sanciona el incumplimiento de la obligación de todo trabajador y/o trabajadora de no incurrir en actos de hostigamiento sexual en el trabajo. Desde que esta obligación nace de lo dispuesto por la Ley N.° 27942 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, la medida que se imponga cumplirá con el principio de tipicidad siempre que la conducta esté inmersa en el concepto de hostigamiento sexual regulado por tales dispositivos que, como hemos indicado, exige verificar el ámbito espacial y temporal de la conducta que lo ocasiona[1].

Noten que, la incorrectamente tipificación de una conducta como hostigamiento sexual en el trabajo, podría ocasionar el cuestionamiento de la medida disciplinaria impuesta y, por tanto, que la persona sancionada solicite: (i) su levantamiento, en caso de una amonestación; (ii) el levantamiento y el reembolso correspondiente en caso de una suspensión sin goce de haberes; o (iii) su reposición al empleo o el pago de una indemnización por despido arbitrario, en caso del despido.

b. Reparación a la víctima

El artículo 8 de la Ley N.° 27942 señala que la víctima de hostigamiento sexual puede accionar en vía judicial el cese de la hostilidad o el pago de la indemnización por despido arbitrario prevista en el artículo 35 del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, cuando: (i) quien hostiga se-

1 Naturalmente, para que la sanción sea válida se exigen otros criterios como el de proporcionalidad y razonabilidad, que deberán evaluarse según el caso en concreto, para decidir si se sanciona con una amonestación, suspensión o despido.

xualmente es el empleador, personal de dirección, personal de confianza, titular, asociado/a, director/a o accionista; o (ii) cuando el empleador omite iniciar la investigación del caso de hostigamiento sexual o adoptar las medidas de protección, prevención y sanción correspondientes, con independencia de la categoría o cargo de quien hostiga sexualmente.

La Ley N.° 27942 y el Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP precisan que, el empleo de los mecanismos señalados no excluye la posibilidad de que la víctima demande directamente los daños y perjuicios sufridos producto del hostigamiento sexual o solicite la actuación de la Autoridad Inspectiva de Trabajo competente.

Nuevamente, la responsabilidad que asuma el empleador frente a víctima, será respecto de aquellas conductas que estén dentro del concepto de hostigamiento sexual y sus respectivos alcances espaciales y temporales.

3. DELIMITANDO EL ÁMBITO ESPACIAL Y TEMPORAL

En nuestra opinión, no es diligente leer de manera aislada y literal el numeral 6.3 del artículo 6 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, que señala que el hostigamiento sexual se configura independientemente de si la conducta se produce dentro o fuera de la jornada laboral o del lugar o ambientes de trabajo. Así, consideramos imprescindible encuadrar tal precisión dentro del concepto de hostigamiento sexual previsto en la Ley N.° 27942 y el Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, que nos obliga revisar los derechos fundamentales que su regulación pretende proteger, su conceptualización como un acto de violencia y su calificación de riesgo psicosocial.

3.1. Definición legal del hostigamiento sexual

El artículo 4 de la Ley N.° 27942 define al hostigamiento sexual de la siguiente manera:

> "Artículo 4.- Concepto de hostigamiento sexual
>
> El hostigamiento sexual es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole.
>
> En estos casos no se requiere acreditar el rechazo ni la reiterancia de la conducta."
>
> (El énfasis es añadido).

Como podrán advertir, se trata de una forma de violencia que se configura a partir de tres elementos: (i) una conducta sexual o sexista, (ii) que no es bienvenida o desea, y (iii) que impacta o puede impactar negativamente en el ambiente de trabajo. No pretendemos avocarnos al estudio de tales elementos que, además de complejos, demandaría una mayor extensión a la de la presente reflexión[2]. Sin embargo, resulta relevante identificar en cuál o cuáles de tales elementos se encuadra la dilucidación del ámbito temporal y espacial que venimos tratando, los que seguidamente describiremos.

El primer elemento se refiere a la conducta. Siguiendo la definición del artículo 3 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, las conductas sexuales son todos los comportamientos referidos a la sexualidad del ser humano y que se expresan mediante acciones, gestos, palabras, sentimientos, valores, fantasías, creencias, etc. (Mundaza Castillo, 2017, pág. 177). En cuanto a la conducta sexista, el artículo 3 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP la define como los "comportamientos o actos que promueven o refuerzan estereotipos en los cuales las mujeres y los hombres tienen atributos, roles o espacios propios, que suponen la subordinación

2 Para mayores alcances, en los siguientes artículos realicé una aproximación breve (aunque más detallada de la que se realiza en el presente trabajo), respecto al concepto de hostigamiento sexual: (i) *En camino a nueva regulación del hostigamiento sexual en el trabajo*. En: Revista Análisis Laboral N.° 501, Lima: AELE, marzo 2019, pp. 52-53; y (ii) *Hostigamiento sexual en el trabajo: revisando los nuevos supuestos incluidos en su ámbito de protección*. En: Revista Análisis Laboral N.° 506, Lima: AELE, agosto 2019, pp. 16-18.

de un sexo o género respecto del otro". Es importante añadir que el Decreto Legislativo N.° 1410 eliminó a la reiterancia como un requisito que la conducta sexual o sexista.

En segundo lugar, debe evaluarse la recepción de la conducta. La Ley N.° 27942 señala que ésta debe ser no deseada por la persona contra la que se dirige. Siguiendo a Balta Varillas, si bien la legislación no precisa en qué consiste lo "no deseado", es claro que la intención ha sido referirse a las conductas que "no son bienvenidas" (2005, pág. 73). Sin dudas, definir cuándo una conducta no es bienvenida es una tarea compleja, que deberá evaluarse en cada caso en concreto, y en función de los medios probatorios que se aporten en cada caso. Al margen de ello, debemos destacar en el 2018, el Decreto Legislativo N.° 1410 eliminó al rechazo expreso de la víctima, como elemento de configuración del hostigamiento sexual.

Finalmente, se debe verificar el impacto de la conducta. La Ley N.° 2794 indica que la conducta sexual o sexista, no deseada, "puede": (i) crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o (ii) afectar la situación laboral o de cualquier otra índole de la víctima. El Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP añade que para la configuración del hostigamiento sexual "no necesariamente se requiere de dichas consecuencias". Al respecto, y conforme indicamos en un trabajo previo, consideramos que, si bien no es necesario que tales situaciones se materialicen, sí lo es que la conducta sexual o sexista tenga la potencialidad de ocasionarlas (Cermeño Durand, 2019, pág. 17).

De los elementos abordados, consideramos que la delimitación espacial y temporal del hostigamiento sexual depende del real o potencial impacto de la conducta sexual o sexista no deseada, cuya configuración se pretende evitar con la proscripción del hostigamiento sexual. Si bien tal determinación definitivamente restringirá el universo de conductas que pueden derivar en actos de hostigamiento sexual, somos de la opinión que el resultado que se pretende evitar con esta regulación, es el que marcará la pauta del tiempo y el espacio en donde tales situaciones indeseadas pueden llegar a materializarse.

3.2. Hostigamiento sexual como violencia

Con la modificación incorporada por el Decreto Legislativo N.° 1410 al artículo 4 de la Ley N.° 27942, se calificó por primera vez al hostigamiento sexual como una forma de violencia. Al respecto, la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.° 1410 señaló lo siguiente:

> *"El contexto en el que se platea esta modificación es particularmente importante, pues los niveles de violencia contra las mujeres que estamos viviendo en el país han obligado a una reacción del Estado y se han planteado una serie de medidas para enfrentar la violencia hacia las mujeres, una de las cuales, ha sido justamente, la delegación de facultades al ejecutivo para legislación, entre otras materias, en la prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad".*
>
> (El énfasis es añadido).

Es ampliamente sabido que el hostigamiento sexual es padecido mayoritariamente por mujeres y personas en situación de vulnerabilidad (trans, homosexuales, bisexuales, entre otros) (OIT, 2018, pág. 10). De ahí que su calificación como violencia está ligada a la situación de discriminación que padecen las víctimas por su condición sexual o de género. En efecto, como anota Pérez del Rio, el hostigamiento por conducta sexual o sexista (acoso sexual o acoso moral por razón de género), son expresiones de fenómenos más amplios como la discriminación y la violencia sexista, pues en ambos casos "(…) el género de la trabajadora constituye el elemento determinante de la conducta del acosador, que ataca a la víctima precisamente por el hecho de ser mujer, realizando comportamientos ofensivos basados en criterios y estereotipos asociados a una determinada visibilización de la condición femenina" (2007, pág. 189)[3].

3 En la misma línea se encuentra el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, al señalar lo siguiente: "Se considera al hostigamiento sexual como una violación de derechos humanos fundamentales de las personas y como una forma de discriminación basada en el sexo, que afecta en forma desproporcionada a la mujer, por lo que es, propiamente, una violencia de género y una expresión de violencia hacia ella. En ese sentido, se describe al hostigamiento sexual como el resultado de las desigualdades históricas, sociales y culturales entre varones y mujeres, que están presentes en la estructura de las sociedades y que han dado lugar a esta forma de violencia" (2012, págs. 14-15).

De ahí que la OIT afirma que "Un mundo del trabajo que esté libre de violencia y acoso es esencial para que haya un futuro de trabajo en el que exista la igualdad de género" (2019, pág. 68). Precisamente por ello, el artículo 4 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP contempla como uno de sus principios al de igualdad y no discriminación por razones que género, según el cual, se encuentra prohibida por ser discriminatoria "Cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, identidad de género u orientación sexual que tenga por finalidad o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas (…)" (énfasis añadido).

Sin embargo, en tanto forma de violencia, el hostigamiento sexual también atenta contra la dignidad de sus víctimas, tal y como lo reconoce en el numeral 7.1 del artículo 7 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP. En efecto, como sostiene Espejo Megías, cuando se habla violencia laboral "(…) se está haciendo referencia a conductas que lesionan bienes jurídicos esenciales del trabajador o la trabajadora como ser humano (…) De todos ellos, debe de ponerse de relieve el valor genérico de la dignidad humana (…)" (2018, pág. 160). De ahí que, otro de los principios reconocidos en el artículo 4 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP es el de la dignidad humana y defensa de la persona, según el cual, todos los involucrados en la prevención y sanción del hostigamiento sexual deben actuar teniendo en cuenta que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado y asegurando su protección.

Ahora bien, la lesión a la dignidad en tanto bien jurídico genérico implica, a su vez, el potencial daño a otros derechos, tales como: el de igualdad y no discriminación (previamente mencionado), el derecho a la integridad física como moral, el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal, entre otros. Todos estos derechos se encuentran reconocidos en el artículo 2 de nuestra Constitución, así como en numerosos tratados internacionales de los que el Perú es parte. Asimismo, el artículo 23 de la Constitución dispone que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

De este modo, consideramos que la calificación del hostigamiento sexual como violencia y su proscripción en el ámbito laboral, no tiene otra finalidad que no sea realizar lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución, es decir, asegurar que los trabajadores y trabajadoras no vean afectados sus derechos constitucionales en el marco de la relación laboral y, en especial, el de dignidad y el de igualdad y no discriminación por razón de género. Por tanto, las conductas de hostigamiento sexual que puedan tener impacto en las relaciones laborales serán aquellas que, con presidencia del tiempo o lugar en el que se produzcan, tengan la potencialidad de lesionar cualquiera de los derechos previamente señalados, ya sea mediante la creación de un ambiente intimidatorio, hostil o humillante, o por la afectación de su situación laboral.

Retomando uno de los ejemplos previamente señalados, la conducta sexual o sexista no deseada, producto del encuentro en un bar o discoteca de dos personas que, si bien laboran en la misma empresa no están en la misma área, probablemente no tenga mayor incidencia en el ámbito laboral. Ello ocurre porque la simple coincidencia de pertenecer a la misma empresa, no activa por sí misma la potencialidad de que tal encuentro pueda terminar afectando el ejercicio de los derechos previamente señalados en la relación laboral, ya sea mediante la afectación de la situación laboral o la creación de un ambiente intimidatorio, hostil o humillante.

Distinto sería si el encuentro fuese entre personas que se encuentran en una relación jerárquica pues, si bien la relación entre la víctima y su agresor/a no es determinante para la configuración del hostigamiento sexual, en este ejemplo en concreto dicha relación es la que precisamente viabiliza la potencial afectación de los derechos en el empleo de la posible víctima, lo que podría llevarla a acceder o tolerar situaciones que atentan su dignidad por temor a las represalias.

3.3. Hostigamiento sexual como riesgo psicosocial

El numeral 7.1 del artículo 7 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP ha calificado por primera vez al hostigamiento sexual como un

riesgo psicosocial. Este tipo de riesgos son aquellos que se "(…) derivan de la exposición de los trabajadores a determinados aspectos psicosociales no favorables que pueden influir en la salud causando la aparición de enfermedades (estrés, angustia, depresión, crisis de ansiedad, fatiga psicológica y otras), pero también en el rendimiento y la satisfacción personal en el trabajo (…)" (Serrano Argüello, 2008, págs. 161-162).

Como señala la OIT, no existe controversia en reconocer que el hostigamiento sexual, en tanto forma de violencia en el trabajo, constituye un peligro psicosocial que puede provocar estrés y agotamiento laboral (2018, pág. 108). En efecto, siguiendo a Serrano Argüello, el hostigamiento sexual puede deteriorar de forma importante la salud física y psicológica de la persona hostigada que, si bien varía en función del sujeto, los actos y las circunstancias, puede consistir: (i) desde el plano psicológico, en sentimientos de desesperación e indefensión, impotencia, ansiedad, nerviosismo, depresión, traumas emocionales, etc.; y (ii) desde el plano físico, en problemas gastrointestinales, úlceras, dolores de cabeza, náuseas, hipertensión, etc. (2008, págs. 171-172).

La consecuencia natural de tal calificación consiste en incluir al hostigamiento sexual como un factor de riesgo en el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST) que todos los empleadores están obligados a implementar en sus respectivas organizaciones. En el Perú, tal SG-SST se regula por la Ley N.° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N.° 005-2012-TR.

El principio de prevención es la línea angular del SG-SST. El Título Preliminar de la Ley N.° 29783 señala que en virtud de este principio el "empleador garantiza en el centro de trabajo el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores (…) [considerando] factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral". El artículo 54 de la Ley N.° 29783 añade que este deber también comprende "(…) toda actividad que se desarrolle durante la ejecución de órdenes del em-

pleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, o en el desplazamiento a la misma, aun fuera del lugar y horas de trabajo".

Cuando se trata del desplazamiento, el artículo 93 del Decreto Supremo N.° 005-2012-TR precisa que: (i) aquél es el que realiza el trabajador en cumplimiento de una orden del empleador o la ejecución de una labor por encargo de éste, como parte de las funciones asignadas, incluso si aquella se desarrolla fuera del lugar y las horas de trabajo; y (ii) que no se incluye el desplazamiento entre el domicilio del trabajador al lugar de trabajo y viceversa, salvo que –entre otros supuestos– el desplazamiento se realice en un medio de transporte brindado por el empleador, de forma directa o a través de terceros. Por su parte, el artículo 56 de la Ley N.° 29783 señala que en la evaluación del plan de prevención de riesgos el empleador debe contemplar que la exposición a los –entre otros– agentes psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños a la salud de los trabajadores. De este modo, el alcance de las obligaciones que el empleador deba tener respecto del hostigamiento sexual en tanto riesgo psicosocial, se encontrará también delimitado por el alcance del deber de prevención en materia de riesgos laborales.

De las normas previamente citadas, podemos extraer que tal alcance comprendería: (i) a las actividades que se realicen dentro del centro de trabajo, sin diferenciar si son dentro o no de la jornada de trabajo; (ii) las actividades que se realicen durante la ejecución de una orden del empleador o una labor bajo su autoridad, aun cuando estén fuera del centro de trabajo y la jornada laboral; (iii) durante el desplazamiento para cumplir una orden del empleador o ejecutar una labor como parte de las funciones asignadas, aun cuando estén fuera del centro de trabajo y la jornada laboral; y (iv) en el desplazamiento del domicilio al centro de labores y viceversa, cuando la movilidad es proporcionada por el empleador.

Como podrá advertirse, dentro de este ámbito, se encuentran supuestos que aún estando fuera del lugar y la jornada de trabajo, permanecen dentro del deber de prevención del empleador. Trasladando esta conclusión al hostigamiento sexual, tenemos que en los siguientes ejemplos podrían ocurrir actos de hostigamiento sexual que, por estar dentro del deber de

prevención del empleador, deberían ser incluidas en las acciones de prevención e intervención: (i) la fiesta de aniversario de la empresa, en donde todos los trabajadores deben concurrir por mandato de su empleador; (ii) espacios dentro del centro de labores, tales como, como cafeterías, gimnasios u otros espacios comunes, en donde el personal se encuentra con ocasión de sus funciones; (iii) las movilidad o los buses brindados por la empresa, para el traslado de su personal al centro de labores; (iv) las capacitaciones auspiciadas por la empresa fuera del centro de labores; etc.

Debe anotarse que las delimitaciones introducidas por el alcance del deber de prevención, no sustituyen ni deben necesariamente de concurrir, con la delimitación que fluye de la calificación del hostigamiento sexual como violencia y que se abordó en el punto previo. Asimismo, que una conducta esté dentro del deber de prevención del empleador no la convierte automáticamente en hostigamiento sexual pues, como hemos visto, es necesario que cumpla con los elementos previamente señalados que, entre otros, exigen un impacto real o potencial para la víctima en el plano laboral. En efecto, debe recordarse que el deber de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo, procura garantizar el ejercicio en la relación de trabajo de los derechos constitucionales a integridad física y psíquica, así como a la salud.

3.4. La violencia y el acoso en la OIT

Es obligatorio referirnos al Convenio N.° 190 de la OIT – Convenio sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (C190), así como a la Recomendación N.° 206 de la OIT – Recomendación sobre la violencia y el acoso (R206); ambos instrumentos adoptados en junio del 2019. La OIT había abordado con anterioridad en diversos convenios y estudios, la violencia, el acoso y discriminación en el plano laboral; sin embargo, es la primera vez que lo regula de manera general, sistemática, y en un solo texto.

El C190 recién entrará en vigencia en el 2021 y, si bien aún no ha sido ratificado por el Perú, es un referente obligatorio, importante y autorizado en la materia que venimos abordando. El artículo 1 del C190 señala

que la expresión "violencia y acoso en el mundo del trabajo" comprende una serie de conductas que "(…) tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género". Asimismo, el artículo 3 del C190 indica que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, comprende a las conductas que ocurran durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, tales como:

- En el lugar de trabajo, incluyendo los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo.
- En los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios.
- En los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo.
- En el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación.
- En el alojamiento proporcionado por el empleador.
- En los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo. Si bien no se precisa, queda claro que esto aplica siempre que el empleador proporcione el transporte.

Como se observa, la proscripción de las conductas configuradoras de violencia o acoso, son aquellas con la potencialidad de ocasionar daños en a los derechos fundamentales de los que gozan los trabajadores y trabajadoras, como señalamos cuando abordábamos las implicancias de calificar al hostigamiento sexual como una forma de violencia. Asimismo, los ejemplos señalados en el artículo 3 del C190 coinciden con las delimitaciones que hemos venido señalando en relación al ámbito espacial y temporal del hostigamiento sexual, a partir de su calificación como un riesgo psicosocial.

Del mismo modo, debemos resaltar que el artículo 3 del C190 vincula los actos de violencia a lo que ocurra en el trabajo, en relación al trabajo o

como resultado de aquél. En buena cuenta, no toda conducta que ocurra fuera del lugar y horario de labores puede llegar a configurar un supuesto de hostigamiento sexual, sino que aquélla deberá cumplir con ciertas limitaciones, como las que hemos tratado de ensayar en la presente reflexión, y que deberían tratarse de eventos relacionados al trabajo.

Finalmente, debemos resaltar el énfasis que la R206 le concede a la incorporación del hostigamiento sexual en el SG-SST de cada organización. Entre otras disposiciones, es destacable 8 de la R206 que indica que la evaluación de riesgos debería tener en cuenta los factores de riesgo que aumentan las probabilidades de violencia y acoso, incluyendo los peligros y riesgos psicosociales, prestando especial atención a los peligros y riesgos que:

- Se deriven de las condiciones y modalidades de trabajo, la organización del trabajo y de la gestión de los recursos humanos;
- Impliquen a terceros como clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes y el público; y
- Se deriven de la discriminación, el abuso de las relaciones de poder y las normas de género, culturales y sociales que fomentan la violencia y el acoso.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Lo expuesto previamente no significa ni debería significar que existan actos de violencia sin protección.

Conforme indicamos en la introducción, el hostigamiento o acoso sexual es transversal a todas las facetas y ámbitos del ser humano. Sin embargo, ello no justifica que el Estado traslade a los empleadores toda la responsabilidad y la carga de velar, prevenir y accionar respecto de situaciones que no tengan mayor vinculación con el mundo del trabajo. Establecer estos límites debería permitirnos verificar si el Estado ha regulado apropiadamente desde el plano penal o administrativo, los mecanismos para denunciar y frenar las situaciones de violencia que escapan al

plano laboral (o al educativo, militar, policial, que también son ámbitos comprendidos en la Ley N.° 27942).

El Decreto Legislativo N.° 1410 que introdujo diversas modificaciones a la Ley N.° 27942, también incorporó los siguientes delitos al Código Penal:

- Delito de acoso, tipificado en el artículo 151-A del Código Penal, entendido como el que, de forma reiterada, continua o habitual, y por cualquier medio, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona sin su consentimiento, de modo que pueda alterar el normal desarrollo de su vida cotidiana.
- Delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, tipificado en el artículo 154-A del Código Penal, y entendido como el que, sin autorización, difunde, revela, publica, cede o comercializa imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual de cualquier persona, que obtuvo con su anuencia.
- Delito de acoso sexual, tipificado en el artículo 176-B del Código Penal, y entendido como el que, de cualquier forma, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona, sin el consentimiento de esta, para llevar a cabo actos de connotación sexual.
- Delito de chantaje, tipificado en el artículo 176-C del Código Penal, y entendido como el que amenaza o intimida a una persona, por cualquier medio, incluyendo el uso de tecnologías de la información o comunicación, para obtener de ella una conducta o acto de connotación sexual.

Al respecto, del artículo 21 del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP se tiene que, si cuando, durante o como resultado del procedimiento de investigación y sanción, el empleador advierte indicios de la comisión de delitos, los debe poner en conocimiento del Ministerio Público, la Política Nacional del Perú u otras organizaciones competentes, con

conocimiento de la presunta víctima. De este modo, si bien es probable que existan actos de hostigamiento sexual en el trabajo que, a su vez, califiquen como delitos; también lo es, que existan conductas que, sin llegar a constituir hostigamiento sexual laboral, pudiesen estar configurando un delito. En cualquier caso, el empleador que advierta indicios de tales situaciones, deberá denunciarlo ante la autoridad competente.

Para finalizar, me quedo con la siguiente frase de Angélica Motta "Para seguir avanzando, hasta que no contemos con un sistema oficial a la altura y sin dejar de luchar por ello, es necesario enfrentar a la injusticia patriarcal desde prácticas de justicia feminista donde podamos experimentar formas alternativas de debido proceso" (2019, pág. 76). La presente reflexión hecha ponencia pretende atender a lo primero: lograr un sistema jurídico a la altura; para el activismo, ya encontraremos otros espacios.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alva, H. B. (2004). El hostigamiento sexual. En S. P. Social, *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (Primera ed., págs. 499-512). Lima: SPDTSS.

Balta Varilla, J. (2005). *Acoso sexual en las relaciones laborales privadas.* Lima: Ara Editores.

Cermeño Durand, C. (2019). Hostigamiento sexual en el trabajo: revisando los nuevos supuestos incluidos en su ámbito de protección. *Revista Análisis Laboral*(506), pp. 16-18.

Espejo Megías, P. (2018). *Hacia una reformulación de la violencia de género laboral.* Madrid: La Ley.

Molero Suárez, M., & Ulloa Millares, D. (2005). Algunas aproximaciones al concepto y regulación del hostigamiento sexual. *Advocatus*(11), pp. 291-321.

Mundaza Castillo, S. (2017). Violencia sexual y de género y los mecanismos de protección jurídica en la legislación laboral chilena. En A. Varios, *Anuario de derechos humanos* (págs. 175-195). Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

OIT. (2016). *Informe del Director General. Quinto informe complementario: Resultado de la Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo.* OIT. Ginebra: OIT. Recuperado el 20 de septiembre de 2020, de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_533579.pdf

OIT. (2018). *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo de trabajo* (Primera ed.). Ginebra: OIT.

OIT. (2019). *Un paso decisivo hacia la igualdad de género. En pos de un mejor futuro del trabajo para todos* (Primera ed.). Ginebra: OIT.

Pérez del Río, T. (2007). La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*(91), pp. 175-204.

Serrano Argüello, N. (2008). El acoso sexual como riesgo psicosocial de carácter laboral: su estudio en clave de prevención de riesgos laborales. *Revista universitaria de ciencias del trabajo*(9), pp. 159-178.

Vidal Salazar, M. (2009). Apuntes sobre los principios aplicables a la facultad sancionadora del empleador y su tratamiento jurisprudencial. En A. Varios, *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI* (págs. 267-290). Lima: Ara Editores.

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y LA NECESARIA VIGENCIA DE LA PREVENCIÓN DE SU OCURRENCIA EN EL MARCO DE LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

CECILIA ENID CALDERÓN PAREDES
Asociado Senior – Garrigues

INTRODUCCIÓN

La problemática que rodea las distintas manifestaciones del hostigamiento sexual en la esfera del trabajo ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, determinándose, muchas veces, en función a los distintos estándares sociales. Así, hoy en día es más probable que se admita que una persona de género masculino puede sufrir de actos de hostigamiento sexual en el trabajo, a diferencia de lo que podría haber ocurrido hace algunos años en los que la sola aseveración era objeto de burla. Esto no es más que un ejemplo de cómo la sociedad y el pensamiento o ideología va cambiando a lo largo del tiempo, entendiéndose que las exigencias de igualdad que se enfocan en eliminar el trato discriminatorio aplica para todos los colectivos, no solo para las mujeres o determinadas minorías.

De igual forma, es relevante señalar que no solo evoluciona la sociedad, sino que, a su vez, evolucionan las normas, las que son, finalmente, una forma de manifestación del cambio social: para nadie es un secreto que el sistema jurídico suele estar un paso -o, varios pasos- por detrás de la realidad, por lo que la progresiva evolución de la regulación en la materia no es más que un reflejo de cómo la sociedad ha ido cambiando, pasando a delimitar el hostigamiento sexual de una forma cada vez más comprehensiva.

Ahora bien, con esto no queremos señalar que exista consenso social en cuanto a la definición de hostigamiento sexual y mucho menos respuestas homogéneas ante su ocurrencia; en realidad, el que el número de denuncias formales en la materia haya incrementado demuestra, desde nuestra perspectiva, que existe una mayor interiorización en las víctimas respecto a lo reprochable y proscrito de las conductas que sufren así como de una mayor confianza en el sistema -lo que las anima a formalizar sus denuncias- pero, a su vez, que los hechos lesivos continúan producién-

dose, ello pese a los esfuerzos que desde distintos espacios de la sociedad se buscan desplegar para concientizar a los ciudadanos.

La evolución a la que nos venimos refiriendo recae, además, respecto de las manifestaciones o comportamientos que califican como hostigamiento sexual pues, como sabemos, esta categoría ya no se limita a tocamientos o insinuaciones de carácter sexual, sino que han pasado a incluir, por ejemplo, conductas sexistas -el reforzamiento y propagación de estereotipos de género que se dirigen a suponer la subordinación de un género respecto de otro- o comportamientos en los que no se requiere proximidad física para configurar la falta.

Casualmente, es este último grupo el que llama nuestra atención para efectos de la elaboración del presente ensayo pues, considerando los cambios sociales y organizacionales a los que nos hemos visto obligados a partir de la pandemia del Covid-19, encontramos que es necesario que los empleadores desplieguen esfuerzos para concientizar a sus colaboradores y prevenir situaciones de hostigamiento sexual "a distancia", pudiendo integrarlo como parte del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, conforme propone la Organización Internacional del Trabajo – OIT en sus más recientes publicaciones sobre la materia.

Conforme a ello, en el presente ensayo abordaremos la evolución del concepto de hostigamiento sexual, así como su estrecha relación con los derechos fundamentales y su inclusión -directa o indirecta- en diversos instrumentos internacionales.

A partir de ello, desarrollaremos algunos ejemplos de conductas de hostigamiento sexual identificadas en el marco de las relaciones laborales durante la pandemia, pasando a analizar si es factible abordar la prevención del concepto desde la óptica de la seguridad y salud en el trabajo.

Finalmente, brindaremos algunas recomendaciones prácticas vinculadas al comportamiento activo que debe tener el empleador en el marco de la normativa sobre prevención y sanción del hostigamiento sexual.

I. TRASCENDENCIA DE LA PROBLEMÁTICA: VINCULACIÓN DEL CONCEPTO DE PREVENCIÓN DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CON DERECHOS FUNDAMENTALES Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Uno de los últimos esfuerzos llevados a cabo en el ámbito internacional con el fin de erradicar lo que la Organización Internacional del Trabajo -en adelante, la "OIT"- denomina "violencia y acoso" del mundo del trabajo ha sido la adopción de dos instrumentos de gran relevancia, a saber, (i) el Convenio 190, *Convenio sobre la violencia y el acoso* -en adelante, el "Convenio 190 OIT"-*;* y, (ii) la Recomendación 206, *Sobre la violencia y el acoso* -en adelante, la "Recomendación 206 OIT"-, los que fueron adoptados en el marco de la 108° Conferencia Internacional del Trabajo realizada con ocasión del Centenario de la OIT en junio de 2019.

Aunque, a la fecha, el Convenio 190 OIT no ha sido ratificado por el Estado peruano, en diciembre de 2019 el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dio un primer paso con este fin, convocando una reunión tripartita para dar a conocer a los gremios de empleadores y trabajadores los alcances y beneficios del mismo[1].

La relevancia que tiene esta iniciativa para la materia que venimos desarrollando es destacable pues, por primera vez, la OIT se refiere de manera expresa a lo que entendemos como "hostigamiento sexual" en el marco de las relaciones de trabajo, aludiendo a él bajo los términos "violencia y acoso"[2]; previamente, la prohibición de este tipo de conductas derivaba de la aplicación de los derechos a la igualdad de trato y prohibición de la discriminación en la esfera del trabajo.

---

1 OIT Lima - Sala de Prensa. (2019). "*Perú avanza en el proceso de ratificación del Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo*". 14/09/2020. Organización Internacional del Trabajo. Sitio web: https://www.ilo.org/lima/sala-de-prensa/WCMS_732752/lang--es/index.htm

2 El literal a) del artículo 1º del Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo define el acoso y la violencia en el trabajo como:
"(…) un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género (…)".

Otro aspecto relevante del Convenio 190 OIT es que introduce un ámbito subjetivo de aplicación amplio, pues comprende no solo al trabajador en el sentido estricto del término -es decir, personas bajo relación de dependencia y subordinación de un tercero- sino, en general, a las personas que trabajan, incluyendo a las personas en formación, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo. En el mismo sentido, es destacable que el Convenio reconozca que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden ocurrir tanto durante el trabajo, como en relación con el trabajo o como resultado del mismo (artículo 3º del Convenio 190 OIT), señalándose expresamente que podría ocurrir, por ejemplo, durante viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo; o, en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación.

Sin perjuicio de lo antes señalado, la protección frente a conductas que configuren actos de hostigamiento sexual no es un derecho o una garantía que los Estados estén obligados a reconocer desde el año 2019, sino que podían alegarse a partir de la aplicación de otros derechos contenidos en instrumentos.

Así, por ejemplo, el Convenio 111 de la OIT, *Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, fue adoptado en 1958 por la Conferencia General de la OIT y ratificado por el Perú en agosto de 1970. Este Convenio tiene como fin eliminar cualquier tipo de discriminación en el empleo y ocupación, promoviendo la igualdad de oportunidades y de trato respecto de las personas, eliminando distinciones basadas en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social.

Al respecto, el propio Convenio 111 señala que las medidas a desarrollarse a su amparo recaen sobre un concepto amplio de "empleo y ocupación" pues, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 3º, estos términos incluyen tanto el empleo en sí mismo como el acceso a los medios de formación profesional, la admisión en el empleo y las condiciones de trabajo.

Es, casualmente, este último concepto el que permite alegar que, en aplicación del Convenio 111 OIT, los Estados deben garantizar ambientes con condiciones de trabajo seguras, libres de hostigamiento sexual pues afirmar lo contrario significaría mantener una actitud permisiva frente a éste, lo que no es otra cosa que perpetuar una dinámica que históricamente perjudica principalmente al sexo -o género- femenino, situación que atenta contra la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo que debe garantizarse en todo ambiente de trabajo -literal a) del artículo 1º del Convenio-. Recordemos, pues, que de no combatirse el hostigamiento sexual en el trabajo se estaría adoptando una actitud permisiva en cuanto a la creación de condiciones de trabajo hostiles que, desde luego, generan preocupación y angustia e impiden a los/las trabajadores/as concentrarse en su ocupación y desarrollarse en su máxima capacidad.

Inclusive, es relevante señalar que el Convenio 111 OIT ha sido incluido por el Consejo de Administración de esta organización como uno de los ocho convenios promovidos en su *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, la que fue adoptada en 1998 y tiene como fin comprometer a los Estados Miembros de la OIT a respetar y promover los principios y derechos previstos en los convenios seleccionados, basándose en que su contenido y vigencia efectiva ayudan a garantizar otros derechos en el ámbito del trabajo que, como la propia OIT ha reconocido, son *"(…) derechos [que] son condición previa para el desarrollo de los demás (…)"*[3].

Esta situación es destacable pues demuestra que, en el seno de la máxima organización vinculada al trabajo, se entiende que la igualdad de trato y no discriminación, en sus distintas manifestaciones y dimensiones -lo que incluye la proscripción de conductas de hostigamiento sexual en el trabajo-, tiene calidad de derecho universal en el trabajo y debe garanti-

3 Oficina Internacional del Trabajo. (2003). Segunda Impresión. *Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo. Programa InFocus sobre la Promoción de la Declaración*. Dinamarca: Organización Internacional del Trabajo. p. 7. En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_095897.pdf

zarse, independientemente del grado de desarrollo económico de cada país y de aspectos formales y políticos como la ratificación del instrumento.

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptó en diciembre de 1979 la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,* la misma que fue ratificada por el Estado peruano en 1982.

Esta Convención tenía como principal fin evitar toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, garantizando a las mujeres la vigencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales que les corresponden por su condición de seres humanos en las distintas esferas de la vida - tanto política como económica, social, cultural y civil-[4].

Conforme a ello, en lo que se refiere a la esfera del empleo y trabajo, se insta a los Estados a que reconozcan -entre otros derechos[5]- el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, derecho que puede ser interpretado como la garantía de un ambiente de trabajo seguro, lo que incluye no solo riesgos ocupacionales (es decir, aspectos más propios del núcleo duro de la seguridad y salud en el trabajo como la no exposición al peligro, el uso de equipos de protección personal, la limitación a las largas jornadas, entre otros) sino también la garantía de un lugar de trabajo libre de situaciones que configuren hostigamiento sexual o acoso, en general.

Esta forma de proceder, no obstante, es principalmente interpretativa pues, como hemos señalado, hasta que en el año 2019 se adoptó el Convenio 190 OIT, no existía mención expresa de la prohibición del hostigamiento sexual en instrumentos vinculados al mundo del trabajo.

Con este breve resumen histórico queremos resaltar la importancia de prohibir conductas o actos de hostigamiento sexual en el trabajo, conside-

4 Artículo 1º de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

5 Entre ellos, los derechos a tener las mismas oportunidades de empleo; a la igual remuneración y prestaciones, así como a la igualdad de trato, respecto al trabajo de igual valor; a la igualdad en materia de seguridad social -entre ellas, jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar-.

rado que se trata de una condición necesaria para garantizar ambientes de trabajo seguros, con condiciones de trabajo acordes a derecho, que permitan, a su vez, garantizar la vigencia de otros derechos que son de carácter y naturaleza fundamental. Recordemos, pues, que los Estados deben velar por la prevalencia del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y ésta solo puede obtenerse si se garantizan las condiciones ambientales adecuadas para el desarrollo personal de cada trabajador(a), lo que implica eliminar cualquier elemento desequilibrante como, por ejemplo, normas que permitan ingresos económicos diferenciados, privilegios o beneficios en función a motivos prohibidos como el sexo o género, así como ambientes de trabajo en los que la "cultura organizacional" sea condescendiente con situaciones que coloquen en desventaja y atenten contra las personas por razón de su sexo o género (bromas, comentarios, interacciones, entre otros), impidiéndoles desarrollar su potencial bajo condiciones igualmente favorables.

Es importante, a su vez, que destaquemos que, si bien el repudio por conductas vinculadas al hostigamiento sexual en el marco de relaciones de trabajo se remonta a muchos años atrás -en el Perú, por ejemplo, el tema fue regulado inicialmente hacia el año 2003 con la publicación de la Ley 27942, *Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual*-, se trata de una materia revalorizada en los años más recientes, pudiéndose señalar como de vital importancia para la causa el movimiento de alcance mundial denominado *#MeToo*, el que hacia finales del año 2017 destapó, en base a testimonios, la existencia de abusos y chantajes de naturaleza sexual en la industria del cine y las artes de Estados Unidos de Norteamérica.

Teniendo como antecedentes una amplia cobertura mediática de las distintas protestas que se daban en el marco del citado movimiento social y la judicialización del caso Harvey Weinstein (el que es, hasta ahora, el caso más grande en materia de hostigamiento sexual en la industria del cine), en el año 2019 la OIT adoptó el Convenio 190, el que es considerado un hito o acontecimiento histórico, pues aborda de manera expresa y frontal la problemática que venimos comentando.

A través de este instrumento internacional, la OIT insta a los Estados Miembro a tener un rol más activo en la prevención y sanción del hostigamiento sexual en el lugar de trabajo, pues no solo los compromete a aspectos macro de la política nacional -el deber de aprobar leyes (artículo 6º del Convenio 190 OIT), implementar medidas de prevención (artículo 8º del Convenio 190 OIT) y comprometerse a monitorear y asegurar el cumplimiento de dichas normas- sino que introduce aspectos micro, relacionados con las obligaciones que debieran exigirse a cada empleador que se desenvuelva en el interior de un Estado Miembro (artículo 9º del Convenio 190 OIT): el Convenio prevé que los gobiernos les exijan la implementación de políticas empresariales que aborden la violencia y el acoso en el trabajo, así como la realización de evaluaciones de riesgos y capacitaciones adecuadas en la materia.

Aunque no es nuestra intención realizar un estudio profundo sobre la normativa internacional o el impacto de movimientos sociales en el desarrollo del concepto, no queremos dejar de mencionarlos pues, con la adopción del Convenio 190 OIT y la mayor conciencia que se ha creado gracias a los distintos movimientos, el mundo del trabajo ha dado un giro relevante, el que se espera que en los siguientes años se materialice en acciones concretas en los diferentes países.

II. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN LA NORMATIVA PERUANA Y SU DEFINICIÓN ACTUAL

Habíamos señalado que el concepto de hostigamiento sexual fue promovido por la Ley 27942, *Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual*, la que fue promulgada en el año 2003 y hasta el 2018 mantuvo vigente una definición de hostigamiento sexual en la que la reiteración de la conducta, la necesidad de rechazo por parte del receptor y la existencia de jerarquía o una relación de autoridad entre los intervinientes eran elementos característicos[6].

6 La versión original del artículo 4º de la Ley 27942, *Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual*, señalaba en su numeral 1) que:
"(…) el hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal

No obstante, en setiembre del año 2018 se aprobó el Decreto Legislativo No. 1410, el que tuvo por fin modificar el Código Penal peruano incorporando como delitos diferentes manifestaciones de conductas de acoso de implicancia sexual[7] y, en el ámbito del trabajo, modificó la definición de hostigamiento sexual vigente: el hostigamiento sexual, para ser tal, ya no requería de reiteración de la conducta, del rechazo por parte de la presunta víctima o, inclusive, de que exista un grado de jerarquía o dependencia entre el presunto hostigador y el presunto hostigado.

Al respecto, conviene señalar que la Exposición de Motivos de esta norma alude de manera expresa al derecho a la igualdad -derecho que, como venimos señalando, podría ser alegado para la exigencia de la proscripción del hostigamiento sexual en el trabajo antes de la adopción del Convenio 190 OIT- como base que justifica o respalda la necesidad de la modificación, señalando que:

> *"(...) la igualdad en el empleo puede verse seriamente perjudicada cuando a las mujeres se las somete a violencia, por su sola condición, como es el caso del hostigamiento sexual en el lugar de trabajo (...)"*[8].

De igual forma, la Exposición de Motivos revela que los cambios contenidos en el Decreto Legislativo respondían, entre otros, a la necesidad de cubrir nuevas formas de violencia pues, para la época de su expedición, se constataba que el uso de las nuevas tecnologías permitía ejercer *"(…) un nuevo tipo de violencia psicológica sobre [las] víctimas (…)"*[9], siendo deber y responsabilidad del legislador reconocer esta situación y la existencia de un "nuevo cauce" que facilitaba la comisión de otra forma de delitos.

---

reiterada de naturaleza sexual o sexista no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos fundamentales (…)".

7 A saber, (i) acoso sexual; (ii) difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual; y, (iii) chantaje sexual.

8 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 1410. Apartado 4.2. *El Hostigamiento Sexual Laboral y su sanción, a través de la Ley N.º 27942*. p. 7.

9 Ibíd. Apartado I. *Concordancia con la Ley Autoritativa.* p. 1.

Específicamente, respecto a las modificaciones incorporadas en la Ley 27942, la Exposición de Motivos indica que resultaba necesario precisar el concepto de hostigamiento sexual y optimizar el procedimiento de sanción de este tipo de actos a causa del alto nivel de violencia que se percibe en la sociedad contra las mujeres, en todo ámbito. A nuestro entender, es particularmente relevante que se aclare que, a partir de la comprobación en situaciones reales, se ha verificado que el hostigamiento sexual constituye una forma de violencia en la que *"(…) la jerarquía o los efectos en la relación laboral no [terminan siendo] los que [lo] determinan (…)"*[10], pues con ello se reitera que, para su constatación, no hace falta que exista subordinación entre los participantes.

En este sentido, es a partir de la modificación contenida en el citado Decreto Legislativo que se incorporan aspectos relevantes para efectos del tratamiento, prevención y sanción del hostigamiento sexual en el trabajo pues, además de modificarse los elementos constitutivos del mismo, se varía el procedimiento de denuncia de actos de esta naturaleza[11], se introduce expresamente la posibilidad que tienen las víctimas de demandar una indemnización por daños y perjuicios en la vía judicial en determinados supuestos, se incide en la obligación que tienen los empleadores de investigar las denuncias de esta naturaleza, y, se incorpora como supuesto de nulidad el despido de una persona o la no renovación de un contrato de trabajo vinculados a quejas de hostigamiento sexual en el trabajo.

Ahora bien, en julio del año 2019, con la publicación del Decreto Supremo No. 014-2019-MIMP, *Reglamento de la Ley 27942*, el concepto de hostigamiento sexual[12] se perfeccionó, continuando con la tendencia

10 Ibíd. Apartado II. *Identificación del Problema*. p. 2.

11 Se prevé un procedimiento específico para aquellos casos en los que el supuesto hostigador fuese el empleador, personal de dirección, personal de confianza o alguna persona con un cargo y/o funciones importantes en la empresa (titular, asociado, director o accionista), permitiendo que la supuesta víctima opte directamente por el pago de una indemnización por despido arbitrario.

12 Artículo 4º de la Ley 27942, *Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual*; y, artículo 6º del Decreto Supremo No. 014-2019-MIMP, *Reglamento de la Ley 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual*.

iniciada por el Decreto Legislativo No. 1410: sumado a los cambios en la definición del concepto, con el Reglamento la configuración del hostigamiento sexual empezó a trascender, inclusive, el ámbito físico y temporal del centro de trabajo pues se pasó a señalar que la conducta o comportamiento que califican como hostigamiento sexual podrían producirse tanto dentro o fuera del centro o lugar de trabajo o, inclusive, fuera de la jornada laboral.

Lo cierto es, pues, que estas normas introducen no solo una nueva tipología de hostigamiento sexual (hablamos no solo de conductas de carácter sexual, sino también de connotación sexual e, inclusive, sexista) sino que, además, el carácter subjetivo y personal que debe primar en la evaluación de cada situación pues, para que se configure el hostigamiento sexual, basta con que la conducta o comportamiento que se alega como tal sea no deseada por la persona a la que se dirige y cree un ambiente intimidatorio, hostil o humillante que la afecte en el marco de su situación laboral.

Finalmente, queremos destacar que, a partir de la publicación del Reglamento, se introduce el "contacto virtual" como parte de la definición de las situaciones que pueden calificar como una conducta de naturaleza sexual en el marco de la normativa de hostigamiento sexual, lo que abre un abanico de posibilidades vinculadas al uso de tecnologías de la información como medios que permiten su comisión. En este sentido, hoy por hoy, el envío de correos electrónicos, mensajería instantánea o la publicación de contenido en grupos o espacios comunales en la red (*blackboards* o intranet) son conductas que podrían configurar un supuesto de hostigamiento sexual, quedando tipificadas como conductas prohibidas.

Esta novedosa situación resulta de gran relevancia, sobretodo, en momentos como el actual, en el que las empresas enfrentan la necesidad de mantener vigentes sus actividades haciendo uso del trabajo remoto y, por consiguiente, promoviendo el empleo de diversas herramientas de comunicación a distancia como la clave del éxito de su continuidad operacional. En efecto, si bien es cierto que la tecnología ha ido apropiándose de las relaciones laborales desde hace muchos años -para ello,

basta notar la dependencia que hemos generado respecto del internet, las computadoras o, inclusive, los teléfonos inteligentes en nuestro día a día-, no podremos negar el impulso que habrá dado la pandemia del Covid-19 a la modernización y digitalización de las distintas realidades empresariales las que, incluso con sus particularidades, habrán encontrado en esta nueva realidad un despertar de la era digital.

De cara a ello, y reconociendo que las distintas medidas de distanciamiento social no han sido un factor determinante para la desaparición del hostigamiento sexual laboral[13] pues, a la fecha, el número de denuncias presentadas en esta materia durante el 2020 ante la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL ha incrementado en un 400% las registradas durante el año 2019[14], encontramos necesario abordar la "evolución" de este fenómeno en cuanto a sus manifestaciones en tiempos de distanciamiento social pues, dadas las estadísticas, pese a la nueva realidad, los comportamientos vinculados al hostigamiento laboral no han desaparecido sino que, en realidad, se han transformado para adoptar formas más tecnológicas, como se desarrollará a continuación.

---

13 De conformidad con una Nota de Prensa publicada por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL el pasado 25 de agosto de 2020, en lo que va del año, ha resuelto 484 órdenes de fiscalización sobre hostigamiento sexual y actos de hostilidad en los centros de trabajo, de las cuales el 98% fueron denuncias de los trabajadores y, la diferencia, órdenes ejecutadas en operativos inopinados o sorpresivos a las empresas.
En: Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. (2020). *SUNAFIL resolvió 484 órdenes de fiscalización este 2020 sobre hostigamiento sexual laboral y actos de hostilidad.* 14/09/2020. De: Plataforma digital única del Estado peruano. Sitio web: https://www.gob.pe/institucion/sunafil/noticias/295647-sunafil-resolvio-484-ordenes-de-fiscalizacion-este-2020-sobre-hostigamiento-sexual-laboral-y-actos-de-hostilidad

14 Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. (2020). *SUNAFIL recibió cerca de 100 denuncias durante el 2019 por hostigamiento sexual en centros de trabajo*. 14/09/2020. De: Plataforma digital única del Estado peruano. Sitio web: https://www.gob.pe/institucion/sunafil/noticias/219095-sunafil-recibio-cerca-de-100-denuncias-durante-el-2019-por-hostigamiento-sexual-en-centros-de-trabajo

III. LA UTILIZACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO MEDIO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL MARCO DEL VÍNCULO LABORAL Y LA MAYOR EXPOSICIÓN A LAS MISMAS CON OCASIÓN DE LAS MEDIDAS LABORALES DISPUESTAS POR EL COVID-19

Lo primero que interesa destacar es que, como se ha anunciado ya, el concepto de hostigamiento sexual trasciende a la cercanía o el contacto físico entre los sujetos involucrados pues las conductas o actos de hostigamiento sexual únicamente requieren de alguna forma de comunicación entre el sujeto emisor y el receptor, lo que implica que la misma pueda ser presencial o virtual.

Ahora bien, conviene señalar que la posibilidad de hacer uso de tecnologías de la comunicación como el medio a través del cual se canaliza un acto de hostigamiento sexual no es algo exclusivo del contexto de la pandemia, sino que ha existido desde la fecha en que se desarrollaron dichas herramientas: en efecto, el envío de correos electrónicos o mensajería instantánea (WhatsApp, Telegram, Microsoft Teams, Jabber, etc.), la realización de llamadas o el envío virtual de imágenes y audios, existe desde hace mucho tiempo y su aparición en casos de hostigamiento sexual no es privativa de los ambientes de trabajo remotos que ha generado el Covid-19.

Ciertamente, en nuestra experiencia, el comportamiento de una persona que califica como hostigadora excede al método que vaya a emplear para la comisión de sus actos, los que dependerán, principalmente, de la oportunidad que se tenga y el contexto en el que se sitúen los actores.

Por ello, consideramos que esperar que con ocasión del distanciamiento social la comisión de actos de hostigamiento sexual disminuya resulta precipitado pues su ocurrencia no se debe exclusivamente a la cercanía física. Recodemos, pues, que el hostigamiento sexual en el trabajo se puede manifestar de distintas formas y canalizar a través de distintas vías y que no todas ellas requieren del contacto, bastando una sola comunicación virtual para que, potencialmente, pueda haberse configurado una situación de hostigamiento.

Ahora bien, no obstante lo indicado, es también cierto que las oportunidades de interacción entre las personas se han limitado como consecuencia de las medidas de distanciamiento social adoptadas en el marco del estado de emergencia sanitaria vigente en el país y, ante ello, salvo en los supuestos en los que se haya reactivado el trabajo presencial, es de esperarse que la mayor exposición a las comunicaciones y contacto virtual vuelvan más propenso el uso de tecnologías de la comunicación como medios para concretar conductas de hostigamiento sexual. Esto no significa, insistimos, que se trate de un mecanismo novedoso surgido como consecuencia de la pandemia, sino que ésta, en realidad, crea el contexto adecuado para que el hostigamiento se manifieste de formas distintas al tocamiento indebido.

Por lo indicado, aunque la pandemia del Covid-19 nos lleve a alertarnos ante la posibilidad de que enfrentemos a un mayor número de casos de hostigamiento sexual en uso de medios virtuales, esta es una situación que debiera haberse encontrado prevista desde siempre en la "Política de prevención y sanción del hostigamiento sexual de la empresa". Sin embargo, al tratarse de un aspecto que podría potenciarse en este contexto, resulta pertinente que la prevención del mismo se resalte a través de la implementación de las normativa interna que regule los derechos y obligaciones aplicables durante el trabajo remoto -o, inclusive, teletrabajo-, señalándose dentro del catálogo de deberes el respeto por los compañeros(as) de trabajo, proveedores, clientes y terceros con los que se tenga contacto con ocasión del vínculo laboral y, sobretodo, enfatizándose que las conductas de naturaleza sexual o sexista que se encuentran prohibidas pueden producirse, inclusive, de forma remota y configurar así una situación indebida que deberá ser sancionada por la empresa.

Ahora bien, ¿qué situaciones podrían ocurrir con mayor frecuencia en esta nueva normalidad? Para nadie es extraño, por ejemplo, el incremento en el uso de aplicativos de video llamadas para reuniones de coordinación o desarrollo de aspectos del trabajo, ya sea internas o con terceros ajenos a la organización. En este contexto, la realización de comentarios vinculados a la vestimenta de las(os) participantes; incurrir en comportamientos físicos

o gestuales de connotación sexual que incomoden al interlocutor -miradas lascivas o actos de exhibición- o, inclusive, la insistencia en el uso de este tipo de comunicación en horarios que no corresponden a la jornada de trabajo -*e.g.* en horas de la noche o fines de semana- pueden configurar supuestos de hostigamiento sexual en calidad de conducta de naturaleza sexual. Configurará un acto de hostigamiento sexual en la modalidad de conducta sexista, por ejemplo, que a propósito de la necesidad de llevar cuenta de lo acordado en cada reunión se proponga que la secretaría de actas sea siempre asumida por una mujer pues "son más organizadas" o "es su rol".

Aunada a estas situaciones, encontramos una que, de igual forma, podría haberse producido antes de la pandemia pero que, en este nuevo contexto, podría ser más proclive por las características de una nueva realidad en la que el desempleo es cada vez más frecuente[15]: la verificación de conductas de hostigamiento sexual cometidas por reclutadores o miembros del departamento de selección de personal de las empresas.

Llamó nuestra atención que en la red social Linkedln se presenten denuncias de usuarias dando cuenta de situaciones abusivas en las que quienes dicen reclutar personal intenten aprovecharse de su posición para tener un contacto inadecuado con las postulantes. Nos referimos a conductas que pueden ir desde intentos de un acercamiento personal aprovechando que se ha tenido acceso a información de contacto -*e.g.* nombre completo de la persona, el que permite ubicar a las postulantes en redes sociales como Facebook o Instagram; número de teléfono celular personal de la persona, el que permite intentar conversaciones a través de WhatsApp o llamadas telefónicas- hasta la realización de insinuaciones,

15 De acuerdo a información oficial, en el trimestre abril-mayo-junio del año 2020, la población ocupada en el Perú se redujo en -39,6%, lo que se traduce en que 6 millones 720 mil peruanos dejaron de trabajar, en comparación con el mismo periodo del año previo. En: Nota de Prensa. (2020). *La población ocupada del país alcanzó 10 millones 272 mil 400 personas en el II trimestre del 2020*. 14/09/2020. De: Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI. Sitio web: https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/la-poblacion-ocupada-del-pais-alcanzo-10-millones-272-mil-400-personas-en-el-ii-trimestre-del-2020-12346/

exigencias o proposiciones de naturaleza sexual a cambio de avanzar en el proceso de selección o beneficiarse con el ofrecimiento -la garantía- de un empleo.

Más allá de que se identifique una falta laboral por el uso indebido de la información obtenida con ocasión del trabajo, el abuso de funciones y la vulneración a las normas de datos personales, encontramos que se trata de una situación que debe ser abordada desde la óptica de las normas de hostigamiento sexual pues puede involucrar a un trabajador de la empresa -personal del área de reclutamiento y selección- o trabajadores de empresas que han sido contratadas para, en nombre de la propia, llevar a cabo procesos de selección, con lo que representan a la empresa de cara al mercado.

Sobre este último aspecto, conviene señalar que el artículo 25º del Decreto Supremo No. 014-2019-MIMP dispone que el ámbito de aplicación en el marco de las relaciones laborales contiene, además de los trabajadores del régimen laboral privado, a las personas bajo modalidades formativas, contratistas y trabajadores de terceros que, con ocasión del trabajo, tengan contacto con el personal propio. A partir de esta definición, no pareciera que una conducta de hostigamiento sexual pudiera cometerse por una persona con la que no se tiene algún vínculo contractual directo en perjuicio, además, de un tercero con el que a la fecha no se tiene relación alguna -en este caso, el/la postulante-.

Pese a ello, de cara a lo dispuesto en el artículo 75º[16] de la misma norma, encontramos que un proceso de selección, debe ser entendido

16 Decreto Supremo No. 014-2019-MIMP, *Reglamento de la Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual.*
Artículo 75º.- Procedimiento aplicable a las relaciones de sujeción:
75.1 Los casos de hostigamiento sexual producidos en una relación de sujeción, no regulada por el derecho laboral o por las disposiciones específicas reguladas en la Ley y el presente Reglamento, tales como la prestación de servicios sujetas a las normas del Código Civil, las modalidades formativas, los Programas de Capacitación para el Trabajo, el acceso a centros de educación superior y otras modalidades similares; deben investigarse y sancionarse de conformidad con lo establecido en el Capítulo II del Título II del presente Reglamento, en tanto les resulte aplicable.
75.2 Para tal efecto, la oficina de recursos humanos de la institución donde han sucedido los hechos o la que haga sus veces recibe la denuncia y dicta las medidas de protección

y/o configurar un supuesto de "relación de sujeción"[17] pues, incluso considerando que involucra a un tercero totalmente ajeno a la empresa -postulante-, se tiene que éste se encuentra bajo el poder o influencia del reclutador, quien tiene la posibilidad de permitirle o denegarle el acceso al empleo, lo que denota una evidente situación ventajosa de una de las partes intervinientes.

En este sentido, desde nuestra perspectiva, en situaciones como la descrita debiera activarse el Protocolo vigente en la empresa en la que se ofrece el empleo, con el fin de investigar y generar alguna consecuencia derivada de la comprobación de actos de hostigamiento sexual.

Esta solución es, además, conforme a lo dispuesto en el Convenio 190 OIT el que, como se ha indicado en apartados previos, prevé la protección de distintos colectivos que incluyen a "las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo" (artículo 2º-1) del Convenio).

IV. DE LA NECESIDAD DE ABORDAR LA PROBLEMÁTICA DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL TRABAJO DESDE UNA ÓPTICA DE PREVENCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Otro aspecto relevante que introduce el Convenio 190 OIT es la incorporación de disposiciones que centran la prevención del hostigamiento sexual en un enfoque en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante "SST"), aspecto poco desarrollado en nuestra legislación.

Efectivamente, el artículo 9º del citado Convenio insta a que los Estados aprueben normas internas que exijan a los empleadores adoptar

---

necesarias. Asimismo, conforma un Comité integrado por dos (2) representantes de dicha oficina y uno (1) del área usuaria, para la evaluación de los hechos denunciados. Tal evaluación debe respetar el derecho de defensa. Una vez concluida la investigación, propone al área correspondiente las sanciones y medidas necesarias para evitar posteriores actos de hostigamiento.

17 De conformidad con lo previsto en el literal j) del artículo 3º del Decreto Supremo No. 014-2019-MIMP, *Reglamento de la Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual*, una "relación de sujeción" se define como *"todo vínculo que se produce en el marco de una relación de prestación de servicios, formación, capacitación u otras similares, en las que existe un poder de influencia de una persona frente a la otra"*.

medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso -hostigamiento sexual- en el mundo del trabajo, sugiriendo que el Sistema de Gestión de la SST tome en consideración la violencia, el acoso y los riesgos psicosociales asociados a éstos, como riesgos del trabajo.

Como se ha mencionado, a través de este Convenio se exhorta a los Estados a adoptar una política activa sobre esta cuestión, exigiendo a los empleadores que identifiquen los peligros y evalúen los riesgos de la violencia y el acoso -que, en lo que corresponda, incorporen el hostigamiento sexual como uno de los riesgo previstos en el IPER - Identificación de Peligros y Evaluación de Riesgos-, debiendo adoptar medidas de prevención y control y proporcionar información y capacitación acerca de los peligros y riesgos identificados, así como sobre las medidas de prevención y protección correspondientes.

En el mismo sentido, la reciente publicación *Entornos de trabajo seguros y saludables, libres de violencia y acoso*[18] de la OIT nos presenta un análisis que, desde su introducción, señala que la "violencia y el acoso" -en nuestro caso, en específico, el hostigamiento sexual- no solo amenazan de forma importante la seguridad y salud de los trabajadores sino que, además, pueden constituir una violación de los derechos humanos, siendo incompatibles con los conceptos trabajo seguro y trabajo decente, frente a lo cual se propone que

> *"(...) la violencia y el acoso pued[a]n gestionarse a través de medidas de seguridad y salud en el trabajo como, por ejemplo, los marcos normativos, las políticas, los programas y los Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (...)"*[19].

Vemos, pues, que esta propuesta de la OIT dirige sus objetivos a una articulación de la normativa interna que permita que se incorporen riesgos vinculados al hostigamiento sexual como parte del Sistema de

18 Organización Internacional del Trabajo. *Entornos de trabajo seguros y saludables, libres de violencia y acoso.* Primera Edición. Ginebra: 2020.

19 Ibíd. p. 6.

Gestión de la SST, lo que es compatible con las disposiciones nacionales sobre la materia pues éstas definen de forma abierta tanto el concepto de "peligro"[20] como el de "riesgo laboral"[21].

Efectivamente, considerando que la legislación nacional sobre SST dispone que los empleadores deban realizar evaluaciones periódicas de los diversos riesgos para la salud y la seguridad relacionados al lugar de trabajo con el objetivo de identificarlos, adoptar medidas preventivas y reducirlos, el procedimiento de Identificación de Peligros y Evaluación de Riesgos – IPER debería abordar todo tipo de peligros y riesgos laborales existentes, incluyendo factores psicosociales y los peligros y riesgos asociados al hostigamiento sexual (*e.g.* trastornos mentales y de comportamiento, estrés, depresión, hipertensión, etc.).

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, es importante que esta propuesta no desconozca que, muchas veces, un determinado puesto de trabajo no lleva inherente, por sí mismo, riesgos específicos en materia de hostigamiento sexual y que, pese a ello, es posible que sean las características del lugar de trabajo, sus integrantes o, inclusive, el sector de la actividad de la empresa, las que exponen a las personas a un mayor riesgo.

En estos casos, en vista de que el IPER es un documento que debe responder a la realidad de cada empresa y se determina, entre otros, en función al ambiente laboral, consideramos que el mismo deberá reconocer que son estas características -y no las propias de las funciones del puesto de trabajo- las que contribuyen a aumentar las probabilidades de que se produzcan casos de hostigamiento sexual y, por ello, las incorpore a la matriz.

---

20 El Glosario de Términos previsto en el Decreto Supremo No. 005-2012-TR, *Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*, define el concepto "Peligro" como *"situación o característica intrínseca de algo capaz de ocasionar daños a las personas, equipos, procesos y ambiente"*.

21 El Glosario de Términos previsto en el Decreto Supremo No. 005-2012-TR, *Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*, define el concepto "Riesgo Laboral" como *"probabilidad de que la exposición a un factor o proceso peligroso en el trabajo cause enfermedad o lesión"*.

V. ASPECTOS PRÁCTICOS Y RECOMENDACIONES PARA EL EMPLEADOR ANTE EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA FORMA CÓMO SE PRESTAN SERVICIOS

Con la finalidad de contribuir a la reflexión sobre la materia y a mejorar el sistema de prevención y sanción del hostigamiento sexual en tiempos de distanciamiento social y trabajo remoto o a distancia, a continuación, señalaremos algunos aspectos que consideramos relevantes para el diseño de las políticas internas en esta materia:

a. Es necesario validar que el Protocolo de atención e investigación de denuncias en materia de hostigamiento sexual sea acorde a la nueva realidad de las empresas, permitiendo un procedimiento amigable y virtual que no resulte una traba o desincentive la presentación de denuncias.

b. Las empresas deberán facilitar las herramientas y oportunidades para que el Comité de Intervención contra el hostigamiento sexual pueda reunirse cuando sea necesario y que la dinámica del mismo sea adaptada a la nueva realidad.

c. Las empresas deberán garantizar la realización de las capacitaciones correspondientes en la materia -tanto a los trabajadores como a los miembros del Comité-, las que recomendamos se enfoquen en las situaciones que pueden ocurrir en la nueva realidad, siendo sumamente relevante dar a conocer (i) que el hostigamiento sexual se puede manifestar bajo un número muy amplio de posibilidades, muchas de las cuales no se limitan de forma alguna a la cercanía física o a la necesidad de tocar a la otra persona; y, (ii) que existe un procedimiento y canal de queja para estos efectos, los que serán atendidos con la rigurosidad necesaria.

d. En este nuevo contexto, será muy importante trabajar en adaptar -en lo que fuera necesario- los canales de queja existentes, así como difundirlos periódicamente entre los colaboradores.

   Para estos efectos, se sugiere revisar que su acceso es sencillo, así como designar a algún miembro del equipo de Recursos

Humanos o del área de *compliance* de la empresa para que se encargue de su seguimiento constante y revisión periódica de la efectividad de los pasos o procedimiento a seguir para, en base a la experiencia, poder implementar mejoras sobre el mismo.

e. Dado que nos enfrentamos a una nueva forma de organización del trabajo que puede llevar consigo una mayor proclividad a cierto tipo de manifestaciones del hostigamiento sexual, puede resultar útil aprender en base a la experiencia, propia o de terceros, para lo cual se sugiere recopilar información pertinente, analizando las quejas o denuncias que pudieran haberse presentado en la empresa, notas de prensa, información que pudiera compartirse en asociaciones comerciales y grupos empresariales o por organizaciones gubernamentales para conocer la vulnerabilidad frente al hostigamiento sexual en la industria específica o en la sociedad en general, estando atentos e identificando las tendencias sobre la materia.

f. Finalmente, recomendamos que para futuras actualizaciones del Sistema de Gestión en la SST se evalúe y consideren los riesgos asociados a la exposición al hostigamiento sexual laboral, pues es importante que las empresas entiendan que la salud de los trabajadores no solo responde a un estado físico, sino que abarca situaciones psicológicas y mentales que podrían verse afectadas y perjudicar gravemente a las personas como consecuencia de conductas que configuren un ambiente de trabajo y/o condiciones de trabajo hostiles.

CONCLUSIONES

i. Aunque el concepto de hostigamiento sexual en el marco de relaciones laborales tiene un desarrollo relativamente reciente, siempre ha existido la posibilidad de identificar que el mismo formaba parte de otros derechos reconocidos como fundamentales en el mundo del trabajo -*i.e.* la igualdad de trato y no discriminación- y que, por tanto, su vigencia, aunque implícita, estuvo siempre garantizada.

ii. El papel de la educación en materia de prevención y sanción del hostigamiento sexual es sumamente relevante pues, al ser un fenómeno que se desprende del comportamiento humano, es necesario concientizar a los trabajadores en la importancia de su eliminación: se debe educar en desaprender conductas nocivas, valorando la importancia del rol empresarial en la vida de las personas y la gran cantidad de horas diarias que éstas invierten en sus ocupaciones, lo que puede aprovecharse de manera positiva para un fin social más trascendental.

iii. La prevención y sanción del hostigamiento sexual en el trabajo deben ser considerados requisitos en todo sistema jurídico pues son una garantía del empleo bajo condiciones adecuadas y seguras y, a nivel macro, de la vigencia del trabajo decente.

iv. En el marco de la creciente importancia que está asumiendo en nuestra legislación la vigencia de espacios en el trabajo en los que se garantice la igualdad y no discriminación de la mujer trabajadora -prueba de ello, el impulso a las normas de equidad salarial y hostigamiento sexual o, inclusive, Proyectos de Ley relativos a una protección especial de la mujer gestante y la madre trabajadora[22]-, resulta necesario que las acciones de los empleadores frente al hostigamiento sexual no se limiten a ser reactivas o reparadoras sino que se diseñe un sistema de gestión preventivo de cara a estas situaciones.

Recordemos, además, que la normativa vigente prevé no solo la obligación empresarial de sanción del hostigamiento sexual sino también su prevención y, por ello, el diseño de las políticas internas de las empresas debe dirigirse a anticipar situaciones de esta naturaleza.

22 Recientemente, el Proyecto de Ley No. 04984/2020-CR, presentado el 01 de abril de 2020 por Podemos Perú, propone suprimir la condición de afiliación del titular del seguro al momento de la concepción para recibir las prestaciones de maternidad previstas en la Ley 26790, *Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud*.

v. Finalmente, es un imperativo tener en consideración que existe un conjunto de factores propios del clima organizacional de las empresas (*e.g.* la justificación de conductas sexistas; la permisividad con bromas vinculadas al sexo o género o a los estereotipos; el mantenimiento de estructuras patriarcales o de una verticalidad rígida; la crítica frente al ejercicio de derechos y espacios vinculados con la familia y los hijos y su identificación con el rol de la mujer en la sociedad; entre otros) que coadyuvan a que el hostigamiento sexual continúe vigente, frente a lo cual surge la necesidad de que, desde los mandos más altos de una organización, se emprenda una tarea de remoción de estas estructuras de cara a lograr un cambio real que pueda perdurar en el tiempo.

LA INTERSECCIONALIDAD EN LA INVESTIGACIÓN DE DENUNCIAS DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL EMPLEO

GABRIELA SALAS ZUÑIGA

Asociada del área laboral del Estudio Echecopar asociado a Baker & McKenzie International. Becaria del Centro de Formación de la OIT y participante de la Academia de Género. Especialista en Compensaciones por la Universidad del Pacífico.

1. CONTEXTO: EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL EMPLEO A NIVEL MUNDIAL Y NACIONAL

No es lo mismo hablar de violencia de género, y menos aún de violencia de género en el empleo hoy, que hace 5 años, antes que los movimientos **#MeToo** o **#Niunamenos** aparecieran. Si bien la violencia machista no es, ni de cerca un tema nuevo, si es relativamente nueva, la apertura con la que este tema se puede discutir en diferentes ámbitos, incluido el laboral, debido a estos dos movimientos. En efecto, estos dos movimientos a nivel mundial han generado una mayor conciencia respecto a la existencia de un problema mundial y transversal que afecta de manera desproporcional a, por lo menos, el 50% de la población mundial.

A pesar de esta mayor conciencia sobre la problemática de la violencia de género en diferentes ámbitos, reflexionar sobre este tema encierra fuertes obstáculos, como, por ejemplo, la falta de data o su irregularidad a nivel global y nacional.

Por ejemplo, si revisamos uno de las publicaciones más recientes de la OIT, "*Un paso decisivo hacia la igualdad de género*", el propio organismo especializado de Naciones Unidas reconoce las limitaciones respecto a la disponibilidad de información estadística sobre el porcentaje de trabajadoras que son objeto de actos de violencia y hostigamiento sexual en el centro de trabajo a nivel internacional.

No obstante, aun cuando los organismos internacionales no manejen estadísticas específicas respecto al nivel de violencia de género y hostigamiento sexual en el empleo a nivel mundial, sí recogen algunos datos interesantes que dan cuenta de las preocupantes dimensiones del problema:

- El hostigamiento sexual es la forma de violencia en el empleo más reportada a nivel mundial (OIT, 2019, p. 51).

- El hostigamiento sexual es considerado "parte del trabajo" en sectores con mayor prevalencia femenina, como el sector salud y educación (OIT, 2019, p. 51-52).
- Solo 131 de los 194 países en el mundo cuentan con algún tipo de norma que busca proteger a las víctimas de hostigamiento sexual de este tipo de actos. No obstante, el 27% de los países que cuentan con legislación en materia de prevención de la violencia u hostigamiento sexual no cuentan con definiciones claras para designar a la violencia u hostigamiento en el centro de trabajo lo cual genera fuertes dificultades para su aplicación (OIT, 2018, p. 7).
- La violencia de género y hostigamiento sexual en el empleo afecta de manera desproporcionada a las mujeres trabajadoras (OIT, 2019, p. 51).

De lo expuesto, aun cuando no se maneja datos más exactos a nivel global respecto a la prevalencia del hostigamiento sexual resulta evidente que estamos ante un problema sistémico y enquistado en el seno mismo de las relaciones de trabajo.

Si volcamos nuestro análisis al plano nacional, nos enfrentamos al mismo problema comentado, no es fácil encontrar datos macro respecto al número de trabajadores afectados por actos de hostigamiento sexual a nivel en el Perú, y menos aún información desagregada por variables como raza, orientación sexual, entre otras.

Sin embargo, hay algunos datos disponibles a solicitud mediante un proceso de acceso a la información, que nos puede ayudar a analizar la situación del Perú en torno al hostigamiento sexual en el empleo:

- En el 2019, se cuadriplicaron las denuncias de hostigamiento sexual recibidas por el Ministerio de Trabajo por medio de su servicio "trabajo sin aviso" y línea 1819, en comparación con las denuncias reportadas en el 2018. Así, el número anual de denuncias pasó de 73 en el año 2018 a 294 en el año 2019. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2020)

- Durante los dos primeros meses del año 2020, el promedio de denuncias por mes fue de 24 denuncias, situación que daba cuenta de una proyección de casos prácticamente idéntica a la reportada en 2019. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2020)
- El 94.2% de personas que denunciaron ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo actos de hostigamiento sexual, entre octubre de 2018 y febrero de 2020, son mujeres. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2020)
- El 98.55% de personas denunciadas entre octubre de 2018 y febrero de 2020, ante el Ministerio de Trabajo por haber cometido actos de hostigamiento sexual en el empleo son hombres. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2020)

Respecto a esta información estadística, hay que tener en cuenta que se trata de una fotografía parcial de la situación de este tipo de violencia en el Perú, pues solo nos muestra una fracción del problema: los casos que sí son reportados. No obstante, hay un universo de situaciones de hostigamiento sexual en el empleo, respecto de la cual, el Estado no maneja, lamentablemente, data precisa, sin perjuicio de las estimaciones de privados respecto al sub-registro[1].

A lo expuesto, cabe agregar que la información provista por el Ministerio de Trabajo da cuenta del impacto que tuvo el Decreto 1410 -que, recordemos entre otros aspectos, modificó el concepto de hostigamiento sexual y creo nuevas y concretas obligaciones para los empleadores para prevenir este tipo de violencia en el centro de trabajo- en la creación de un espacio más receptivo de denuncias de hostigamiento sexual.

En efecto, si bien la promulgación de una norma sobre un tema en particular no resuelve en sí misma un problema social, si marca una pauta de transformación. Así, en este caso, lo que hizo el Decreto 1410 es enviar

1 De acuerdo a Genderlab solo el 2% de mujeres reportan actos de hostigamiento sexual https://rpp.pe/economia/economia/cuantas-denuncias-por-acoso-sexual-laboral-se-han-reportado-en-lo-que-va-del-2020-noticia-1248222

el mensaje a las personas afectadas por actos de hostigamiento sexual que el ordenamiento había puesto nuevas y repotenciadas herramientas a su servicio, de ahí que el número de denuncias se viera incrementado de forma tan significativa.

Finalmente, la información estadística comentada evidencia que, tal y como sucede a nivel mundial, aun cuando el hostigamiento sexual en el empleo es un problema que potencialmente puede afectar a cualquiera sin perjuicio de su sexo, las principales afectadas son mujeres y los principales perpetradores de este tipo de violencia son hombres. Ello inclusive, si los afectados son otros hombres.

De ahí la necesidad imperiosa de analizar este problema desde una perspectiva de género y dejar atrás concepciones simplistas que, bajo discursos supuestamente "neutros", buscan desconocer la experiencia diferenciada de las mujeres en el centro de trabajo respecto a la violencia de género.

2. INTERSECCIONALIDAD: DEFINICIÓN Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ PARA LA ATENCIÓN E INVESTIGACIÓN DE CASOS DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL LABORAL

Contrariamente a lo que se suele pensar, la "interseccionalidad" no es un término cuyo origen resida en las ciencias sociales, sino que se trata de un concepto acuñado por una abogada, Kimberlé Williams Crenshaw, en el marco de una crítica a la normativa antirracista en Estados Unidos y feminismos hegemónicos, las cuales, tenían como centro de sus reivindicaciones a los hombres afroamericanos y mujeres blancas, respectivamente, situación que dejaba en doble situación de desprotección a las mujeres afroamericanas (Crenshaw, 1991). Con lo que, por lo menos en teoría, este concepto no debería sentirse tan lejano a las ciencias jurídicas.

A pesar de ello, en Perú, son pocos los estudios o reflexiones desde el derecho del trabajo sobre el rol que juega la interseccionalidad en la atención o investigación de casos de violencia de género en el centro de trabajo. Ello, a pesar que el propio reglamento de la Ley de

Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual hace mención expresa de este término.

Pero, exactamente, a ¿qué nos referimos cuando invocamos el concepto de "interseccionalidad"? Partamos del inicio. Cuando Crenshaw uso por primera vez al término interseccionalidad su intención era hacer patente como las variables raza y género interactúan y cómo generan diferentes dimensiones que conforman las experiencias de las mujeres negras en el ámbito laboral (Crenshaw: 1989).

Cabe precisar, que lo revolucionario del concepto de interseccionalidad propuesto por Crenshaw, es que este presupone una visión compleja de la identidad de una mujer afroamericana, donde las variables analizadas, sexo y género, no dan lugar a una sumatoria simple de identidades, sino a una interrelación única y concurrente que marca su experiencia.

Con el fin de ilustrar su pensamiento Crenshaw propone la siguiente analogía:

> *"La discriminación como una intersección en el tráfico puede fluir en un sentido como en cualquier otro. Si un accidente ocurre en dicha intersección este podría haber sido ocasionado por los carros que van en un sinfín de direcciones y, a veces, desde todas las direcciones. De manera similar, si una mujer afroamericana es afectada, debido a que se encuentra en una intersección, el daño puede producirse debido a la discriminación por sexo o por raza"* (Crensha, 1989, p. 149)[2].

El ejemplo de Crenshaw es bastante ilustrativo en tanto plantea como resulta parcializada la adopción de medidas que se enfoquen en una sola variable de análisis, en este caso, solo el sexo o la raza, y como resulta necesario replantear nuestro entendimiento de la identidad de las mujeres afrodescendientes a fin de adoptar medidas que verdaderamente atiendan sus intereses.

Ahora, si bien este es el origen pues, del concepto interseccionalidad, lo cierto es que este ha transitado una larga vía, y en diferentes campos.

2 Traducción libre.

De ahí que en "*Intersectionality: Mapping the movements of a Theory*", Carbado, Mays, Tomlinson, e inclusive la propia Creenshaw, dan cuenta que a la fecha no existe un concepto único y acabado debido a la permeabilidad del concepto y la potencialidad que encierra su uso y aplicación en diferentes ámbitos del conocimiento. De ahí que refieran que, la forma más sencilla y fructífera de reflexionar en torno a este tema es advertir que la interseccionalidad es lo que hace (Carbado, Mays, Tomlinson y Crenshaw, 2013, pp. 304-305).

Con ello, los autores no buscan evadir brindar un concepto claro de lo que es la interseccionalidad sino reparar y subrayar en la potencialidad del concepto en tanto su uso no está limitado a una determinada rama del saber o modelo de aplicación práctica, lo cual no hace sino evidenciar que la interseccionalidad es el punto de partida de estudios y análisis y no, el fin mismo de ningún estudio, pues la interseccionalidad tiene un componente político transformador.

Sin perjuicio de la importante reflexión contemporánea en torno a la interseccionalidad, para efectos de este trabajo, utilizaremos la definición funcional del término interseccionalidad propuesta por MacKinnon. De acuerdo a la referida autora, la interseccionalidad es una "*aproximación al derecho, la realidad y su relación simbiótica, que permite el análisis no solo del resultado estático del problema que analiza sino también de las dinámicas y fuerzas subyacentes*" (MacKinnon, 2013, pp. 1023-1024). Lo valioso de este concepto funcional es que evidencia la versatilidad de la interseccionalidad y la sitúa como una herramienta para el análisis de diferentes problemas de relevancia social desde el derecho.

Teniendo un poco más claro qué es la interseccionalidad, conviene reflexionar sobre su regulación y desarrollo en marco legal peruano en materia de atención y sanción del hostigamiento sexual.

Como sabemos, actualmente, la recepción de una denuncia de hostigamiento sexual o la toma de conocimiento de actos que podrían calificar como actos de hostigamiento sexual en cualquiera de sus vertientes (sean comportamientos no deseados sexuales o sexistas), genera para los

empleadores la obligación de iniciar un procedimiento de atención de la potencial víctima de este tipo de violencia y de investigación de la denuncia.

Sin perjuicio de las pautas específicas sobre las etapas del procedimiento y plazos aplicables, el Reglamento de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual menciona por única vez al término "interseccionalidad" en su artículo 5, el cual recoge una lista de los enfoques aplicables a la interpretación y aplicación de las medidas de prevención y sanción de actos de hostigamiento sexual.

Específicamente, el referido artículo señala lo siguiente:

> *d) Enfoque de interseccionalidad: Herramienta que permite realizar un análisis integral de los problemas que enfrentan las víctimas de hostigamiento sexual, al vincular una serie de factores que generan la afectación de sus derechos, tales como el origen étnico, sexo, identidad de género, orientación sexual, discapacidad, entre otros; lo cual conlleva a la implementación de acciones diferenciadas.*

La definición recogida por el Reglamento es una de corte operativo, en los términos propuestos por MacKinnon, pues concibe a la interseccionalidad como una herramienta que permite a quien la utiliza, obtener un panorama integral sobre un caso determinado mediante la vinculación de variables de análisis relevantes de acuerdo a la identidad de la parte denunciante.

Es importante reparar que la definición recogida incluye el potencial trasformador que encierra el término interseccionalidad debido a su misma historia y evaluación, en tanto reconoce que su utilización trae como resultado la adopción de medidas particulares al caso concreto con el fin de garantizar el derecho a la igualdad material de la parte denunciante en situación de vulnerabilidad.

Este potencial transformador es uno de los más importantes y determinantes en la definición de interseccionalidad pues de no reconocerse dicha característica tendríamos en la legislación peruana un enfoque de análisis vacío donde se llama a la identificación de situaciones de vulnerabilidad,

mas no se reconoce la obligación de subvertir esta situación, lo cual en los casos de violencia conllevaría a un peligro específico: la generación de situaciones de re victimización.

Teniendo en cuenta lo señalado, considero que la inclusión del concepto interseccionalidad en los términos recogidos por el Reglamento resulta positiva y, por lo menos un primer paso para su efectiva utilización en la atención de casos de violencia de género en el ámbito laboral.

Sin perjuicio de que el Reglamento de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual incorpora la interseccionalidad como una herramienta para la lucha contra la violencia de género en el empleo, hay que advertir que, lamentablemente, en dicho cuerpo normativo no hay mayor desarrollo respecto al rol específico que está llamado a jugar esta herramienta durante las etapas de atención de investigación de denuncias de hostigamiento sexual, situación que podría ser confusa para las personas encargadas de implementar los obligaciones laborales dispuestas en dicho Reglamento.

En efecto, considerando que la interseccionalidad no es un elemento de uso cotidiano y extendido en el sistema de relaciones laborales peruano, la falta de inclusión de pautas específicas para su uso ha convertido en inoperante, en la gran mayoría de casos, a esta herramienta.

¿Por qué resulta ello especialmente preocupante? considero que esta situación es peligrosa pues evita que determinados tipos de violencia sean analizados en toda su real dimensión y, sobretodo, que se adopten medidas de protección y sanción verdaderamente adecuadas.

Con el fin de ilustrar el tipo de actos de hostigamiento sexual que no podrían ser atendidos e investigados de manera plena si no es mediante una visión interseccional, propongo las siguientes situaciones a modo de ejemplo:

Situación 1	Trabajadora racializada que recibe comentarios no deseados que dan cuenta de visión hipersexualizada y exótica de su identidad

La población afrodescendiente está sometida a diferentes formas de discriminación, racismo estructural y estereotipos que perpetúan una situación de exclusión y vulnerabilidad en la sociedad.

Respecto a los estereotipos que sufren los afrodescendientes, hay que advertir que estos no solo obedecen a su color de piel, sino también, a su sexo, generándose así una situación de estrecha vinculación a la que muchos han hecho referencia con la frase *"sexualización de la raza y racialización de la sexualidad"* (Viveros: 2008).
Específicamente, en el caso de las mujeres afrodescendientes, los estereotipos de lo que suele ser objeto están ligados a dos ideas:
(i) hipersexualización de su persona, y
(ii) exoticidad de su identidad.

La hipersexualidad hace referencia a la idea de disponibilidad sexual de las mujeres afordescendientes y la exoticidad a la alteridad de sus características y experiencias.
Teniendo en cuenta, lo señalado, una situación que no podría ser analizada si no es a partir de una mirada interseccional, es el caso de una mujer afrodescendiente a quien, pese a su falta de consentimiento, un compañero de trabajo constantemente intenta tocar su cabello y rostro bajo el argumento de que sus rasgos son poco convencionales y atrayentes.
En este caso, los actos perpetrados por su compañero no responden a una variable única e independiente (el sexo de la víctima o su raza), sino a su situación y experiencia específica como mujer afrodescendiente. De ahí que la investigación de los actos reportados debe tomar en consideración las referidas dos variables, no como elementos en adición sino como estrechamente vinculados y correlacionados.
Es probable que de no incorporar la variable raza a la investigación se pierda de vista un hecho importante que es el racismo enquistado en las acciones del compañero de trabajo y lo doblemente grave que supone su comportamiento para efectos de la imposición de una medida correctiva y de prevención de futuros casos.
En efecto, en este caso, solo con el uso de la interseccionalidad, el empleador podrá advertir que es necesario incorporar el elemento antirracista en sus capacitaciones en materia de prevención y sanción del hostigamiento sexual, para así garantizar el derecho de su personal racializado a un espacio de trabajo seguro.

Situación 2	Trabajadora lesbiana que recibe comentarios que califican como violencia aleccionadora
Muchas mujeres lesbianas se enfrentan a una forma de violencia muy específica denominada "violencia sexual correctiva" o "violencia sexual aleccionadora". Este tipo de actos tienen por objeto en la mente de quienes los perpetúan "forzar la heterosexualidad" de estas mujeres, convertirlas en personas "normales". A pesar de que este tipo de violencia encierra una concepción patológica de la orientación sexual y abiertamente discriminadora, no son pocos los casos de este tipo de violencia. Un ejemplo de este tipo de violencia en el centro de trabajo podría ser el caso de una trabajadora lesbiana a quien le dirigen el siguiente comentario-: "Te hace falta probar un hombre de verdad. Yo te enderezaría". Al igual que en el primer ejemplo, este caso no podría ser analizado a cabalidad si no se conjugan y entienden la relación entre las variables sexo y orientación sexual. En efecto, si se pierde la variable orientación, y solo nos quedamos con la variable sexo, podríamos perder de vista que este tipo de actos, en realidad, es un ataque a la identidad de la trabajadora como mujer lesbiana, y no solo como mujer o miembro de la comunidad LGTBIQ.	

Las situaciones comentadas demuestran la necesidad de analizar los casos con una visión interseccional. En caso contrario, es posible que incurramos en revisiones simplistas de los casos denunciados que den lugar a soluciones parciales o incompletas.

De ahí que, reitero, lo más adecuado hubiera sido incluir en la actual legislación pautas más específicas que lleven a los miembros del Comité de Intervención Frente al Hostigamiento Sexual y personal de Recurso Humanos a necesariamente preguntarse si en un determinado caso era necesario recurrir al enfoque interseccional y si en base a este era necesario adoptar medidas diferenciadas con el fin de garantizar el derecho a la igualdad.

Cabe precisar que la falta de desarrollo normativo comentada precedentemente, no puede entenderse suplida o superada con la inclusión de enfoques especializados en el Reglamento de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento sexual, dígase, el enfoque de género, enfoque intercultural, enfoque intergeneracional, enfoque de discapacidad.

Ello debido a que la interseccionalidad no es solo la adición de diferentes variables de análisis, como, por ejemplo, las recogidas en los enfoques específicos, sino, que es una herramienta que conjuga variables y analiza la propia relación existente entre dichas variables, por lo que, en

realidad, el reconocimiento de estos otros factores sin hacer mención a su posible interrelación no suma al uso correcto de la interseccionalidad.

3. ALGUNAS SUGERENCIAS PARA GARANTIZAR EL USO DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL EN LA ATENCIÓN E INVESTIGACIÓN DE CASOS DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL LABORAL

En el punto anterior identificamos que, aun cuando el Reglamento de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual recoge el enfoque interseccional, existe una falta de desarrollo respecto a la forma y momentos en los que la interseccionalidad debe ser utilizada para garantizar el derecho a la igualdad material de la parte denunciante en situación de vulnerabilidad.

Teniendo ello en cuenta, cabe pregustarse, ¿qué alternativas tenemos para superar esta dificultad sin incurrir en medidas abstractas? Al respecto, considero que hay dos medidas que pueden ser adoptadas para facilitar el uso del enfoque interseccional:

a. Ajustar actual marco normativo a fin de garantizar reflexión sobre necesidad de recurrir a enfoque interseccional

Los empleadores no conocen exactamente en qué momento la interseccionalidad puede operar para efectos de garantizar un adecuado manejo de denuncias de hostigamiento sexual, por lo que, considero, sería propicio incluir en el título II del Reglamento, sobre Reglas Generales para la prevención, protección y sanción contra el hostigamiento sexual, aplicable de manera supletoria al ámbito laboral, pautas sobre los siguientes temas específicos:

- Momento en el que se puede hacer uso del enfoque interseccional: es importante dejar en claro que los empleadores pueden recurrir a este enfoque durante todo el procedimiento de atención, investigación y resolución de una queja de hostigamiento sexual, sin mayor limitación, en tanto es transversal a todo el sistema de atención de este tipo de violencia de género.

- Explicitación de que la interseccionalidad admite diferentes medidas de acuerdo a las necesidades de cada caso: con el fin de que empleadores tengan idea del tipo de medidas con enfoque de interseccional podían adoptar, podría incluirse una lista abierta de medidas entre las que se incluyan, por ejemplo, las siguientes:

Fase del procedimiento	Medida concreta
Atención de denunciantes	- Inclusión de sección en formato de denuncia en el que se permita a denunciante reportar situaciones de vulnerabilidad adicionales. - Capacitación a personal que recoge denuncia para identificar situaciones de vulnerabilidad en el supuesto que la denunciante no hubiera identificado alguna o no estuviera en capacidad para hacerlo.
Investigación de denuncia	- Requerir a Comité de Intervención frente al Hostigamiento Sexual que frente a cada denuncia analice si se ha configurado una situación especial de vulnerabilidad que requiera enfoque interseccional. - Requerir a Comité de Intervención frente al Hostigamiento Sexual que desarrolle en cada caso variables identificada en el caso, relación de dichas variables entre sí y su impacto en el caso en el informe final.
Adopción de medidas complementarias de prevención	- Inclusión de secciones especiales en capacitaciones a personal frente a identificación a situaciones de violencia compleja.

b. Incorporación de interseccionalidad como punto en capacitación para miembros del Comité de Intervención y Sanción del Hostigamiento Sexual y Recursos Humanos

Sin perjuicio de cualquier eventual modificación legislativa, es importante volcar nuestra atención a aquellas acciones que podemos actualmente ir implementando a fin de aprovechar los recursos y potencial que ofrece la actual legislación en materia de prevención y sanción del hostigamiento sexual.

Una de estas acciones es la capacitación del personal y miembros del Comité de Intervención y Sanción del Hostigamiento Sexual en la interseccionalidad y sus usos en la atención de este tipo de violencia.

Cabe precisar que, en la medida que la interseccionalidad es un concepto complejo, es recomendable aproximarse a su estudio de manera práctica sobre la base de la idea de que todas las personas experimentamos la violencia de manera diferente sobre la base de nuestra identidad y que, debido a ello, es importante reparar en las variables que nos interpelan con el fin de encontrar una estrategia y solución más adecuada a cada caso.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El ámbito laboral aun es un espacio predominantemente masculino. Aunado a obstáculos como la segregación horizontal y vertical, la brecha salarial por género, la discriminación por sexo en el empleo, la predominante presencia femenina en el sector informal laboral y la crisis del sistema de cuidado, la violencia de género se erige en el centro de trabajo como uno de los principales problemas que impiden la inserción de la mujer en igualdad de condiciones al mundo del trabajo.

Si bien el ordenamiento peruano busca revertir la situación preocupante y estructural de violencia de género en el empleo mediante la implementación de una nueva normativa y obligaciones legales específicas, hay elementos de la actual legislación en materia de prevención del hostigamiento sexual que merecen mayor reflexión a fin de atender de manera integral el fenómeno de la violencia generizada.

Una de estos elementos es, precisamente, la interseccionalidad. Sin ánimos de reincidir en el debate teórico sobre la interseccionalidad vertido en este artículo, si considero importante reafirmar el potencial transformador de la interseccionalidad que, actualmente, se ve limitado por su escueta regulación, y en la necesidad de incorporarlo como un punto central en la atención de casos de hostigamiento sexual en el empleo, en tanto nos permite evaluar los actos de violencia en su verdadera dimensión y sobretodo, adoptar las medidas más adecuadas para su superación.

En efecto, en una época, donde la violencia de género es pandémica como abogados tenemos la obligación de salir de nuestra zona jurídica de confort e incorporar nuevas herramientas al análisis legal laboral para

resignificar y afrontar situaciones del mundo del trabajo de acuerdo a las exigencias de los nuevos tiempos.

BIBLIOGRAFÍA

Crenshaw, K. W. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist policies. *Chicago Legal Forum*, 149. http://chicagobound.uchicago.edu./cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf

Carbado, Devon, Kimberlé Crenshaw, Vickie Mays y Barbara Tomlinson (2013), "Intersectionality: Mapping the Movements of a Theory", Du Bois Review, 303-312.

Crenshaw, K. W. (1991). Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color. *Stanford Law Review*, 1241.

MacKinnon, C. A. (2013). Intersectionality as a Method: A Note. *Signs. Intersectionality: Theorizing Power, Empowering Theory*, *38*(4), 1019. https://www.jstor.org/stable/10.1086/669570

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2020). *Respuesta a solicitud a acceso a la información*.

OIT. (2019). Un paso decisivo hacia la igualdad de género. En pos de un mejor futuro del trabajo para todos (Primera Edición). https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_674751/lang--es/index.htm

OIT. (2018). Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo (Informe V). https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meeting-document/wcms_554100.pdf

Viveros Vigoya, M. (2008). *La sexualización de la raza y la racialización de la sexualidad en el contexto latinoamericano actual*. Memorias del 1er. Encuentro Latinoamericano y del Caribe La sexualidad frente a la sociedad, México D.F., México.

REFLEXIONES EN TORNO A LA TUTELA DEL TRABAJADOR FRENTE AL PODER EMPRESARIAL: UNA MIRADA A LOS ACTOS DE HOSTILIDAD

RENZO VITO SALVADOR FLORIAN

I. INTRODUCCIÓN

Como disciplina, el Derecho del Trabajo tiene la finalidad de racionalizar el conflicto a través de sus diferentes institutos jurídicos (Mantero, 1998). Situados en la ejecución del contrato, el poder de dirección será el objeto principal de control del ordenamiento laboral y de sus principios, los cuales persiguen la reducción de la arbitrariedad y de los márgenes de discrecionalidad del empleador (Poquet, 2013). Desde esta perspectiva, la vigencia de la relación y el deber de obediencia[1] se ciñen a una serie de límites.

No obstante, las fronteras que delimitan el ejercicio válido de los poderes empresariales suelen tener problemas en su reconocimiento[2]. De modo que, constantemente, manifestaciones[3] de éste -como la dirección y fiscalización- pugnan por mayores espacios de discrecionalidad. Y, apoyados por el carácter imperativo de sus decisiones, inciden de forma directa en la relación de trabajo[4]. Frente a situaciones como esta, el orde-

---

1 Definida como unas de las principales obligaciones del contrato de trabajo, este deber implica que el dependiente cumpla con ejecutar las disposiciones y órdenes empresariales que deriven del ejercicio regular del poder de dirección (Baylos, 2002, pp. 34-35).

2 Por ejemplo, la doctrina nacional ha discutido sobre el alcance del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones respecto al uso del correo electrónico (Blancas, 2013a), la fiscalización a través de dispositivos de geolocalización (Toyama y Girao, 2014), entre otros.

3 Coincidimos con Poquet (2013, p. 32) en que el poder disciplinario goza de cierto grado de autonomía entre las demás facultades. Ello en razón a sus límites y funciones particulares en el marco de la relación laboral. De manera que en la presente investigación no se hará referencia a esta, pese a que un sector mayoritario de la doctrina nacional considera que sí forma parte (Neves, 2018).

4 Recuérdese que el ordenamiento laboral brinda mecanismos para efectivizar el poder de dirección. Uno de ellos, por ejemplo, son las facultades disciplinarias. Poder que tiene

namiento brinda dos formas de tutela sustancial: el derecho de resistencia[5] (*ius resistentiae*) y los actos de hostilidad.

Interesa, a esta investigación, reflexionar sobre el diseño normativo de este segundo mecanismo, así como evaluar su funcionalidad de cara a la tutela del trabajador en el modelo de relaciones laborales peruano. Para ello, se analizará, en primer lugar, la evolución y diseño normativo de los actos de hostilidad. Luego, a manera de contraste, se expondrá un modelo alternativo, el *constructive dismissal* norteamericano.

Previo al inicio de este trabajo, consideramos importante resaltar que no se persigue agotar toda la problemática o discusión en torno a la protección del trabajo durante su ejecución. Contrario a ello, se busca iniciar el debate sobre la suficiencia del diseño legal de los mecanismos de tutela en esta etapa contractual. Así, quedan fuera de esta discusión, entre otros tópicos, los remedios legales y el tratamiento individual de los supuestos previstos. Tampoco se abordarán los aspectos procesales de la materia -sin perjuicio de hacer breves referencias al respecto.

II. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y FUNCIONAL A LOS ACTOS DE HOSTILIDAD

Revisar el tratamiento que ha tenido las denominadas «faltas del empleador» en sus sucesivos diseños normativos permitirá, en primer lugar, identificar cuál ha sido el enfoque de política laboral asumido en cada oportunidad de reforma. Asimismo, facilita identificar cómo ha evolucionado la técnica legislativa y el peso que ha tenido la tradición -o

como máxima expresión al despido por comportamientos que impliquen la inobservancia, grave y culpable, de las obligaciones laborales.

5 Si bien este derecho no se encuentra positivizado, se deriva de interpretar que el deber de obediencia solo es exigible cuando se ejerce el poder de dirección de manera válida (Morato, 2009). Apoyado en dicha premisa, la doctrina clasifica los diversos supuestos habilitantes en cuatro grupos: (i) órdenes que lesionan derechos fundamentales; (ii) que ponen en riesgo la vida, integridad o salud; (iii) que implican la comisión de delitos, ilícitos o que son abusivas; y (iv) aquellas que impliquen la infracción de derechos laborales legales o convencionales (Baylos, 2002, pp. 39-40).

inercia- al momento de efectuar cambios. De manera que, en retrospectiva, se incorporan mayores datos para reflexionar, críticamente, sobre este instituto jurídico y su funcionalidad.

1. La protección del trabajador en la ejecución del contrato desde una perspectiva histórica

El debate nacional sobre la cuestión social, durante el gobierno de Leguía, conllevó a la promulgación de una serie de normas laborales importantes, entre las que destaca la Ley 4916 -la cual introdujo un mecanismo de control sobre la extinción de la relación por iniciativa del empleador[6], así como una disposición, a través de su reglamento, respecto de los actos de hostilidad. Vinculado desde sus inicios al despido, este instituto jurídico buscó sancionar determinadas conductas empresariales las que podemos agrupar en dos categorías[7]. Aquellas que atentan contra las obligaciones laborales (rebaja de sueldo o categoría y la inobservancia de deberes legales o pactados) o el trabajador (maltrato y traslado que perjudique salud o intereses[8]).

Luego de décadas, esta regulación será perfeccionada en 1978 por la Ley 22126. Resulta interesante destacar, en primer lugar, que se construye un apartado específico bajo el título de «faltas del empleador»[9] a través del

6 Por medio de esta ley también se incluyeron otros importantes derechos como los subsidios por defunción o invalidez y el seguro de vida. Será, sin duda, una parte de los andamiajes más relevantes de la legislación laboral del siglo XX.

7 Si bien incluso la judicatura ha conceptualizado los actos de hostilidad como "incumplimiento de obligaciones contractuales" (*Verónica Estrella vs. Prima AFP*, 2015), esta posición presenta, al menos, una deficiencia en categorizar supuestos como los actos de violencia, o aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

8 Si bien el cambio o traslado del centro de trabajo constituía, en esencia, una afectación al contrato, el tipo exigía, además, una lesión al trabajador -expresada en su salud o intereses. De manera que, al ser este último elemento el determinante, el inciso se ubicaba entre las conductas que afectan al sujeto laboral. Esta nota característica será una constante en toda su regulación, aunque a veces con fórmulas más ambiguas como la «intención de causar perjuicio».

9 Un aspecto curioso es que también se contempla un delito por el cierre fraudulento de la empresa que tenga como finalidad extinguir sus vínculos laborales.

cual se aumenta el repertorio de conductas sancionables, reiterando las dos categorías de comportamientos señaladas. En cuanto a la primera, se exigirá, para el supuesto de traslado geográfico, la intención de perjudicar; y en el caso del incumplimiento de obligaciones, que éste sea deliberado y reiterado. De otro lado, en la segunda categoría se incorpora la imprudencia que afecte la seguridad del centro laboral y la violencia física o verbal.

Como último antecedente normativo se identifica a la Ley 24514 del año 1986, norma que reitera la estructura anterior, agregando nuevas conductas sancionables -relacionadas a la afectación del dependiente. Los actos contra la moral, el acoso sexual y aquellos que lesionen la dignidad del trabajador; así como el hostigamiento por motivos políticos, sindicales, religiosos o raciales, serán los aportes de esta regulación a la tutela laboral. Resulta importante señalar que, desde la Ley anterior, las medidas reparatorias se expresaron en la imposición de multas por medio de la Autoridad de Trabajo y la extinción indemnizada del contrato declarada judicialmente.

A manera de resumen, el siguiente cuadro grafica el devenir normativo:

Cuadro N.° 1
Evolución normativa de los actos de hostilidad

Categoría	Reglamento de la Ley 4916	Ley 22126	Ley 24514
Afectaciones al contrato de trabajo	- Negación o incumplimiento de obligaciones - Rebaja de categoría o sueldo	- Incumplimiento deliberado y reiterado de obligaciones - Rebaja de categoría o sueldo - Falta de pago de la remuneración	- Incumplimiento deliberado de obligaciones - Rebaja de categoría o sueldo - Falta de pago de la remuneración

Cuadro N.° 1 Evolución normativa de los actos de hostilidad			
Categoría	**Reglamento de la Ley 4916**	**Ley 22126**	**Ley 24514**
Afectaciones al trabajador	- Traslado que perjudique salud o intereses - Maltrato	- Traslado con el fin de perjudicar - Violencia física o verbal - Imprudencia que afecte la seguridad del centro laboral	- Traslado con el fin de perjudicar - Actos contra la moral, acoso sexual y aquellos que lesionen la dignidad del trabajador. - Hostigamiento por motivos políticos, sindicales, religiosos o raciales - Imprudencia que afecte la seguridad del centro laboral - Violencia física o verbal

Una primera impresión de este recuento es la marcada predilección del legislador para la tipificación de las faltas del empresario (Blancas, 2013, p. 647). Tendencia que, en todas sus etapas, ha tenido una atenuación por medio de diversas fórmulas abiertas -como lo fue en su inicio el incumplimiento de obligaciones contractuales o legales. No en todos los casos, sin embargo, se identifica una cláusula general para ambas categorías de afectaciones. Vacío que, en consecuencia, repercute en la tutela de situaciones atípicas que podrían afectar al trabajador.

Como opción de política legislativa, la fórmula taxativa de faltas presenta, en este contexto, dos críticas. La primera de carácter general. Pretender listar todos los supuestos mediante los cuales el empleador afecte la relación laboral enfrenta como obstáculo la eventual atipicidad de ciertas conductas u omisiones. De otro lado, la inclusión de elementos objetivos y subjetivos accesorios agrava este problema. Son ejemplo de

ello ciertos requisitos adicionales como la reiterancia y hasta la «intención de perjudicar»[10].

Desde sus inicios, se evidencia, también, que los actos de hostilidad no se han vinculado con las modificaciones sustanciales de la relación de trabajo. Por el contrario, las conductas tipificadas reflejan comportamientos contrarios a derecho -y que no cuentan con un sustento constitucional. Hecho que hace necesario, por tanto, una escisión conceptual entre las modificaciones sustanciales (*ius variandi*) y este instituto jurídico.

Finalmente, la evolución legislativa muestra una creciente tipificación de los supuestos de afectaciones al trabajador -además de una cláusula abierta a través de la lesión a la dignidad. Tránsito que grafica la intención del legislador de otorgar mayor protección contra determinadas conductas empresariales. De tal modo, las perspectivas sobre esta categoría, en principio, deberían ser enfocadas a lograr la efectividad de cada uno de los tipos previstos. No obstante, como se desarrollará en el siguiente acápite, esta tarea quedó relegada.

2. Breve repaso al diseño actual

Si bien esta materia no fue modificada de manera importante con la reforma del gobierno de Fujimori, sí se identifica al menos un cambio en la tipificación de las faltas que debe mencionarse. Recuérdese, para ello, que en el último diseño, ambas categorías de afectaciones contaban con una cláusula abierta -cuya importancia estriba en ofrecer tutela frente a conductas atípicas que puedan afectar al dependiente o su contrato. Desde esta perspectiva, la eliminación del inciso referido al incumplimiento de obligaciones aminoraba la intensidad de la protección y representaba un retroceso en la evolución del instituto jurídico.

10 Si se compara, por ejemplo, las faltas graves tipificadas en el artículo 25 de la LPCL con los actos de hostilidad, destaca el hecho que en el primero no se evidencia la incorporación de algún elemento subjetivo -como por ejemplo, la intencionalidad del trabajador. Su inclusión, además de cuestionable desde una perspectiva de tutela, constituye un tratamiento diferenciado según el sujeto que realiza la conducta, y que carece de sustento dogmático.

Trastocando el diseño general, la lista de supuestos previstos en la legislación se organiza de la siguiente manera:

Cuadro N.° 2 Supuestos de actos de hostilidad vigentes	
Categoría	Decreto Legislativo 728
Afectaciones al contrato de trabajo	- Reducción de categoría o sueldo - Falta de pago de la remuneración
Afectaciones al trabajador	- Traslado con el fin de perjudicar - Actos contra la moral y aquellos que afecten la dignidad del trabajador - Actos de discriminación - Inobservancia de medidas que afecten la salud y vida del trabajador - Violencia física o verbal - Negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo

Puede observarse, de esta lista, un dato particular: la inercia o el peso de la tradición en la técnica legislativa. Supuestos como la movilidad geográfica, la rebaja de categoría y remuneración son muestra palmaria de ello. No obstante, la crítica en este aspecto no radica en la repetición de un determinado inciso, sino en la asimilación irreflexiva de estos. Más aún cuando la tipificación de las conductas evidencia problemas de cara a la tutela del trabajador.

Un ejemplo importante de ello es la repetición del inciso referido a la afectación a la dignidad, cláusula abierta que podría permitir la subsunción de, entre otros, los actos que afecten derechos fundamentales (Pacheco, 2007). Sin embargo, en la medida en que requiere una construcción argumentativa más compleja, se condiciona al criterio judicial, lo cual, insistimos, resulta impropio en términos de garantizar protección al empleado[11].

11 Hay, además, un aspecto problemático con relación a la carga de la prueba. Desde nuestro punto de vista, es cuestionable que el trabajador deba asumir, en su integridad, las consecuencias de la falta de probanza de elementos subjetivos (intencionalidad), o de objetivos complejos (afectación a la dignidad).

A partir de esta perspectiva, el siguiente apartado estará enfocado en la mejora de la técnica legislativa del instituto jurídico.

3. Actos de hostilidad: problema y posibilidad

Superar los problemas y mejorar el diseño, sin duda, puede realizarse de diferentes maneras[12]. Cualquiera de estas opciones, no obstante, deberá perseguir una regulación efectiva. En otros términos, los actos de hostilidad tienen que lograr ofrecer tutela contra cualquier conducta empresarial ilegítima o arbitraria, sea que esta afecte el contrato de trabajo o al empleado.

Por la complejidad del vínculo de trabajo y su duración en el tiempo -además de otros factores- existe una diversidad de formas de afectar al contrato o al sujeto, las cuales, incluso, no siempre podrán determinarse *ex ante*. De ahí que se deba insistir en el empleo de cláusulas abiertas como regla general[13], o una subsidiaria al sistema taxativo. La eficacia de este último tipo de modelo, en caso adolezca de un complemento como el señalado, estará condicionada, de un lado, por la técnica legislativa, y de otro, por la exhaustividad en la tipificación de los supuestos.

La inclusión de elementos subjetivos, por otro lado, se erige también como un obstáculo significativo en nuestra legislación. Si los actos de hostilidad persiguen la tutela del trabajador frente a conductas que puedan afectar el contrato o al sujeto, la intención del empleador termina por carecer de relevancia jurídica. Una modificación en este sentido tiene, en particular, singular relevancia a nivel procesal dado que legislador adjudica la carga de la prueba al dependiente en esta materia[14].

---

12 Por ejemplo, los proyectos de Ley General del Trabajo del 2002 y 2011 -que comparten similitudes- optan por continuar el modelo taxativo, pero incorporan una regulación más pormenorizada de cada supuesto.

13 Regular los actos de hostilidad de esta manera, cabe señalar, no constituye una singularidad en la técnica legislativa adoptada. Los comportamientos antisindicales, por ejemplo, se rigen bajo una cláusula abierta en ordenamientos de avanzada (Villavicencio, 2010).

14 Esta propuesta también permitiría una mejor distribución de la carga probatoria en función de la categoría o tipo de acto de hostilidad. Por ejemplo, somos de la opinión que el empleador debería asumir este deber en el caso de aquellas conductas que afectan al contrato de trabajo -como cuando se alega el incumplimiento de obligaciones laborales.

Para concluir, consideramos que los actos de hostilidad deben escindirse conceptualmente de las modificaciones sustanciales al contrato (*ius variandi*)[15]. Esta aparente equivalencia ocasiona un trasvase de los límites del poder de dirección -como el de «razonabilidad»- al momento de analizar la configuración de las faltas del empleador. Situación problemática dado que el examen de estas conductas, en realidad, debería guiarse solo por la gravedad[16] que tienen para lesionar bienes jurídicos -como ocurre, en contrapartida, con el despido disciplinario (Alvarez, 2012).

Aunque con matices propios de su tradición jurídica y política, identificamos en Norteamérica un modelo con similitudes al propuesto. Es así que el siguiente apartado está dirigido a explorarlo.

III. UNA MIRADA AL CONSTRUCTIVE DISMISSAL NORTEAMERICANO[17]

Hace décadas, la doctrina ha evidenciado que, a pesar de la impronta liberal de las relaciones laborales en Norteamérica, la jurisprudencia de este país viene construyendo diversos derroteros sobre el control del poder empresarial (Girón, 1988). Son expresión de ello, por ejemplo, la revisión judicial de los pactos de no competencia postcontractual (Stone, 2004), y, durante la vigencia de la relación, la doctrina del *constructive dismissal* -desarrollada en la década de los cuarenta (Shuck, 2002).

Relacionada a las teorías del *wrongful discharge*[18], el *constructive dismissal* busca sancionar las conductas emprendidas por el empresario que

15 Respaldan esta propuesta, en la doctrina laboral, entre otros, Boza (2016) y Arce (2013).

16 A través de este criterio se busca controlar que la eventual extinción causal por iniciativa del trabajador, se rija bajo ciertos parámetros. De manera que no cualquier incumplimiento podría habilitar este mecanismo de tutela. De otro lado, si bien la doctrina reconoce que el criterio de «gravedad» es complementado con el de «culpabilidad», en la práctica, la argumentación referida a este segundo elemento es, en la mayoría de casos, circular (Alvarez, 2012, p. 119).

17 El presente apartado constituye una aproximación general del *constructive dismissal* norteamericano. Se han omitido, por tanto, detalles como por ejemplo, su origen en la *National Labor Relations Act* y su vinculación con los actos discriminatorios proscritos por el *Title VII* de la *Civil Rights Act* (1964).

18 Esta teoría constituye una excepción a la regla general norteamericana de terminar una

han tenido como finalidad forzar la renuncia del trabajador. Para ello, se le exige al demandante acreditar las condiciones de empleo intolerables o perjudiciales que motivaron la terminación de su vínculo (Cano, 2000, p. 91). En términos de la Corte de Apelaciones de California:

> Un trabajador, que se ve obligado a renunciar por acciones o condiciones tan intolerables o agravadas -durante la vigencia de su contrato- que una persona razonable en su caso hubiera hecho lo mismo; y cuyo empleador tenía un conocimiento real o implícito de las acciones y condiciones intolerables, de su impacto en el empleado, y podría haber remediado la situación, pero no lo hizo, es despedido implícitamente (*Zilmer vs. Carnation Co.,* 1989)[19].

Tres son los elementos centrales que configuran esta doctrina: (i) la intención del empleador; (ii) la generación de condiciones de trabajo intolerables; y (iii) la presión para renunciar a partir de estas. Nótese que, por tanto, no solo hay una proximidad nominal entre los actos de hostilidad -llamado despido indirecto- y el *constructive dismissal* -cuya traducción sería despido implícito-, sino también material. Y es que, finalmente, ambos tienen como objetivo la protección del trabajador ante determinadas conductas empresariales. Desde esta perspectiva, y por su importancia, los dos primeros requisitos identificados serán desarrollados a continuación.

En cuanto a la intención del empleador, se puede identificar dos criterios jurisprudenciales[20]: (i) «*reasonable employee standard*»; y (ii) «*employer intent standard*» (Norrick, 2006, p. 1825). Señala Norrick (2006, p. 1826) que el primero enfatiza si, bajo un criterio razonable, una persona hubiera renunciado dada las condiciones de trabajo intolerables. Desde esta perspectiva, por tanto, carece de sentido discutir si estamos ante un comportamiento deliberado o involuntario, lo central es el impacto de

---

relación por cualquier motivo -moral o inmoral- o incluso careciendo de éste (*employment at-will*) (Cano, 2000).

19 Traducción libre.

20 Al margen del criterio que se opte, es necesario reconocer que la intención del empleador, además, tiene un valor importante para determinar el contexto en que se tomó la decisión, y en consecuencia, si esta fue razonable o no (Shuck, 2002, p. 417).

las circunstancias en el trabajador[21]. Por el contrario, el segundo estándar requiere evidencia de una intención deliberada (Norrick, 2006, p. 1828).

Indistintamente del estándar utilizado, hay tribunales que reparan en dos datos accesorios: (i) la alerta del trabajador sobre estas situaciones; y (ii) los esfuerzos del empleador por su enmienda (Goldsmith, 2004, p. 830). Adviértase que ambos puntos no resultan intrascendentes. Por el contrario, terminan por incorporar, en su valoración, obligaciones que no deberían ser una regla general[22]. No obstante, otros autores, incluso, llegan a señalar que otorgar la posibilidad de corregir la situación laboral intolerable constituye, en realidad, un cuarto requisito para la configuración del *constructive dismissal* (Kagay, 2000, p. 1050).

De otro lado, sin pretender ahondar en la variada casuística, se identifican ciertos parámetros para calificar una situación como intolerable. Como regla general se sostiene que debe evidenciarse un patrón de conductas, o la extensión de una en el tiempo (Cano, 2000, p. 93). Autores como DeAgazio (1992, pp. 988-989) sostienen que exigir estos factores agravantes[23], en primer lugar, evita la presentación de demandas precipitadas por parte de los trabajadores. Y, además de ello, refuerza el deber del empleador de mitigar los daños en el centro laboral.

La revisión panorámica del *constructive dismissal* muestra interesantes similitudes con el diseño de los actos de hostilidad. Resalta, entre estas, el recurso a las condiciones de trabajo intolerables como cláusula abierta ante la variedad de comportamientos empresariales. Asimismo, el análisis de los factores agravantes se vincula con el juicio de gravedad, al buscar ambos

---

21 Se ha llegado a sostener, incluso, que el tribunal debe, simplemente, analizar las condiciones impuestas por el empleador, en lugar de tratar de adivinar su estado de ánimo (*Bourque vs. Powell Electrical Manufacturing Co*., 1980)

22 Por ejemplo, se ha distinguido dos categorías de *constructive dismissal*. Aquellos que tienen como origen un "acto institucional de la empresa" y aquellos que no. Para este primer grupo de supuestos, se sostiene que este tipo de conductas no deberían considerarse (Norrick, 2006, pp. 1819-1820).

23 Tal criterio se asemeja al análisis de gravedad que desarrolla la doctrina española, pues se sostiene que deberá afectar lo esencial del contrato, además de frustrar legítimas expectativas de la parte trabajadora (Ojeda y Gorelli, 1999, p. 240).

que el contrato se extinga solo por circunstancias de especial repercusión. De otro lado, es muy sugerente que una tendencia mayoritaria en la jurisprudencia norteamericana prescinda de reparar en la intencionalidad del empleador al juzgar la validez de la extinción.

IV. CONCLUSIONES

Revisar el diseño de los actos de hostilidad desde una perspectiva funcional permite evidenciar los diversos problemas que afronta este instituto de cara a la tutela del trabajador. Cambiar la técnica legislativa de este, en contrapartida, si bien implica una reconstrucción de la práctica jurídica permitirá una mejora sustancial en el balance de las relaciones laborales.

Terminamos este breve trabajo señalando que, lejos de haber pretendido resolver la problemática entorno a los actos de hostilidad, se ha buscado iniciar la discusión sobre este tema. Así, quedan por desarrollar una variedad de debates posteriores como la equiparación de remedios sustantivos con el despido; la aplicación de límites -como el principio de inmediatez- a este instituto jurídico, entre otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alvarez, R. (2012). *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Granada: Comares.

Arce, E. (2013). *Derecho del trabajo individual: Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra.

Blancas, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima: Jurista editores.

Blancas, C. (2013a). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo* (2da ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Boza, G. (2016). La modificación unilateral del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. Una especial atención al *ius variandi* ex-

traordinario. AA.VV. *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS. pp. 693-723.

Baylos, A. (2002). La autotutela del trabajador frente a las extralimitaciones del poder de dirección del empresario. Cabeza, J., Lousada, J. y Movilla, M. *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*. Granada: Comares. pp. 33-52.

Cano, Y. (2000). *El despido libre y sus límites en el derecho norteamericano*. Madrid: Consejo Económico y Social.

De Agazio, R. (1992). Promoting fairness: proposal for more reasonable standard of constructive discharge in title vii denial of promotion cases. *Fordham Urban Law Journal, 19(4),* 979-1018.

Goldsmith, S. M. (2004). The supreme court's suders problem: Wrong question, wrong facts determining whether constructive discharge is tangible employment action. *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law, 6(3),* 817-846.

Kagay, S. (2000). Applying the ellerth defense to constructive discharge: An affirmative answer. *Iowa Law Review, 85(3),* pp. 1035-1064.

Martínez, J. (1988). *El despido en el derecho de los Estados Unidos*. Madrid: Civitas.

Mantero, R. (1998). "Apuntes críticos en torno a la autonomía del Derecho del Trabajo y sus relaciones con el Derecho Civil". *Derecho Laboral, 190,* pp. 456-476.

Morato, R. (2009). *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección. Especial referencia a la tutela individual en situaciones de riesgo grave e inminente*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Salamanca: Universidad de Salamanca.

Neves, J. (2018). Introducción al Derecho del Trabajo (cuarta edición). Lima: PUCP.

Norrick, C. L. (2006). Eliminating the intent requirement in constructive discharge cases: Pennsylvania state police v. suders. *William and Mary Law Review, 47(5),* 1813-1840.

Ojeda, A. y Gorelli, J. (1999). *Diccionario jurídico laboral*. Granada: Comares

Pacheco, L. (2007). *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo.* Madrid: Thomson Civitas.

Poquet, R. (2013). *El actual poder de dirección y control del empresario*. Navarra: Aranzadi.

Shuck, C. (2002). That's It, I Quit: Returning to First Principles in Constructive Discharge Doctrine. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law, 23(2),* pp. 401-447

Stone, K. (2004). *From widgets to digits. Employment regulation for the changing workplace*. Cambridge: Cambridge University Press.

Toyama, J., y Girao, J. (2014). GPS Laboral: La facultad de fiscalización del empleador a partir de las nuevas tecnologías de la información. *Ius Et Veritas, 49,* pp. 176-189.

Villavicencio, A. (2010). *La Libertad Sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: PUCP-OIT-PLADES.

Zilmer vs. Carnation Co. (Court of Appeals of California, Second Appellate District [Estados Unidos de América], 1989).

Bourque v. Powell Electrical Manufacturing Co. 617 F.2d 61 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit [Estados Unidos de América], 1980)

Verónica Estrella vs. Prima AFP. Casación Laboral N.° 16443-2014 (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia [Perú], 2015).

TEMA 2

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, ALCANCES E IMPORTANCIA ACTUAL

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

PONENCIAS OFICIALES

TIEMPOS DE PANDEMIA Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

A Luis López valiente dirigente minero despedido y con denuncia penal, por defender los derechos a la seguridad y salud en el trabajo de sus compañeros.

ESTELA OSPINA SALINAS

Profesora de Seguridad y Salud en el Trabajo y de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada y Magíster en Derecho del Trabajo por la Universidad San Martín de Porres. Máster en Prevención de Riesgos Laborales por la Universidad Politécnica de Madrid. Estudios de Doctorado en Gestión de Empresas (e) en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Código ORCID: 0000-0002-5361-9777. (Correo electrónico: eospina@pucp.pe).

INTRODUCCIÓN

El presente artículo se ubica en un proceso histórico económico y sanitario no conocido por estas generaciones y con solo siete meses de presencia en el país está generando graves cambios en la dinámica laboral del país. El derecho a la seguridad y salud en el trabajo permite un abordaje interdisciplinar y un acceso a otras disciplinas para conocer mejor la naturaleza de este.

En la primera parte se investigó si entre las Agencias de Seguridad y Salud en el Trabajo se habían realizado análisis prospectivos para prever la aparición de este tipo de virus y sus posibles efectos pandémicos. Efectivamente, se encontró un taller de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo realizado en el 2014 con mirada al 2020, quienes identificaron la posible aparición de este tipo de peligros biológicos.

La segunda parte procura acercarse a los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030 cuyo cumplimiento es parte de un compromiso no solo del Estado sino de las organizaciones gremiales empresariales y sindicales; además de otros actores. De los avances que el Perú tenía hacia diciembre del 2019 queda muy poco. El empleo formal se precarizó y se despidieron a mas del 55% de trabajadores formales en empresas que habían accedido a beneficios tributarios y créditos blandos. Entre otras aristas que se analizan.

El tercer acercamiento aborda una mirada comparada entre la legislación laboral frente a la Covid 19 de un país hermano como Chile y la legislación nacional. El balance en defensa de derechos laborales, garantías de trabajo y protección frente a la Covid 19 en seguridad y salud

en el trabajo favorecería al país del Sur. Mientras que el cuerpo de las y los trabajadores es el objeto opaco (por la falta de transparencia) de un conjunto de normas sobre grupos de riesgo, inclusiones y exclusiones. Se efectuó una revisión de los contenidos de las agendas y sesiones realizadas por el la Comisión Nacional de Salud, el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo y el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo; sin encontrar estos temas como puntos de agenda del diálogo social.

No se presentan conclusiones debido a que el país se encuentra en un proceso frente a esta pandemia de la Covid 19, se plantean valoraciones preliminares con la esperanza que se reviertan en un futuro cercano. Por el bien de un desarrollo sostenible con diálogo social efectivo, resulta necesario recuperar las orientaciones de la Agenda 2030 con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) e incluir con prioridad el programa de Trabajo Decente.

1. UN ANÁLISIS PROSPECTIVO

La Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo (UE- OSHA) desarrolló un Taller sobre un Estudio prospectivo al 2020 dirigido a determinar los riesgos nuevos y emergentes surgidos a propósito de las nuevas tecnologías, en el 2014. Resulta de interés mencionar que en aquella oportunidad uno de los resultados de la experiencia identificó que para el 2020 uno de esos aspectos críticos eran los "riesgos biológicos derivados de nuevos organismos y de la biología sintética" (UE OSHA, 2014, pág. 38).

Vale decir, en aquella oportunidad se identificó la potencialidad de afectación que podría generar el riesgo biológico producido por nuevos organismos. Cabe mencionar que estos estudios prospectivos establecen la:

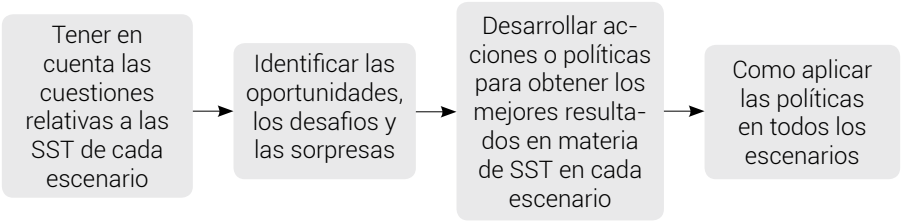
> "creación de escenarios como un método consolidado dirigido a analizar el futuro teniendo en cuenta diversos impulsores de cambio. No se trata de predicciones, sino de descripciones de posibles situaciones futuras que ofrecen una estructura de pensamiento estratégico para fundamentar la planificación. Dado que probablemente el futuro

> incluya elementos de todos estos escenarios, el hecho de tenerlos en cuenta ayuda a anticipar lo que pueda suceder". (UE OSHA, 2014, pág. 4).

En el 2014, los denominados centros de referencia de la UE OSHA concretaron este estudio prospectivo identificando:

> "los posibles riesgos futuros en seguridad y salud en el trabajo en cada escenario, así como el proceso de formulación de políticas o acciones para abordarlos. En un ejercicio final se utilizó un proceso de túnel aerodinámico para comparar los efectos de las políticas o las acciones en los distintos escenarios. La intención era la consecución de los objetivos anteriormente mencionados posibilitaran a los centros de referencia llevar a cabo una mayor difusión de los resultados de este estudio retrospectivo de la Unión Europea" (UE OSHA, 2014, pág. 4).

GRÁFICO N.º 1
ESQUEMA DE DESARROLLO DE PROPUESTAS EN ESCENARIOS COMPLEJOS E INCIERTOS



Fuente: UE OSHA, 2014

Esta metodología permitió identificar que parte de los peligros y riesgos a enfrentar en el Siglo XXI son los biológicos; que tienen especial nocividad por la elevada rapidez en su propagación y que no existe vacunas para la protección frente a ellos.

Es así que el 2020, en el Perú, es un año que será recordado con el inicio de la pandemia generada por la propagación de un peligro biológico que es conocido como el virus SARS Cov 2. Se trata de un virus de la familia de los coronavirus que causa una enfermedad respiratoria llamada enfermedad "por coronavirus de 2019 (COVID-19), es un tipo de virus que infecta a seres humanos y algunos animales. La infección por el SARS-CoV-2 en las personas se identificó por primera vez en 2019" (NIH, 2020).

En una entrevista realizada a la científica Dra. Hurtado explicó que se trata de un virus "oscuro, aún para la ciencia, se necesita investigación de calidad para poner encontrar no solo la vacuna sino los medios de prevención idóneos y adecuados, para que no afecte a la población ni a la población laboral, en particular" (Hurtado, 2020). Lo cual establece la necesidad de la prevención en la salud pública y en la seguridad y salud en el trabajo.

Lo cual plantea la necesidad de identificar los temas que desde la investigación se abordan en relación con las políticas públicas en salud. En ese sentido, Kröger Pakpahan y Hoffmann plantea la necesidad de:

> "abordar las desigualdades sociales en la salud deberían enfocarse a medidas relacionadas con "la causa social", como la redistribución económica, la educación, el empleo y las condiciones de vida, así como a aquellas relacionadas con "la selección relacionada a la salud", por ejemplo, mayor flexibilidad en las horas de trabajo durante los períodos de enfermedad o protección a personas con enfermedades crónicas. Además, es muy importante plantear estudios futuros que consideren la influencia del trabajo y el empleo para comprender mejor las causas de las desigualdades sociales en la salud" (Kröger H., 2018, pág. 163).

Estos autores sostienen en base a la revisión sistemática efectuada la relación entre el trabajo y la salud, mencionan a Bernal D, Campos-Serna J, Tobias A, Vargas-Prada S, Benavides FG, Serra C; Wilkinson R, Marmot M; quienes subrayan que trabajo remunerado genera un doble efecto sobre la salud de las y los trabajadores. De una parte, un efecto positivo o benéfico proporcionando seguridad en los ingresos, un desarrollo profesional a través de una línea de carrera, fortalecer su autoestima; entre otros aspectos. Pero, cabe una segunda posibilidad y son los efectos adversos sobre la vida y la salud. Estas condiciones están relacionadas a la precariedad en el trabajo, el acceso limitado a derechos laborales, de seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo; la generación de daños a la salud como pueden ser los accidentes de trabajo, las enfermedades profesionales y otras patologías asociadas al trabajo.

Sobre la relación entre el desempleo y la salud mental diversos estudiosos se han pronunciado señalando:

> "desde el siglo XIX se sabe que las recesiones y el desempleo están ligados a un riesgo marcadamente mayor de suicidio. [...] El desempleo es uno de los principales factores de riesgo en la depresión, la ansiedad, el insomnio y las autolesiones. La pérdida de un trabajo puede precipitar a alguien a la depresión, sobre todo en el caso de personas desprovistas de ayudas sociales o que están solas. Las personas que buscan trabajo tienen aproximadamente el doble de probabilidades de poner fin a sus vidas que las que están empleadas" (Sanchiz, 2014, pág. 6).

En conclusión, es factible desde un análisis prospectivo analizar las posibilidades de que en el futuro se vuelvan a presentar peligros biológicos, como en el 2020, ocurre con el Sars Cov 2 y el riesgo de enfermar o incluso morir por la Covid 19. Este peligro biológico se añade a los peligros y riesgos que se han identificado en los diferentes centros de trabajo que elaboran bienes o prestar servicios. Cabe mencionar que el desempleo es un factor principal de afectación de la salud mental en este sector de la población. Lo cual plantea exigencias de atención en salud pública y una adecuada valoración por parte de las y los empleadores para la adopción de medidas como los cierres de centros de trabajo, ceses colectivos o suspensiones perfecta de labores.

2. IMPACTO DE LA COVID 19 SOBRE LA AGENDA 2030

Cabe recordar que, desde antes de la pandemia de la Covid 19, en el Siglo XXI se evidencia una doble tendencia contradictoria en América Latina. De una parte, una tendencia hacia la gestión sostenible en las organizaciones, en la denominada "cuarta revolución":

> "que permite cautelar los derechos humanos fundamentales, entre ellos los laborales y especialmente la seguridad y salud en el trabajo, como parte de un enfoque de gestión sostenible. Tendencia que tiene componentes en la gobernanza global macro, como la Agenda 2030, el Plan de Salud de los Trabajadores 2015-2025, y micro, que atienden propiamente a la gestión empresarial, como es la reputación

> corporativa y la ética en la gestión. Estos componentes tienen una sinergia y avanzan en la revaloración del factor trabajo en el mundo contemporáneo". (OSPINA, 2019, pág. 230).

De la otra, un crecimiento económico cuyo centro de atención es la ganancia, la generación o la profundización de las asimetrías entre los sectores económicos con mayores ingresos y un incremento de brechas con quienes no acceden a bienes y servicios fundamentales como un trabajo digno, vivienda, agua segura y potable, servicios eléctricos y de internet; entre otros. Sánchez, menciona lo siguiente:

> "En ese contexto el sector moderno redujo su dinamismo y no fue capaz de asimilar a la población excedente originaria del sector tradicional, que tampoco mejoró su productividad por una baja tasa de inversión y la limitada incorporación de tecnología, pero que se refugió en actividades terciarias en condiciones precarias y en espacios periféricos metropolitanos con limitados servicios públicos. La consecuencia fue un aumento en la desigualdad socioespacial e intersectorial, sobre todo por el repunte en la concentración del ingreso, la caída del empleo formal, la contención del salario real directo como principal variable para controlar la inflación y el proceso general de empobrecimiento en muchas regiones, asociadas a una retracción del Estado como agente redistribuidor o compensador social en fases de crisis....permiten sugerir una fase D, que aumenta la desigualdad o se mantiene en niveles altos (Gini entre 0.4 y 0.6) asociada con un modelo polarizado, excluyente, concentrador y empobrecedor con estancamiento económico en muchas naciones atrasadas(...) (SÁNCHEZ, 2016).

Se identifica que la primera tendencia señalada adquiere especial relevancia en el escenario internacional y con una fuerte acción por parte de las agencias multilaterales que se expresan en diversos instrumentos. Cabe destacar que el instrumento de los *Objetivos del Desarrollo Sostenible* (ODS) de las Naciones Unidas, conocidos también como la Agenda 2030 logra articular e integrar los diferentes aportes especializados que provienen de las organizaciones internacionales. Así, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desarrolla las *Normas Internacionales del Trabajo* (NITs) y las recomendaciones, centra los aspectos de la "gobernanza global" en la justicia social para una globalización equitativa y sostenible. Cuenta

con la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa* (OIT, 2008) y la *Declaración del Centenario de OIT para el Futuro del Trabajo* (OIT, 2019) en la valora los profundos cambios que se vienen produciendo en el mundo del trabajo. Subraya dicha declaración que parte de estas transformaciones se generan de la innovación tecnológica, la evolución demográfica, el cambio climático y la mundialización.

Mientras que la Organización Mundial de la Salud/Organización Panamericana de la Salud (OPS-OMS) a través del *Plan de Acción de Salud de los Trabajadores 2015-2025* (OPS, 2015) desarrolla el objetivo de abordar la situación actual de la salud de las y los trabajadores derivada de los retos y los cambios que impone el mundo del trabajo en la sociedad contemporánea y coloca la *Agenda de Salud Sostenible para las Américas 2018-2030* que representa la respuesta del sector de la salud a los compromisos asumidos por los Estados Miembros de la OPS en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, junto con los temas inconclusos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y de la Agenda de Salud para las Américas 2008-2017, así como los desafíos regionales de salud pública emergentes (OPS, 2018).

De otra parte, la pandemia del Covid19 declarada como tal por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo del 2020 señaló que el actual brote de enfermedad por coronavirus (COVID 19) fue notificado por primera vez en Wuhan (China) el 31 de diciembre de 2019. La OMS está colaborando estrechamente con expertos mundiales, gobiernos y asociados para ampliar rápidamente los conocimientos científicos sobre este nuevo virus, rastrear su propagación y virulencia y asesorar a los países y las personas sobre las medidas para proteger la salud y prevenir la propagación de la pandemia (OMS, 2020).

Cabe recordar que la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, firmada en septiembre de 2000, comprometió a los líderes mundiales a luchar contra la pobreza, el hambre, las enfermedades, el analfabetismo, la degradación medioambiental y la discriminación de la mujer. Los Objetivos del Milenio (ODM) se derivan de esa Declaración. Cada ODM tenía metas cuyo cumplimiento se fijó para el 2015, e indicadores para

seguir los progresos realizados con respecto a las cifras de 1990, como su año base (OMS, 2000).

A diferencia de estos, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) corresponden a la *Agenda 2030* aprobada en la Cumbre especial de las Naciones Unidas denominada "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" realizada el 25 y 26 de septiembre del 2015 en Nueva York (USA) y entró en vigor el 1º. de enero del 2016 (MAEC España, 2015). Es una convocatoria universal a la adopción de medidas en tres dimensiones de la sostenibilidad: económica, social y medioambiental y resultó del balance crítico de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (UNDP, 2018) y al impulso de la Cumbre de Río+20.

Estos ODS son 17 y se han aprobado 169 metas, algunas de cumplimiento al 2030 y otras en años precedentes. Esta es una Agenda global que permite un trabajo unido y articulado a fin de abordar los enormes desafíos que enfrenta la humanidad, incluyendo los relacionados con el mundo del trabajo (OIT, 2017). "El Índice ODS 2019 para América Latina y el Caribe es una herramienta que permite medir el progreso en el cumplimiento de los ODS por parte de 24 países de la región. Mediante la agrupación de indicadores de diferentes fuentes, el índice ordena en una escala de 0 a 100 a cada uno de los países dependiendo de su nivel de avance", en función de cada uno de los 17 ODS.

En el país, la entidad encargada de facilitar el seguimiento sobre el cumplimiento de las 169 metas de los 17 ODS es el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Es así como el INEI cuenta con un "Sistema de monitoreo y seguimiento de los indicadores de los objetivos de desarrollo sostenible" que bajo la orientación de "Objetivos para transformar nuestro país" desarrolla la labor de seguimiento y alerta a las y los decisores sobre la marcha de estos indicadores.

A diciembre del 2019, el Perú tenía logros importantes, fue uno de los países que registró una disminución en forma sostenida desde 1991 hasta el 2018 en el nivel de pobreza extrema, estableciéndose una reducción de 20,2 puntos porcentuales. Esto representa que salieron de la pobreza

extrema más de 4 millones de personas. Es importante considerar que la incidencia de la pobreza y la pobreza extrema es más elevada entre los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, las mujeres, la población que vive en áreas rurales, los pueblos indígenas y los afrodescendientes. Esta característica no ha cambiado a lo largo del período y alude a dimensiones estructurales de la desigualdad. (INEI, 2019).

Sin embargo, un reciente estudio de la Universidad WIDER analizó el comportamiento del impacto del Covid 19 en los países en desarrollo en especial sobre el ODS1 de erradicar la pobreza. Una de las conclusiones es que

> "Las estimaciones muestran que COVID-19 plantea un verdadero desafío al Objetivo de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas de terminar con la pobreza para 2030 porque la pobreza global podría aumentar por primera vez desde 1990 y, dependiendo de la línea de pobreza, dicho aumento podría representar una reversión de aproximadamente un década en el progreso mundial en la reducción de la pobreza" (UNU-WIDER, 2020).

El mismo estudio subraya que el seguro de desempleo, el acceso a servicios de salud y cuidado han sido claves para extender garantías durante el Covid 19 a aquellos con trabajo precario y que se encuentran en la economía informal y hace un llamado a los esfuerzos internacionales para brindar apoyo a aquellos países que no cuentan con el espacio fiscal para enfrentar este problema global no sólo en relación a los desafíos que ha puesto la pandemia a los sistemas de salud sino también a la necesidad de proteger aquellos que no pueden generar más ingresos en esta situación. (UNU-WIDER, 2020, pág. 7). Lo cual, es un reto para un país como el Perú.

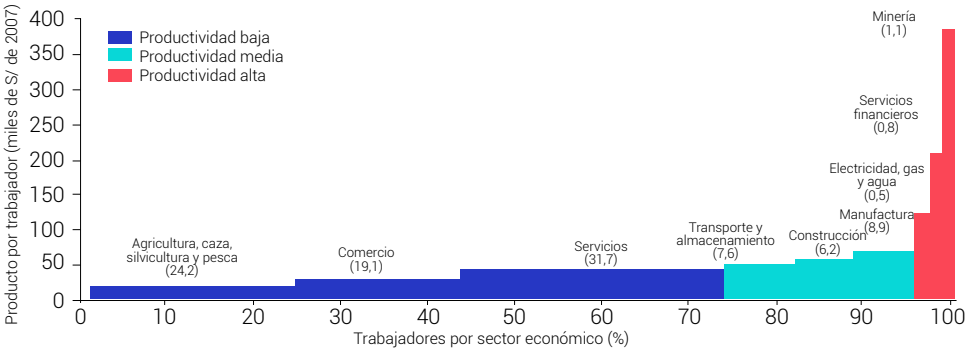
El Informe de la OIT sobre Impacto de la Covid 19 en el Empleo sostiene que durante el 2020 se estima una caída de más de 1,5 millones de personas ocupadas, con relación al empleo en el 2019; también manifestaron un mayor deterioro en la calidad del empleo, con incrementos en la informalidad y el autoempleo.

> "Según datos de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO), en el segundo trimestre de 2020, la población ocupada disminuyó en más

> de 6 millones de personas con relación a similar periodo de 2019. Los mayores incrementos en la tasa de desocupación se registraron en hombres, personas entre 25 a 44 años y personas con estudios superiores no universitarios. La disminución de la población ocupada fue mayor en el área urbana (-49,0%) que rural (-6,5%), y en las actividades de construcción (-67,9%), manufactura (-58,2%), servicios (-56,6%) y comercio (-54,5%), principalmente" (OIT, 2020, pág. 7)

En el Gráfico N.° 2 se aprecia la estructura productiva del país en el año 2019 y su relación con la productividad de cada sector económico, de acuerdo con la Clasificación CIIU versión 4. La productividad más alta la tiene minería; le siguen los servicios financieros; electricidad, gas y agua; y, manufactura. Mientras que los sectores con la productividad más baja son aquellos que concentran la mayor cantidad de mano de obra (74%) y tienen una mayor vulnerabilidad frente al desempleo.

Gráfico N.º 2
PERÚ: ESTRUCTURA PRODUCTIVA, 2019



Nota: Se ha utilizado la clasificación de ramas de actividad económica basada en el CIIU Revisión 4.
Fuente: INEI, Sistema de Información Económica y Encuesta Nacional de Hogares.

Fuente: OIT, 2020

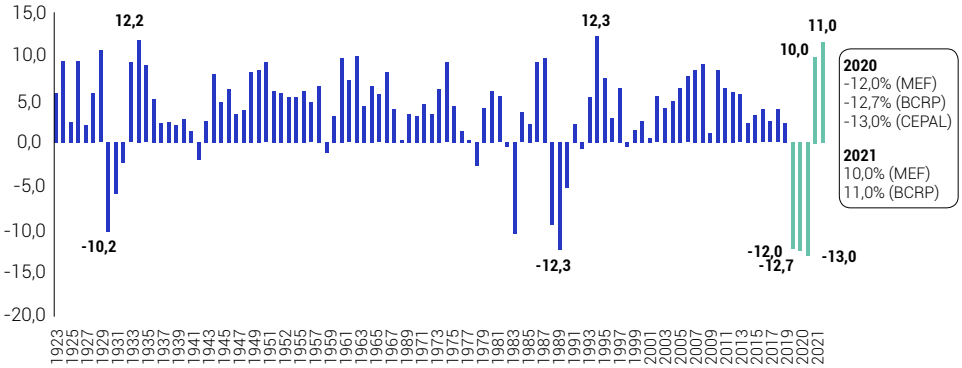
En el Gráfico N.° 3 se aprecia que la caída en el crecimiento del Producto Bruto Interno (PBI) que se produjo en los meses de marzo, abril y mayor del 2020 tienden a revertirse en el 2021. Es así como el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) estima un crecimiento del 10%, mientras que el Banco Central de Reserva del Perú lo establece en 11% de incremento anual; por encima de los últimos años; de acuerdo con la

OIT, en el Informe citado (OIT, 2020, pág. 17). Panorama alentador para la dinámica productiva de bienes y de servicios en el país. El mismo Informe, señala que

> "la variación anual de la población ocupada entre los meses de mayo y agosto 2020 revela una recuperación del empleo a partir del mes de junio, evidencia que es corroborada con los resultados de la Encuesta de Opinión del Instituto de Estudios Peruanos (IEP), donde se revela que el 45% de los trabajadores (dato superior a lo obtenido para mayo y abril 2020) se han reincorporando a sus centros de trabajo; de ellos el 19% trabajó desde casa, el 17% salió a trabajar porque tiene autorización para hacerlo y el 8% salió a trabajar porque lo necesita, a pesar de no contar con autorización formal" (OIT, 2020, pág. 19).

De acuerdo con un estudio de McKinsey, las trabajadoras presentan el doble de probabilidades de perder sus trabajos frente a los varones en el contexto de la Covid. 19. Mencionan que aunque "solo el 39% del empleo global se lleva a cabo por el género femenino, ellas se llevaron más de la mitad (el 54%) de las pérdidas de empleo causadas a raíz del coronavirus" (McKinsey, 2020).

Gráfico N.º 3
PERÚ: CRECIMIENTO DEL PBI Y PROYECCIÓN, 1923-2021 (%)



Fuentes: MEF, Marco Macroeconómico Multianual 2021-2024. BCRP, Reporte de Inflación de setiembre 2020. CEPAL (2020a). Enfrentar los efectos cada vez mayores del COVID-19 para una reactivación con igualdad: nuevas proyecciones, 15 de julio 2020.

Fuente: OIT, 2020

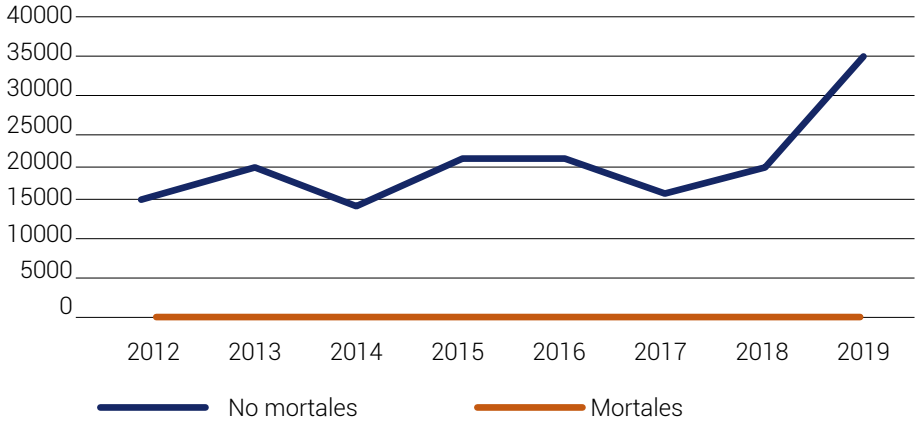
En este marco de expectativas de crecimiento económico para el 2021, cabe recordar que el ODS8 establece como objetivo 8: "Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos". Con relación a lo cual, el INEI expresa que el acceso a un empleo no se constituye de por si en una garantía para salir de la pobreza. Subraya que "La continua falta de oportunidades de trabajo decente, la insuficiente inversión y el bajo consumo producen una erosión del contrato social básico subyacente en las sociedades democráticas: el derecho de todos a compartir el progreso". (INEI, 2019). Este instituto tiene desarrollados 17 indicadores para las 12 metas establecidas para el ODS8, desarrolló 41 subindicadores y tiene 4 en construcción que son los que corresponden al ODS 8.8.

Efectivamente, el ODS 8.8 hace referencia expresa a la seguridad y salud en el trabajo y lo formula de esta manera: "Proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios". Lo cual se desagrega en dos indicadores que son:

> "8.8.1 Tasas de frecuencia de las lesiones ocupacionales mortales y no mortales, desglosadas por sexo y estatus migratorio
>
> 8.8.2 Nivel de cumplimiento nacional de los derechos laborales (libertad de asociación y negociación colectiva) con arreglo a las fuentes textuales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la legislación interna, desglosado por sexo y estatus migratorio" (ODS, 2020).

Si bien el INEI aún mantiene en construcción el seguimiento de estos indicadores, en el país existen algunas fuentes para presentar el nivel de avance o no que se tiene en relación con estos. En el Gráfico N.° 4 se presentan la tendencia al alza que presentan las notificaciones de los accidentes laborales mortales y no mortales entre el 2012 a diciembre del 2019. Esta información se obtuvo del Sistema de Accidentes de Trabajo (SAT) que viene desarrollando el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE).

Gráfico N.º 4
NOTIFICACIONES DE ACCIDENTES DE TRABAJO
Notificaciones de accidentes laborales mortales y no mortales 2012-2019



Fuente: SAT. MTPE (2020)

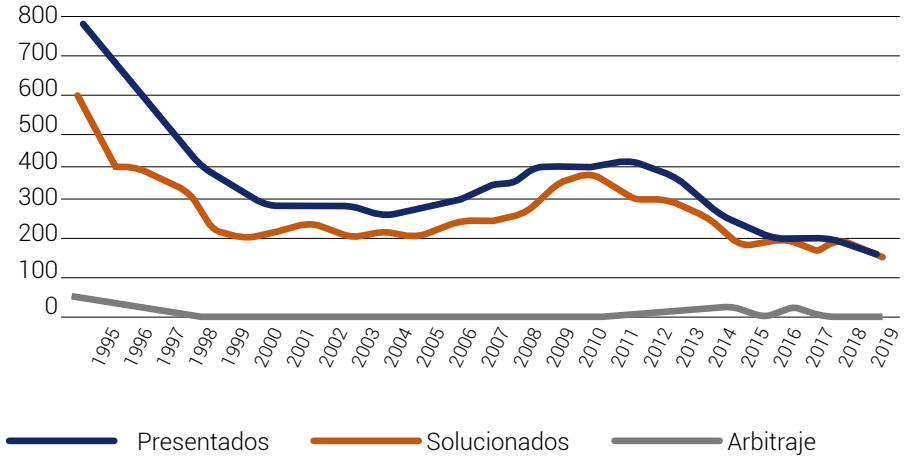
Por otra parte, sobre el segundo indicador relativo al ODS 8.8 que aborda la negociación colectiva cabe revisar el Gráfico N.° 5 que evidencia la drástica caída de la negociación colectiva después de la eliminación de la negociación colectiva por rama y las restricciones impuestas por el Gobierno del Ing. Fujimori. Caída que hasta la fecha no se revierte. Luego, entre los años 2010 al 2015 se aprecia un ligero incremento para luego seguir cayendo en los últimos 4 años. Derecho colectivo que al ser limitado tiene consecuencias especialmente graves. Sobre todo, si se considera que la negociación colectiva es el espacio privilegiado para la negociación de las remuneraciones, de las condiciones de trabajo, de las mejoras en seguridad y salud en el trabajo y otros contenidos para el fortalecimiento sindical. Como concluye Villavicencio:

> "(...)la imposición estatal de una estructura sindical y negocial de empresa resulta de la visión negativa y reduccionista que tienen el Estado y los empleadores de la tutela colectiva. La opción peruana por un modelo hiperdescentralizado se ha plasmado en una determinación legal de la sindicación por empresa y de la negociación al mismo nivel, con el requisito adicional de contar con al menos 20 afiliados para constituir un sindicato. Las pocas negociaciones colectivas que por la fuerza del colectivo laboral se pudieron llevar a cabo a nivel de rama fueron eliminadas en la práctica por un mandato legal que el año 1992

obligó a los sujetos sociales a revisar el nivel de negocial, estatuyendo que, si no se ponían de acuerdo con el respecto, el ámbito sería de empresa. La única negociación sectorial efectiva que se lleva a cabo a nivel de rama se da en construcción civil y es consecuencia de una sentencia del Tribunal Constitucional" (...) (VILLAVICENCIO, Estructura sindical y concurrencia de convenios colectivos en el Perú: descentralización, anomia y debilidad, 2018, pág. 1215)

Gráfico N.º 5
PLIEGO DE RECLAMOS Y CONVENIOS COLECTIVOS (1995-2019)

Pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados por años según etapas de solución 1995 -2019



Fuente: MTPE, 2020

En este contexto, la pandemia del Covid 19 afectó no solo la economía sino las relaciones laborales y la dinámica que tenían. En el país, como diversos expertos sostienen, la Covid 19 desnudó la alta precariedad e informalidad laboral, la precariedad e informalidad habitacional de miles de trabajadores y trabajadoras; la precariedad e informalidad del transporte público, en especial en Lima; la crisis de los servicios de salud públicos y privados; entre otros.

Se genera un serio incumplimiento por parte del Estado peruano y del sector empresarial sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030. Debido a que la pandemia viene siendo instrumentada para un incremento en las brechas económicas, sociales y laborales entre

las empresas y los, las trabajadoras; un incremento de la pobreza, con una mayor inequidad en el acceso a los recursos; y un deterioro de un trabajo decente y con derechos.

3. LA COVID 19 SOBRE EL TRABAJO, EL CUERPO Y LA SALUD DE LAS Y LOS TRABAJADORES

El derecho a la seguridad y salud en el trabajo se enfrenta, como casi todo el Derecho del Trabajo, a los desafíos que el contexto generado por la Covid 19 plantea. Una de las formas que provee el derecho es la comparación entre los marcos normativos para analizar las respuestas que se plantean (Ferrante, 2018). De esta forma, los intentos por mantener los estándares de protección por él establecidos va a depender de las decisiones socio-políticas-jurídicas que cada país adoptó frente a este crisis sanitaria.

a. Comparar para conocer mejor

En este sentido, se planteó una revisión de la plasmación jurídica en lo laboral, de las decisiones políticas, sanitarias y económicas que se adoptaron en el enfrentamiento de los primeros meses de la pandemia (abril-mayo 2020) frente al empleo. Se identificaron tres instituciones para su comparación en dos países, Perú y Chile. La primera fue la respuesta desde el aseguramiento de los riesgos del trabajo, debido a la relación entre salud-trabajo que se produce. La segunda sobre el teletrabajo debido a las exigencias de una acelerada digitalización den la gestión empresarial. El tercero es la protección del empleo, aspecto muy sensible frente a la crisis sanitaria. Con relación a estos tres aspectos se revisó la legislación y los comentarios frente a la misma.

Cuadro N.º 1
COMPARACIÓN ENTRE CHILE Y PERÚ (ABRIL Y MAYO 2020)

	CHILE	PERÚ
COVID 19 y el Aseguramiento frente a los riesgos del trabajo: Accidente de trabajo o Enfermedad profesional	La legislación determinó que es accidente del trabajo durante el período de aislamiento preventivo, "el que debía guardar un trabajador que se había contagiado de covid-19 con ocasión de su trabajo o había viajado por razones laborales a alguno de los países que nos precedieron en la pandemia" (Lizama, 2020)	Por Ley N.° 31025 El Congreso de la República incorpora al COVID-19 al listado de enfermedades profesionales de los servidores de la salud en el país. El plazo para su reglamentación venció el 19 de junio del 2020. Al 19 de octubre de 2020 seguía pendiente.
Teletrabajo	Gobierno priorizó con el Congreso el proyecto de Ley de Teletrabajo, siendo aprobado. "El trabajador tiene derecho a una desconexión digital por 12 horas seguidas. Se obliga al empleador a garantizar condiciones adecuadas de higiene y seguridad. El empleador está obligado a financiar los equipos, herramientas y materiales que el trabajador requiere para laborar". (Lizama, 2020)	Trabajo remoto Trabajadoras y trabajadores sin derecho a desconexión digital El empleador con un deber general y sin normas específicas sobre seguridad y salud en el trabajo. El empleador voluntariamente entregaba una laptop. Sin obligación para financiar los equipos, herramientas y materiales que la o el trabajador requiere para laborar.

	CHILE	PERÚ
Ley de Protección del Empleo.	Suspensión legal y temporal de los contratos de trabajo "La ley obliga al empleador a continuar efectuando las cotizaciones previsionales durante la suspensión La y el trabajador acceden a las prestaciones del seguro de cesantía con cargo a su cuenta individual y al fondo solidario durante todo el tiempo que dure la suspensión. Cabe la reducción de la jornada hasta en un 50% con la respectiva rebaja proporcional del salario y goce de un ingreso complementario que se pagará con cargo al seguro de desempleo equivalente al 25% de sus remuneraciones. Este pacto solo podrá ser acordado en empresas que tengan problemas financieros o que estén obligadas a continuar prestando sus servicios durante el aislamiento decretado por la autoridad. La ley le otorga protección al trabajador frente al despido prohibiendo que su contrato termine por caso fortuito o fuerza mayor por el plazo de seis meses contado desde la vigencia de la ley o por todo el período que se extienda el estado de catástrofe". (Lizama, 2020)	Suspensión perfecta de labores. Si bien se emitieron diversos dispositivos, se precisará el D.U. N.° 038-2020 (Ahumada, 2020) Los empleadores que no pueda implementar la modalidad trabajo remoto o licencia con goce o por el nivel de afectación económica, puedan adoptar las medidas necesarias a fin de mantener la vigencia de la relación laboral y remuneraciones. (Art. 3.1°) Excepcionalmente, los empleadores pueden optar por la SPL, exponiendo los motivos que la sustentan. (Art. 3.2°) Disponer la continuidad de las prestaciones (salud) para todos los trabajadores en SPL. (Art. 5°) - Excepcionalmente, se autoriza a los trabajadores suspendidos a disponer de la CTS hasta por 1 remuneración por c/mes que dure la SPL. Las entidades financieras deben desembolsar. (Art. 7°) (Ahumada, 2020)

Fuente: Chile: Lizama, Luis; Perú: Ahumada, Alessandra.

Sostiene Lizama una valoración positiva de la legislación laboral chilena frente las exigencias excepcionales que plantea la pandemia de la Covid 19. Subraya que logró

> "mitigar los graves efectos que ya se están produciendo en la economía y el mercado del trabajo. Y lo ha hecho sin degradar los derechos de los trabajadores, utilizando las herramientas propias del sistema de protección social en caso de desempleo, ajustando las reglas para permitir que los trabajadores mantengan parte de sus ingresos mientras se prolonga la crisis sanitaria" (Lizama, 2020).

En el caso del Perú, la suspensión perfecta de labores (SPL) no fue una medida excepcional. Según información de Ojo Público, más de 30 mil empresas la solicitaron al MTPE y "del total de empleos formales perdidos en la pandemia, el 55% correspondió a este mecanismo. El resto fue por vencimiento de contrato, despidos u otras modalidades". (Ojo Público, 2020). Es más, el artículo subraya que el sector más afectado ha sido justamente el empleo formal, este segmento cada vez más minoritario de quienes lograban acceder a un trabajo con los beneficios laborales. Se cita al INEI y menciona que "este sector se redujo en 13,4%; el doble de lo que disminuyó el bloque informal". (Ojo Público, 2020). A lo cual se añade que los préstamos otorgados por el Estado para fomentar el empleo (como el caso de Reactiva Perú) no fueron una limitación para reducir personal, despidiendo a trabajadores y trabajadoras a pesar de recibir préstamos.

Vale decir, se aprecia una actuación empresarial destinada a recomponer a las y los trabajadores; se despide a quienes tienen derechos en una situación de grave crisis como la del Covid 19, se accede a préstamos blandos y se procede a contratar personal en condiciones laborales de mayor precariedad. Se analiza este aspecto debido a las graves consecuencias sobre las condiciones de vida, al deterioro de la salud física y mental que supone exponer a miles de trabajadores y trabajadores al desempleo en condiciones de crisis sanitaria.

b. El cuerpo: el opaco objeto del contrato de trabajo

"Esta situación de permanente y cada vez más rápido cambio, con ser incontrastable, no puede hacernos perder la perspectiva de que quien trabaja es un ser humano, ni la conciencia de que lo hace con su cuerpo" subraya Villavicencio a propósito de los nuevos retos del Derecho del Trabajo (Villavicencio, El cuerpo y el alma del derecho del trabajo en un contexto donde la ética y la política reclaman su lugar, 2019, pág. 43). Afirmación especialmente vigente en el contexto de la pandemia de la Covid 19 y que adquiere significado cuando se revisa el tema de los grupos de riesgo.

La vigente Resolución Ministerial N.° 448-2020-MINSA aprobó el Documento Técnico: "Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19". En esta Resolución Ministerial se define como Grupos de Riesgo:

> "Conjunto de personas que presentan características individuales, asociadas a mayor vulnerabilidad y riesgo de complicaciones por la COVID-19; Para ello, la autoridad sanitaria define los factores de riesgo como criterios sanitarios a ser utilizados por los profesionales de la salud para definir a las personas con mayor posibilidad de enfermar y tener complicaciones por la COVID-19, los mismos que según las evidencias que se vienen evaluando y actualizando permanentemente, se definen como: edad mayor a 65 años, comorbilidades como hipertensión arterial, diabetes, obesidad, enfermedades cardiovasculares, Enfermedad Pulmonar Crónica, Cáncer, otros estados de inmunosupresión y otros que establezca la Autoridad Nacional Sanitaria a las luces de futuras evidencias".

Conforme se aprecia del texto, se procura identificar a las y los trabajadores con una mayor vulnerabilidad frente al contagio y sus consecuencias de enfermedad e incluso de muerte frente a la Covid 19. Termina el texto señalando "otros que establezca la Autoridad Nacional Sanitaria a las luces de futuras evidencias". Desde la publicación el 1º. de julio a la fecha, se han presentado diversas evidencias como por ejemplo que la Covid 19 cuando un o una paciente padece de obesidad genera mayores complicaciones e incluso la muerte (Andina, 2020). Sin embargo, a octubre del 2020 el Índice de Masa Corporal (IMC) se mantiene en igual o mayor a 40, lo que implica que se viene exponiendo a las y los trabajadores que tienen un IMC de 30.0 a 39.9, quienes tienen condición de obesos. Ello a pesar de que en la Resolución Ministerial N.° 239-2020-MINSA publicada el 29 de abril del 2020 se estableció un IMC igual o mayor a 30 para formar parte de este Grupo de Riesgo. Criterio que debió permanecer a lo largo de toda la emergencia sanitaria debido a que cumple con un criterio preventivo básico. La evidencia científica de inicios de la pandemia y la existente hasta la fecha corrobora la importancia preventiva de reducir la exposición en los Grupos de Riesgo, en especial en el caso de la obesidad.

Se consultó a diversos expertos sobre la evidencia científica que se había considerado para la adopción de ese cambio normativo, pasar de un IMC igual o mayor a 30 a un IMC igual o mayor a 40, que se estableció en la Resolución Ministerial N.° 265-2020-MINSA publicada el 08 de mayo del 2020. Los resultados encontrados estaban en sentido contrario, mantener el criterio establecido en la RM 265-2020-MINSA Vale decir, el criterio preventivo tuvo una vigencia de 9 días calendario. Lo único que se encontró fueron las declaraciones del 4 de mayo del 2020 de la Presidenta de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) en el sentido siguiente: "los protocolos de seguridad establecidos por el Gobierno para la reactivación económica cuentan con un exceso de requisitos, los cuales parecen hechos "para un país europeo". En la misma entrevista colocó un especial énfasis en el tema de la obesidad: "nos preocupa que en la parte operativa se haya incluido como población vulnerable a las personas con obesidad 1, que son las que tienen un exceso, pero ligero". A continuación, instaba al MINSA a que proceda a la revisión de esos estándares. Sin comentarios.

Una mayor ilustración de las modificaciones legales en relación con el cuerpo, edad y comorbilidades se aprecia en el Cuadro N.º 2. Se efectuó el análisis de una de las comorbilidades como es el caso de la obesidad por la gravedad que implica como exposición laboral para la salud de las y los trabajadores en el país. Sin embargo, es importante analizarlas y valorar en especial la condición de trabajadora embarazada y de trabajadora madre lactante frente a la Covid 19.

Cuadro N.º 2
MODIFICACIONES SOBRE FACTORES DE RIESGO PARA EL COVID-19

DS N 080-2020-PCM (F.P. 03.05.2020) 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 o consecuencia del COVID-19					
RM N 193-2020-MINSA (F.P. 14.04.2020)	**RM N 239-2020-MINSA (F.P. 29.04.2020)**	**RM N 265-2020-MINSA (F.P. 08.05.2020)**	**DS N 083-2020-PCM (F.P. 10.05.2020)**	**RM N 283-2020-MINSA (F.P. 13.05.2020)**	**RM N 448-2020-MINSA (F.P. 01.07.2020)**
Edad: > 60 años	Edad: > 60 años	Edad: > 60 años	Edad: > 65 años	Edad: > 65 años	Edad: > 65 años
Presencia de comorbilidades: • Hipertensión arterial • Enfermedades cardiovasculares • Diabetes • Obesidad • Asma • Enfermedad o tratamiento inmunosupresor	Presencia de comorbilidades: • Hipertensión arterial • Enfermedades • Cáncer • Diabetes Mellitus • Obesidad con IMC de > 30 a más • Asma • Enfermedad respiratoria crónica • Insuficiencia renal crónica • Enfermedad o tratamiento inmunosupresor	Presencia de comorbilidades: • Hipertensión arterial • Enfermedades cardiovasculares • Cáncer • Diabetes Mellitus • Obesidad con IMC de >40 a mas • Asma • Enfermedad pulmonar crónica • Insuficiencia renal crónica • Enfermedad o tratamiento inmunosupresor		Presencia de comorbilidades: • Hipertensión arterial no controlada • Enfermedades cardiovasculares graves • Cáncer • Diabetes Mellitus • Obesidad con IMC >40 a mas • Asma moderada o grave • Enfermedad pulmonar crónica • Insuficiencia renal crónica en tratamiento con hemodiálisis • Enfermedad o tratamiento inmunosupresor	Presencia de comorbilidades: • Hipertensión arterial refractaria • Enfermedades cardiovasculares graves • Cáncer • Diabetes Mellitus • Obesidad con IMC >40 a mas • Asma moderada o grave • Enfermedad pulmonar crónica • Insuficiencia renal crónica en tratamiento con hemodiálisis • Enfermedad o tratamiento inmunosupresor

Además, aún no se valora en forma suficiente el efecto de las secuelas que deja la Covid 19 sobre el cuerpo de las y los trabajadores que la padecen, muchos de quienes resultan contagiados en los centros de trabajo. Aspecto sobre el cual se vienen desarrollando investigaciones especialmente relevantes para la prevención frente a una segunda ola en los centros de trabajo, especialmente aquellos ubicados en zonas alejadas, como lugares de posibles brotes de la Covid 19. Tampoco fue posible encontrar mecanismos de participación desde la sociedad civil en la Comisión Nacional de Salud (MINSA, 2020), ni en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE, 2020), ni en el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (MTPE, 2020) en donde se establezcan criterios en relación a la mejora normativa en materia de prevención de al Covid 19, la responsabilidades de las EPS o de las Compañías de Seguros sobre los contagios laborales de la Covid 19 ni sobre el tema de las secuelas y las responsabilidades empresariales.

Finalmente, interesa cerrar estas reflexiones sobre el cuerpo, la salud y el trabajo con dos casos. Ambos casos son resultados de entrevistas, a partir de acceder a su situación y a la conducta empresarial frente a la Covid 19.

Caso A:

El 24 de abril de 2020, pasé la prueba molecular para el Covid 19 cinco días antes y el mismo día, antes de subir a mina me tomaron la rápida. Ambas salieron negativas. Subí a la mina para retomar mis labores y firmé una Declaración Jurada de estado de salud, me encontraba en perfecto estado de salud y empecé a trabajar. A los 7 días pasé otra prueba y salí negativo. Pero a los 10 días de ingresar empecé a sentirme mal. Con dolores de estómago, orina de color oscuro y dolores corporales, pero continúe trabajando, por mi compromiso con la empresa. El médico me indicó que los malestares eran ocasionados por una infección estomacal y me recetaron medicinas contra la infección, y me tomó otra prueba rápida de Covid y salí negativo.

El trabajador A, obrero minero se contagió de la Covid 19 en su centro de trabajo. El personal de salud no lo atendieron oportunamente y después de 5 días cuando se encontraba grave fue llevado a una clínica en la ciudad más cercana al centro minero. Estuvo con intubación con ventilación mecánica y en la Unidad de Cuidados Intensivos por más de un mes. Siendo joven y

sin comorbilidades superó el Covid 19, después de cinco meses de ser dado de alta sigue con síntomas y secuelas como: dolores en espalda, costillas, pulmones, pecho, cintura y piernas al caminar; problemas al respirar, los orificios nasales se han cerrado producto de una mala cicatrización que se hizo en la Clínica; caída del cabello; picazón en el cuerpo, lesiones en piel a esa causa debido a la intensidad del malestar; daños psicosociales: tristeza, insomnio, depresión, pérdida de memoria y ansiedad. Estos daños pudieron evitarse si la empresa hubiera implementado el Plan de Vigilancia, Prevención y Control de la Covid 19 en forma eficiente en su centro de trabajo.

Caso B:

Soy una obrera, laboré más de veinte años en diferentes turnos de trabajo; sobre todo en turnos de noche y de amanecida. Debido a que mi empleador me colocaba debido a que me decía que era de su confianza. Durante esos 20 años, nunca falté, ni llegué tarde ni pedí permisos a pesar de que mi mamá falleció y yo misma estaba mal. Los médicos cuando me animé a ir me dieron un diagnóstico de alergias recurrentes, insomnio, dolores de cabeza, olvido, pérdida de memoria y migrañas; me señalaron que ello se debía a alta rotación en mis turnos de trabajo. Cuando se lo informé a mi empleador y le solicité que debía permanecer en un solo turno diurno, no solo se negó, sino que me dijo: "vamos a entrar en suspensión perfecta de labores". Le dije, pero si seguimos produciendo como si no hubiera Covid afuera, mire cuantos se han contagiado.

A fines de setiembre del 2020 la trabajadora fue enviada en suspensión perfecta de labores. En la empresa se han reportado 8 trabajadores fallecidos por la Covid 19 y varias decenas están o estuvieron contagiados; de aquellos que no fueron enviados a SPL.

En conclusión, la plasmación jurídica en lo laboral, de las decisiones políticas, sanitarias y económicas frente a la pandemia de la Covid 19 viene permitiendo que los empleadores logren un rápido recambio de las y los trabajadores con mayor edad y con derechos laborales hacia la inclusión de trabajadores y trabajadoras precarizados y sin o con derechos laborales limitados.

Con argumento de la pandemia de la Covid 19, el cuerpo de las y los trabajadores viene siendo objeto de diversas normas sanitarias y laborales, que les afectan y sobre las cuales no se han establecido mecanismos de diálogo social en las instancias creadas para ello. Tales como son la Comisión Nacional de Salud, ni en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, tampoco en el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo; aspecto que debe ser superado a la brevedad.

VALORACIONES PRELIMINARES

La pandemia de la Covid 19 se encuentra en pleno proceso en el país y tiene para un largo tiempo, algunas y algunos científicos opinan que "vino para quedarse". Lo cual permite realizar valoraciones preliminares de estos siete meses.

Un análisis prospectivo permite analizar las posibilidades de que en el futuro se vuelvan a presentar peligros biológicos, como en el 2020, ocurre con el Sars Cov 2 y el riesgo de enfermar o incluso morir por la Covid 19. Este peligro biológico se añade a los peligros y riesgos que se han identificado en los diferentes centros de trabajo que elaboran bienes o prestar servicios. Cabe mencionar que el desempleo es un factor principal de afectación de la salud mental en este sector de la población. Lo cual plantea exigencias de atención en salud pública y una adecuada valoración por parte de las y los empleadores para la adopción de medidas como los cierres de centros de trabajo, ceses colectivos o suspensiones perfecta de labores.

En este contexto, la pandemia del Covid 19 afectó no solo la economía sino las relaciones laborales y la dinámica que tenían. En el país, como diversos expertos sostienen, la Covid 19 desnudó la alta precariedad e informalidad laboral, la precariedad e informalidad habitacional de miles de trabajadores y trabajadoras; la precariedad e informalidad del transporte público, en especial en Lima; la crisis de los servicios de salud públicos y privados; entre otros.

Se genera un serio incumplimiento por parte del Estado peruano y del sector empresarial sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030. Debido a que la pandemia viene siendo instrumentada para un incremento en las brechas económicas, sociales y laborales entre las empresas y los, las trabajadoras; un incremento de la pobreza, con una mayor inequidad en el acceso a los recursos; y un deterioro de un trabajo decente y con derechos.

La comparación de la legislación laboral frente a la pandemia de la Covid 19 entre Chile y Perú demostraría que hay países que han logrado

tutelar y proteger de mejor manera los derechos al trabajo, a sus ingresos, a la seguridad y salud en el trabajo que en el Perú. En este país, las empresas a pesar de recibir créditos blandos y un conjunto de beneficios tributarios y exoneraciones procedieron a reducir en un estimado del 55% de los empleos formales.

La plasmación jurídica en lo laboral, de las decisiones políticas, sanitarias y económicas frente a la pandemia de la Covid 19 viene permitiendo que los empleadores logren un rápido recambio de las y los trabajadores con mayor edad y con derechos laborales hacia la inclusión de trabajadores y trabajadoras precarizados, con derechos laborales limitados o incluso sin ellos.

Con argumento de la pandemia de la Covid 19, el cuerpo de las y los trabajadores viene siendo objeto de diversas normas sanitarias y laborales, que les afectan y sobre las cuales no se han establecido mecanismos de diálogo social en las instancias creadas para ello. Tales como son la Comisión Nacional de Salud, ni en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, tampoco en el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo; aspecto que debe ser superado a la brevedad.

Por el bien de un desarrollo sostenible con diálogo social efectivo, resulta necesario recuperar las orientaciones de la Agenda 2030 con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) e incluir con prioridad el programa de Trabajo Decente.

BIBLIOGRAFÍA

Ahumada, A. (14 de Abril de 2020). *Análisis del D.U. 038-2020*. Obtenido de Suspención Perfecta de Labores: Ahumada, A. (14-0 https://www.linkedin.com/posts/alessandra-ahumada-bautista-4bb4b7170_resumen-du-n-038-2020-activity-6655940394712391680-7CYj

Andina. (3 de agosto de 2020). *El 85.5 % de pacientes fallecidos por covid-19 padecía obesidad*. Obtenido de Agencia Peruana de Noticias SINADEF: https://andina.pe/agencia/noticia-el-855-pacientes-fallecidos-covid19-eran-obesos-808418.aspx

Ferrante, A. (2018). Entre derecho comparado y derecho extranjero: una aproximación a la comparación jurídica. *Revista chilena de derecho*, 601-618. Obtenido de https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000200010

Hurtado, D. Y. (15 de Abril de 2020). Virus y Covid 19. (E. Ospina, Entrevistador)

INEI. (Octubre de 2019). *Perú: Linea de Base de los principales indicadores disponibles de los Objetivos de Desarrollo Sostenible ODS 2019.* Lima: Gráfica Burgos SAC. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1694/.

Kröger H., P. E. (2018). Revisión sobre las causas de las desigualdades en salud, incluyendo las condiciones de empleo. What causes health inequality? A systematic review on the relative importance of social causation and health selection. *Arch Prev Riesgos Laborales*, 161-164.

Lizama, L. (2020 de Abril de 2020). *El derecho del trabajo en tiempos de pandemia*. Obtenido de Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Publicada en el diario El Mercurio: http://derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/el-derecho-del-trabajo-en-tiempos-de-pandemia---luis-lizama.

MAEC España. (25 de Setiembre de 2015). *Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.* Obtenido de Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible : http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/ElMinisterioInforma/Paginas/Noticias/20150925_MINISTERIO2.aspx

McKinsey. (26 de julio de 2020). *La Vanguardia*. Obtenido de El coronavirus ha mandado al paro a más mujeres que hombres: https://www.lavanguardia.com/economia/20200726/482523038507/desempleo-coronavirus-pandemia-hombres-mujeres-desigualdad-mckinsey-brecha.html

MINSA. (20 de marzo de 2020). *Consejo Nacional de Salud*. Obtenido de MINSA: https://www.gob.pe/institucion/minsa/informes-publicaciones/462569-miembros-del-consejo-nacional-de-salud

MTPE. (12 de octubre de 2020). *Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Obtenido de CONSSAT: http://www.trabajo.gob.pe/CONSSAT/

MTPE. (12 de octubre de 2020). *Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo*. Obtenido de MTPE: http://www2.trabajo.gob.pe/cntpe/

NIH. (julio de 2020). *SARS-CoV-2*. Obtenido de Instituto Nacional del Cáncer de lso CDC de los Estados Unidos de Norteamérica: https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/sars-cov-2

ODS. (octubre de 2020). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Obtenido de Naciones Unidas: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/

OIT. (2008). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de Documentos: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371206.pdf

OIT. (2017). *Organización Internacional del Trabajo.* Obtenido de Trabajo Decente y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_470340.pdf. Revisado 09-09-2018

OIT. (2019). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de Declaración del centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo : https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang--es/index.htm

OIT. (2020). *Perú › Impacto de la COVID-19 en el Empleo y los ingresos laborales.* Lima: OIT. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_749659.pdf

Ojo Público. (4 de octubre de 2020). *Más de la mitad de empleos formales perdidos en pandemia fueron por suspensión perfecta*. Obtenido de Ojo Público. Informes: https://ojo-publico.com/2140/el-55-del-empleo-formal-se-perdio-por-suspension-perfecta

OMS. (2000). *Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/millennium-development-goals-(mdgs)

OMS. (2020). *Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19): https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019?gclid=Cj0KCQjwvIT5BRCqARIsAAwwD-SBCvv89ss9GnSNKaAVsTSYJwicEl5kts-4hCXP--RtrtiUmMWeIhHcaApS3EALw_wcB

OPS. (2015). *Organización Panamericana de la Salud. Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de Plan de acción sobre la salud de los trabajadores 2015-2025: https://iris.paho.org/handle/10665.2/33983

OPS. (2018). *Organización Panamericana de la Salud*. Obtenido de Agenda de Salud Sostenible para las Américas 2018-2030: https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=13246:health-agenda-americas&Itemid=42349&lang=es

Ospina, E. (2019). Perspectivas del derecho a la seguridad y salud en el trabajo en el siglo XXI. En *El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (págs. 205-232). Lima: PUCP.

Sánchez, A. (2016). Crecimiento económico, desigualdad y pobreza: una reflexión a partir de Kuznets. *Problemas del Desarrollo*, 11-30. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0301-70362006000200002

Sanchiz, E. (2014). *Desempleo y salud.* Madrid: Fundación Primero de Mayo.

UE OSHA. (2014). *Análisis prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes asociadas a las nuevas tecnologías al 2020: Taller dirigido a los centros de referencia de la UE.* Luxemburgo: Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo.

UNDP. (2018). *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.* Obtenido de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html Revisado 10-10-2018

UNU-WIDER. (abril de 2020). *University, United Nations*. Obtenido de Estimates of the impact of COVID-19 on global: https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/Publications/Working-paper/PDF/wp2020-43.pdf

Villavicencio, A. (2018). Estructura sindical y concurrencia de convenios colectivos en el Perú: descentralización, anomia y debilidad. *Giapiacchelli. Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro.*, 1197-1216.

Villavicencio, A. (2019). El cuerpo y el alma del derecho del trabajo en un contexto donde la ética y la política reclaman su lugar. En P. U. Facultad de Derecho, *El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (pág. 513). Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, ALCANCES E IMPORTANCIA ACTUAL: ASPECTOS PROCESALES

LUIS VINATEA RECOBA*

Profesor de derecho procesal del trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y en la Universidad de Piura (UDEP). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. MBA por la Escuela de Dirección, Universidad de Piura y MA en Relaciones Internacionales por The Fletcher School of Law and Diplomacy-Tufts University. Miembro de la Sociedad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socio de Vinatea & Toyama Abogados.

* Agradezco a los señores Alfonso Higa, Nuria Vega y Leonardo Salazar por la ayuda prestada en la elaboración del análisis estadístico de las decisiones judiciales en materia de indemnizaciones por daños y perjuicios en materia laboral, utilizados en la elaboración de esta ponencia.

La importancia de la seguridad y salud en el trabajo (SST) radica no solo en su existencia como política estatal y empresarial, sino como medio de prevención de los infortunios laborales. Un sistema reparador de las enfermedades y accidentes de trabajo, típicamente representado por las indemnizaciones por daños y perjuicios ordenadas pagar en un proceso judicial, sin duda alguna forma parte del marco de protección que un sistema de SST suele tener. Pero tal marco de protección se activa cuando el sistema de SST no fue capaz de evitar un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y no suele ser plenamente reparador. Por eso el verdadero valor de un sistema de SST está en su capacidad de prevenir accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y, en general, cualquier infortunio laboral[1]. Por ello es que además de prestar atención al contenido de las normas sustantivas que regulan un sistema de SST y a su capacidad de generar la convicción de su necesario cumplimiento, bien por el contenido y carácter imperativo de las normas que lo conforman, por el papel que puede cumplir la inspección del trabajo o por el papel que puede cumplir un sistema sancionador como el administrativo y el penal, vale la pena detenerse en el análisis de la forma en la que el sistema procesal

1 La Casación N.° 16015-2014 Junín ha señalado que si bien nuestra Constitución Política del Perú no reconoce de manera directa el derecho de la seguridad y salud en el trabajo; sin embargo, consagra derechos que le sirven de fundamento: artículo 2.2 regula el derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física, luego el artículo 7 reconoce el derecho a la protección de la salud concordante con lo dispuesto en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; el artículo 22 concordante con el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Derechos del Hombre señala al trabajo como deber y derecho y que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas, y el artículo 23° contiene disposiciones sobre la protección del trabajo en sus diversas modalidades y que todos los derechos del trabajador (derecho a la vida, a la integridad moral, física, la salud, deben ser respetados dentro de la relación laboral). En: Diálogo con la jurisprudencia. http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-index/index.php/dialogo/detalle/479.

acompaña la exigencia del cumplimiento del carácter preventivo del sistema de SST. Porque este análisis nos puede llevar a explorar mecanismos que no suelen usarse para hacer exigibles las normas de SST y que deberían usarse. Porque lo importante en un sistema de SST no es que ocurrido un infortunio laboral sepamos quién debe responder por él y cómo, sino más bien qué se puede hacer para evitarlo y qué alternativas hay para hacer exigible el funcionamiento de un sistema preventivo de las enfermedades y accidentes de trabajo. Esta ponencia trata acerca de eso, de los aspectos procesales que se derivan de la existencia de un régimen de SST como el contenido en la Ley 29783 y de los medios que una norma como la Ley 29497 (NLPT) contempla para hacer exigible ese papel preventivo que la Ley 29783 se ha planteado como principio y como sistema.

1. EL SISTEMA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO Y SU CARÁCTER PREVENTIVO

El sistema vigente de SST en el Perú ha sido establecido por la Ley 29783[2] y este declara su propósito preventivo desde el inicio[3]. Así, el artículo 1° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST) señala que esta "*tiene como objetivo promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país. Para ello, cuenta con el deber de prevención de los empleadores, el rol de fiscalización y control del Estado y la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, quienes, a través del diálogo social, velan por la promoción, difusión y cumplimiento de la normativa sobre la materia*". Y el artículo I del Titulo Preliminar de la LSST establece como "principio de prevención" que "*El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida,*

2 Lo mismo que su reglamento, el DS 005-12TR.

3 La Casación N.º 11947-2015 Piura ha establecido que la obligación esencial de todo empleador es cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, garantizando la protección, la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todo lo relacionado con el trabajo, lo que comprende evaluar, evitar y combatir los riesgos; caso contrario el incumplimiento de estas obligaciones lo hará sujeto a indemnizar los daños y perjuicios que para el trabajador deriven de su dolo o negligencia conforme al artículo 1321 del Código Civil. En: Diálogo con la jurisprudencia. http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-index/index.php/dialogo/detalle/479.

la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral"[4].

Es evidente el sentido y propósito de la LSST, tanto que, siguiendo con su título preliminar, la norma define como "principio de protección" en el artículo IX del mencionado título al derecho que tienen los trabajadores a que "*el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua. Dichas condiciones deben propender a: a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable, y; b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores*".

El alcance de este deber de prevención es bastante amplio y las disposiciones de la LSST lo confirman de distintas maneras. Así, no solo se establece la obligación del empleador, de "*garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión de aquella*"[5], sino que se define a la prevención de modo que esta se proyecta más allá de la mera prestación de servicios laborales, abarcando dicho deber de protección a las actividades que se realicen cumpliendo órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor "*bajo su autoridad o en el desplazamiento al*

4 La Casación N.º 11947-2015 Piura ha señalado que no se debe soslayar el papel importante que juega la adopción de medidas de prevención frente al conocimiento de factores de accidente en el lugar donde se prestan los servicios y el máximo de seguridad y eficacia que se debe implementar para proteger la vida y salud de los trabajadores, analizando los posibles siniestros y factores de riesgo con el fin de establecer estrategias preventivas adecuadas a la actividad que desarrolla la empresa, suministrando no solo los implementos necesarios para la protección de los trabajadores en la labor que ejercen, sino también asegurar un ambiente seguro en el lugar de trabajo (…). En Diálogo con la jurisprudencia. http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-index/index.php/dialogo/detalle/479.

5 Artículo 49 de la LSST.

(lugar de trabajo), aún fuera del lugar de y horas de trabajo"[6], siempre que esas actividades realizadas fuera del centro de trabajo y fuera del horario de trabajo, sean el resultado de la actividad laboral[7].

Por otro lado, el alcance de la norma, más allá del ámbito de aplicación que señala la LSST en el sentido que ella resulta "*aplicable a todos los sectores económicos y de servicios; comprende a todos los empleadores y los trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada en todo el territorio nacional, trabajadores y funcionarios del sector público, trabajadores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, y trabajadores por cuenta propia*", se extiende a las relaciones de intermediación (empresas de servicios especiales) y tercerización laboral (contratistas y subcontratistas), de forma que el deber de prevención incluye a todo el personal que presta servicios y el "que se encuentre" en las instalaciones del empleador principal.

El DU 044-2019, considerando el sentido preventivo de las normas de SST, modificó el artículo 168-A del Código Penal y ha tipificado el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo como "*la puesta en riesgo concreto de la* seguridad en el trabajo" para lo que se exige "*una conexión necesaria entre la norma de seguridad infringida [y] el resultado de peligro (…) producido, pues de no evidenciarse dicho resultado, la mera infracción de la normativa laboral podrá acarrear responsabilidad administrativa, más no penal*"8. Lo relevante de esta prescripción en ma-

6 Artículo 54 de la LSST.

7 El artículo 93 del Reglamento de la LSST ha señalado que "El desplazamiento a que hace referencia el artículo 54º de la Ley comprende todo desplazamiento que realice el trabajador en cumplimiento de una orden del empleador o la ejecución de una labor por encargo de éste, como parte de las funciones asignadas, incluso si ésta se desarrolla fuera del lugar y las horas de trabajo. No se incluye el desplazamiento entre el domicilio del trabajador al lugar de trabajo y viceversa, salvo que ello esté contemplado en una norma sectorial por la naturaleza de la actividad, sea una condición de trabajo o el desplazamiento se realice en un medio de transporte brindado por el empleador, de forma directa o a través de terceros.

8 Palomino Ramirez, Walter. Sobre el delito de atentado a la seguridad y salud en el trabajo: A propósito de las modificaciones realizadas a través del Decreto de Urgencia 044-2019. En: https://laley.pe/art/9168/sobre-el-delito-de-atentado-a-la-seguridad-y-

teria penal, es que se construye, justamente, sobre la base del deber de prevención en materia de SST.

Para ratificar lo señalado respecto del carácter preventivo de las normas de SST, el **VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional**[9] señaló que "*el empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador*", de donde se desprende que más allá de la fórmula casi objetiva de atribución de responsabilidad que establece el acuerdo jurisdiccional, lo cierto es que detrás de él se establece un deber de previsión que concurre con el señalado por las normas anteriores y que es el verdadero sentido del sistema de SST.

2. LAS OBLIGACIONES DE PREVENCIÓN DEL EMPLEADOR EN LA LSST

La LSST ha establecido como punto de partida el deber del empleador de adoptar un enfoque de sistema de gestión en el área de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con los instrumentos y directrices internacionales, en el que como principio se asegure su compromiso con la seguridad y salud en el trabajo[10], se fomente la cultura de la prevención

---

salud-en-el-trabajo-a-proposito-de-las-modificaciones-realizadas-a-traves-del-decreto-de-urgencia-044-2019.

9 Sexto Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral y Previsional publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 21 de diciembre de 2017 y tomado por los Jueces Supremos Integrantes de la Primera y la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron por unanimidad: El empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador. Asimismo, acordaron que puede utilizarse la transacción como un mecanismo para la extinción de obligaciones por responsabilidad por accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales, en cuyo caso el monto otorgado deberá ser valorado tomando en cuenta el artículo 1° de la Constitución Política del Perú. En caso se reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma de dinero por daños punitivos, cuyo monto máximo será fijado con criterio prudencial por el juez, sin exceder el total del monto indemnizatorio ordenado pagar por daño emergente, lucro cesante o daño moral y atendiendo a la conducta del empleador frente al caso concreto.

10 Artículo 18.a de la LSST.

de los riesgos laborales[11] y se fomente y respete la participación de las organizaciones sindicales -o, en defecto de estas, la de los representantes de los trabajadores- en las decisiones sobre la seguridad y salud en el trabajo[12].

El enfoque antes mencionado debe ser ejercido según los términos de la LSST a través de "*un firme liderazgo (mediante el que el empleador) manifiesta su respaldo a las actividades de su empresa en materia de seguridad y salud en el trabajo, (comprometiéndose) a proveer y mantener un ambiente de trabajo seguro y saludable en concordancia con las mejores prácticas y con el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo*[13] (los paréntesis son nuestros).

Pero el deber de adopción del sistema de gestión implica, además, un rol activo por parte del empleador, de forma que las medidas de prevención y protección del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo sigan una secuencia que busque la eliminación de los peligros y riesgos, "combatiendo y controlando los riesgos en su origen[14], en el

11 Artículo 18.e de la LSST.

12 Articulo 18.j de la LSST.

13 Artículo 48 de la LSST.

14 **Artículo 69. Prevención de riesgos en su origen**
Los empleadores que diseñen o fabriquen, importen, suministren o cedan máquinas, equipos, sustancias, productos o útiles de trabajo disponen lo necesario para que:
a) Las máquinas, equipos, sustancias, productos o útiles de trabajo no constituyan una fuente de peligro ni pongan en riesgo la seguridad o salud de los trabajadores.
b) Se proporcione información y capacitación sobre la instalación adecuada, utilización y mantenimiento preventivo de las maquinarias y equipos.
c) Se proporcione información y capacitación para el uso apropiado de los materiales peligrosos a fin de prevenir los peligros inherentes a los mismos y monitorear los riesgos.
d) Las instrucciones, manuales, avisos de peligro u otras medidas de precaución colocadas en los equipos y maquinarias, así como cualquier otra información vinculada a sus productos, estén o sean traducidos al idioma castellano y estén redactados en un lenguaje sencillo y preciso con la finalidad que permitan reducir los riesgos laborales.
e) Las informaciones relativas a las máquinas, equipos, productos, sustancias o útiles de trabajo sean facilitadas a los trabajadores en términos que resulten comprensibles para los mismos.
El empleador adopta disposiciones para que se cumplan dichos requisitos antes de que

medio de transmisión y en el trabajador, privilegiando el control colectivo al individual". Lo dicho exige que los peligros y riesgos a los que pueda estar sujeto un trabajador se traten, controlen y aíslen adoptando medidas técnicas y administrativas para ello, de forma que se minimicen los riesgos "adoptando sistemas de trabajo seguro", sustituyendo procedimientos e insumos peligrosos y facilitando equipos de protección personal, asegurándose que los trabajadores los usen y conserven en forma correcta[15].

Desde el punto organizacional, las empresas con veinte o más trabajadores deberán contar con un reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo, que deberá ser entregado a los trabajadores, capacitar al menos cuatro veces al año a los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo, adjuntar al contrato de trabajo la descripción de las recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo y brindarle facilidades económicas y licencias con goce de haber para la participación de los trabajadores en cursos de formación en materia de seguridad y salud en el trabajo. También deben elaborar un mapa de riesgos con la participación de la organización sindical, representantes de los trabajadores, delegados y el comité de seguridad y salud en el trabajo, el cual debe exhibirse en un lugar visible[16].

Finalmente, desde el punto de vista normativo, el artículo 49 de la LSST establece como obligaciones del empleador las siguientes:

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

b) Desarrollar acciones permanentes con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes.

---

los trabajadores utilicen las maquinarias, equipos, sustancias, productos o útiles de trabajo.

15 Artículo 21 de la LSST.

16 Artículo 35 de la LSST.

c) Identificar las modificaciones que puedan darse en las condiciones de trabajo y disponer lo necesario para la adopción de medidas de prevención de los riesgos laborales.

d) Practicar exámenes médicos cada dos años, de manera obligatoria, a cargo del empleador. Los exámenes médicos de salida son facultativos, y podrán realizarse a solicitud del empleador o trabajador. En cualquiera de los casos, los costos de los exámenes médicos los asume el empleador. En el caso de los trabajadores que realizan actividades de alto riesgo, el empleador se encuentra obligado a realizar los exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral. El reglamento desarrollará, a través de las entidades competentes, los instrumentos que fueran necesarios para acotar el costo de los exámenes médicos".

e) Garantizar que las elecciones de los representantes de los trabajadores se realicen a través de las organizaciones sindicales; y en su defecto, a través de elecciones democráticas de los trabajadores.

f) Garantizar el real y efectivo trabajo del comité paritario de seguridad y salud en el trabajo, asignando los recursos necesarios.

g) Garantizar, oportuna y apropiadamente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica, tal como se señala a continuación:

1. Al momento de la contratación, cualquiera sea la modalidad o duración.

2. Durante el desempeño de la labor.

3. Cuando se produzcan cambios en la función o puesto de trabajo o en la tecnología.

Las obligaciones anotadas se deben entender como extensibles a todos quienes prestan servicios o permanecen en el centro de trabajo[17], de modo

17 **Artículo 68. Seguridad en las contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores:**
El empleador en cuyas instalaciones sus trabajadores desarrollen actividades conjuntamente con trabajadores de contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios

que el conjunto de obligaciones tiene un espectro muy amplio e incluye la obligación de consultar a los trabajadores antes de que se ejecuten los cambios en las operaciones, los procesos y en la organización del trabajo que puedan tener repercusiones en la seguridad y salud de los trabajadores.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN LA LSST

El artículo 53 de la LSST ha establecido que el incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. Tal disposición concuerda con el Principio de Responsabilidad contenido en la misma LSST que señala que "el empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes".

Tal disposición, que, de acuerdo con el mismo texto de la LSST, implica una articulación con las reglas de responsabilidad civil[18] y las

---

y cooperativas de trabajadores, o quien asuma el contrato principal de la misma, es quien garantiza:

a) El diseño, la implementación y evaluación de un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores, personas que prestan servicios, personal bajo modalidades formativas laborales, visitantes y usuarios que se encuentren en un mismo centro de labores.
b) El deber de prevención en seguridad y salud de los trabajadores de todo el personal que se encuentra en sus instalaciones.
c) La verificación de la contratación de los seguros de acuerdo a la normativa vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo. En caso de incumplimiento, la empresa principal es la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse.
d) La vigilancia del cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal. En caso de incumplimiento, la empresa principal es la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse.

18 La Casación N.º 4321-2015 Callao ha señalado que "cuando se celebra un contrato de trabajo, verbal o escrito, se origina como obligación principal en relación al empleador,

reglas de atribución (y eximentes) de responsabilidad previstas en dicho ordenamiento, ha sido llevada a una posición de fijación de responsabilidad objetiva del empleador por el Sexto Pleno Jurisdiccional en Materia Labora y Previsional, que ha señalado que "*el empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador*", lo que significa que sea que cumpla o no con su deber de prevención de riesgos, el empleador siempre resultará responsable en caso de un infortunio laboral[19].

Al margen de lo dicho, lo interesante de lo señalado por la LSST es que además del juez laboral, es posible que "*en la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva*"[20].

---

el pagar la remuneración correspondiente; y con respecto al trabajador, el efectuar la prestación personal de sus servicios; sin embargo, estas no son las únicas obligaciones que se originan en dicho contrato, sino también otras, como es el caso del deber de seguridad o protección que tiene el empleador frente a sus trabajadores, cuyo cumplimiento resulta trascendental, pues, previene los accidentes de trabajo y los riesgos profesionales. Si bien las medidas de seguridad e higiene laboral se encuentran contenidas mayormente en normas legales y reglamentarias; ello no desvirtúa el carácter contractual del cual se encuentra revestido el deber de seguridad y salud en el trabajo, pues, estos se originan producto del contrato laboral o con ocasión de su ejecución; por lo tanto, siendo el empleador el responsable del control y la forma cómo se desempeñan las labores dentro del centro de trabajo, la responsabilidad que se le atañe es la responsabilidad civil contractual, la cual se encuentra regulada por el Título IX del Libro VI del Código Civil sobre "Inejecución de Obligaciones". En: Diálogo con la jurisprudencia. http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-index/index.php/dialogo/detalle/479

19 En el mismo sentido, la Casación 25875-2018 TACNA estableció que en el caso materia de análisis, no puede alegarse la negligencia del trabajador como causa exclusiva del accidente de trabajo ya que es el empleador, en su rol de dirección, quien debió supervisar el cumplimiento de las funciones del actor y de hallarse incumpliendo con las normas establecidas, bajo su potestad sancionadora, y través de medidas correctivas adecuar en su caso la conducta con la finalidad de proteger la integridad física del infractor y demás personal de la obra. Señalar que el demandante se encontraba en un lugar distinto al puesto asignado evidencia una falta de diligencia del empleador en su deber de control, y demuestra que el demandado no ejerció su facultad de dirección, fiscalización y vigilancia sobre las actividades realizadas por sus trabajadores, pese a que, de acuerdo al Informe de Accidente de Trabajo, existía en obra, al momento del accidente, un Ingeniero Residente de Obra, quien debía verificar el cumplimiento de las funciones del personal.

20 Artículo 53 de la LSST.

La posibilidad de que en un procedimiento inspectivo se determine el pago de una indemnización por daños y perjuicios ha sido ya cuestionada por algunos autores[21], quienes han acusado su dudosa constitucionalidad[22] y han llamado la atención sobre dos aspectos importantes: por un lado, el procedimiento de determinación de la indemnización y, por otro, la forma de imputación de la responsabilidad. Respecto de lo primero, el Reglamento de la LSST ha fijado solo un mecanismo pericial a cargo de alguno de los peritos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud – CECONAR, y respecto de lo Segundo, el artículo 94 del reglamento de la LSST ha señalado, contrario a lo indicado por el Sexto Pleno Jurisdiccional que "*Para efecto de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, la imputación de la responsabilidad al empleador por incumplimiento de su deber de prevención requiere que se acredite que la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador y del incumplimiento por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el Trabajo*", lo que puede explicar que en materia indemnizatoria, haya más espacio para el resarcimiento indemnizatorio en un proceso judicial, que en un procedimiento administrativo.

Con todo, aun con la previsión contenida en el artículo 94 del Reglamento de la LSST, quedan las dudas que ya habían sido advertidas por Ugaz y Soltau[23], pues el Reglamento no establece el procedimiento de determinación de la responsabilidad civil, necesario, según el propio Reglamento, para determinar la responsabilidad por incumplimiento de las normas de SST en el procedimiento inspectivo y la cuantía de la indemnización, más allá del auxilio pericial que el reglamento de la LSST propone.

Volviendo a la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de su deber de prevención en materia de SST, la LSST incluye dentro

21 Ugaz Olivares, Mauro y Soltau Salazar, Sebastián. Implicancias de la nueva ley de seguridad y salud en el trabajo. Lima. En: *Revista Derecho y Sociedad,* N.º 37, pp. 167-180.

22 Ibid.

23 Ibid.

de su marco regulatorio la aplicación del régimen de responsabilidad civil contractual por la generación de daños indemnizables a uno o más trabajadores, como consecuencia del incumplimiento de las normas y el deber de prevención contenido en la LSST. La LSST también señala como responsable solidario al empleador respecto de sus contratistas y empresas de servicios especiales, que destaquen trabajadores a los centros de Trabajo en los que el principal presta servicios[24].

Para la elaboración de esta ponencia y a fin de establecer, entre otras cosas, la recurrencia de demandas de daños y perjuicios por responsabilidad del trabajador, hemos elaborado un análisis a partir de 86 casos resueltos en materia de indemnizaciones por la Corte Suprema de la República en los últimos años, en los que hemos encontrado que de ese número de casos, aquellas en las que se reclaman daños y perjuicios por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, superan por poco el cincuenta por ciento del total. El resto son indemnizaciones por otro tipo de incumplimientos, a saber, indemnizaciones por despido:

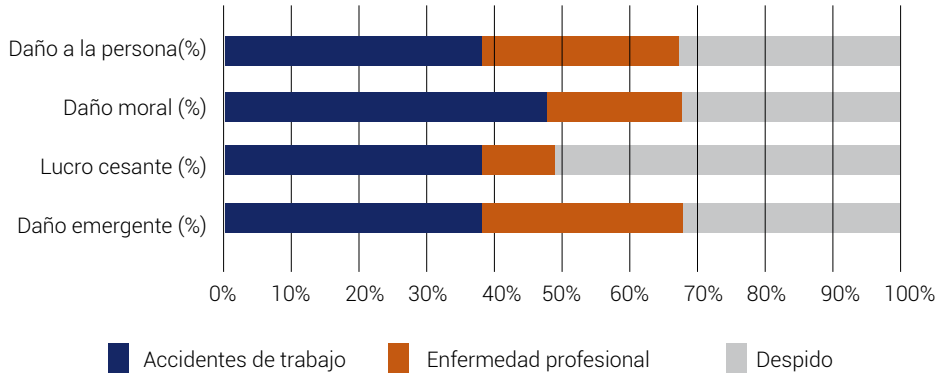
Expedientes por causa del daño*			
MATERIA	**Matriz General**	**Sentencias Nulas**	**Total**
Accidentes de trabajo	20	3	23
Enfermedad profesional	21	2	23
Despido	20	14	34
Otros	4	2	6
			86

* **Fuente:** elaboración propia.

24 El artículo 68 de la LSST señala responsabilidad por los daños y perjuicios que pudieran generarse en los siguientes supuestos: 1. Incumplimiento de la obligación de verificar la contratación de los seguros de acuerdo a la normativa vigente efectuada por cada empleador (contratistas, subcontratistas, etc.) durante la ejecución del trabajo; e, 2. Incumplimiento de la obligación de vigilar el cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal.

Y dentro del conjunto de pretensiones indemnizatorias, el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral representan el mayor número de pretensiones, dejando los daños causados a la persona en un porcentaje muy bajo, de cerca del veinte por ciento. Más adelante veremos que el porcentaje de los montos demandados no supera, en promedio, el treinta por ciento de lo que finalmente la Corte Suprema ordena pagar, lo que estaría mostrando que el Sistema de responsabilidad serviría como un marco para la formulación de demandas que no necesariamente tienen un punto de partida centrado en la persona y en los que los montos demandados superan largamente los finalmente acogidos por los jueces.

CONCEPTOS DEMANDADOS - CAUSA DEL DAÑO*



* **Fuente:** elaboración propia.

Con todo, la información, al menos en esta muestra, evidenciaría que el sistema de responsabilidad derivado del incumplimiento de reglas de prevención en SST sí centraría su atención en el empleador como responsable, incluso objetivo, de los daños causados, pero no apuntaría a un propósito reparador de daños a la persona sino a uno económico, probablemente especulativo, centrado el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral. Sobre este tema volveremos luego.

Conceptos demandados*				
	Daño emergente (%)	Lucro cesante (%)	Daño moral (%)	Daño a la persona (%)
Accidentes de trabajo	47.83	60.87	60.87	26.09
Enfermedad profesional	34.78	17.39	34.78	21.74
Despido	39.39	81.82	48.48	24.24

CONCLUSIONES:

1. Los demandantes por accidente de trabajo suelen concentrar su petitorio en el lucro cesante y el daño moral.
2. Los demandantes por enfermedad profesional suelen concentrar su petitorio en el daño emergente y el daño moral.
3. Los demandantes por despido suelen concentrar su petitorio en el lucro cesante.
4. En ninguna de las tres causas del daño, los demandantes centran su petitorio, principalmente, en el daño a la persona.

* **Fuente:** elaboración propia.

4. LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN LA LSST

La LSST, independientemente del marco de protección que la caracteriza, que ya de por sí implica la existencia de un conjunto de derechos sustantivos de protección[25] y otros derivados del deber de previsión del empleador[26], enfatiza la protección adicional de los trabajadores contra

25 La Casación N.º 11947-2015 Piura respecto del deber de protección y la necesidad de adoptar medidas preventivas para evitar accidentes ha señalado que "No se debe soslayar el papel importante que juega la adopción de medidas de prevención frente al conocimiento de factores de accidente en el lugar donde se prestan los servicios y el máximo de seguridad y eficacia que se debe implementar para proteger la vida y salud de los trabajadores, analizando los posibles siniestros y factores de riesgo con el fin de establecer estrategias preventivas adecuadas a la actividad que desarrolla la empresa, suministrando no solo los implementos necesarios para la protección de los trabajadores en la labor que ejercen, sino también asegurar un ambiente seguro en el lugar de trabajo (…). En: Diálogo con la jurisprudencia. http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-index/index.php/dialogo/detalle/479.

26 (La Casación N.º 11947-2015 Piura ha señalado que la obligación esencial de todo empleador es cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, garantizando la protección, la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todo lo relacionado con el trabajo, lo que comprende evaluar, evitar y combatir los riesgos; caso contrario el incumplimiento de estas obligaciones lo hará sujeto a indemnizar los daños y perjuicios que para el trabajador deriven de su dolo o negligencia conforme al artículo 1321 del Código Civil. En: Diálogo con la jurisprudencia. http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-index/index.php/dialogo/detalle/479.

los actos de hostilidad "*que se originen como consecuencia del cumplimiento de sus funciones en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo*"[27], auspiciando su participación en programas de capacitación y entrenamiento y en la identificación de los peligros y en la evaluación de los riesgos en el trabajo, facultándoseles para que en caso estas no fueran tomadas o no obtener respuesta satisfactoria, puedan acudir a la Autoridad Administrativa de Trabajo[28].

Además, la LSST reconoce el derecho de los trabajadores a "*examinar los factores que afectan su seguridad y salud y proponer medidas en estas materias*"[29] y la adecuación del trabajador al puesto de trabajo, de modo que tienen derecho a ser transferidos en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría, salvo en caso de invalidez absoluta permanente[30].

Finalmente, la protección adicional regulada por el artículo 77 de la LSST extiende su alcance protector a "*los trabajadores, cualquiera sea su modalidad de contratación, que mantengan vínculo laboral con el empleador o con contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores o bajo modalidades formativas o de prestación de servicios, tienen derecho al mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo*".

5. EL ROL DE LOS TRABAJADORES Y LOS SINDICATOS EN LA LSST

El rol de los trabajadores y sindicatos en la LSST tiene como punto de partida el reconocimiento de los principios de Cooperación de Consulta y Participación, los que significan, por un lado, que entre Estado, empresas, trabajadores y sindicatos debe haber "*una permanente colaboración y coordinación en materia de seguridad y salud en el empleo*" y, por

27 Artículo 74 de la LSST.

28 Artículo 75 de la LSST.

29 Artículo 78 de la LSST.

30 Artículo 76 de la LSST.

otro, la posibilidad de participar en los mecanismos de consulta que haga el Estado para introducir mejoras en la seguridad y salud en el trabajo.

De tanta importancia es el rol de los trabajadores y los sindicatos en el sistema de SST que por ello se establece la necesidad de crear un sistema de gestión de la SST, que busca entre otras cosas, "fomentar y respetar la participación de las organizaciones sindicales -o, en defecto de estas, la de los representantes de los trabajadores- en las decisiones sobre la seguridad y salud en el Trabajo"[31] y además fomentar una cultura de prevención, asegurar un compromiso visible del empleador con la salud y seguridad de los trabajadores e incentivar la su cooperación.

El artículo 19 de la LSST en materia de participación de los trabajadores en el sistema de SST ha señalado que tal participación es indispensable para: a) La consulta, información y capacitación en todos los aspectos de la seguridad y salud en el Trabajo; b) La convocatoria a las elecciones, la elección y el funcionamiento del comité de seguridad y salud en el Trabajo; c) El reconocimiento de los representantes de los trabajadores a fin de que ellos estén sensibilizados y comprometidos con el Sistema y; d) La identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos al interior de cada unidad empresarial y en la elaboración del mapa de riesgos.

6. ASPECTOS PROCESALES DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

6.1. El rol reparador de la Justicia Laboral en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

El papel reparador de la justicia laboral en materia de salud y seguridad ocupacional es de enorme interés y la jurisprudencia laboral le ha dado gran importancia, de manera que no estamos ante nada nuevo. De hecho, la cuestión de las indemnizaciones en materia laboral fue objeto de modo más o menos reciente por un pleno jurisdiccional en materia laboral, como hemos señalado anteriormente. Lo que más bien cabe preguntarse es si ese rol reparador es eficaz en el propósito de crear incentivos para

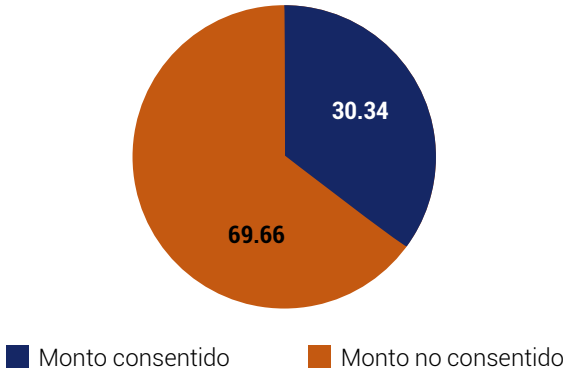
31 Artículo 18 de la LSST.

que la prevención en materia de SST sea visible. Al respecto, más allá de que la jurisprudencia haya tratado el tema de la SST y lo haya abordado de manera integral, definiendo cuáles son las causas de los accidentes de trabajo (Casación Laboral 3591-2016 Del Santa), su antijuricidad (Casación 4321-2015 Callao), sus elementos (Casación Laboral 4258-2016 Lima), sus clases (Casación Laboral 4258-2016 Lima), la relación causal (Casación 4321-2015 Callao) y la naturaleza de la responsabilidad por accidentes de trabajo (Casación 4321-2015 Callao). Y haya abordado el análisis de la responsabilidad civil, estableciendo su finalidad (Casación Laboral 4258-2016 Lima), sus clases (Casación Laboral 4258-2016 Lima), sus diferencias (Casación Laboral 4258-2016 Lima) y sus elementos (Casación N.° 18190-2016 Lima), entre otros[32], lo que parece desprenderse de los pronunciamientos en materia de accidentes de trabajo y salud y seguridad ocupacional es que las demandas de indemnización por daños y perjuicios no parecieran perseguir un verdadero efecto reparador de los daños causados a la persona, sino más bien buscarían abrir la puerta para la discusión acerca de daños de tipo moral, emergentes o por lucro cesante[33]. En efecto, a propósito de la preparación de esta ponencia y con la intención de buscar razones que nos inclinen a explorar la posibilidad de recurrir al proceso laboral para buscar maneras de exigir el cumplimiento de las normas sobre SST, analizamos un total de 86 sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia sobre indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y encontramos que el porcentaje de éxito del petitorio indemnizatorio obtenido (monto demandado) apenas superaba el treinta por ciento, como se aprecia en el siguiente cuadro:

32 La responsabilidad del empleador por los accidentes de trabajo. En Diálogo con la jurisprudencia. http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-index/index.php/dialogo/detalle/479.

33 La responsabilidad del empleador por los accidentes de trabajo. En Diálogo con la jurisprudencia. http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-index/index.php/dialogo/detalle/479

PORCENTAJE DE ÉXITO DEL PETITORIO*



* **Fuente:** elaboración propia.

El análisis más detenido de las pretensiones y sus montos no solo confirmó el promedio general anotado, sino que evidenció que las pretensiones más bajas acogidas en las sentencias fueron las de daños de la persona[34] y las más altas las de daño emergente[35]. Las de daño moral[36]

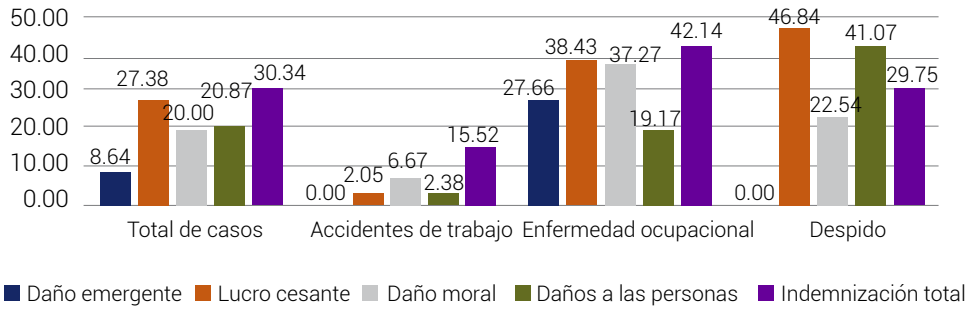
34 Respecto al concepto de daño, la Casación Laboral N.º 4258-2016 Lima la ha definido en los términos siguientes: "Todo detrimento o lesión que en sus bienes jurídicos sufre un sujeto de derecho por acción u omisión de un tercero, pudiendo incidir ese menoscabo en su esfera personal, patrimonial o ambas". La esfera personal está referida tanto al aspecto físico o mental del individuo como al entorno social dentro del cual se interrelaciona; y la esfera patrimonial comprende los bienes materiales que conforman el patrimonio del sujeto afectado.). En: Diálogo con la jurisprudencia. http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-index/index.php/dialogo/detalle/479.

35 Respecto del daño emergente, la Casación Laboral N.º 4258-2016 Lima, ha señalado que "es la real pérdida o empobrecimiento que en su patrimonio sufre el afectado con el daño. Dentro de este rubro podemos citar a los gastos de atención médica, hospitalización, cirugía, medicinas, servicios de apoyo al diagnóstico, rehabilitación, entre otros; es decir todo aquello que resulte necesario para lograr la recuperación del trabajador a consecuencia de los daños sufridos". En: Diálogo con la jurisprudencia. http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-index/index.php/dialogo/detalle/479.

36 Respecto del daño moral, la Casación Laboral N.º 26997-2018 Ica señala que este "puede ser concebido como un daño no patrimonial inferido sobre los derechos de la personalidad o en valores, que pertenecen más al ámbito afectivo que al fáctico y económico; en tal sentido, el daño moral abarca todo menoscabo proveniente del incumplimiento de cualquier obligación que se pueda valorar en función de su gravedad objetiva. Asimismo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales, por tratarse de intereses tutelados reconocidos como derechos no patrimoniales". En: Diálogo con la

alcanzaron montos medios y las de lucro cesante[37] mostraron montos muy altos tratándose de enfermedades ocupacionales y excepcionalmente bajas, tratándose de accidentes de trabajo.

PORCENTAJE DE ÉXITO - CAUSA Y TIPO DE DAÑO*



* **Fuente:** elaboración propia.

Y encontramos, además, que el porcentaje de éxito en los casos de accidentes de trabajo alcanzaba, en promedio, el quince y medio por ciento y el de enfermedades profesionales el cuarenta por ciento, como se muestra en el cuadro siguiente:

	Daño emergente	Lucro cesante	Daño moral	Daños a la persona	Indemnización total
Total de casos	8.64	27.38	20.00	20.87	30.34
Accidentes de trabajo	0.00	2.05	6.67	2.38	15.52
Enfermedad ocupacional	27.66	38.47	37.27	19.17	42.14
Despido	0.00	46.84	22.54	41.07	29.75

jurisprudencia. http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-index/index.php/dialogo/detalle/479.

37 Respecto del lucro cesante, (Casación Laboral N.º 4258-2016 Lima) lo define como "los ingresos dejados de percibir por el trabajador como consecuencia de la incapacidad para el trabajo que le produjo el accidente laboral que lo afectó". En: Diálogo con la jurisprudencia. http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/dialogo-index/index.php/dialogo/detalle/479.

CONCLUSIONES:
1. En todos los conceptos de daño, los demandantes suelen incrementar los montos de sus petitorios.
2. Del 100% del petitorio total, la Corte suele consentir el 30.34%.
3. En el caso de accidentes de trabajo, del 100% del petitorio total, la Corte suele consentir el 15.52%.
4. En el caso de enfermedad ocupacional, del 100% del petitorio total, la Corte suele consentir el 42.14%.
5. En el caso de despido, del 100% del petitorio total, la Corte suele consentir el 29.75%.
6. Por el concepto de daño emergente, la Corte consiente el 8.64% del total del monto pedido.
7. Por el concepto de lucro cesante, la Corte consiente el 27.38% del total del monto pedido.
8. Por el concepto de daño moral, la Corte consiente el 20% del total del monto pedido.
9. Por el concepto de daño a la persona, la Corte consiente el 20.87% del total del monto pedido.

* **Fuente:** elaboración propia

De lo anterior se desprende, a pesar de que no es posible tomar una muestra muy extensa de la jurisprudencia en materia indemnizatoria por la carencia de un sistema de registro de todas las sentencias laborales, una tendencia centrada en la expectativa económica como mecanismo reparador en la que los daños a la persona no parecen ser lo más relevante.

6.2. El rol preventivo de la Justicia Laboral

Como señalé al inicio de este trabajo, el tradicional papel reparador de las normas procesales en materia de salud y seguridad en el trabajo no solo está fuera de discusión, sino que es probable que ese haya sido su rol principal. Y es que el sistema protector de la salud y seguridad en el trabajo ha estado normalmente acompañado del sistema de inspección del trabajo, al punto que la propia LSST recoge disposiciones que refuerzan el rol de la inspección e incluso, como señalamos anteriormente, llega a fijar la potestad de esta para determinar indemnizaciones por daños y perjuicios. Pero también resulta obvio que el sistema reparador mediante el pago de indemnizaciones, más allá del monto de aquellas y los conceptos que las motivan, actúa como un mecanismo de cierre de un sistema que como todo sistema preventivo trata de evitar que los infortunios ocurran. Por ello es por lo que, analizar la LSST desde la perspectiva del deber de prevención, las obligaciones del empleador y los derechos del trabajador no solo debe servir para determinar de qué manera el empleador debe responder frente a un infortunio, sino también para determinar de qué maneras se pueden evitar.

Dejando de lado las normas y procedimientos constitucionales, pues a pesar de que nuestra Constitución no regula el derecho de la seguridad y salud en el Trabajo, pero sí consagra el derecho a la vida en el artículo 2.2 y el derecho a la protección de la salud en el artículo 7, lo que permite buscar cobertura a través de procesos constitucionales como el amparo, nos concentraremos en la Ley 29497, Ley Procesal del Trabajo (NLPT), pues ella contiene una serie de reglas que, en mi opinión, se relacionan de manera fácil con la LSST y hacen que esta pueda servir para el propósito de hacer exigible el deber de previsión señalado. Las siguientes líneas abordan esa relación.

a. *La competencia del juez laboral en materia de accidentes y seguridad y salud en el trabajo*

La NLPT establece en su artículo 2, como regla de entrada la competencia del juez de Trabajo para conocer "*en proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios*". La regla en cuestión coincide con la obligación del empleador, de "*garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión de aquella*"[38], ampliándose tal deber de protección a las actividades que se realicen cumpliendo órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor "*bajo su autoridad o en el desplazamiento al (lugar de trabajo), aún fuera del lugar de y horas de trabajo*"[39], siempre que esas actividades realizadas fuera del centro de trabajo y fuera del horario de trabajo, sean el resultado de la actividad laboral[40].

38 Artículo 49 de la LSST.

39 Artículo 54 de la LSST.

40 El artículo 93 del Reglamento de la LSST ha señalado que "El desplazamiento a que hace referencia el artículo 54º de la Ley comprende todo desplazamiento que realice el trabajador en cumplimiento de una orden del empleador o la ejecución de una labor por encargo de éste, como parte de las funciones asignadas, incluso si ésta se desarrolla fuera

La regla básica de competencia, entonces, deja claro que desde los ámbitos subjetivo y objetivo, el juez de trabajo es competente para conocer las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales y colectivos originados con ocasión de la prestación personal de servicios, ya sea que esta haya sido directa o indirecta, en relación con el beneficiario de dichos servicios. Nótese que, además, la individualidad, pluralidad o carácter colectivo del conflicto, puestas de relieve en la LSST respecto del rol que le corresponde al sindicato en el sistema de SST y el amplio conjunto de derechos reconocidos individualmente a los trabajadores, hace que esa sola disposición habilite sin mayor discusión la competencia de un juez laboral respecto de cualquier pretensión que quisiera hacerse valer en materia de prevención de riesgos laborales.

Por añadidura, el mismo artículo segundo señala la competencia del juez de trabajo en materia de responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial y las pretensiones relativas a enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, sin hacer referencia expresa al hecho de que éstas hayan ocurrido o se trate solo del riesgo de que ocurran y de la necesidad de evitar tal riesgo[41].

Sobre dicho particular, Huaman Ordoñez señala que la norma de SST "pretende auspiciar la cultura de prevención de daños al interior del centro de trabajo, lo que responde al mandamus constitucional de la defensa de la persona humana en el interior de la fábrica(200), obligando a la patronal a gestar un auténtico rol activo en beneficio de su personal subordinado y entregando enteras potestades de fiscalización y control a la

---

del lugar y las horas de trabajo. No se incluye el desplazamiento entre el domicilio del trabajador al lugar de trabajo y viceversa, salvo que ello esté contemplado en una norma sectorial por la naturaleza de la actividad, sea una condición de trabajo o el desplazamiento se realice en un medio de transporte brindado por el empleador, de forma directa o a través de terceros.

41 Sobre la competencia de los jueces laborales en relación con los daños, Huamán Ordoñez señala que "la nave procesal, se aparta de dicha lógica reduccionista de la indemnización por daños y perjuicios en el espacio laboral que acogía la anterior regulación adjetiva, la LPT, permitiendo articular defensa, entonces, de proyección laboral indemnizatoria para todos los actores de la interacción laboral". Huamán Ordoñez, Luis Alberto. *La competencia del juez de trabajo en la nueva ley procesal del trabajo*. Grijley, 2015. p. 116.

autoridad administrativa en materia de trabajo con miras a que el prestador de servicios-trabajador-afectado pueda reintegrarse plenamente al espacio jurídico de subordinación. La tutela del cumplimiento del contenido jurídico de dicha protección del trabajador recae en la competencia del Juez Especializado de Trabajo"[42].

b. La legitimidad procesal en materia de SST

En la medida que el trabajador, sea que su relación laboral sea directa o no con el empleador, como en los casos de intermediación laboral o esté subordinado a un contratista que preste servicios como destacado en un centro de trabajo, es objeto de protección y prevención por la LSST, es evidente que se encuentra legitimado individualmente para reclamar o exigir el cumplimiento de las normas en materia de SST. La legitimación está "entendida como la posición habilitante para formular la pretensión y para que contra alguien se formule, que se resuelve normalmente en las afirmaciones por el actor de la titularidad del derecho subjetivo y en la imputación al demandado de la titularidad de la obligación"[43]. En el sentido antes expuesto, en la medida que la LSST fija un conjunto de deberes de prevención para el empleador respecto del trabajador, no queda duda que el trabajador se encuentra legitimado para exigir el cumplimiento de tal deber de prevención al empleador.

La legitimación del trabajador, ordinaria sin duda alguna, debido a que es él quien afirma la titularidad del derecho a ser objeto de protección y prevención por parte del empleador, no merece discusión alguna ni resulta particularmente llamativa. Cosa distinta ocurre con la legitimación del sindicato y la de cualquier trabajador perteneciente a una categoría de trabajadores que pueden exigir el cumplimiento de las disposiciones en

42 Huamán Ordoñez, Luis Alberto. *La competencia del juez de trabajo en la nueva ley procesal del trabajo*. Grijley, 2015. p. 165.

43 Montero Aroca, Juan. La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él). Madrid: Civitas, 1994, p. 44.

materia de seguridad y salud ocupacional[44] respecto de otros trabajadores que concurren con él. En efecto, la LSST reconoce ciertos derechos y roles para las organizaciones sindicales en materia de SST, lo que las legitima ordinariamente para intervenir en el proceso exigiendo el cumplimiento de las obligaciones que les atañen. Pero la NLPT también abre la puerta para que los sindicatos y los trabajadores pertenecientes a una categoría determinada, puedan actuar en representación de una categoría o de un grupo de trabajadores sindicalizados a fin de exigir el cumplimiento de las obligaciones de SST al empleador.

El artículo 9.2 de la NLPT establece que "*cuando se afecten los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, pueden ser demandantes el sindicato, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbit*o". Lo señalado significa que, en materia de SST, un sindicato o un grupo de trabajadores a falta de este, o incluso un solo trabajador perteneciente a una categoría de trabajadores, puede exigir el cumplimiento de las normas en materia de SST. A pesar de que con una disposición como la señalada se estableció un supuesto de legitimación extraordinaria, cuando se dictó la NLPT no se previó el alcance que su articulación con la LSST tendría, por lo que es evidente que la NLPT se anticipó a los efectos de una norma como la LSST y por la vía del establecimiento de legitimación extraordinaria, se ha otorgado a los sindicatos una oportunidad para ejercer una función y papel preventivos muy amplios.

Los casos en los que intervendrá el sindicato o un trabajador en representación de un grupo de personas conformantes de una categoría pueden significar la obtención de sentencias declarativas de carácter general, que luego se pueden ejecutar mediante el uso de procesos como los regulados

44 Sobre el particular, ver Ugaz Olivares, M., & Soltau Salazar, S. (2010). La Legitimación Procesal de las Organizaciones Sindicales en el Marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. *Derecho & Sociedad*, (35), 228-237. También, Ulloa Millares, Daniel. La Capacidad (y Legitimidad) Procesal Laboral de las Organizaciones Sindicales. *Derecho & Sociedad* (25), 202-208.

por el artículo 18 de la NLPT o, simplemente, mediante procesos en los que se puede acumular pretensiones declarativas con pretensiones de condena del cumplimiento de obligaciones de SST.

Ejemplos de lo indicado pueden ser las demandas que se planteen en relación a la entrega de elementos de protección personal, cambios de lugar de trabajo por estar expuestos a riesgo, suspensión de actividades en zonas riesgosas, entre otras.

Lo interesante el la LSST y la NLPT en materia de legitimación es que ambas normas plantean la concurrencia de supuestos en los que los derechos se reconocen a los trabajadores individualmente considerados, a los trabajadores como una pluralidad y a los trabajadores como un colectivo, además de derechos atribuidos al sindicato como tal y al sindicato como representante de intereses colectivos e individuales homogéneos. De alguna manera, es posible que las normas de SST consoliden, como ninguna otra, la idea de ejecución de obligaciones derivadas de relaciones individuales y colectivas del trabajo.

c. *Los derechos susceptibles de reclamo judicial en materia de prevención en la SST.*

En la medida que los derechos y obligaciones contemplados en la LSST tienen como destinatario directo al trabajador y los bienes tutelados son su derecho a la salud, la seguridad, la dignidad y su bienestar, cabe que sean reclamados en la vía del proceso ordinario, resultando posible que, de acreditarse los supuestos exigidos por el proceso cautelar (apariencia del derecho, peligro en la demora, adecuación, contracautela, etc.), se solicite la expedición de medidas cautelares que hagan efectivo el derecho reclamado[45].

45 La NLPT regula las medidas cautelares en el Artículo 54, el que señala que "a pedido de parte, todo juez puede dictar medida cautelar, antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinada a garantizar la eficacia de la pretensión principal. Las medidas cautelares se dictan sin conocimiento de la contraparte. Cumplidos los requisitos, el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar, cuidando que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal. En consecuencia, son procedentes además de

Por otro lado, ha sido y es práctica frecuente que la articulación entre procedimientos inspectivos y procesos judiciales se constituya por la utilización de constataciones inspectivas en el proceso judicial, como medios de prueba o como base para la formulación de demandas. Lo que la utilización del proceso laboral en el marco de la LSST implica es la posibilidad del camino inverso; es decir, que sentencias finales o incluso medidas preliminares, como las cautelares puedan ser utilizadas en el procedimiento inspectivo, contribuyendo a configurar constataciones, con la intervención del juez, que no resultan sencillas en materia de seguridad y salud en el trabajo.

6.3. Derecho de protección

Como hemos visto, la LSST establece un conjunto de obligaciones para el empleador y un conjunto de derechos para el trabajador. Dentro de las primeras, a título de principio encontramos la fijación de un *Principio de responsabilidad*, en virtud del cual "*el empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de el, conforme a las normas vigentes*" que se relaciona de manera directa con el *Principio de atención integral de la salud*, por el cual "*los trabajadores que sufran algún accidente de trabajo o enfermedad ocupacional tienen derecho a las prestaciones de salud necesarias y suficientes hasta su recuperación y rehabilitación, procurando su reinserción laboral*" y finalmente, un Principio de protección, que engloba a los anteriores, por el cual "*Los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua*".

La lectura conjunta de estos principios deja claro que se reconoce un derecho genérico de protección que se activa en el momento en que

las medidas cautelares reguladas en este capítulo cualquier otra contemplada en la norma procesal civil u otro dispositivo legal, sea esta para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar o de no innovar, e incluso una genérica no prevista en las normas procesales".

alguno de los deberes de prevención se incumple. Este derecho puede ser invocado como sustento de cualquier pretensión judicial de protección o de efectivo cumplimiento de cualquier obligación o derecho en el marco de las normas contenidas en la LSST.

6.4. Derecho de Participación y de gestión del Sistema de SST.

El Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo contiene un conjunto de reglas programáticas dentro de las que destaca el fomento y el respeto de la participación de las organizaciones sindicales -o, en defecto de estas, la de los representantes de los trabajadores- en las decisiones sobre la seguridad y salud en el trabajo. El referido derecho es calificado por el artículo 19 de la LSST como "indispensable" y por el 24 como "esencial" y consiste en a) La consulta, información y capacitación (de los trabajadores) en todos los aspectos de la seguridad y salud en el trabajo; b) La convocatoria a las elecciones, la elección y el funcionamiento del comité de seguridad y salud en el trabajo; c) El reconocimiento de los representantes de los trabajadores a fin de que ellos estén sensibilizados y comprometidos con el sistema y; d) La identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos al interior de cada unidad empresarial y en la elaboración del mapa de riesgos.

Del mismo modo, como parte de la política del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, el empleador, debe constituir un Comité de Salud y seguridad en el trabajo en aquellas empresas con más de veinte trabajadores, consultar con los trabajadores y sus representantes, la política en materia de seguridad y salud en el Trabajo y fomentar la participación, la capacitación en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo y otorgar facilidades para la participación de los trabajadores y sus representantes en materia de seguridad y salud en el trabajo, permitiendo que dispongan de tiempo y de recursos para participar activamente en los procesos de organización, de planificación y de aplicación, evaluación y acción del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.

El derecho de participación y su no afectación constituyen derechos que también pueden ser exigidos judicialmente y constituyen manifestaciones específicas de un derecho de participación que se articula con el deber de prevención. Cierto es que la sujeción de este derecho de participación a un proceso judicial puede resultar poco práctico y de difícil ejecución, pero es posible la obtención de mandatos judiciales que además de declarar incumplimientos, obliguen al empleador a la necesaria participación de los trabajadores en la gestión del SST, de manera que no debe descartarse la utilización del proceso laboral para exigir la ejecución o materialización de esos derechos. Por lo demás, la existencia de una declaración judicial de incumplimiento de estos deberes o de una conducta evasiva del deber de protección, puede irradiar sus efectos hacia procesos de tipo reparador (indemnizatorios) en los que justamente se evalúa el cumplimiento o no, por parte del empleador, del deber de prevención y protección.

6.5. Obligaciones del empleador

El empleador, entre otras, tiene la obligación de establecer un reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo y de establecer servicios de seguridad y salud en el trabajo, lo que son manifestaciones de su deber de a) Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo. b) Desarrollar acciones permanentes con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes. c) Identificar las modificaciones que puedan darse en las condiciones de trabajo y disponer lo necesario para la adopción de medidas de prevención de los riesgos laborales; d) Practicar exámenes médicos cada dos años, de manera obligatoria, a cargo del empleador. Los exámenes médicos de salida son facultativos, y podrán realizarse a solicitud del empleador o trabajador; e) Garantizar que las elecciones de los representantes de los trabajadores se realicen a través de las organizaciones sindicales; y en su defecto, a través de elecciones democráticas de los trabajadores. f) Garantizar el real y efectivo trabajo del comité paritario de seguridad y salud en el trabajo, asignando los recursos necesarios. g) Garantizar, oportuna y apropiada-

mente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica, entre otros.

El cumplimiento de las obligaciones del empleador puede ser exigido judicialmente y constituye manifestación específica del deber de prevención. A diferencia de lo que ocurre con el derecho de participación, el cumplimiento de las obligaciones es susceptible de reclamo y presupuesto de procesos indemnizatorios cuando no de procesos penales. En estos casos, es posible la obtención de mandatos judiciales que además de declarar incumplimientos, obliguen al empleador a cumplir las normas de la LSST.

6.6. Actividades de riesgo

Quizá sean las actividades de riesgo y el cese de las condiciones que configuran aquellas, las que más se adecúan al planteamiento de procesos judiciales dirigidos a suspender la realización de actividades riesgosas, la continuidad de exposición de los trabajadores en zonas de riesgo y el establecimiento de medidas de prevención, incluidas las relacionadas con los métodos de trabajo y de producción, que garanticen un mayor nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

La modificación de las medidas de prevención de riesgos laborales cuando resulten inadecuadas e insuficientes para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, la provisión de equipos para la protección personal adecuados, según el tipo de trabajo y riesgos específicos presentes en el desempeño de sus funciones y la interrupción de actividades en caso inminente de peligro incluso, si fuera necesario, abandonar de inmediato el domicilio o lugar físico donde se desarrollan las labores, son también pretensiones que sin inconveniente alguno y aparejando la obtención de medidas cautelares, pueden ser reclamadas en el proceso judicial ordinario laboral.

6.7. Derechos de los trabajadores

Bajo el genérico título de derechos de los trabajadores la LSST agrupa en distintos artículos un conjunto de normas que protegen contra

los actos de hostilidad como consecuencia de los procesos iniciados por trabajadores reclamando la aplicación de la LSST, hacen exigible la capacitación e identificación de riesgos en materia de SST y la adecuación del trabajador al puesto de trabajo, cerrándose el conjunto de reglas en el reconocimiento del mismo nivel de protección de los trabajadores de contratistas, subcontratistas y otros terceros.

En todos estos casos, como ya se adelantó cabe la cobertura plena del proceso ordinario laboral como vía para la tutela de los derechos del trabajador, estando legitimados no solo los trabajadores a título individual, sino también los sindicatos, bien por los derechos que les asisten o en representación de sus afiliados o los trabajadores de una determinada categoría.

Los supuestos mencionados antes pueden ampliarse y seguramente las pretensiones jurídicas que los acojan en una demanda pueden tener muchas formas de expresión. Pero lo cierto es que, a pesar de la existencia de mecanismos como la inspección del trabajo, los procesos penales y el propio sistema de participación de los trabajadores como parte del sistema de gestión de la SST, los procesos laborales ordinarios pueden ser un complemento que permita que se cumpla el papel preventivo de la seguridad y salud en el trabajo. La casuística y la diversidad de supuestos que podría tomar el incumplimiento del rol preventivo y la exposición a riesgos puede ser muy grande, pero justamente la amplitud de recepción del ordenamiento procesal laboral permite que todas esas situaciones puedan protegerse por aquél, de manera que es posible que encontremos en el proceso laboral un mecanismo de apoyo a la prevención adicional a los que ya existen.

7. CONCLUSIONES

- El sistema reparador de las enfermedades y accidentes de trabajo ha estado típicamente representado por las indemnizaciones por daños y perjuicios ordenadas pagar en un proceso judicial, marco de protección que se activa cuando el sistema de SST no

es capaz de evitar un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

- El sistema vigente de SST en el Perú ha sido establecido por la Ley 29783 y tiene un claro propósito preventivo de riesgos laborales, pues busca garantizar el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores.
- La prevención a la que se refiere la LSST es una que implica la adopción de un sistema de gestión de SST en el que el empleador asume un papel activo y en el que participan activamente y como condición esencial los trabajadores, de modo que se eliminen los peligros y riesgos.
- El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, debiendo así asumir las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él.
- La LSST enfatiza la protección de los trabajadores, auspiciando su participación en programas de capacitación y entrenamiento y en la identificación de los peligros y en la evaluación de los riesgos en el trabajo, facultándoseles para que en caso estas no fueran tomadas o no obtener respuesta satisfactoria, puedan acudir a la Autoridad Administrativa de Trabajo.
- El rol de los trabajadores y los sindicatos en el sistema de SST es participar en el sistema de gestión de la SST, que busca fomentar y respetar la participación de las organizaciones sindicales -o, en defecto de estas, la de los representantes de los trabajadores- en las decisiones sobre la seguridad y salud en el Trabajo y además fomentar una cultura de prevención, asegurar un compromiso visible del empleador con la salud y seguridad de los trabajadores e incentivar la su cooperación.

- El sistema reparador mediante el pago de indemnizaciones actúa como un mecanismo de cierre de un sistema que como todo sistema preventivo trata de evitar que los infortunios ocurran, pero su eficacia parece no ser plena, debido a que no está demostrado su efecto en materia de reducción de accidentes de trabajo, ni los montos de las indemnizaciones obtenidas parecen sugerir la existencia de un pleno y efectivo sistema reparador.
- El rol preventivo del sistema de SST se podría complementar las reglas que contiene la NLPT pues estas permiten una articulación directa con las previsiones contenidas en la LSST. Tanto desde el punto de vista de las reglas de competencia, las de legitimación, como las de estructura misma del proceso ordinario, que admite medidas cautelares y el despliegue de pretensiones que declaren incumplimientos de las normas de SST o condenen a su cumplimiento.
- A pesar de la existencia de mecanismos como la inspección del trabajo, los procesos penales y el propio sistema de participación de los trabajadores como parte del sistema de gestión de la SST, los procesos laborales ordinarios pueden ser un complemento que facilite y permita que se cumpla el papel preventivo de la seguridad y salud en el trabajo.

LA RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y EL ROL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL PERÚ

MAURICIO MATOS ZEGARRA

Socio del área laboral de EY Perú (Ernst & Young). Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Université Libre de Bruxelles (ULB) – Bélgica. Docente de Derecho Laboral en la Universidad Católica de Santa María (UCSM) y en la Universidad Católica San Pablo (UCSP).

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, tanto el Poder Judicial como la inspección del trabajo en nuestro país han planteado un análisis de la responsabilidad del empleador frente a los accidentes de trabajo a partir de la noción de responsabilidad civil subjetiva basada en la noción de culpa. Esta visión, se ha visto reforzada pues en una interpretación de los principios de prevención y responsabilidad, la autoridad inspectiva de trabajo considera que el empleador siempre será responsable frente al acaecimiento de un accidente de trabajo.

Con el propósito de analizar esta visión en detalle desarrollamos el presente trabajo a fin de demostrar en primer término que la responsabilidad por los accidentes de trabajo basada en una noción de culpa fue abandonada a fines del siglo XIX para ser reemplazada por una noción de responsabilidad centrada en la teoría del riesgo.

En este sentido, nuestro país habría transitado a inicios del siglo XX del abandono de la responsabilidad por culpa, pasando a sistemas de protección construidos alrededor de la seguridad social, para llegar a un punto en donde el abandono de la seguridad social y su reemplazo por un sistema complementario pero limitado de seguro contra accidentes de trabajo, ha supuesto una "vuelta de tuerca" retornando a la noción de culpa del empleador.

Esta nueva noción de culpa está siendo reforzada por una visión – a nuestro criterio – muy amplia de los principios de responsabilidad y prevención previstos por la ley de seguridad y salud en el trabajo, trasladando al empleador la responsabilidad por un accidente de trabajo aún si este se ha producido por la propia negligencia del trabajador o por hechos atribuibles a otros actores sociales, tales como la propia organización sindical.

En este estado de cosas, el rol de la inspección de trabajo no se está centrando en un verdadero rol preventivo dado que en todos los casos en que estemos frente a la investigación de un accidente de trabajo, la responsabilidad del empleador se traducirá en la imposición de una cuantiosa multa. De manera simultánea, las actuaciones inspectivas estarían siendo utilizadas como material probatorio para que los trabajadores puedan lograr el pago de una indemnización por daños y perjuicios en la vía judicial, utilizando las investigaciones administrativas como la prueba de la "conducta antijurídica" del empleador.

En la líneas siguientes nos proponemos demostrar que esta situación se habría generado a partir de un abandono progresivo de la cobertura de accidentes de trabajo desde la perspectiva de la seguridad social, que genera como efecto inmediato una culpa absoluta y sin excepción del empleador frente a una contingencia de este tipo, que se traducirá siempre y muchas veces injustamente en su responsabilidad penal, civil y administrativa, sin analizar las consecuencias de una posible insolvencia del propio empleador y la imposibilidad material de asumir el alto costo de la imposición de una multa y el pago de una reparación económica.

I. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR FRENTE A LOS ACCIDENTES DE TRABAJO: UNA ANTIGUA NOCIÓN BASADA EN LA CULPA

A fines del año 2017 se publicaron las conclusiones del VI Pleno Jurisdiccional en material laboral y previsional[1] donde la Corte Suprema tuvo la oportunidad de analizar un tema fundamental en el desarrollo de la relación laboral: el de la responsabilidad del empleador como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional sufrido por un trabajador o un tercero bajo su custodia o responsabilidad.

El enfoque brindado por la Corte Suprema partía de una interpretación de los artículos 53 y 54 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo

1 https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/34eb79804a5627cfa962fdb1377c37fd/VI+PLENO+JURISDICCIONAL+SUPREMO+LABORAL-+A%C3%B1o+2017 comprimido.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=34eb79804a5627cfa962fdb1377c37fd. Consultado el 05 de octubre del 2020

en cuanto establece que el incumplimiento del empleador del deber de prevención, genera la obligación de pagar las indemnizaciones de las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.[2]

No obstante y para efectos del análisis que realizaremos en el presente trabajo, cabría preguntarse si el planteamiento y orientación de la Corte Suprema resultó innovador en el marco de la protección a los trabajadores respecto a los accidentes de trabajo, o si por el contrario significó el corolario de un sistema de prevención y protección frente a los accidentes de trabajo contradictorio respecto al sistema de cobertura brindado por la seguridad social que tiene actualmente un impacto negativo en la forma en que la inspección de trabajo concibe su rol de garante del cumplimiento de la normatividad en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Con la finalidad de analizar la coherencia del sistema de protección actual es importante realizar un rápido tránsito histórico respecto a la evolución del sistema de prevención y de protección sobre accidentes de trabajo en el Perú.

1. La teoría del riesgo profesional y el rol de la ley 1378 sobre accidentes de trabajo

Promulgada el 20 de enero de 1911 bajo el impulso de Don José Matías Manzanilla Barrientos, la ley 1378 estableció que "el empresario es responsable por los accidentes que ocurran a sus obreros y empleados en el hecho del trabajo o con ocasión directa de él". Asimismo, el artículo 13 de la referida norma también estableció que "todo empresario de cualquier

2 Artículo 53 de la ley N.° 29783 El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva.
Artículo 54. El deber de prevención abarca también toda actividad que se desarrolle durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, o en el desplazamiento a la misma, aun fuera del lugar y horas de trabajo.

industria o trabajo está obligado a prestar asistencia médica y farmacéutica por el accidente de trabajo que ocurra a sus obreros y empleados".

Cabe resaltar que la obligación del empleador se encontraba limitada por el salario del trabajador, pues la norma también precisaba que si el salario anual excediese de 120 libras se aplicarían las reglas del derecho común, pudiendo los trabajadores acogerse a la referida norma hasta dicho límite.

En este sentido cabría preguntarse, si en el año 1911 ya contábamos con un sistema de protección al trabajador frente a accidentes de trabajo que hacía responsable al empleador de los daños que pudiese sufrir el trabajador, ¿Qué cambió entre el año 1911 y el año 2020? Veamos.

Tal como nos lo recuerda Ramos Núñez, la ley 1378 consagró "en el Perú – y en Iberoamérica – la doctrina del riesgo en los accidentes de trabajo ocurridos en las actividades industriales". El referido autor señala con acierto que esto implicaba ciertamente que "la responsabilidad económica por los infortunios que sufrían los obreros y empleados en el desempeño de sus prestaciones laborales, o como consecuencia de ellas, se reputaba al empresario, aun si no existiera culpa por parte de éste, o si ella no se llegase a demostrar.[3]

Recordemos que hasta dicho momento los accidentes ocurridos en el trabajo o con ocasión del trabajo habían sido tratados bajo la óptica del derecho civil. Así, el Código Civil de 1852 precisaba en su artículo 2191 que *"Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo"*. Esta regulación traía consigo la dificultad de tener que demostrar la falta del empleador en la ocurrencia de un accidente de su trabajador lo que en la práctica podía suponer una tarea muy difícil para el trabajador. Tal como lo menciona el citado autor parafraseando a José Matías Manzanilla *"el obrero que se propusiera demostrar la culpa subjetiva del empresario ante los tribunales, requeriría la*

3 Ramos Núñez Carlos. *La teoría del riesgo profesional: "expresión militante de la economía contemporánea"* En Negocio Jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Ed. Grijley. Lima. 2004, pp. 555-556.

habilidad de la mítica Ariadna para descubrir las pruebas de la negligencia o del descuido industrial"[4]

En esta línea, la idea de implementar un sistema de responsabilidad del empleador sin culpa fue innovadora para el Perú y para gran de parte de América Latina; sin embargo, era una idea que se había venido gestando en Francia en los últimos años del siglo XIX. Así, mediante la ley del 9 de abril de 1898 se estableció en dicho país un sistema de responsabilidad del empleador frente a accidentes de trabajo sin falta, pero al mismo tiempo implementando un sistema de indemnizaciones previamente establecido o tarifado.

Al comentar la importancia de esta ley, Dupeyroux[5] precisa que esta radicaba entre otros aspectos en el hecho que la responsabilidad por la protección del trabajador estaba integrada en el propio contrato de trabajo. La ley, al igual que sucedería en el Perú años más tarde, buscó extender la responsabilidad patronal haciéndolo responsable de reparar las consecuencias de los accidentes incluso en aquellos casos donde podría existir una falta de la víctima, es decir del propio trabajador.

En la misma línea, Funck, al comentar la implementación de la primera ley belga respecto a accidentes de trabajo señalaba que *"la indemnización de las consecuencias de un accidente de trabajo fue el primer régimen de seguridad social organizado por la ley. Fue instaurado en 1903 para responder a las consecuencias dramáticas de los accidentes de trabajo entre los obreros, frecuentemente sometidos a condiciones penosas de trabajo"*. El referido autor señala además que el seguro "accidentes de trabajo" estaba fundado no sobre el concepto de falta, sino sobre la base del riesgo: aquel que hace correr un riesgo a la persona que trabaja para su servicio debe hacerse responsable de las consecuencias[6].

---

4 *Ibídem,* pp. 556.

5 Dupeyroux, Jean-Jacques. *Droit de la securité sociale.* Dalloz. Paris. 2011. pp 19-20. Traducción libre.

6 Funck, Jean François. *Droit de la sécurité sociale.* De Boeck et Larcier 2006, pp 301-302.

Tanto la ley peruana sobre accidentes de trabajo de 1911, como la ley francesa de 1898 y la ley belga de 1903, introdujeron, como ya se ha mencionado, un sistema de responsabilidad objetiva basada en la teoría del riesgo profesional cuyas características podrían resumirse a continuación:

a) La responsabilidad frente a un accidente de trabajo recaía en el empleador sin importar si el acaecimiento de tal accidente se hubiese originado en la falta del propio trabajador; sin embargo la ley estableció 2 interesantes reglas de excepción: i) por un lado si el accidente proviniere de culpa inexcusable de la víctima, la indemnización debía ser reducida proporcionalmente de acuerdo a la apreciación del Juez, no pudiendo ser inferior al salario mínimo vital de la época; ii) En caso el accidente se produjese *(…) por falta de los respectivos aparatos de protección determinados en los reglamentos que dicte el Poder Ejecutivo (…)* Es decir por negligencia o falta de cuidado por parte del empleador, la indemnización se elevaría en un 50%.

b) Al mismo tiempo, el monto de la indemnización que asumiría el empleador se encontraba previamente fijada por ley, es decir que se trataba de un sistema de indemnización tarifada. La idea de tener un sistema de indemnización previamente fijado señala Dupeyroux[7] para el caso francés, era hacer que el trabajador realizase también todos los esfuerzos preventivos para evitar el acaecimiento del accidente.

c) Cabe agregar, que tal como lo establecía la ley 1378, esta solo era aplicable a los obreros y empleados cuyo salario anual no excediese de 120 libras peruanas de oro. En caso el salario anual excediese de dicho monto, se aplicarían las reglas del derecho común, pudiendo los trabajadores acogerse a la ley hasta la referida suma, en cuyo caso se producía una renuncia implícita para obtener una indemnización de acuerdo con las reglas del derecho común.[8]

7 Dupeyroux, Jean-Jacques. *Ibídem*, p. 20.

8 Para un estudio más detallado sobre las teorías acerca de la responsabilidad derivada de

Como se habrá podido notar, a diferencia de la posición actual de la Corte Suprema, el legislador peruano de inicios del siglo XX había eliminado la noción de culpa del empleador entendida esta como dolo, culpa inexcusable o culpa leve, incluyendo ciertamente la falta de diligencia o deber de prevención al que hace referencia la Ley de seguridad y salud en el trabajo, haciéndolo responsable de los accidentes que pudiesen sufrir los trabajadores sin importar el origen de este.

Sin embargo, el sistema de protección implementado por la Ley 1378 distaba de ser un sistema lo suficientemente eficiente como para poder desincentivar conductas tendientes a producir un accidente de trabajo y por otro lado tampoco suponía una real y efectiva cobertura frente a tales hechos. De hecho, la Ley 1378, posteriormente modificada por la Ley 2290 no incluyó en su redacción una definición sobre lo que debía entenderse por accidente de trabajo, ni tampoco solucionó un problema que la Corte Suprema de la República tampoco resuelve en el siglo XXI. ¿Qué sucede si un empleador deviene en insolvente? ¿Qué sucedería en caso se determine la responsabilidad civil del empleador, pero este no puede asumir el monto de la indemnización?

Del mismo parecer es el profesor Plá Rodríguez, quien señala que "*cuando ya se había cubierto todo el panorama laboral, abarcando con su protección a todos los trabajadores y alcanzando con su responsabilidad eventual a todos los empleadores, se empezó a encarar otro problema que la práctica puso de manifiesto: la posible incapacidad económica de muchos empleadores para hacer frente a su responsabilidad*"[9] Las apreciaciones del Profesor Plá bien podrían también ser aplicables hoy en nuestro sistema de inspección de trabajo en el sentido de preguntarnos ¿qué sucedería si un empleador no está en posibilidad de asumir el pago de la multa que pueda imponer la inspección de trabajo como consecuencia de una infracción vinculada

los riesgos de trabajo recomendamos revisar DE BUEN, Néstor Derecho del Trabajo. Ed. Porrúa, México 2008, pp. 621-627.

9 Plá Rodríguez, Américo. *Estudios de la Seguridad Social.* Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. 1era edición. 1999, pp. 211 y ss.

a seguridad y salud en el trabajo? ¿Qué sucedería si el empleador deviene en insolvente? Lo analizaremos en los párrafos siguientes.

2. La protección de accidentes de trabajo: Un necesario enfoque desde la seguridad social

El acaecimiento de un accidente de trabajo debe ser entendido en principio y antes que nada como un riesgo, y concretamente como un riesgo profesional. Como menciona Ewald "accidente quiere decir para el obrero, desempleo, probablemente incapacidad parcial o absoluta para el trabajo y en el peor de los casos la muerte"[10] Frente a tal situación y tal como lo identifica a su vez Plá Rodríguez el empleador puede cubrirse frente al riesgo ya sea contratando un seguro mercantil[11], ya sea a través de un sistema coordinado de seguridad social donde exista por un lado la obligación del empleador de cotizar u aportar un porcentaje de la remuneración del trabajador destinado a enfrentar una contingencia de esta naturaleza, y por ende exista a su vez un ente que administre y pague las prestaciones derivadas del acaecimiento del riesgo.

De hecho, durante gran parte del siglo XX, los empleadores buscaron protegerse de la aplicación de la teoría del riesgo profesional mediante la contratación de seguros; sin embargo, el riesgo de un accidente de trabajo fue abordado progresivamente bajo la óptica de la seguridad social.

2.1. La visión de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

A través del Convenio N.° 17 – Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo 1925 (C17), la OIT adoptó por primera vez un instrumento normativo general que garantizaba a las víctimas de accidentes de trabajo, o a sus derechohabientes, una indemnización en caso de acaecimiento de este riesgo. Si bien, la OIT ya se había pronunciado sobre el tema en específico para el sector agrícola a través de la Tercera

10 Ewald, François. *L´Etat Providence.* Bernard Grasset. Paris. France. 1986. pp. 230. Traducción libre.

11 *Op. Cit.* pp. 211.

Reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo (Convenio N.° 12), el C17 sería el primer instrumento aplicable a la industria y la empresa en general, con excepción de la gente de mar.

La visión de la OIT sobre la forma en que debía pagarse la referida indemnización comenzaba a parecerse a la de una prestación de la seguridad social, abandonando progresivamente el sistema de la teoría del riesgo, pues el artículo 5° del referido instrumento señalaba que las indemnizaciones debían pagarse en forma de renta, además de garantizar la asistencia médica y farmacológica; sin embargo el referido instrumento también señalaba que el otorgamiento de prótesis u ortopedia debía ser asumido por el empleador o por el asegurador. Asimismo, establecía que los Estados que ratificaran el Convenio debían prever mecanismos frente a la insolvencia del empleador o de la aseguradora.

No obstante, el gran salto de la cobertura de accidentes de trabajo como una prestación de la seguridad social, llegaría con el Convenio 102 – Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social que entró en vigor el 27 de abril de 1955 y fue ratificado por el Perú el 23 de agosto de 1961. Recordemos que bajo el sistema de la seguridad social y tal como lo establece el artículo 71 del C102, el costo de las prestaciones concedidas y los gastos de administración —incluyendo las de accidentes de trabajo— deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa.

En un sistema de cobertura de los accidentes de trabajo y también de las enfermedades profesionales bajo la óptica de la seguridad social, deberíamos contar con un empleador que de manera individual o de manera conjunta con el Estado asuma el pago de un aporte o cotización a una entidad administrativa que pueda gestionar dichos aportes, haciéndose esta última responsable de los cálculos y estudios actuariales respectivos, de manera que el equilibrio financiero del fondo quede asegurado y de esta manera sea esta entidad sea la que asuma el pago de las prestaciones derivadas de un accidente de trabajo.

La idea de tratar a los accidentes de trabajo como un riesgo social y en consecuencia brindarles cobertura desde el punto de vista de la seguridad social permite, por un lado, asegurar la efectiva reparación de un daño hacia el trabajador producto del accidente, y por otro lado evita que el empleador deba asumir de manera inmediata la responsabilidad del pago de una indemnización. De alguna forma el pago de la cotización u aporte mensual, independientemente o no del acaecimiento del riesgo, es una manera efectiva de evitar los casos de insolvencia del empleador.

2.2. El Decreto Ley 18846 y la posición del legislador peruano

El 29 de abril de 1971 entró en vigor en nuestro país la ley sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales bajo el título de "Seguro Social Obrero asume exclusivamente el seguro por accidentes de trabajo de los obreros". Tal como se señaló en la referida norma, la idea de la norma era implementar un sistema de seguridad social en lo relativo a la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Así, se señaló en la misma, que el objeto de la norma era dar término al régimen de aseguramiento voluntario de los empleadores y a la acción que en vía subrogativa habían venido cumpliendo las compañías privadas de seguros.

La norma del año 1971 y su reglamento, aprobado mediante decreto supremo 002-72-TR fue revolucionaria y positiva en muchos aspectos, pues en principio amplió la cobertura respecto a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a todos los sectores profesionales, aunque tuvo una limitación importante al señalar que sólo se refería a trabajadores obreros. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional a través de la STC 10063-2006-AA/TC (Caso Padilla Mango) precisó que la cobertura brindada por el seguro contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales también era aplicable a trabajadores empleados siempre y cuando hubiesen laborado como obreros para el mismo empleador.

En segundo lugar, hacía responsable al empleador del pago de un aporte o cotización destinado a financiar las prestaciones médicas, hospitalarias, farmacológicas, de rehabilitación y de otorgamiento de una

renta vitalicia a los trabajadores que sufrieran un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

3. El seguro complementario de trabajo de riesgo, el abandono de la seguridad social y la adopción de un sistema de seguro obligatorio

El 17 de mayo de 1997, con la publicación de la Ley 26790 – Ley de modernización de la seguridad social en salud y posteriormente con la entrada en vigor del decreto supremo 003-98-SA (decreto supremo que aprueba las normas técnicas sobre el seguro complementario de trabajo de riesgo-SCTR), el esquema de cobertura de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales en nuestro país cambió drásticamente.

En efecto, el artículo 19 de la referida ley señala que el SCTR otorga cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desempeñan las actividades de alto riesgo, acentuando su carácter obligatorio y buscando cubrir el otorgamiento de prestaciones de salud, así como de invalidez y sobrevivientes para los casos de accidentes de trabajo. No obstante, y pese a la idea de que el sistema de cobertura obligatoria propuesto por la norma busca alinearse con los principios constitucionales en un marco de equidad, solidaridad, eficiencia y facilidad de acceso a los servicios de salud, el diseño de la misma dista mucho de poder cumplir efectivamente con dichos principios, aun ponderando el carácter progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Esta misma posición se replica en el artículo 3 del Reglamento de la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud aprobado mediante decreto supremo 008-2010-SA en cuanto establece que el riesgo ocupacional a que están expuestos todos los trabajadores como consecuencia de las labores que desempeñan en su centro de trabajo, o a través de la actividad laboral desarrollada independientemente, debe ser materia de aseguramiento progresivo hasta alcanzar la universalidad.

En efecto, la cobertura brindada por el SCTR presentaría, a nuestro criterio, algunas deficiencias en su estructura que valdría la pena destacar y que en nuestra opinión terminan impactando en la noción de cobertura

que plantea el Poder Judicial, y también en la posición asumida por la inspección de trabajo al momento de desarrollar su trabajo de investigación sobre accidentes de trabajo y ciertamente en la determinación de la cuantía de las multas a ser impuestas al empleador.

a) En principio, la norma define al SCTR como un sistema de cobertura adicional a los afiliados a la seguridad social en salud administrado por EsSalud. Es decir, no se trata de una prestación de la seguridad social independiente y orientada a brindar cobertura en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sino que a criterio de la propia norma sólo se trataría una protección complementaria a la protección médica y económica brindada para los casos de accidentes y enfermedades comunes.

   Esta es la posición que además plasmó la Corte Suprema a través de la Cas. N.° 1225-2015-LIMA cuando señaló expresamente que *"Al respecto, las prestaciones que otorga el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo tienen una naturaleza distinta y constituye el otorgamiento de una cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que laboran en actividades de alto riesgo, en consecuencia, las prestaciones que otorgan estos tipos de seguros son independientes de la responsabilidad civil ordinaria que debe asumir quien causa daño por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales"*

   Es claro que la posición de la Corte Suprema parte de la idea de asumir que la cobertura del SCTR sólo resultaría complementaria y que siempre quedaría abierta la posibilidad de que los trabajadores puedan apelar a la noción de culpa que en su momento y a inicios del siglo XX el legislador peruano quiso eliminar para reemplazarla por un sistema de cobertura a través de un sistema de seguridad social.

   Es más, se advierte de esta posición jurisprudencial, que la Corte Suprema no asume que el SCTR represente un verdadero sistema de cobertura previsional frente a accidentes de trabajo,

sino que estaríamos simplemente frente a un sistema complementario de cobertura de salud, que no excluye la noción de reparación civil por la inejecución de obligaciones, apartándose – como hemos mencionado – de la teoría del riesgo profesional y alejándose también de una noción de reparación a partir de la propia seguridad social.

b) En segundo lugar, la norma no otorga una cobertura universal frente a todo accidente de trabajo. Si bien, la definición de accidente de trabajo es general, en el sentido de definir al accidente de trabajo como toda lesión orgánica o perturbación funcional causada en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo por acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obra súbitamente sobre la persona del trabajador o debida al esfuerzo del mismo, el hecho que la contratación del SCTR solo sea obligatoria para empleadores cuyas actividades se encuentren listadas en al Anexo 5 del decreto supremo 009-97-SA, genera con frecuencia el hecho que accidentes que pueden ser catalogados como tales, incluso por la propia inspección de trabajo en sus investigaciones, no merezcan una cobertura por parte de la seguridad social peruana.

En efecto, si un trabajador que no realiza actividades de alto de riesgo sufre un accidente de trabajo, la cobertura que recibirá será la de un accidente común, por lo que en la práctica, una gran cantidad de accidentes de trabajo no tienen una cobertura efectiva por parte del sistema de seguro obligatorio implementado por el legislador peruano hace más de 20 años y terminan siendo analizados y tratados como si se tratara de un accidente común.

En conclusión, la cobertura limitada del SCTR abre el espacio a que los trabajadores reactiven la necesidad de conseguir una cobertura efectiva por parte del empleador a través de una indemnización por daños y perjuicios en la vía ordinaria.

c) La tercera deficiencia que advertimos viene dada por la exclusión específica de los accidentes en el trayecto al trabajo o accidentes *in itinere* de la cobertura del SCTR. Esta exclusión es particularmente grave si tomamos en consideración que el artículo 7 del Convenio 121 de la OIT sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de 1964 señala expresamente que *"todo Miembro deberá prescribir una definición del accidente del trabajo, incluyendo las condiciones bajo las cuales un accidente sufrido en el trayecto al o del trabajo es considerado como un accidente de trabajo"* y si bien el Perú no ha ratificado este convenio, el hecho de sí haber ratificado el Convenio 102 sobre la seguridad social (norma mínima) importaría que el Perú adopte una legislación interna acorde al estándar mínimo de cobertura de las contingencias previstas por dicho convenio y la definición que sobre accidentes de trabajo brinda el Convenio 121.

En conclusión, las deficiencias advertidas en la forma que se estructura actualmente en nuestro país el sistema de cobertura frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y el hecho de haber pasado de una cobertura de seguridad social a una de cobertura complementaria y parcial a través de la adquisición por parte del empleador de un seguro obligatorio para actividades calificadas como de riesgo en nuestro país, puede estar repercutiendo de manera negativa en la forma en que el Poder Judicial analiza los casos de responsabilidad del empleador retornando a una visión de esta basada en la culpa del empleador y en algunos casos en el riesgo creado.

Por otro lado, consideramos también que esta percepción de la responsabilidad del empleador frente a los accidentes de trabajo podría determinar una orientación del rol de la inspección de trabajo basada en la determinación de la culpa por parte del empleador a través del incumplimiento general de su deber de prevención, así como del principio de responsabilidad[12] y a partir de este punto generar la sanción al empleador

12 Ley N.º 29783.- Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. I. Principio de prevención: El

por incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo lo que a su vez abre la posibilidad de que el trabajador premunido del acta de infracción o las resoluciones de sub – intendencia o intendencia de la autoridad inspectiva de trabajo pueda plantear una demanda indemnizatoria de daños y perjuicios donde ciertamente la conducta antijurídica del empleador ya estaría previamente acreditada, abriéndose el espacio para que el Poder Judicial solo determine el *quantum* indemnizatorio. Veamos

II. EL ROL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL PERÚ FRENTE A LOS ACCIDENTES DE TRABAJO

1. Entre la cobertura, la vigilancia y la prevención

Durante décadas, la noción de prevención de los accidentes de trabajo estuvo desligada de las normas que regulan la cobertura de la contingencia una vez que esta se presentaba. Tal como lo hemos desarrollado en los párrafos precedentes, las primeras normas que buscan brindar una cobertura efectiva frente a los accidentes de trabajo datan del año 1911 con la Ley 1378; sin embargo, la primera norma coordinada en materia de seguridad y salud en el trabajo se aprobaría recién en el año 1964 a través del Decreto Supremo 42 F.

En efecto, la referida norma buscaba dar cumplimiento a un mandato general contenido en el artículo 157 de la Ley 13270 del 30 de noviembre de 1959 —Ley de Promoción Industrial— en cuanto establecía que *"las empresas industriales, de acuerdo a su capacidad económica, estarían obligadas*

---

empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral. II. Principio de responsabilidad: El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de el, conforme a las normas vigentes.

a instalar y mantener sistemas de previsión social, educacionales, seguridad e higiene industriales, en conformidad con las normas que dicte el Reglamento".

De la misma forma, el artículo 104 de la Ley 23407 de 1982 —Ley General de Industrias— señalaba que las empresas industriales debían cumplir con las normas legales de seguridad e higiene industrial, en resguardo de la integridad física de los trabajadores, agregando, que los trabajadores con secuelas físicas o sensoriales ocasionadas por accidentes de trabajo, serían reubicados por las empresas, en coordinación con la Dirección General del Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

Pese a estos esfuerzos aislados y de cobertura parcial, pues se encontraban enfocados sólo en las empresas industriales, nuestro país no tendría un verdadero sistema transversal e intersectorial de gestión de la seguridad y salud en el trabajo hasta la dación en un primer momento del decreto supremo 009-2005-TR —Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo y luego en el año 2011 con la entrada en vigor de la Ley 29783— Ley de seguridad y salud en el trabajo y su reglamento aprobado mediante decreto supremo 005-2012-TR.

Es importante resaltar, además, que la implementación del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo del año 2005 se desprende de una exigencia de la antigua Ley General de Inspección de Trabajo aprobada mediante Decreto legislativo 910[13].

Como ya hemos mencionado, esta situación nos muestra el divorcio normativo entre mecanismos legales de prevención de los accidentes de trabajo versus los mecanismos de atención y mitigación de la contingencia. Esto, sin duda alguna, tiene un impacto importante en el rol que juega la inspección de trabajo en vigilar el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo respecto a los empleadores en el Perú y la

13 Sétima Disposición Complementaria: Encárguese al Ministerio de Trabajo y Promoción Social, para que en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles de publicada esta Ley, proceda a constituir una Comisión Multisectorial encargada de elaborar el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, la cual debe contar con el concurso de organizaciones sindicales representativas de trabajadores, organizaciones representativas de empleadores y la participación de organismos especializados en la materia.

forma en la que ésta concibe hoy los alcances de los principios de prevención y responsabilidad por parte del empleador.

2. La función de inspección respecto a los accidentes de trabajo: un recorrido histórico

Sin lugar a duda, la protección del trabajador y de su integridad son la razón de ser de la existencia misma del derecho del trabajo. Tal como nos lo recuerda Supiot de manera muy clara, en la relación de trabajo, el trabajador, a diferencia del empleador, no arriesga su patrimonio, arriesga su vida. Y es precisamente por salvar a esta última que el derecho del trabajo se configura. La seguridad de las personas es un principio fundamental del estado de derecho.[14]

En esta línea de ideas, el rol de la inspección de trabajo como vigilante del cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo es primordial en cualquier estado social y nuestro país no ha sido la excepción. Recordemos que la OIT desde su fundación en 1919 a través de la Recomendación N.° 05 señalaba que cada Miembro de la OIT *"implante lo más pronto posible, si no lo hubiera ya hecho, no sólo un sistema que garantice la inspección de las fábricas y talleres, sino también un servicio público encargado especialmente de salvaguardar la salud de los obreros, que se mantendrá en relación con la Oficina Internacional del Trabajo*" y es que si bien las relaciones de trabajo – individuales o colectivas – nacen de la autonomía de la voluntad de las partes involucradas (empleador y trabajador) no es menos cierto que esta autonomía de la voluntad se encuentra fuertemente limitada por la existencia de un conjunto de normas de orden público que velan por eliminar el natural desequilibrio negocial entre empleador y trabajador.

En la medida que las normas que regulan el derecho del trabajo establecen estándares mínimos de cumplimiento para ambas partes, resulta imprescindible que el Estado pueda vigilar el cumplimiento estricto de

14 Supiot, Alain. *Critique du droit du travail.* Presses Universitaires de France, 2e édition, 2011. p. 68. Traducción libre.

estas normas a través de un sistema de inspección de trabajo cuya administración dependa del propio Estado. De ahí, que la propia OIT señalara con ocasión de la adopción y entrada en vigor del Convenio 81 sobre la inspección de trabajo de 1947 que todo Miembro deberá mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales con el propósito de que los inspectores de trabajo velen por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión.

El Convenio 81 ratificado por el Perú en el año 1960 fue desarrollado en primer término por el decreto supremo 003-71-TR del 12 de julio de 1971 por el que se dictaron disposiciones para realizar la inspección del trabajo con mayor eficacia y rapidez. En seguida, a través del decreto supremo 003-83-TR del 18 de febrero de 1983 se implementó una nueva norma sobre la función inspectiva precisándose que esta tiene por objeto vigilar el cumplimiento de la disposiciones legales y convencionales y de las de higiene y seguridad ocupacional. Cabe agregar que la referida norma establecía que, tratándose aspectos referentes a las disposiciones sobre higiene y seguridad ocupacional, dicha función se cumpliría en coordinación con la Dirección General correspondiente.

Esta norma resulta interesante para el análisis que venimos realizando, pues tenía un enfoque específico para el tema de seguridad y salud en el trabajo dado que establecía, dentro de las funciones de la Dirección General de Inspección, la de velar por el cumplimiento de las normas técnicas sobre higiene y seguridad ocupacional, en coordinación con la Dirección General de Higiene y Seguridad Ocupacional. De la misma forma, se señalaba que las visitas inspectivas serían realizadas por inspectores, quienes deberían poseer conocimiento de la legislación laboral, de higiene y seguridad ocupacional y otras normas vinculadas a los asuntos de competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

En lo que se refiere a las sanciones que se podían aplicar en caso de incumplimiento de la normativa socio laboral resulta pertinente recordar las disposiciones del Decreto Supremo 3 del 13 de mayo de 1960 relativas a multas. El D.L. 18668 del 1 de diciembre de 1970 y el decreto

supremo 005-72-TR del 18 de abril de 1972 establecieron la facultad de las autoridades de trabajo para imponer multas a los empleadores de la actividad privadas, así como a las Empresas Públicas Descentralizadas cuyos trabajadores estén sometidos al régimen correspondiente al de la actividad privada, por violación de las disposiciones legales laborales y convenciones colectivas de trabajo, así como por la comisión de cualquier acto que altere la armonía en las relaciones de trabajo.

Años más tarde se implementarían en nuestro país nuevas normas sobre la función inspectiva, nos referimos al decreto supremo 004-95-TR y el decreto supremo 004-96-TR. El tenor de estas normas era muy similar al de sus predecesoras, vale decir, considerar dentro de las funciones inspectivas a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, la supervisión del cumplimiento de las normas legales y convencionales en materia de trabajo y de las normas básicas de higiene y seguridad ocupacional. Las multas podían ascender a 25 y hasta 30 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)[15].

Estas normas fueron reemplazadas en el año 2001 por el decreto legislativo 910 y el decreto supremo 020-2001-TR que incluyeron por primera vez una declaración de principios de la función inspectiva tales como la legalidad, la primacía de la realidad, el carácter irrenunciable de los derechos laborales de los trabajadores, la buena fe, la razonabilidad y la proporcionalidad de la sanción. Esta norma y su reglamento incorporaron algunas novedades tales como:

a) La posibilidad de que el inspector de trabajo que contase con acreditación de conciliador pudiese conciliar en el caso de las inspecciones especiales y sólo a solicitud expresa del trabajador y del empleador.[16]

15 La Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es el valor en soles establecido por el Estado para determinar impuestos, infracciones, multas y otros aspectos tributarios. Algunos montos se expresan en cantidades (5 UIT's) o porcentajes (20% UIT). Consultado en https://www.gob.pe/435-valor-de-la-uit el 25 de setiembre del 2020

16 Como sabemos, esta facultad ha sido retomada recientemente con el Decreto Legislativo 1499 que prevé la conciliación administrativa de conflictos laborales con carácter

b) Una tipología de sanciones y de criterios de cuantificación de las multas en función a grados. Así, el artículo 19 de la derogada norma consideraba como una infracción de segundo grado a las relativas al incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo. No obstante, si bien esta tipificación suponía en la práctica una mejora importante en la protección del principio del debido procedimiento y específicamente del principio de tipicidad ya integrado en el artículo 1 de la norma, la denominación general de incumplimientos en materia de seguridad y salud en el trabajo seguía siendo sumamente amplia y no permitía identificar claramente la gravedad o el tipo de incumplimiento, dejando un amplio espacio a la actuación discrecional de la inspección de trabajo en estas materias.

3. El rol actual de la inspección de trabajo frente a los accidentes de trabajo

Como sabemos, la arquitectura legal del sistema de inspección de trabajo en el Perú se desprende el día de hoy de los alcances de la ley general de inspección de trabajo-Ley 28806 y su reglamento aprobado mediante decreto supremo 019-2006-TR.

Bajo los alcances de ambas normas es que la autoridad inspectiva de trabajo, recae actualmente en la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) como ente rector del Sistema de Inspección de Trabajo en el Perú[17], y despliega su labor de garante del cumplimiento de la normativa socio laboral, así como lo relativo a la seguridad y salud en el trabajo.

obligatorio en forma previa al inicio de las actuaciones inspectivas de investigación o comprobatorias, siempre y cuando los incumplimientos sean subsanables.

17 De acuerdo al artículo 3 de la Ley 29981, La Sunafil desarrolla y ejecuta todas las funciones y competencias establecidas en el artículo 3 de la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, en el ámbito nacional y cumple el rol de autoridad central y ente rector del Sistema de Inspección del Trabajo, de conformidad con las políticas y planes nacionales y sectoriales, así como con las políticas institucionales y los lineamientos técnicos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

No obstante, cabría preguntarse sobre este punto si la labor que viene desplegando SUNAFIL y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) resulta eficaz para asegurar el cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, o si por el contrario la eficacia del sistema hoy depende esencialmente de cuan altas pueden ser las multas que pueda imponer SUNAFIL a un empleador, sin importar si existe o no la capacidad económica por parte de este para afrontarlas, o que tan drásticas pueden ser las medidas que puede implementar un inspector de trabajo durante el procedimiento inspectivo, sin analizar si estas medidas serán realmente efectivas o disuasivas.

Al respecto, nos parece importante realizar un breve análisis sobre algunas deficiencias que podrían hacer, en la práctica, inoperante el sistema de inspección de trabajo y en forma adicional generar una idea errada respecto a la labor de fiscalización en la prevención de accidentes de trabajo. Veamos.

3.1. Un sistema que no concibe que el Estado incumpla la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo

Si bien el Estado es uno de los principales empleadores en nuestro país, por paradójico que parezca, la actuación de la inspección de trabajo no se extiende a los trabajadores que se encuentran bajo el marco y alcances del régimen laboral público.

En efecto, aun cuando el artículo 4 de la ley 28806 señala que en el desarrollo de la función inspectiva, la actuación de la Inspección del Trabajo se extiende a todos los sujetos obligados o responsables del cumplimiento de las normas sociolaborales, ya sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas. Recordemos que en la práctica solo están comprendidos los empleadores del sector público, siempre y cuando estos estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, por lo que el rol de SUNAFIL queda automáticamente reducido a uno de coordinación con la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

Es decir, que en caso se presenten incumplimientos a la normativa de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador del sector público, o lo que es más grave, un accidente de trabajo, no existirá una actuación efectiva del sistema de inspección del trabajo que permita desplegar acciones de control y de sanción por parte del propio Estado, y si bien esta responsabilidad recae en la Autoridad Nacional del Servicio Civil, en nuestra opinión, el rol de supervisión que ejerce esta entidad, se encuentra lejos de ser eficaz, por lo que esta situación deja sin supervisión, quizá al empleador más grande del Perú, el propio Estado.

Este nivel de desprotección, sumado al hecho de una deficiente cobertura previsional de los accidentes de trabajo como hemos detallado en párrafos precedentes, genera el espacio a una reactivación de la responsabilidad por culpa frente a los accidentes de trabajo y la inevitabilidad de tener que atravesar por un proceso judicial para que el trabajador pueda obtener cobertura por el daño sufrido, derivando al Poder Judicial la labor de determinar el incumplimiento de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo a fin de determinar la existencia de una conducta antijurídica por parte del empleador Estado.

No obstante, en aquellos casos donde se presente esta posibilidad, cuya activación depende única y exclusivamente de la voluntad de la víctima, el incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo y la falta al deber de prevención por parte del empleador público quedarán impunes.

3.2. Un sistema que sólo concibe un “culpable”: el empleador

Como ha sucedido con todas las normas que han regulado el sistema de inspección del trabajo en nuestro país y como sucede hasta ahora, el sistema de inspección de trabajo en nuestro país, así como el sistema sancionador está diseñado para concebir sin admitir dudas o prueba en contrario que el incumplimiento de la normativa socio laboral y específicamente la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo sólo puede tener un responsable o culpable: el empleador.

Es decir, no se admite que tanto el propio trabajador como la organización sindical pueden ser responsables del incumplimiento de alguna norma laboral, lo que ciertamente pone al empleador en una situación difícil al momento de procurar demostrar ante la inspección de trabajo que no fue el incumplimiento general de su "deber de prevención" el que ocasionó el acaecimiento de un accidente de trabajo.

En efecto, en aquellos casos donde, por ejemplo, la organización sindical, responsable de organizar el proceso electoral de los representantes de los trabajadores ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo (CSST) omita su obligación retardando dicho proceso, o en su defecto cometiendo irregularidades en el mismo, la autoridad inspectiva de trabajo desplegará su labor respecto sólo al empleador como sujeto inspeccionado y no a la organización sindical. De la misma forma, si la organización sindical omitiese entregar al empleador la documentación relativa al proceso electoral desarrollada por ésta, nuevamente el único sujeto inspeccionado y probablemente multado sea en su momento el propio empleador.[18]

Urge que la labor de la autoridad inspectiva de trabajo pueda considerar también como sujeto inspeccionado y si corresponde —sancionado— a la propia organización sindical que incumple sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, pues de lo contrario nos encontraremos frente a un sistema de carácter draconiano donde el empleador, aún excediendo su rol de "empleador diligente" o agotando la diligencia ordinaria que el caso exige, no pueda librarse de la imposición de una sanción por parte de SUNAFIL.

Una situación similar puede presentarse respecto a los incumplimientos en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador, o los casos donde incluso puede existir una participación de este en el

18 Si bien mediante Resolución N.° 179-2019-SUNAFIL se aprobó como criterio normativo que el empleador no incurre en infracción por la omisión del sindicato de convocar a elecciones del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo o por cualquier otro acto a cargo del mismo, cuando legalmente le corresponda, siempre que la causa no le sea imputable a aquel, este criterio tampoco hace responsable a la organización sindical, sólo exime de responsabilidad al empleador.

acaecimiento del accidente. Así, por ejemplo en la Resolución de Sub-Intendencia N.° 28-2020-SUNAFIL/ILM/SIRE1, pese a las repetidas alegaciones del empleador respecto a que el accidente de un trabajador se produjo como consecuencia de un "exceso de confianza" por parte del trabajador y que la propia inspección de trabajo consideró como una de las causas básicas relativa a factores personales *"el exceso de confianza, en tanto el trabajador asumió que la labor estaba suficientemente ventilada"*, la inspección de trabajo concluyó en la responsabilidad del empleador, sustentada en su deber general de prevención de acuerdo los alcances del Título Preliminar de la Ley de seguridad y salud en el trabajo.

De la misma forma se advierte de la Resolución de Sub-Intendencia N.° 49-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE 3 donde se sanciona al empleador por haber incurrido en 2 incumplimientos en materia de seguridad y salud en el trabajo derivados de su deber de supervisión, derivados de un accidente de trabajo donde la propia inspección de trabajo determinó como causas inmediatas los siguientes actos sub estándar *"no coordinar el conductor el movimiento con su tripulación antes de iniciarlo; no advertir el brequero que al no haber colocado el freno de mano ni los tacos en las ruedas podría provocar el desplazamiento del vagón tanque, no advertir el maquinista a su tripulación mediante señal acústica (pito/campana) el movimiento de la locomotora"*. Es decir, que, pese a que se acredita la responsabilidad parcial o total de uno o varios trabajadores en el acaecimiento del accidente de trabajo, este termina siendo siempre responsabilidad del empleador.

En la misma línea, en la Resolución de Sub-Intendencia N.° 361-2018-SUNAFIL/ILM/SIRE3 SUNAFIL se señaló expresamente en el considerando 17 que *"con relación de que el accidente de trabajo del día 25.11.2015 se ha originado por descuido o negligencia del trabajador accidentado, es pertinente recordarle que de acuerdo a la normatividad de seguridad y salud en el trabajo, es el empleador (conforme al Principio de Prevención contenido en el Título Preliminar), quien garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento, los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores"* para agregar en seguida que *" Similar criterio ha sido establecido por la Corte Suprema de Justicia en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, quienes establecieron en su*

primer acuerdo que el empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador, por lo tanto, lo alegado en este extremo de su descargo, carece de todo sustento legal"

Por otro lado, a través de la Resolución de Sub-Intendencia N.° 537-2018-SUNAFIL/ILM/SIRE 3 y la Resolución de Intendencia N.° 005-2020-SUNAFIL/ILM, SUNAFIL concluyó que por el "principio de responsabilidad" es el empleador quien asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él".

Esta situación puede ser peligrosa, pues además de imponerse una cuantiosa multa al sujeto inspeccionado, puede generarse un proceso judicial por daños y perjuicios donde la "culpabilidad" del empleador ya estará previamente determinada por la propia inspección de trabajo y donde el Poder Judicial, acoja el texto del acta de infracción como un elemento probatorio suficiente para acreditar la conducta antijurídica del empleador y en seguida determinar el monto indemnizatorio.

Resulta pues claro, que la concepción laxa y amplia del cumplimiento del "deber de prevención" recogido por la autoridad inspectiva de trabajo tiene un impacto en la concepción de este deber a nivel del Poder Judicial generando por un lado la imposición de una multa al empleador privado y en seguida el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Lamentablemente la responsabilidad que pueda tener la organización sindical o el propio trabajador no tendrían ninguna incidencia para la autoridad inspectiva de trabajo, pues como lo hemos podido advertir, la labor de la inspección del trabajo estaría partiendo siempre de una premisa incuestionable: el empleador y sólo el empleador será siempre el responsable y culpable frente a un accidente de trabajo. Esto podría incluso llevarnos a concluir que la labor de investigación de un accidente de trabajo por parte de SUNAFIL carecería de todo sentido, pues la responsabilidad del empleador ya estaría acreditada por el sólo hecho del accidente.

3.3. Recientes reformas mediáticas

Otro aspecto que consideramos importante resaltar tiene que ver con los recientes cambios normativos en materia de seguridad y salud en el trabajo, que se implementaron a través del decreto de urgencia 044-2019 y de los decretos supremos 020-2019-TR y 008-2020-TR respectivamente.

Si bien no es el propósito de este trabajo realizar una descripción de los cambios implementados, resulta oportuno realizar un breve comentario respecto a su pertinencia y porque consideramos que estos cambios no necesariamente responden a un trabajo coordinado de mejora normativa en el sistema de inspección del trabajo en materia de accidentes de trabajo y que por el contrario, pudieron ser simplemente el resultado de una reacción mediática a hechos particulares suscitados en nuestro país a fines del año 2019.

Un primer aspecto que nos llama la atención fue la exigencia de que las capacitaciones obligatorias en materia de prevención fuesen presenciales. Si bien, hoy dada la emergencia sanitaria por la que atraviesa nuestro país, el cumplimiento de dicha disposición puede hacerse muy difícil, en el momento de su implementación no lo fue menos. Recordemos que muchas empresas tienen en su nómina miles de trabajadores a nivel nacional, por lo que desplegar una capacitación "presencial" cuando a través de medios virtuales podría lograrse el mismo efecto, carece, en nuestra opinión de sentido. El problema es que aún si la capacitación virtual reuniese todas las condiciones necesarias para ser una capacitación efectiva, la autoridad inspectiva de trabajo podría sancionar al empleador por el incumplimiento de su "deber de prevención" al no cumplir a pies juntillas lo señalado por el artículo 27 del reglamento de la ley de seguridad y salud en el trabajo.

Otro aspecto para mencionar fue el de la reducción de plazos para las actuaciones de investigación o comprobatorias en el caso de accidente de trabajo seguido de muerte del trabajador donde el plazo se redujo a 10 días hábiles. Sobre este punto, consideramos que no existe ningún motivo técnico que respalde esta reducción de plazos, por el contrario, pone al inspector de trabajo en una situación difícil donde una investigación tan

compleja como la que se deriva de un accidente de trabajo mortal deba reducirse en un lapso de tiempo tan corto que pueda terminar siendo una inspección incompleta y con errores. Esto implica el consiguiente riesgo que en el procedimiento sancionador la inspección quede archivada o que en su defecto el Poder Judicial invalide las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento inspectivo por vulneración al debido proceso. Aquí cabría recordar que muchas veces para hacer las cosas bien se requiere un plazo y tiempo prudente.

Un tercer aspecto a destacar tiene que ver con la publicidad de las resoluciones administrativas. Sobre todo en aquellos casos donde la publicación debe efectuarse por única vez, en un diario de circulación del ámbito de su jurisdicción. Esta disposición, entendemos busca exponer al empleador al escrutinio público y mostrarlo como un empleador que incumple la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo; sin embargo ¿qué sucedería si dicha sanción es dejada sin efecto por el Poder Judicial a través de un proceso contencioso administrativo? ¿Quién debería reparar el daño y afectación a la reputación del empleador, más aún cuando en muchos casos la sanción impuesta al empleador no tomar en consideración la responsabilidad del propio trabajador?

Por otro lado, nos llama también la atención que actualmente el incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo imputable al empleador que produce la muerte como resultado de un accidente de trabajo, se sancionan con multa administrativa y el cierre temporal de la unidad económica o de la unidad económica a cargo del sujeto inspeccionado, además de poner en conocimiento del Ministerio Público los casos de accidentes de trabajo mortales. La razón es que si seguimos el criterio que actualmente mantiene SUNAFIL y también el Poder Judicial sobre el tema, el empleador siempre será responsable por un accidente de trabajo —sea este mortal o no— con las consiguientes consecuencias que en multas y cierre temporal del negocio o de una unidad del negocio que esto acarrea, sin considerar la responsabilidad penal a la que puedan verse expuestos los funcionarios de la Empresa.

Si bien consideramos que los cambios normativos en materia de seguridad y salud en el trabajo pueden ser positivos, estos deben estar orientados a la prevención y no a la sanción pecuniaria como herramienta de disuasión. Los montos cada vez más elevados de multas, acompañados por montos indemnizatorios determinados por el Poder Judicial basados en el "deber de prevención" del empleador corren el riesgo de convertirse en declaraciones y victorias pírricas, si es que el empleador no está más en posibilidad de asumirlas.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS DE MEJORA

Por lo mencionado en los párrafos precedentes nos atrevemos a formular las siguientes propuestas de mejor del rol de inspección de trabajo frente a los accidentes de trabajo:

1. Abandonar la teoría de la responsabilidad civil por culpa reemplazando la cobertura frente a un accidente de trabajo a través de un sistema de cobertura obligatoria y universal de accidentes de trabajo.
2. Este sistema de cobertura previsional debe suponer el pago de una cotización mensual por parte del empleador – en tanto es este quien obtiene el beneficio económico de la actividad desarrollada por el trabajador – que permita brindar una cobertura económica y médica a la víctima de un accidente de trabajo, comprendiendo también los accidentes en el trayecto al trabajo.
3. La cobertura previsional debe excluir las categorías patrimoniales del daño —daño emergente y lucro cesante— dejando a salvo el derecho del trabajador o de sus derechohabientes de accionar por las categorías extra-patrimoniales de daños tales como el daño moral o el daño al proyecto de vida.
4. Reevaluar a nivel del sistema de inspección del trabajo los límites del "principio de prevención" y del "principio de responsabilidad" por parte del empleador, de tal forma que la labor inspectiva permita identificar específicamente los casos donde

el accidente de trabajo se produjo por la culpa inexcusable y negligencia del propio trabajador e incluso de la organización sindical, haciéndolos responsables también frente a la imposición de una sanción pecuniaria, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que pueda adoptar el empleador.

5. Limitar el incumplimiento de los deberes de prevención y de responsabilidad por parte del empleador a los casos donde se acredite una conducta negligente o dolosa por parte del empleador y sólo remitir copias al Ministerio Público cuando existan —a criterio de la inspección de trabajo— indicios suficientes de la configuración de un delito por parte del empleador.

IV. BIBLIOGRAFÍA

De Buen, Néstor *Derecho del Trabajo*. Ed. Porrúa, México 2008.

Dupeyroux, Jean-Jacques. *Droit de la securité sociale.* Dalloz. Paris. 2011.

Ewald, François. *L´État Providence.* Bernard Grasset. Paris. France. 1986

Funck, Jean François. *Droit de la sécurité sociale.* De Boeck et Larcier 2006.

Plá Rodríguez, Américo. *Estudios de la Seguridad Social pp.* Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. 1era edición. 1999.

Ramos Núñez, Carlos. *La teoría del riesgo profesional: "expresión militante de la economía contemporánea"* En *Negocio Jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Ed. Grijley. Lima. 2004.

PONENCIAS LIBRES

“LAS EMBARAZADAS -GRUPO DE ESPECIAL PROTECCIÓN O RIESGO- ANTE LA COVID 19”

A propósito del fin preventivo de la Seguridad y Salud en el Trabajo

YORDAN FELER ROMERO MENDOZA

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Discente de la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Escuela de Post Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro fundador y Coordinador de Gestión del Círculo de Estudio e Investigaciones del Trabajo (CEITRA). Ex Asistente de Juez Superior en la Segunda Sala Especializada Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (Nueva Ley Procesal del Trabajo). Actualmente en la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

INTRODUCCIÓN

La COVID – 19, más conocido como "coronavirus", ha ocasionado estragos en nuestro país, tanto de índole económico como social, a raíz que el Gobierno de turno, mediante el Decreto de Urgencia N.° 044-2020-PCM, emitida el 15 de marzo del presente año, estableció el Estado de Emergencia Nacional desde el día siguiente, restringiendo el derecho de circulación a nivel nacional, salvo personal que labore en entidades públicas y empresas privadas que presten servicios esenciales, las cuales se encontraban autorizadas para seguir funcionando, siendo que las demás actividades, se encontraban prohibidas de funcionar y/o atender al público de forma presencial (a excepción de poder hacerlo de forma remota). Situación que se ha venido ampliando hasta el 30 de junio; puesto que, a partir del 01 de julio, solo se encontraba vigente la cuarentena en ciertas provincias del país, mediante la publicación del Decreto Supremo N.° 116-2020-PCM del 26 de junio, modificado por los Decretos Supremos N.° 129-2020-PCM, N.° 135-2020-PCM, N.° 139-2020-PCM y N.° 146-2020-PCM.

Medida que tuvo consecuencias negativas en la economía nacional, al haber caído el Producto Bruto Interno (PBI) 30.2%, en el segundo trimestre del año, según informó el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el Informe Técnico "Comportamiento de la Economía Peruana en el Segundo Trimestre del 2020" (INEI, 2020); es por ello, que el Gobierno con la finalidad de procurar la reactivación económica, ha establecido un Plan Nacional que consta de 4 fases de funcionamiento progresivo de las empresas, según el sector productivo o de servicios prestados, a partir del cual se procura que la actividad económica del país empiece a recuperarse. Medida que va de la mano con otras sobre salubridad e higiene, que se deben cumplir obligatoriamente para poder iniciar

funciones, y que procuran asegurar la salud de los trabajadores, evitando su contagio; ello, a partir del documento técnico "Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID -19", aprobado mediante Resolución Ministerial N.° 239-2020-MINSA de fecha 28 de abril de 2020, posteriormente derogada por la Resolución Ministerial N.° 448-2020-MINSA, que aprueba el documento técnico "Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a la COVID– 19".

Documentos técnicos en los que se establecieron grupos de riesgo por complicaciones en caso de contagio de la COVID – 19, quienes preferentemente deberán mantener la cuarentena domiciliaria o aislamiento social, seguir prestando servicios remotos o reincorporarse a las labores presenciales, siempre que lo soliciten mediante declaración jurada presentada a su empleador, y con la aprobación del profesional de la salud médico ocupacional. Sin embargo, no fueron consideradas en dicho grupo de trato especial las mujeres embarazadas, a pesar que de contraer o contagiarse éstas por COVID -19, originaría problemas –inmunodeficiencia- en su salud, que lo convertiría en un embarazo riesgoso, ocasionando, incluso, partos prematuros en perjuicio del neonato.

Es por ello, al advertirse que las embarazadas constituyen población vulnerable por posible contagio de Covid – 19, es menester que reciban una protección especial, debiendo ser consideradas como grupo de riesgo o de especial protección, tanto en beneficio de la madre, como del niño. Conclusión que se arribará en el presente artículo, al analizar qué es la COVID-19, su paso por el Perú y los grupos de riesgo como medida protectora, las mujeres embarazadas como población vulnerable, el principio de interés superior del niño como sendero interpretativo, el trabajo decente como garantía de trabajo digno, la legislación nacional e internacional que promueve la protección de las trabajadoras gestantes, y, por último, la determinación que la madre trabajadora, constituye un grupo de especial protección frente a la COVID-19, así como la posible responsabilidad del empleador por su no protección e incumplimiento de su deber de protección.

1. ASPECTOS GENERALES

a) El "Sars-Cov-2" (COVID – 19) en el Perú

Según la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) (OMS O. M., 2020), la COVID-19 es la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus (virus) descubierto en la ciudad de Wuhan (China), lugar donde inicio su brote en diciembre del año 2019 (OMS O. M., 2020), que puede ir desde un resfriado común hasta enfermedades más graves, como el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS); habiendo sido calificada por la OMS el 11 de marzo de 2020 como "pandemia", al extenderse en más de cien países de manera simultánea, como es en España, Italia, Francia, China, Estados Unidos, etc; y que, en efecto, llegó a nuestro país, al ser confirmado oficialmente por el Presidente de la República Martín Vizcarra, cuando informó del primer caso, ocurrido el 06 de marzo.

Entre sus síntomas más habituales, como señala la OMS, se encuentran la fiebre, la tos seca y el cansancio; mientras que, los menos frecuentes que afectan a algunos pacientes, son los dolores y molestias corporales, la congestión nasal, el dolor de cabeza, la conjuntivitis, el dolor de garganta, la diarrea, la pérdida del gusto o el olfato y las erupciones cutáneas o cambios de color en los dedos de las manos o los pies. Asimismo, ha señalado que alrededor del 80% de las personas contagiadas por COVID-19, se recuperan de la enfermedad sin necesidad de tratamiento hospitalario; sin embargo, aproximadamente 1 de cada 5 personas que la contraen, acaba presentando un cuadro grave y experimenta dificultades para respirar. Y, precisa que, si bien las personas mayores y las que padecen afecciones médicas previas como hipertensión arterial, problemas cardiacos o pulmonares, diabetes o cáncer, tienen más probabilidades de presentar cuadros graves; sin embargo, cualquier persona que la contraiga, puede caer gravemente enferma, y presentar síntomas severos, e incluso mortales (OMS O. M., 2020).

Por otro lado, el máximo ente global en la salud, manifiesta que la propagación y contagio de una persona de la COVID-19, se puede

contraer por contacto con otra que esté infectada por el virus (presente síntomas o asintomática), a través de las gotículas que salen despedidas de su nariz o su boca al toser, estornudar o hablar. Y, si bien estas gotículas son relativamente pesadas, no llegando muy lejos, al caer rápidamente al suelo; sin embargo, se puede contraer si se llegan a inhalar, al tocarse los ojos, nariz o boca, luego de tener contacto con superficies, donde cayeron expulsadas por una persona contagiada (OMS O. M., 2020).

Así, mientras no se encuentre medicamento contra la COVID -19, es importante mantenerse al menos a un metro de distancia de los demás (practicar el distanciamiento social), para que las gotículas puedan caer al suelo, además de usar mascarillas quirúrgicas, evitar acudir a lugares concurridos, coger superficies con las manos y tocarse los ojos, la nariz o la boca, así como lavarse las manos frecuentemente con agua y jabón, o con un desinfectante a base de alcohol.

Es partir de ello, el Gobierno con el objetivo de proteger la salud pública, dictó una serie de medidas con las cuales afrontar su propagación, como es la declaración del Estado de Emergencia Sanitaria a nivel nacional, mediante el Decreto Supremo N.° 008-2020-SA de fecha 11 de marzo de 2020, por el plazo inicial de 90 días, ampliado hasta el 07 de diciembre, a través de los Decretos Supremos N.° 020-2020-SA del 03 de junio y N.° 027-2020-SA del 28 de agosto; así como, la declaración del Estado de Emergencia Nacional desde el 16 de marzo, por el Decreto Supremo N.° 044-2020, restringiéndose el derecho de libre circulación a nivel nacional, salvo personal que labore en entidades públicas y privadas que presten servicios esenciales, las cuales se encontraban autorizadas para seguir funcionando, y que fue ampliada hasta el 30 de junio, al estar vigente la cuarentena focalizada a partir del 01 de julio, solo en ciertas provincias del país.

Además, con la finalidad de procurar la reactivación económica, se estableció un Plan Nacional que consta de 4 fases de funcionamiento progresivo del sector empresarial, para la recuperación de la actividad económica del país, que va de la mano con otras sobre salubridad e higiene, de obligatorio cumplimiento para poder iniciar funciones, procurando

asegurar la salud de los trabajadores, evitando su contagio. Ello, a partir del documento técnico "Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID -19", aprobado mediante Resolución Ministerial N.° 239-2020-MINSA, posteriormente derogada por la Resolución Ministerial N.° 448-2020-MINSA, que aprueba el documento técnico "Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a la COVID– 19", que establecen un grupo de personas de especial protección, denominado "grupos de riesgo".

b) Grupos de Riesgo

Vienen a constituir los grupos de especial protección, definido como "Conjunto de personas que presentan características individuales asociadas a mayor riesgo de complicaciones por COVID-19", y que, para ello, la Autoridad Sanitaria define los factores de riesgo y los criterios sanitarios a ser utilizados por los profesionales de la salud, para definir a las personas con mayor posibilidad de enfermar y tener complicaciones por COVID – 19, los cuales según las evidencias que se vienen evaluando y actualizando permanentemente, son:

Grupos de Riesgo por Covid-19
1. Las personas mayores de 65 años de edad.
2. Quienes cuenten con comorbilidades de hipertensión arterial.
3. Diabetes mellitus.
4. Enfermedades cardiovasculares.
5. Enfermedad respiratoria crónica.
6. Cáncer
7. Obesidad con IMC de 30 a más.
8. Asma.
9. Insuficiencia renal crónica.
10. Enfermedad o tratamiento inmunosupresor.
11. Otros que establezca la Autoridad Nacional Sanitaria a las luces de futuras evidencias (agregado mediante la Resolución Ministerial N.° 448-2020-MINSA)

Quienes preferentemente deberán mantener la cuarentena domiciliaria o aislamiento social, seguir prestando servicios remotos (de forma prioritaria, conforme el artículo 20° del Decreto de Urgencia N.° 026-2020-PCM) o reincorporarse a las labores presenciales, siempre que lo soliciten mediante declaración jurada presentada a su empleador, y con la aprobación del profesional de la salud médico ocupacional, conforme la Resolución Ministerial N.° 099-2020-TR, de fecha 26 de mayo, sin perjuicio que el empleador siga teniendo la plena responsabilidad por la gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, conforme la Ley N.° 29783, y demás disposiciones legales emitidas para la vigilancia, prevención y control del COVID-19, por parte de la Autoridad Nacional Sanitaria.

Asimismo, es menester precisar que la lista de grupos de riesgo (por edad y factores clínicos), establecido en el documento técnico denominado "Atención y manejo clínico de casos de COVID-19 – Escenario de transmisión focalizada", aprobado por Resolución Ministerial N.º 084-2020-MINSA (de fecha 07 de marzo de 2020) y las modificatorias mediante las Resolución Ministerial N.° 193-2020-MINSA, así como las Resoluciones Ministeriales N.° 239-2020-MINSA, y N.° 265-2020-MINSA, el Decreto Supremo N.° 083-2020-PCM y la Resolución Ministerial N.º 283-2020-MINSA, se limitaban únicamente a los que expresamente se enunciaban, es decir, eran restringidos o *numerus clausus*; sin embargo, actualmente, a partir de la Resolución Ministerial N.° 448-2020-MINSA, fue modificada, siendo abierta o *numerus apertus,* permitiendo que ésta pueda ser ampliada por la Autoridad Nacional Sanitaria, siempre que por investigaciones y análisis desarrollados, se determine la existencia de un nuevo grupo de personas, que por sus características o condiciones, se encuentren propensos a mayor riesgo de contagiarse o de sufrir complicaciones en caso de contraer la COVID-19.

c) Mujeres embarazadas

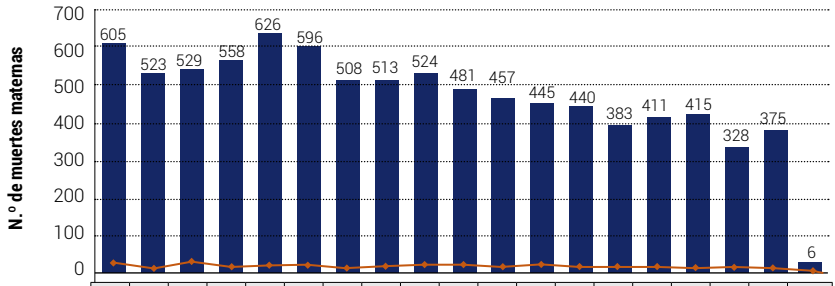
La definición legal del embarazo sigue a la definición médica, la cual para la OMS, comienza al término de la fecundación, implantación y nidación (Atrash HK, 1987), y que culmina con el parto. Ahora, si bien

la maternidad es, a menudo, una experiencia positiva; sin embargo, para demasiadas mujeres es sinónimo de sufrimiento, enfermedad e incluso de muerte. Ello se advierte, al existir cinco complicaciones directamente relacionadas y que son responsables de más del 70% de las muertes maternas, consistentes en: hemorragias, infecciones, abortos peligrosos, eclampsia y parto obstruido. Por lo tanto, la atención especializada antes, durante y después del parto, puede salvar la vida, tanto a las embarazadas, como a los fetos o embriones y recién nacidos (OMS O. M., 2020).

Así, la mortalidad materna es inaceptablemente alta, puesto que cada día mueren en todo el mundo unas 830 mujeres por complicaciones relacionadas con el embarazo o el parto. Ello se advierte, a partir de un estudio realizado en el año 2015, en el cual se estimaron que unas 303,000 muertes de mujeres, se produjeron durante el embarazo y el parto o después de ellos (OMS O. M., Mortalidad Materna, 2019).

Situación que se refleja en nuestro país, donde el número de muertes maternas desde el año 2000 hasta el 2017[1], ha ido bajando progresivamente, desde su pico máximo de 626 en el años 2004 hasta llegar al más bajo de 328 en el 2016, puesto que en el año 2017 se tuvo un pequeño aumento, al reportarse 375 muertes maternas, como se advierte del siguiente gráfico:

Número de muertes maternas Perú 200-2018*

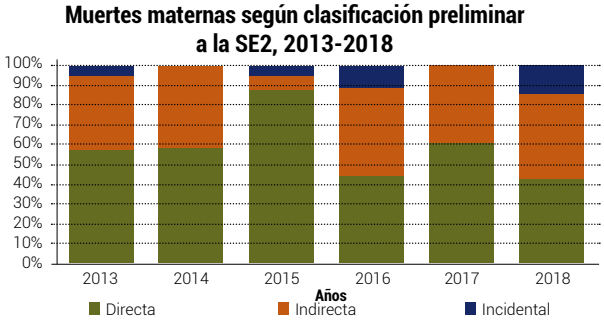


	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018*
Total Año	605	523	529	558	626	596	508	513	524	481	457	445	440	383	411	415	328	375	6
Hasta SE 2	31	23	33	19	25	27	17	20	22	24	20	22	16	18	17	15	16	18	6

** Se ha considerado los casos de muerte materna de clasificación preliminar directa e indirecta
Fuentes: Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades - MINSA (*) Hasta la SE 02 del 2018

1 No se toma en cuenta el año 2018, al tener datos insuficientes únicamente hasta la segunda semana.

Asimismo, se advierte que entre los años 2013 al 2017[2], más del 40% de las muertes maternas en el Perú, se produjeron por complicaciones obstétricas debido al embarazo, parto o puerperio (lo que puede aumentar por complicaciones en la gestación o parto, a consecuencia del contagio por COVID-19), como se refleja del siguiente cuadro:



** Se ha considerado los casos de muerte materna de clasificación preliminar directa, indirecta e incidental.
Fuentes: Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades - MINSA (*) Hasta la SE 02 del 2018

Los datos de clasificación preliminar son recogidos del sistema de notificación de casos y podría variar de acuerdo a los hallazgos de la investigación epidemiológica de cada caso de muerte materna.

Muerte Materna Directa:
Es la muerte obstétrica que resulta de complicaciones, obstétricas del embarazo, parto o puerperio, de intervenciones, de omisiones, de tratamiento incorrecto, o de una cadena de acontecimientos originados en cualquiera de las circunstancias mencionadas.

Muerte Materna Indirecta:
Es la muerte obstétrica que resulta o deriva de enfermedad previamente existente o enfermedad que apareció durante el embarazo y que no fue debida a causas obstétricas directas, pero agravada por los efectos o cambios fisiológicos propios del embarazo.

Muerte Materna Incidental:
Es la muerte que no está relacionada con el embarazo, parto o puerperio, ni con una enfermedad preexistente o intercurrente agravada por efecto del mismo y que es producida por causas accidentales o incidentales.

Es así que en nuestro país, cada día 2 mujeres mueren por complicaciones durante el embarazo, parto o puerperio; mientras que, 856 mujeres sufren complicaciones del embarazo. Siendo así, si bien la mortalidad materna en las últimas décadas se redujo de 400 a 185 por cada 100,000 nacidos vivos en el país (la última cifra corresponde al Enero de 2000); sin embargo, es una de las más altas de América Latina (MINSA).

Por otro lado, en relación a los factores de riesgo, el Instituto Laboral de la Comunidad Andina (Instituto Laboral Andino, 2005), señala que al existir cambios metabólicos que se producen durante el embarazo, entre ellos, el aumento de la absorción pulmonar y del gasto cardíaco, el retraso del vaciamiento gástrico, así como el aumento de la motilidad intestinal y de la grasa corporal; provocan que, tanto la trabajadora embarazada como el embrión o feto, puedan estar más vulnerables a circunstancias perjudi-

2 No se toma en cuenta el año 2018, al tener datos insuficientes únicamente hasta la segunda semana.

ciales, como es a la exposición de sustancias tóxicas peligrosas. Siendo así, se advierte que la exposición profesional en el trabajo de la mujer gestante, tiene consecuencias adversas, resultando necesario la realización de una evaluación de todos los aspectos de la actividad profesional, con objeto de detectar los factores de riesgo o peligro que puedan causar posibles lesiones o daños, que afecten en el periodo de gestación, la salud y la vida, tanto de la embarazada como del feto, a fin de establecer la manera de eliminarlos, reducirlos o controlarlos.

d) Principio del interés superior del niño

Conforme el artículo 1° de la "Convención sobre los Derechos del Niño", *"se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad";* y, en relación a la consagración del principio del interés superior del niño, en el artículo 3°, se establece que *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".* Asimismo, la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño (UNICEF, 2014), afirma, que:

> *"El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimientos basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño."*

Por otro lado, de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño (OEA, 2017), se considera que el interés superior del niño tiene tres dimensiones:

- **Como un derecho sustantivo**: Consiste en que el interés superior del derecho del niño sea una consideración primordial, que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para

tomar una decisión que le afecte o le podría afectar. Aplicable tanto si la decisión afecta a un niño, a un grupo de niños en concreto o a los niños en general. Por lo que, viene a ser de aplicación directa o de efecto inmediato, y puede invocarse, tanto ante los tribunales, como a cualquier otro organismo público o privado.

– **Como un principio jurídico interpretativo fundamental**: Refiere que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, considerando todos los derechos contenidos en la Convención.

– **Como una norma de procedimiento:** Está dirigido en que la evaluación y determinación del interés superior del niño, requiere garantías procesales para asegurar que se tome en consideración de forma seria, y no sea aplicado de modo arbitrario o subjetivo. Es así que se deberá dejar justificación de la decisión adoptada, que razone explícitamente cómo se ha tenido en cuenta el interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión, y cómo se han ponderado sus intereses frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas o de casos concretos.

En nuestro país, de acuerdo con el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, *"Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad"*, asimismo, señala que *"El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se considera niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario."*. Además, al igual que en las normas con carácter *erga omnes*, en el artículo IX del mismo cuerpo normativo, se establece que en toda medida relacionada al niño y al adolescente, el Estado, las diversas instituciones públicas o privadas, y la sociedad, deben considerar el principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, así como el respeto irrestricto de sus derechos[3].

3 "En suma, tanto la Constitución como las normas internacionales de protección a los

Siendo así, se colige que el principio del interés superior del niño, expresa el reconocimiento y la obligación del Estado, los organismos públicos y privados, así como de la población en general, de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de uno de los grupos más débiles o vulnerables de la sociedad, como son los niños o menores de edad, desde el momento de su concepción (que es considerado como ser humano), hasta antes que cumpla la mayoría de edad, en nuestro país a los 18 años de edad, a partir de una interpretación en su favor, de toda circunstancia o acontecimiento, que pueda mellar su dignidad, tanto al momento de la producción de normas, como en su interpretación[4].

e) Trabajo decente

Considerado por la Organización Internacional del Trabajo – en adelante OIT- (fundada en 1919) (Levaggi, 2004), como un derecho humano, que tuvo su primera mención el año 1999, cuando Juan Somavia -Primer Director General- presentó su memoria "Trabajo decente", en la cual introduce el mencionado concepto, caracterizado por cuatro objetivos estratégicos: los derechos en el trabajo, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social. Los cuales están dirigidos a cumplir una función en el logro de metas más amplias, como la inclusión social,

---

derechos de los niños imponen a los Estados la obligación de garantizar, en todo momento, su interés superior, lo que presupone colocar a los niños en un lugar de singular relevancia en el diseño e implementación de las políticas públicas, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, por lo que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad." (Expediente N.° 01272-2017-PA/TC, fundamento jurídico 66)

4 Existe una doctrina constitucional firme (Cfr. Expedientes N.º 03744-2007-PHC/TC, 02132-2008-PA/TC y N.º 04058 2012-PA/TU, entre otros), que se resume en dos reglas básicas: la primera es que "el principio constitucional de protección del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.(…)" (Expediente N.º 04058 2012-PA/TU, fundamento jurídico 19)

la erradicación de la pobreza, el fortalecimiento de la democracia, el desarrollo integral y la realización personal.

Es así que, el trabajo decente viene a ser un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno; es decir, el trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades, no viniendo a ser cualquier trabajo, conforme se encuentra plasmado en el artículo 1° de nuestra Carta Magna, al expresar que *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."* En contrario, no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales (específicos o inespecíficos), ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado (equitativa y suficiente), sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo, conforme los artículos 22° al 29° de la Constitución Política del Estado.

Por lo tanto, promover el trabajo decente contribuirá a estabilizar un modelo de desarrollo -en democracia-, que ponga al centro a la persona humana y resulte, por ende, impulsor de la inclusión, a partir del cual crecerá el número de trabajadores satisfechos con el régimen democrático, al mantenerse incólume y propiciar su trabajo digno, propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro[5] (Tribunal Constitucional, 2003).

2. ANÁLISIS

a) Legislación sobre mujeres trabajadoras embarazadas

Las trabajadoras embarazadas constituyen un sector de la población mundial vulnerable, que ha sido materia de protección por la normativa laboral internacional, a través de los Convenios celebrados por la OIT, en específico el "Convenio N.° 183 sobre la Protección de la maternidad" del año 2000 (OIT O. I.), a partir del cual se establece en su artículo 3°, que:

5 Expediente N.° 0008-2003-AI-TC, fundamento jurídico 10.

"Todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, ***deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas*** *o lactantes* ***a desempeñar un trabajo*** *que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o* ***respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.****" (El énfasis es nuestro)*

Asimismo, en la Recomendación N.° 191 sobre la Protección de la maternidad, del año 2000 (OIT O. I.), se establece sobre la Protección de la Salud de las mujeres trabajadoras embarazadas, que:

"(1) Los Miembros deberían tomar medidas para ***garantizar la evaluación de todo riesgo para la seguridad y la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo.*** *Los resultados de dicha evaluación deberían ser comunicados a la mujer interesada.*

(2) En cualquiera de las situaciones enumeradas en el artículo 3 del Convenio o ***cuando haya sido determinada la existencia de un riesgo significativo****, a tenor de lo dispuesto en el subpárrafo 1),* ***deberían adoptarse medidas para que, bajo presentación de un certificado médico, se ofrezcan las opciones siguientes:***

(a) la eliminación del riesgo;

(b) la adaptación de sus condiciones de trabajo;

(c) el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, cuando dicha adaptación no sea posible, o

(d) una licencia remunerada otorgada de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, cuando dicho traslado no sea realizable.

(3) Deberían adoptarse las medidas previstas en el subpárrafo 2) en particular cuando se trate de:

(…)

(b) todo trabajo que exponga a la mujer a agentes biológicos, químicos o físicos que puedan ser peligrosos para sus funciones reproductivas;

(…)

(5) La mujer debería conservar el derecho a reincorporarse a su trabajo o a un trabajo equivalente tan pronto ello deje de encerrar un riesgo para su salud.

(…)" (el énfasis es nuestro)

Evidenciándose, que el mayor ente global laboral, establece una especial protección de las mujeres embarazadas, a fin de evitar la existencia de riesgos en la gestación, que ocasionen daños o perjuicios en contra, tanto de la embarazada, como de su hijo, al indicar que los Estados y empleadores, deben adoptar las medidas necesarias y suficientes, para garantizar que éstas no desempeñen un trabajo, respecto del cual se haya determinado que conlleva un riesgo significativo en el proceso de gestación, que afecte su salud o de su hijo, entre los cuales se encuentran la exposición a agentes biológicos, químicos o físicos, que puedan ser peligrosos para sus función reproductiva, verbigracia, un virus.

Entre las medidas a adoptar se encuentra en primer lugar, la eliminación del riesgo; caso contrario, de no ser posible su erradicación, se procederá en estricto orden, con la adaptación de las condiciones de trabajo. De no poderse realizar, se efectuará el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, jerarquía o nivel remunerativo. Asimismo, si no es factible la adopción de ninguna de las anteriores, se otorgará una licencia remunerada hasta que su trabajo deje de ser riesgoso para su salud, siempre respetando su dignidad y derechos laborales.

Tratado internacional que irradia su eficacia y poder *erga omnes,* a todos los países que lo hayan ratificado, entre ellos el Perú, el 09 de mayo de 2016; por lo tanto, la perspectiva de protección a las trabajadoras embarazadas, debe encontrarse en toda la normativa laboral y extra laboral de nuestra nación, como es en la legislación sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, y normas conexas.

En el ámbito regional, la protección de la mujer embarazada ha sido recogida por la Comunidad Andina de Naciones (CAN), de la cual forma parte el Perú, al emitirse la DECISIÓN 584, que contiene el "INSTRUMENTO ANDINO DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO", estableciéndose en su artículo 27°:

> *"Cuando las actividades que normalmente realiza una trabajadora resulten peligrosas durante el período de embarazo o lactancia, los empleadores deberán adoptar las medidas necesarias para evitar su*

> *exposición a tales riesgos.* ***Para ello, adaptarán las condiciones de trabajo, incluyendo el traslado temporal a un puesto de trabajo distinto y compatible con su condición, hasta tanto su estado de salud permita su reincorporación al puesto de trabajo correspondiente.*** *En cualquier caso, se garantizará a la trabajadora sus derechos laborales, conforme a lo dispuesto en la legislación nacional de cada uno de los Países Miembros."* (Énfasis es nuestro).

El que, al igual que el Convenio N.° 183 de la OIT, establece medidas protectoras para las embarazadas cuando sus actividades resultan peligrosas durante el periodo de gestación, consistentes en la adopción de condiciones de trabajo, como el traslado temporal a un puesto de trabajo distinto, siempre compatible con su condición, en garantía de sus derechos laborales. Los que fueron adoptadas por nuestro país en la Ley N.° 28048 – "Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto", de fecha 08 de julio del año 2003:

> *"Artículo 1.- Objeto de la Ley En los centros de trabajo las mujeres gestantes solicitarán al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, el cual debe estar certificado por el médico tratante.* ***El empleador después de tomar conocimiento de lo solicitado asignará a la mujer gestante labores que no pongan en riesgo la salud y/o desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, sin afectar sus derechos laborales."***[6] *(El énfasis es nuestro)*

6 Es menester tener en cuenta que el Congreso de la República el 07 de setiembre de 2020, con 118 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones, aprobó el Dictamen del Proyecto de Ley N.° 6095 – "Ley que amplía las medidas de protección laboral para mujeres gestantes y madres lactantes en casos de emergencia nacional sanitaria", mediante el cual se busca modificar el artículo 1° de la Ley N.° 24048, agregándose en la parte *in fine* lo siguiente: *"Durante la vigencia de estado de emergencia nacional de carácter sanitario declarada por el Estado, el empleador identifica a las trabajadoras mujeres gestantes y madres lactantes cuya integridad o la de su menor hijo/a son puestas en riesgo por las circunstancias que propiciaron el estado de excepción decretado, a efectos de aplicar de forma obligatoria el trabajo remoto para el cumplimiento de sus actividades laborales. Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto y mientras dure la emergencia sanitaria, el empleador asigna a las mujeres gestantes y madres lactantes labores compatibles con las funciones que originalmente realizaba, o en su defecto otorga preferentemente licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior."*

Del que se advierte que, en caso de existir condiciones que pongan en riesgo su salud o el desarrollo normal del feto, las embarazadas tienen la posibilidad de solicitar al empleador adoptar las medidas necesarias, a fin de evitar la ocurrencia de daños en su periodo de gestación, conforme se encuentra previsto en los artículos 2° y 3° del Reglamento de la Ley N.° 28048, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-2004-TR, al prescribirse que:

> *"Artículo 2.- Situaciones susceptibles de poner en riesgo la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto. Se consideran situaciones susceptibles de poner en riesgo la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto: 1. Riesgos generados por las condiciones de trabajo durante el período de gestación: a.* ***La exposición de la mujer gestante a agentes*** *físicos, químicos,* ***biológicos****, ergonómicos y psicosociales, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos, debido al lugar donde desarrolla las labores propias de su puesto de trabajo. (....)"* (El énfasis es nuestro)
>
> *"Artículo 3.- Carácter temporal del cambio de labores.* ***La asignación de labores distintas a las habituales, incluso la que conlleva un cambio de puesto de trabajo, constituye una medida temporal, que se mantiene en tanto persista alguna de las situaciones descritas en el artículo 2 del presente Reglamento. Culmina indefectiblemente con el parto.*** *Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, por pacto individual o convenio colectivo se puede acordar extender la medida hasta que concluya el período de lactancia, en atención a los riesgos que puedan afectar al recién nacido a través de la leche materna." (El énfasis es nuestro)*

De ello se advierte que, al igual que las normas *erga omnes* antes precisadas, en nuestro ordenamiento jurídico se establece que la exposición de la mujer embarazada a agentes biológicos, debido al lugar donde desarrolla las labores propias de su puesto de trabajo, como es el caso de virus o pandemias, se considera una manifiesta situación de riesgo para su salud y/o el desarrollo normal del embrión o feto; motivo por el que, el empleador le deberá asignar de forma temporal, durante el período de gestación, labores distintas a las habituales, incluso que conlleven a un

Recuperado de: https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/madres-gestantes-y-lactantes-seran-protegidas-laboralmente-en-estado-de-emergencia-sanitaria/

cambio de puesto de trabajo, sin afectar sus derechos laborales, el cual se mantendrá hasta que persista la situación de riesgo o que ocurra el parto, salvo acuerdo que se extienda por más tiempo.

Asimismo, en el la Ley N.° 29783 –Ley la Seguridad y Salud en el Trabajo, y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º 005-2012-TR, también se ha previsto, que los empleadores otorguen una especial protección a las trabajadoras en periodo de gestación, al establecerse en el artículo 66° de la Ley y 92 del Reglamento, que:

> *"Artículo 66. Enfoque de género y protección de las trabajadoras*
>
> *El empleador adopta el enfoque de género para la determinación de la evaluación inicial y el proceso de identificación de peligros y evaluación de riesgos anual. Asimismo,* ***implementa las medidas necesarias para evitar la exposición de las trabajadoras en período de embarazo*** *o lactancia a* ***labores peligrosas****, de conformidad a la ley de la materia.*
>
> ***Las trabajadoras en estado de gestación tienen derecho a ser transferidas a otro puesto que no implique riesgo para su salud integral, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría."*** (El énfasis es nuestro)
>
> *"Artículo 92.-* ***La asignación de puestos de trabajo****, conforme a lo establecido en el artículo 51 de la Ley, debe considerar los factores que pueden afectar a los trabajadores con relación a la función reproductiva.* ***Asimismo, cuando la trabajadora se encuentre en periodo de gestación o lactancia se deberá cumplir con lo estipulado en las normas respectivas."*** (El énfasis es nuestro)

De ello se advierte, que la norma matriz sobre seguridad y salud en el trabajo nacional, también establece parámetros de protección especial a las trabajadoras embarazadas durante el periodo de gestación, consistentes en la implementación de las medidas necesarias para evitar su exposición a labores peligrosas, a través de su transferencia a otro puesto de trabajo que no implique riesgo para su salud, siempre respetando sus derechos remunerativos y de categoría, de conformidad con las normas específicas sobre la materia, como es la Ley N.° 28048.

Siendo así, se evidencia que la protección especial de las trabajadoras embarazadas, está contenido en el andamiaje normativo, nacional e internacional, cimentado en el artículo 23° de nuestra Carta Magna, al prescribir

que "*El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.*"; a partir del cual, todas las entidades públicas y privadas, así como las personas naturales y jurídicas, se encuentran en la obligación de promover, impulsar y preservar la vida y la buena salud de las mujeres embarazadas y/o del feto o embrión, previniendo la configuración de riesgos en el periodo de gestación, tanto en el ámbito social y laboral.

b) La madre trabajadora como grupo especial de protección, frente a la COVID-19

Al haberse determinado que la COVID- 19 es una enfermedad infecciosa, que se puede contraer fácilmente a través del ambiente, por la inhalación de gotículas expedidas por una persona contagiada que se encuentre cerca, generando posiblemente un cuadro crítico o grave en el sistema respiratorio, tanto en personas con y sin afecciones médicas, teniendo incluso consecuencias mortales; y, que las embarazadas se encuentran en situación vulnerable, debido a los cambios metabólicos que sufren, lo cual ocasiona complicaciones en el periodo de gestación, en el parto o después de ellos, produciéndose en algunos casos abortos peligrosos, partos prematuros, e incluso la muerte de la madre gestante o del feto, por haberse encontrado expuestos a condiciones riesgosas, que pudieron afectar o afectaron el periodo de gestación. Se colige que, toda exposición de las embarazadas a condiciones riesgosas, que puedan ocasionar contraer la COVID – 19, sería nefastas e incluso mortales, en contra de su vida y su salud, y/o del infante o concebido, al encontrarse éstas en una situación evidentemente vulnerable, por el cambio que experimentan, en mella de su bienestar e integridad.

Asimismo, se advierte, que si bien es cierto las embarazadas no son consideradas como grupo de riesgo en el documento técnico "Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a la COVID– 19"[7], al haber señalado inicialmente

7 Aprobado mediante Resolución Ministerial N.° 448-2020-MINSA.

la OMS que *"Se están investigando las consecuencias de la infección de la COVID 19 en las mujeres embarazadas. Disponemos de datos limitados, pero no hay pruebas de que corran mayor riesgo de enfermedad grave que la población en general."* (OMS O. M., 2020); sin embargo, la COVID-19 aún es una enfermedad considerada "nueva" que se está conociendo y estudiando, además que *"...debido a las transformaciones que experimentan sus cuerpos y sistemas inmunitarios, sabemos que las mujeres embarazadas pueden verse gravemente afectadas por algunas infecciones respiratorias."* (OMS O. M., 2020).

Ello tiene relación con que la Organización Panamericana de la Salud (OPS, 2020), haya manifestado que *"Los datos disponibles hasta el momento sugieren que las mujeres embarazadas están en mayor riesgo de desarrollar una forma grave de COVID-19 y, en algunos casos, podrían evolucionar a la muerte", advierte la Alerta Epidemiológica de la OPS. En ese sentido, la OPS recomienda que los países aborden los riesgos y vulnerabilidades específicas que enfrenta esta población."*[8]; además, que se han reportado en países de nuestro continente desde el 01 de enero hasta el 11 de agosto de 2020, casos de embarazadas contagiadas con COVID-19, de los cuales algunos tuvieron consecuencias mortales, ubicándose el Perú en el segundo puesto de embarazadas contagiadas con un número de 4,782 (superado únicamente por Estados Unidos de América con 15,735), y en cuarto lugar de fallecidas con un total de 36, como se advierte del siguiente cuadro resumen (OPS, Organización Panamericana de la Salud; OMS, Organización Mundial de la Salud, 2020):

8 "Los datos recopilados por la OPS mostraron que 28.387 casos de COVID-19 en mujeres embarazadas han sido reportados por 10 países, y 356 muertes se han notificado desde enero al 11 de agosto." Recuperado de: https://www.paho.org/es/noticias/21-8-2020-ops-pide-paises-que-garanticen-controles-prenatales-para-embarazadas-porque

TABLA 1. CAOS Y DEFUNCIONES DE EMBARAZADAS CON COVID-19, SEGÚN PAÍS. REGIÓN DE LAS AMÉRICAS. 1 DE ENERO DE 2020 AL 11 DE AGOSTO DE 2020

.

EMBARAZADAS CON COVID-19		
País	**Vivas**	**Fallecidas**
Argentina	155	1
Bolivia	50	5
Brasil	2,256	135
Colombia	571	2
Ecuador	849	20
Estados Unidos de América	15.735	37
Haití	39	2
México	3.916	106
Perú	4.782	36
República Dominicana	304	12

Fuente. Centro Latinoamericano de Perinatología. Salud de la Mujer, y Reproductiva (CLAP/SMP). Información publicada en los sitios web de los Ministerios de Salud. Agencias de Salud o similares y reproductivas por la OPS/OMS.

Por lo tanto, al ser las trabajadoras gestantes potencialmente vulnerables al contagio y desarrollar una forma grave de Covid – 19 (en algunos casos, podrían evolucionar hasta la muerte), no se les debería descartar como grupo de especial protección o de riesgo, como una medida preventiva para reducir la morbilidad y la mortalidad asociadas con dicha enfermedad, así como reducir la mortalidad materna y perinatal (OPS, 2020), Tal como lo sugiere la OPS y OMS, al señalar que *"para interrumpir la transmisión* de COVID-19 deben realizarse las actividades listadas abajo, las cuales también se aplican a mujeres embarazadas: • Detección temprana de casos sospechosos; • Confirmación por laboratorio; • Aislamiento; • Rastreo y cuarentena de contactos." (OPS, Organización Panamericana de la Salud; OMS, Organización Mundial de la Salud, 2020)

Ello se evidencia, también, porque de contraer o contagiarse una embarazada de COVID-19, originaría problemas –inmunodeficiencia- en su salud, agravando un posible resfrío u otra enfermedad que pudiese padecer, lo que convertiría su embarazo en riesgoso. De igual forma, de contraer un resfrío o una enfermedad respiratoria, y posteriormente

contagiarse de COVID – 19, esta última agravaría su enfermedad inicial, ocasionando, incluso, partos prematuros en perjuicio del neonato. Similar riesgo padecen las madres trabajadoras lactantes al estar expuestas y exponer a sus bebes cuando tengan que dar de lactar en el centro de trabajo, pudiendo contagiar al infante de COVID-19, lo cual sería perjudicial e incluso posiblemente mortal para éste.

Asimismo, al evidenciarse que en caso de contagiarse la trabajadora embarazada, se pondría en riesgo y peligro la gestación, y, por ende, la salud y vida del feto, considerado como infante; cobra sustancial importancia la aplicación del principio del interés superior del niño, al encontrarse estos afectados. Es por ello, que el Gobierno al momento de establecer si las mujeres embarazadas se encuentran o no, consideradas como un grupo de riesgo frente a la COVID – 19, no debe limitar su valoración y análisis únicamente a la salud o vida de la madre, sino también respecto a la del niño que lleva dentro, puesto que dicha decisión también le afectaría directamente; por lo tanto, se debe evaluar y tener en cuenta también el derecho de niño, al sopesar los intereses en conflicto, con la finalidad garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y la Constitución Política del Estado, entre ellos la vida y la salud.

Así, al advertirse que las trabajadoras embarazadas son consideradas población vulnerable, en posible contagio en el estado de pandemia, además que la OMS no ha establecida, de forma absoluta, que las mujeres embarazadas no corran mayor riesgo de enfermarse gravemente en comparación con la población en general, por tratarse la COVID – 19 de una enfermedad nueva y aún en estudio; existiendo por un lado, el interés de no incluir a éstas como grupos de riesgo por datos científicos limitados, y por el otro, el interés de salvaguardar la vida de la mujer embarazada, aunado al interés superior del niño, al poderse ver afectado su vida y su salud; es menester que, las mujeres embarazadas reciban una protección especial, debiendo ser consideradas dentro de los grupos de riesgo establecido en el documento técnico "Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a la COVID– 19",

aprobado mediante Resolución Ministerial N.° 448-2020-MINSA, o, por lo menos, como tal al momento de elaborarse el "Plan para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a la COVID– 19 en el trabajo".

Por lo tanto, la Seguridad y Salud en el Trabajo en cumplimiento del principio de prevención[9], debe darles trato especial, no solo por ser consideradas como sujeto especialmente protegido, a partir del enfoque de género por el puesto de trabajo o labores desempeñadas, sino por su situación de vulnerabilidad, al realizar labores presenciales, debe exponerse, al tener contacto o socializar con otros compañeros de trabajo o con el público usuario. Ello a fin de prevenir y proteger, en beneficio de la madre, así como del niño concebido, evitándose contingencias, como costos humanos y económicos, tanto para la empresa, la población, y para el Estado. Tal Como ha sido asumido por el Gobierno de España, al considerar en el Informe Técnico sobre "Enfermedad por Coronavirus, COVID-19" emitido por el Ministerio de Sanidad de España (2020), que las embarazadas son un grupo con mayor riesgo de desarrollar enfermedad grave por COVID.

Situación de protección especial, que se encuentra cimentado, no solo en nuestra Carta Magna y la normativa nacional, sino también en las internacionales, como es el "Convenio N.° 183 sobre la Protección de la maternidad" del año 2000, en los cuales se reconoce la aplicación del principio de interés superior del niño, así como la promoción de la especial protección de la mujer embarazada y del menor de edad (concebidos), tanto en la sociedad como en el centro de trabajo, a partir del cual el Gobierno, los empleadores y la sociedad, deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se les obligue desempeñar un trabajo perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido que conlleva

9 **I. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN**. El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral.

un riesgo significativo para la salud de éstos, debiendo ser principalmente eliminado, caso contrario la adaptación de las condiciones de trabajo, a fin de evitarse daños en contra de la trabajadora gestante y del feto, consistente prioritariamente en la aplicación del trabajo remoto (conforme al artículo 20° del Decreto de Urgencia N.° 026-2020-PCM), la movilidad de puestos, e incluso la aplicación de licencias remuneradas, cuando el traslado de cargos no sea posible, sin que estas medidas alternativas afecten los derechos laborales de la trabajadora gestante, en pleno reconocimiento de su trabajo decente y digno[10].

c) ¿Responsabilidad del empleador por no considerar a las embarazadas como grupo de especial protección por COVID-19, en el "Plan"?

Al haberse determinado que en el caso de las embarazadas, por su estado de vulnerabilidad, deberían ser consideradas como grupo de especial protección o de riesgo por contagio de COVID-19, y por ende, corresponder la aplicación prioritaria del trabajo remoto, o de no ser posible esta, concederse licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior; es posible que, en caso de no realizarse dichas medidas complementarias, la trabajadora embarazada tenga la posibilidad de recurrir a la SUNAFIL, e incluso al Poder Judicial, por tutela de sus derechos.

Es así, que basta que la embarazada solicite al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y del feto, por exposición a agentes biológicos, como es el posible contagio de covid 19, para que éste le asigne labores o implemente medidas que no pongan en riesgo la salud y/o desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, sin afectar sus derechos laborales, como es el otorgamiento del trabajo remoto o licencia, de forma temporal, hasta que persista el riesgo de contagio o la culminación de la licencia por maternidad posterior al parto, sin perjuicio que se mantenga durante el periodo de lactancia, como medida preventiva

10 Medida que es coherente con el Proyecto de Ley N.° 6095, sobre la aplicación obligatoria del trabajo remoto en el caso de las trabajadoras embarazadas, o en su defecto, otorgarse preferentemente licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior.

para evitar posibles contingencias en perjuicio del empleador y/o de la trabajadora, y en cumplimiento de la normativa[11].

Ahora, de no ser consideradas con trabajo remoto u otra medida alternativa, estas podrían solicitar a su empleador el cese de los actos de hostilidad por la inobservancia de medidas de seguridad que pueden afectar o poner en riesgo su vida y su salud, así como la del concebido. Siendo que, de no modificarse sus condiciones de trabajo por no cesar los actos hostiles, éstas podrían accionar administrativa y/o judicialmente solicitando el cese de los actos de hostilidad, así como poderse considerar auto despedidas, solicitando el pago de una indemnización por despido arbitrario[12].

El inspector laboral de la SUNAFIL al evaluar y concluir que se ha inobservado la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, al exponerse a las embarazadas al riesgo grave e inminente de contagiarse de COVID 19, por no haber sido consideradas como grupo de especial protección y no otorgarle una medida alternativa, como el trabajo remoto, podría recomendar al empleador que se lleve a cabo una modificación necesaria en el método de trabajo, como es el hacer que las embarazadas presten servicios remotos, o de no ser posible la medida en su puesto, otorgarle distintas funciones de forma temporal, caso contrario la implementación de una medida alternativa, siempre que no afecte sus derechos laborales[13].

---

11 Conforme la Ley N.° 24048.

12 Decreto Supremo N.° 003-97-TR
Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:
d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.

Artículo 35.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por:
a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o,b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38 de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

13 Decreto Supremo N.° 019-2006-TR.

Asimismo, el inspector podría sancionar con multa al empleador, al haberse incumplido e inobservado las disposiciones relacionadas con la protección de la seguridad y salud en el trabajo de las mujeres trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia[14], como es de la Ley N.° 28048 y la Ley sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N.° 29783.

Por otro lado, de mantenerse las medidas hostiles, las trabajadoras embarazadas tendrían la opción de recurrir (de forma paralela a la SUNAFIL) al Poder Judicial, a fin que el empleador cese los actos de hostilidad; o, pretenda el pago de una indemnización por despido arbitrario, dándose por despedida.

3. CONCLUSIONES

I. Las embarazadas, entre ellas, las trabajadoras, deben ser incorporadas por la Autoridad Sanitaria dentro de los grupos de riesgo de por la COVID-19, al encontrarse en una situación de vulnerabilidad en caso de sufrir enfermedades respiratorias; a fin de evitar posibles situaciones que pongan en riesgo y peligro

---

Artículo 18.- Medidas inspectivas
18.2 En los casos de infracciones al ordenamiento jurídico sociolaboral, cualquiera que sea la materia a la que afecten, se requiere al sujeto responsable de su comisión, la adopción en un plazo determinado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas.
En materia de seguridad y salud en el trabajo, a fin de prevenir la exposición a riesgos laborales de los trabajadores, el inspector del trabajo requiere que se lleven a cabo las modificaciones necesarias en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo.
18.3 El inspector del trabajo evalúa si la inobservancia de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo implica un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, a efecto de disponer la paralización y/o prohibición inmediata de trabajos o tareas.

14 Decreto Supremo N.° 019-2006-TR
Artículo 25.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales
25.16 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la protección de las mujeres trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia.

Artículo 28.- Infracciones muy graves de seguridad y salud en el trabajo
28.1 No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia y de los trabajadores con discapacidad.

el periodo de gestación, que puedan ocasionar daños en la vida y la salud, tanto de estas como de sus hijos concebidos.

II. Si bien inicialmente la OMS, y los estudios sobre la COVID-19, han establecido que no hay pruebas absolutas que las mujeres embarazadas corran mayor riesgo de enfermedad grave que la población en general; sin embargo, por la condición de vulnerabilidad de estas, como fin preventivo de la seguridad y salud en el trabajo, deben ser consideradas como grupo de riesgo o de especial protección, más aún si es una enfermedad considerada nueva que viene siendo estudiada, y que la OPS ha sugerido recientemente, que sí están en mayor riesgo de desarrollar una forma grave de COVID-19.

III. La normativa nacional e internacional, velan y promueven la especial protección de las mujeres embarazadas, y de los niños o menores de edad, como el concebido, por sus condiciones de población vulnerable; por lo tanto, en aplicación del principio de interés superior del niño, el periodo de gestación debe ser considerado primordialmente como una situación de especial protección y cautela, tanto por las instituciones gubernamentales y la sociedad en general, al momento de la producción de normas, y/o en su interpretación.

IV. Los empleadores deberían considerar a las embarazadas dentro del grupo de riesgo o especial protección en la implementación del Plan, aplicándoles el trabajo remoto u otra medida complementaria temporal, siempre que no afecte sus derechos laborales; a fin de prevenir posibles contingencias administrativas y/o judiciales.

V. De no aplicarse trabajo remoto u otra medida complementaria temporal, las embarazadas podrían accionar administrativa y/o judicialmente (de forma simultánea o no), el cese de los actos de hostilidad o el pago de una indemnización por despido arbitrario (de considerarse auto despedida).

BIBLIOGRAFÍA

Tribunal Constitucional, 0008-2003-AI-TC (Tribunal Constitucional del Perú 14 de noviembre de 2003).

Atrash HK, F. A. (1987). Abdominal Pregnancy in the United States: Frequency and Mortality. *Obstet Gynecol*.

INEI, I. N. (27 de agosto de 2020). *Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI*. Obtenido de nhttps://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_pbi_trimestral_iit_2020.pdf

Instituto laboral andino. (2005). *Mecanismos para la protección de la salud de la trabajadora gestante.* Lima-Perú: Comunidad Andina, Instituto Laboral Anino.

Instituto materno perinatal. (2000). *Embarazo de alto riesgo: Atención integral y especializada.* Lima: Ministerio de Salud- Instituto Materno Perinatal.

Levaggi, V. (09 de agosto de 2004). *WWW.OIT.ORG*. Obtenido de https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm

Ministerio de Sanidad de España. (17 de marzo de 2020). *Ministerio de Sanidad*. Obtenido de https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/20200317_ITCoronavirus.pdf

MINSA, M. d. (s.f.). *Ministerio de Salud del Perú.* Obtenido de https://www.minsa.gob.pe/portalweb/06prevencion/prevencion_77.asp

OEA, O. d. (30 de noviembre de 2017). *WWW.OAS.ORG*. Obtenido de http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf

OIT, O. I. (s.f.). *https://www.ilo.org*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183

OIT, O. I. (s.f.). *International Labour Organization -ILO*. Obtenido de https://www.ilo.org: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R191

OMS, O. M. (19 de setiembre de 2019). *Mortalidad Materna*. Obtenido de https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/maternal-mortality

OMS, O. M. (2020). *https://www.who.int.* Obtenido de https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?gclid=Cj0KCQjw3ZX4BRDmARIsAFYh7ZJ2OhFNMzfmvWvWoMhLAAak0-oHUSrxIpQAytApX-PvqsZHCT7hjsJIaArTXEALw_wcB

OMS, O. M. (18 de marzo de 2020). *https://www.who.int.* Obtenido de https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/q-a-on-covid-19-pregnancy-and-childbirth

OMS, O. M. (2020). *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID 19)*. Obtenido de https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses

OMS, O. M. (2020). *Salud Materna.* Obtenido de https://www.who.int/topics/maternal_health/es/

OMS, O. M. (s.f.). *https://www.who.int.* Obtenido de https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?gclid=Cj0KCQjw3ZX4BRDmARIsAFYh7ZJ2OhFNMzfmvWvWoMhLAAak0-oHUSrxIpQAytApXPvqsZHCT7hjsJIaArTXEALw_wcB

OPS, O. P. (21 de agosto de 2020). *www.paho.org*. Obtenido de OPS pide a los países que garanticen controles prenatales para embarazadas porque pueden tener mayor riesgo de COVID 19 grave.: https://www.paho.org/es/noticias/21-8-2020-ops-pide-paises-que-garanticen-controles-prenatales-para-embarazadas-porque

OPS, Organización Panamericana de la Salud; OMS, Organización Mundial de la Salud. (13 de agosto de 2020). Obtenido de file:///C:/Users/ERIKA/Downloads/2020-ago-13-phe-alerta-epi-COVID-19-durante-embarazo.pdf

Salud, O. M. (s.f.). *https://www.who.int.* Obtenido de https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-

a-coronaviruses?gclid=Cj0KCQjw3ZX4BRDmARIsAFYh7ZJ2OhFNMzfmvWvWoMhLAAak0-oHUSrxIpQAytApXPvqsZHCT7hj-sJIaArTXEALw_wcB

UNICEF, F. d. (2014). *www.unicef.org*. Obtenido de https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf

EL ACCIDENTE DE TRABAJO *IN ITINERE* DURANTE EL TRABAJO REMOTO: UN ANÁLISIS ORIENTADO A REAFIRMAR LA NECESIDAD DE SU RECONOCIMIENTO EXPRESO EN EL PERÚ

DAVID SALAS MANRIQUE
Abogado Senior del área laboral de EY Perú

1. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la declaración del estado de emergencia nacional y sanitaria, a través del Decreto de Urgencia 026-2020 y Decreto de Urgencia 029-2020 se faculta al empleador a modificar el lugar de la prestación de servicios de todos sus trabajadores para implementar el trabajo remoto (siendo obligatorio en el caso de grupos de riesgo), ello en el marco de la emergencia sanitaria, y siempre que la naturaleza de las labores lo permita.

Al modificarse el lugar de trabajo al domicilio o lugar de aislamiento domiciliario del trabajador, surge una primera pregunta: ¿puede configurarse un accidente de trabajo durante el trabajo remoto? Al respecto, ya el referido Decreto de Urgencia 026-2020, complementado por el Decreto Supremo 010-2020-TR prevé que el empleador debe informar al trabajador sobre las medidas y condiciones de seguridad y salud en el trabajo, las mismas que deben ser observadas por los trabajadores, además de establecer que el empleador debe especificar el canal a través del cual el trabajador comunique la ocurrencia de un accidente de trabajo mientras se realice el trabajo remoto. Por su parte, SUNAFIL, en su Protocolo sobre el ejercicio de la inspección del trabajo dentro del marco de la declaratoria de emergencia sanitaria y nacional, además de contemplar una definición de accidente de trabajo, incluye dentro de casos prioritarios los accidentes de trabajo seguidos de muerte. Lo cual nos lleva a formular una segunda interrogante: ¿puede configurarse un accidente de trabajo *in itinere* durante el trabajo remoto? Para absolver esta pregunta se analizará el marco legal vigente en el país y, a partir de las limitaciones identificadas, recurriré al derecho y jurisprudencia comparados, particularmente en España, con el fin de evidenciar si la casuística ya desarrollada en dicho país resulta aplicable en el Perú, y en qué supuestos. De esa forma, se busca reabrir

una discusión – pocas veces tratada, a mi entender – referida la necesidad de reconocer expresamente al accidente de trabajo *in itinere* en nuestra legislación, así como respecto a la protección que debe recibir todo accidente de trabajo, no solo el acaecido en actividades de riesgo.

2. EL ACCIDENTE DE TRABAJO *IN ITINERE* EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

2.1. Exclusión expresa en la legislación en materia de seguridad social

Al respecto, tanto en el Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, aprobado por Decreto Supremo 009-97-SA, se define al accidente de trabajo como *"toda lesión corporal producida en el centro de trabajo o con ocasión de las labores para las cuales ha sido contratado el trabajador causadas por acción imprevista fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obra súbitamente sobre la persona, independientemente de su voluntad y que pueda ser determinada por los médicos de una manera cierta"*. Por su parte, en las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo – SCTR, aprobadas por Decreto Supremo 003-98-SA se define al accidente de trabajo como *"toda lesión orgánica o perturbación funcional causada en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo, por acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obra súbitamente sobre la persona del trabajador o debida al esfuerzo del mismo"*.

Sin embargo, y pese a las definiciones antes citadas (coincidentes entre sí), en el numeral 2.3 del artículo 2 del Decreto Supremo 003-98-SA se ha considerado expresamente que ***no constituye accidente de trabajo el que se produce en el trayecto de ida y retorno a centro de trabajo, aunque el transporte sea realizado por cuenta de la Entidad Empleadora en vehículos propios contratados para el efecto***.

En ese sentido, y como lo ha sostenido el autor en su tesis para la obtención del grado académico de Maestro[1], la exclusión prevista en al

1 Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Católica de Santa María.

Decreto Supremo 003-98-SA no solo contraviene el alcance de las normas internacionales de trabajo, como es el Convenio 121 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, más allá de su no ratificación por parte del Perú, y según el cual debe prescribirse una definición del accidente del trabajo, incluyendo las condiciones bajo las cuales un accidente *in itinere* es considerado como un accidente del trabajo, sino también el alcance vigente del derecho comparado, como es el caso de España[2], Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay[3].

De manera tal que, la exclusión expresa del accidente *in itinere* como accidente de trabajo coloca al Perú de espaldas a la definición prevista en nuestra propia legislación, así como respecto al criterio uniforme tanto de la OIT y del derecho comparado, pues, razonablemente, el accidente *in itinere*, cumplidos los requisitos que detallaremos en el acápite 2.3 de la presente ponencia, constituye un accidente con ocasión del trabajo, siendo inexplicable la posición asumida hoy en nuestro país.

Pese a ello, y a partir de lo previsto en la legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo, pero, principalmente, de lo desarrollado en el derecho y jurisprudencia comparados y las normas internacionales de trabajo, podremos concluir si es factible, también en el Perú, la configuración de un accidente de trabajo *in itinere* durante la vigencia del trabajo remoto, con el fin de reafirmar la necesidad de reconocer a este accidente con ocasión del trabajo en la legislación peruana.

2.2. Reconocimiento en la legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo

Sin perjuicio de la exclusión prevista en las Normas Técnicas del SCTR, conviene traer a colación lo establecido en la Ley de Seguridad y

2 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (https://legislacion.vlex.es/vid/legislativo-texto-refundido-ley-170239#section_45).

3 Rodríguez, Carlos Aníbal, Los convenios de la OIT sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, Una oportunidad para mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo. Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo, Primera Edición, Argentina, 2009, p. 19.

Salud en el Trabajo – LSST y su Reglamento respecto al acaecimiento de un accidente *in itinere*, teniendo en cuenta el carácter general de su ámbito de aplicación (todos los empleadores y trabajadores de todos los sectores económicos y de servicios). Así pues, la LSST prevé en su artículo 54 que el deber de prevención abarca también toda actividad que se desarrolle durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, o en el desplazamiento a la misma, aun fuera del lugar y horas de trabajo. Y, sobre el desplazamiento, el artículo 94 del Reglamento de la LSST establece que **no se incluye el desplazamiento entre el domicilio del trabajador al lugar de trabajo y viceversa, salvo que** ello esté contemplado en una norma sectorial por la naturaleza de la actividad, sea una condición de trabajo o **el desplazamiento se realice en un medio de transporte brindado por el empleador, de forma directa o a través de terceros.**

De lo contemplado en la LSST y su Reglamento se advierte una contradicción respecto a la exclusión prevista en las Normas Técnicas del SCTR. Sin embargo, y si bien la LSST y su Reglamento reconocen la responsabilidad del empleador por el incumplimiento del deber de prevención *in itinere*, lo cual implicaría la configuración de un accidente de trabajo *in itinere*, no genera el reconocimiento formal de un accidente de trabajo, por ende, no garantiza el otorgamiento de la protección especial prevista en la legislación en materia de seguridad social para todo accidente de trabajo.

Sobre el particular, y por citar solo un ejemplo, ya en la Corte Superior de Justicia de Arequipa, la Tercera Sala Laboral tuvo ocasión de reconocer la existencia de un accidente *in itinere*, esto al expedir la Sentencia de Vista en el Expediente 5347-2015, confirmando la sentencia de primera instancia sobre indemnización por daños y perjuicios en aplicación de la LSST y su Reglamento, siendo uno de los principales argumentos, el siguiente:

> "(...) ha quedado acreditado en mérito al escenario que rodeó el accidente que ocasionó el daño a la demandante que estamos ante un caso de ***accidente in itinere***, definido como el accidente ocurrido al trabajador durante el desplazamiento desde su domicilio hasta su

> lugar de trabajo, y viceversa, a condición de que el trabajador no haya ininterrumpido el trayecto por causas ajenas al trabajo. *Este tipo de accidente se asimila en cuanto a sus consecuencias legales a un accidente acaecido en el propio centro de trabajo por haber sido debido a la necesidad de trasladarse del trabajador con motivo de su empleo, bajo el entendido que se materializa* ***con ocasión o como una derivación o extensión necesaria de la actividad laboral, aunque no siempre dentro de la esfera de control del empleador***." (Resaltado y subrayado nuestro)

Como puede advertirse del análisis realizado hasta este punto, la exclusión del accidente *in itinere* como accidente de trabajo dentro de nuestra legislación en materia de seguridad social resulta inexplicable, al tratarse de un accidente, bajo determinados supuestos, con ocasión del trabajo realizado, por lo que, además de la responsabilidad en caso de inobservancia del deber de prevención, debe recibir la protección especial prevista para todo accidente de trabajo, lo cual, además, debe hacerse extensivo a todo tipo de actividad, no siendo razonable, al día de hoy, una protección restringida a actividades de riesgo.

3. SUPUESTOS Y ELEMENTOS DE CONFIGURACIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO *IN ITINERE*

Atendiendo al reconocimiento general del accidente *in itinere* como accidente de trabajo en el derecho comparado, tal como se mencionó en el acápite 2.1 precedente, considero pertinente recurrir a lo previsto por la OIT respecto a los supuestos que configuran un accidente *in itinere*, así como al desarrollo jurisprudencial en España sobre los elementos que permitirán identificar cuándo nos encontramos frente a un accidente de esta naturaleza.

3.1. Supuestos de configuración de un accidente de trabajo *in itinere*

Al respecto, el artículo 7 del Convenio 121 de la Organización Internacional del Trabajo[4] establece que todo Miembro deberá prescribir

4 C121 - Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 [Cuadro I modificado en 1980] (núm. 121).

una definición del accidente del trabajo, **incluyendo las condiciones bajo las cuales un accidente sufrido en el trayecto al o del trabajo es considerado como un accidente del trabajo.**

De forma complementaria, en el literal (c) del artículo 5 de la Recomendación 121 – Recomendación sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121) la OIT estableció que **todo Estado miembro debería considerar como accidente de trabajo a los accidentes sufridos en el trayecto al trabajo o del trabajo**. Al mismo tiempo, establece que son accidentes en el trayecto al trabajo o del trabajo, los sufridos entre el centro de trabajo y:

(i) la residencia principal o secundaria del asalariado; o

(ii) el lugar donde el asalariado toma habitualmente sus comidas; o

(iii) el lugar donde el asalariado percibe habitualmente su remuneración[5].

Con relación a estos supuestos, se puede precisar lo siguiente:

a) Residencia principal o secundaria. – Para los fines de la presente ponencia, nuestro Código Civil establece en su artículo 33 que **el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar**. Sin embargo, no se hace referencia a distinción entre residencia principal o secundaria. Por tanto, se puede recurrir a la jurisprudencia española para establecer tal diferencia, importante en el marco de la vigencia del trabajo remoto:

- **Residencia principal:** El Tribunal Supremo de España[6], en casos como el de la Sentencia de fecha 14 de febrero de 2011, que resolvió el Recurso N.° 1420/2010, coincide

5 Cabe precisar que estos tres supuestos han sido ratificados por el artículo 1 del Protocolo N.° 155 – Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores de la OIT.

6 La casuística del accidente in itinere. Ana Marina Conejo Pérez. http://www.elderecho.com/laboral/Cauistica_del_accidente_in_itinere-riesgos_laborales_11_551680002.html

con lo previsto en nuestro Código Civil y define al domicilio como el **lugar cerrado en el que el trabajador desarrolla habitualmente las actividades más características de su vida familiar, personal, privada e íntima** ("morada fija y permanente", en la primera acepción del DRAE), es decir, lo que comúnmente denominamos "vivienda" ("lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas", también en la primera acepción del DRAE), y, por otro, que el abandono de ese espacio concreto (elemento geográfico) debe ponerse en relación directa con el inicio de otras actividades o circunstancias que, alejadas ya por completo de las primeras, así mismo ponen claramente de relieve una relación causal (elemento teleológico) con el comienzo (elemento cronológico) del trayecto que conduce en exclusiva al desempeño de la actividad laboral."

Ahora bien, para determinar en qué momento se abandona la residencia habitual del trabajador, podemos recurrir a la definición aportada por el Tribunal Supremo español, y podemos concluir que dicho trayecto comienza al salir de la puerta de la vivienda, y, bajo dicha premisa, podría considerarse como accidente laboral la caída al bajar las escalaras del edificio donde se habita, una vez traspasados los límites del domicilio, entendiendo por tal el lugar de residencia y no el edificio donde se ubica, tal como el mismo Tribunal Supremo señala.

Por citar un ejemplo, el mismo órgano jurisdiccional, en la Sentencia de fecha 26 de febrero de 2008 que resolvió el Recurso N.° 1328/2007, resolvió un caso concreto, donde una trabajadora, cuando se disponía a acudir a su lugar de trabajo y estando mojadas las escaleras del portal de inmueble donde reside, se resbaló y cayó al suelo, sufriendo una fractura de collex cerrada por la que tuvo que estar en situación de baja varios meses. Por ende, atendiendo a la definición de domicilio, el Tribunal Supremo consideró

que cuando el trabajador desciende las escaleras del inmueble en el que se ubica su vivienda ya no está en el espacio cerrado, exclusivo y excluyente para los demás, constitucionalmente protegido, sino que ya ha iniciado el trayecto que es necesario recorrer para ir al trabajo, transitando por un lugar de libre acceso para los vecinos y susceptible de ser visto y controlado por terceras personas ajenas a la familia, por lo que se concluyó que al comenzar el accidentado el trayecto con la finalidad de ir al trabajo, se produjo el accidente *in itinere*.

- **Residencia secundaria:** Para conocer el criterio empleado también en España, resulta útil la definición aportada por Julián López y Juan Antonio Módenes[7], en mérito de la cual una **residencia secundaria es aquella no utilizada como vivienda principal o habitual y usada para otros fines de manera temporal**. Por lo tanto, puede ser secundaria una vivienda usada por motivos laborales en una determinada época del año, tal como ocurre en la presente coyuntura frente a la pandemia de Covid-19, más aún cuando nuestra legislación ha previsto que el trabajo remoto puede tener lugar en el domicilio del trabajador o en el lugar de aislamiento, lo cual puede coincidir perfectamente con una residencia secundaria.

  En esa línea, en España[8] se amplió el concepto de accidente *in itinere*, ello con relación a supuestos como el de un accidente producido en el trayecto desde la localidad donde el trabajador pasaba los fines de semana hacia donde el traba-

7 *Vivienda secundaria y residencia múltiple en España: una aproximación sociodemográfica.* Julián López Colás - Centre d'Estudis Demogràfics. Juan Antonio Módenes Cabrerizo - Universitat Autònoma de Barcelona y Centre d'Estudis Demogràfics. http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-178.htm

8 Sentencia del Tribunal Supremo Español del 26 de diciembre de 2013, que incluyó el supuesto en referencia en el artículo 115.2 a de la Ley de la Seguridad Social. http://www.imf-formacion.com/blog/prevencion-riesgos-laborales/actualidad-laboral/el-supremo-decide-ampliar-el-concepto-de-accidente-itinere/

jador residía durante la semana, que estaba a 15 Km de su centro de trabajo.

b) **Lugar de toma habitual de comidas. –** Al respecto, y además de tener presente que se trata de un supuesto contemplado en pocos países, como es el caso de Brasil y España, cuando la OIT hace referencia a la toma habitual de comidas, debemos entender que se trata de las principales comidas del día, esto es, desayuno, almuerzo y cena, cualquiera de las cuales podrá tomarse en el mismo centro de trabajo, en un lugar designado por el empleador, en el mismo domicilio del trabajador, o en lugar distinto. Lo que debe observarse también es la habitualidad con la que el trabajador acude a este lugar para la ingesta de sus alimentos, sin perjuicio de que sea necesario analizar siempre cada caso concreto para verificar la relación de causalidad con las labores llevadas cabo por el trabajador.

Adicionalmente, y de cara al análisis sobre el acaecimiento de un accidente de trabajo *in itinere* durante la vigencia del trabajo remoto, resulta de utilidad lo resuelto por Tribunal Supremo de España en la sentencia de fecha 24 de junio de 2010, a través de la cual se resolvió el Recurso N.° 3542/2009[9], y donde se analizó el caso de un trabajador que laboraba en horario de 7:00 a 13:00 horas y de 14:30 a 19:00 horas, yendo a comer a mediodía a su domicilio en la localidad de As Neves, desplazándose en motocicleta. El día 13 de enero de 2005, sobre las 14:00 horas, esto es, durante su horario de refrigerio, terminó de comer en su casa, cogió la motocicleta para dirigirse de nuevo al trabajo y antes de salir de la finca de su casa para incorporarse a la carretera general, conduciendo la motocicleta de la mano, resbaló y se cayó dentro de su propiedad, sufriendo fractura de meseta tibial derecha, lo que fue calificado como un accidente de trabajo *in itinere*.

9 La casuística del accidente in itinere. Ana Marina Conejo Pérez. http://www.elderecho.com/laboral/Cauistica_del_accidente_in_itinere-riesgos_laborales_11_551680002.html

c) **Lugar de percepción habitual de remuneración. –** En cuanto a este supuesto, debemos valorar la realidad peruana, particularmente en la actual coyuntura que venimos atravesando, donde debido a la diversidad de actividades económicas, es perfectamente posible que, en algunos casos, los trabajadores sí se vean en la necesidad de trasladarse desde su domicilio hacia el lugar donde perciben habitualmente su remuneración. Por esta razón, devendría en un error considerar que todo trabajador percibe su remuneración a través del sistema financiero.

Sin perjuicio de ello, y aun asumiendo que, en la gran mayoría de casos, los trabajadores no solo perciben su remuneración a través del sistema financiero, sino que además pueden realizar la adquisición de bienes y servicios a través del comercio electrónico, en muchos supuestos, tal como puede advertirse en el día, los trabajadores requieren trasladarse a una agencia o agente de la entidad financiera correspondiente, a efectos de cobrar/retirar su remuneración para cubrir determinadas necesidades a través del pago en efectivo.

Siendo ello así, es perfectamente posible que en el trayecto del centro de trabajo al lugar donde habitualmente se cobra la remuneración, el trabajador también sufra un accidente, el mismo que tendrá relación con el trabajo, en la medida que se reúnan los elementos exigidos para la configuración de un accidente de trabajo *in itinere*.

En este orden de ideas, y habiéndose identificado los tres supuestos de traslado bajo los cuales podría configurarse un accidente de trabajo *in itinere*, corresponde analizar cuáles son aquellos elementos que deben presentarse con el fin de corroborar de forma razonable que nos encontramos frente a un accidente de trabajo de esta naturaleza.

3.2. Elementos de configuración del accidente de trabajo *in itinere*

Con relación a requisitos que debe reunir un accidente *in itinere* para ser considerado como accidente de trabajo la jurisprudencia española[10]

10 La casuística del accidente in itinere. Ana Marina Conejo Pérez. http://www.elderecho.

aporta un análisis claro sobre la materia y, sobre la base de dicha jurisprudencia[11], podemos describir cada uno de estos elementos:

a) **Factor Topográfico. –** Según el cual el accidente debe producirse en el **trayecto habitual y normal** de recorrido desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa, con la finalidad principal y directa de acudir o volver del trabajo. Por lo mismo, resulta lógico afirmar, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo de España, que el hecho de acudir a una consulta médica particular no derivada de la relación laboral, por ejemplo, o realizar un trámite personal, no guarda ninguna relación con el trabajo, por lo que no puede ser considerado como un accidente de trabajo.

b) **Factor Cronológico. –** Según el cual el accidente debe producirse **dentro del tiempo que normalmente se invierte en el trayecto**, esto es, que el recorrido no se altere por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales o que respondan a motivos de interés particular pues en estos casos se produce la ruptura del nexo causal que debe existir con la ida o la vuelta del trabajo. Por ende, consideramos que se rompe el nexo causal cuando existe un retraso injustificado y dilatado en iniciar el desplazamiento salvo que exista alguna justificación, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha interpretado con amplitud lo que debe entenderse por "interrupción", de modo que considera que esta no se produce en supuestos en que el lapso es de corta duración y tiene justificación.

c) **Factor de idoneidad del medio. –** Según el cual el trayecto o recorrido debe realizarse con un **medio de transporte normal o habitual**. Por lo tanto, transporte apropiado es el que habitualmente utilice el trabajador o es usual siempre y cuando el

com/laboral/Cauistica_del_accidente_in_itinere-riesgos_laborales_11_551680002.html

11 Accidentes laborales in itinere. https://www.consumer.es/economia-domestica/trabajo/accidentes-laborales-in-itinere.html

> trabajador no actúe con imprudencia grave o temeraria o la empresa no lo haya prohibido expresamente. Siguiendo el ejemplo español, podemos afirmar que, si el traslado de un trabajador es asumido por el empleador, a través de vehículos propios o a través de una empresa que se encargue de brindar dicho servicio, y el trabajador, de manera unilateral decide no tomar dicho servicio y acudir por su propia cuenta y riesgo, no estaríamos frente a un caso de accidente *in itinere* con ocasión del trabajo.

Sin embargo, nuevamente se hace necesario precisar que si el motivo por el cual el trabajador no utilizó el medio habitual para trasladarse a su centro de trabajo, no responde a su voluntad, sino que derivó de un caso fortuito o fuerza mayor, que conllevó a que necesariamente el trabajador utilice un medio distinto al habitual (auto propio por ejemplo) y ocurriese un accidente en el trayecto de ida o regreso, este deba considerarse como accidente *in itinere*, lo que hace necesario analizar cada caso en concreto, como ocurrió en la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 22 de enero de 2008, que resolvió el Recurso N.° 4756/2006[12], donde se estableció que debe analizarse cada caso concreto, es decir, las circunstancias que concurren en el supuesto litigioso en relación con las particularidades que rodean la conducta del trabajador que ha de valorarse a los efectos de encuadrarla como temeraria o no.

En cuanto al medio de transporte idóneo, considero oportuno citar también otro pronunciamiento del Tribunal Supremo Español, esta vez, el contenido en la sentencia de fecha 12 de junio de 2014, que resolvió el recurso número 618/2014[13], y de cuyos argumentos, además de verificarse la configuración de los elementos desarrollados en el presente acápite, puedo referirme a que, el concepto de medio de transporte idóneo es evo-

12 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. https://legislacion.vlex.es/vid/legislativo-texto-refundido-ley-170239#section_45

13 Noticias Jurídicas. Se considera accidente de trabajo in itinere el sufrido al regresar el trabajador a casa en su patinete. http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/5399-se-considera-accidente-de-trabajo-in-itinere-el-sufrido-al-regresar-el-trabajador-a-casa-en-su-patinete/

lutivo y no debemos petrificar medios mecánicos de transporte ("artefactos y máquinas") a los que demos tal calificación, sino que por el contrario hemos de aplicar la máxima de adaptar la interpretación de las normas a la realidad social y el tiempo en que vivimos, razón por la cual se reconoció al patinete (o patineta) como medio de transporte idóneo, alejándose dicho criterio del asumido en el Perú, en específico, en el Reglamento de la LSST, al contemplar únicamente al transporte proporcionado por el empleador como idóneo para el traslado de un trabajador.

Por lo que, en la medida que se configuren los elementos antes desarrollados, así como alguno de los supuestos de traslado reconocidos por la OIT, podremos encontrarnos frente a un accidente de trabajo *in itinere*, y a partir del conocimiento de dichos aspectos, junto con la revisión de los principales alcances del trabajo remoto, nos encontraremos en la posibilidad de verificar si durante la vigencia de esta modalidad especial de trabajo es factible el acaecimiento de un accidente trabajo de este tipo, de manera tal que, la necesidad de su reconocimiento y protección dentro de la legislación peruana cuente con un argumento, cuente con argumento adicional orientado en ese sentido, en favor de los trabajadores que vienen sufriendo un accidente de trabajo con estas características.

4. CONFIGURACIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO *IN ITINERE* DURANTE LA VIGENCIA DEL TRABAJO REMOTO

4.1 Principales Características del trabajo remoto

Con la declaratoria del estado de emergencia nacional y sanitaria, el gobierno dictó medidas complementarias para reducir el impacto del Covid-19, dentro de las cuales se encuentran aquellas contenidas en el Decreto de Urgencia 029-2020 respecto al trabajo remoto.

La citada norma prevé que el trabajo remoto se caracteriza por la prestación de servicios subordinada con la presencia física del trabajador **en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario**, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar las labores fuera del centro de

trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita. En cuanto a su aplicación, **faculta a los empleadores del sector público y privado a modificar el lugar de la prestación de servicios** de todos sus trabajadores para implementar el trabajo remoto[14]. Esta facultad se constituye en una obligación respecto a los trabajadores calificados dentro de grupos de riesgo.

Asimismo, establece como obligaciones del empleador y del trabajador:

a) **Obligaciones del empleador:**

- No afectar la naturaleza del vínculo laboral, la remuneración y demás condiciones económicas salvo aquellas que por su naturaleza se encuentren necesariamente vinculadas a la asistencia al centro de trabajo o cuando estas favorezcan al trabajador.
- Informar al trabajador sobre las **medidas y condiciones de seguridad y salud en el trabajo** que deben observarse.
- Comunicar al trabajador la decisión de cambiar el lugar de la prestación de servicios.

b) **Obligaciones del trabajador:**

- Cumplir con la normativa vigente sobre seguridad de la información, protección y confidencialidad de los datos, así como guardar confidencialidad de la información proporcionada por el empleador para la prestación de servicios.
- **Cumplir las medidas y condiciones de seguridad y salud en el trabajo informadas por el empleador**
- Estar disponible, durante la jornada de trabajo, para las coordinaciones de carácter laboral que resulten necesarias.

Por otro lado, a diferencia también del teletrabajo, se prevé que los equipos y medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, así

14 Lo que constituye, a mi parecer, la primera distinción importante respecto a la modalidad de teletrabajo regulada en la Ley 30036 y su Reglamento.

como de cualquier otra naturaleza que resulten necesarios pueden ser proporcionados por el empleador o el trabajador.

De forma complementaria, el Decreto Supremo 010-2020-TR, vigente mientras dure el estado de emergencia sanitaria, desarrolla la modalidad del trabajo remoto, destacándose para efectos de la presente ponencia, las siguientes disposiciones:

i) Se define al **domicilio o lugar de aislamiento domiciliario** como el lugar en el que el trabajador puede realizar la prestación de servicios, en cumplimiento de las disposiciones emitidas en el marco de la emergencia sanitaria y el estado de emergencia nacional declaradas por el COVID-19, es decir, **su lugar de residencia habitual u otro lugar en el que se encuentre como consecuencia de las medidas de aislamiento social obligatorio**.

ii) La comunicación del empleador debe contener, entre otros aspectos, **las medidas, condiciones y recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo aplicables,** incluyendo las medidas para eliminar o reducir los riesgos más frecuentes en el empleo del trabajo remoto.

iii) Es responsabilidad del empleador la asignación de labores al trabajador, así como la implementación de los mecanismos de supervisión y reporte de las labores realizadas durante la jornada laboral.

iv) El empleador debe especificar el canal a través del cual el trabajador pueda comunicarle sobre los riesgos adicionales que identifique y que no se hayan advertido previamente, o los **accidentes de trabajo** que hubieran ocurrido mientras se realice el trabajo remoto, pudiendo dicha comunicación ser realizada por cualquier persona con quien el trabajador comparta su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario.

v) La jornada ordinaria de trabajo es la pactada con el empleador antes de iniciar la modalidad de trabajo remoto o la que hubieran reconvenido con ocasión del mismo.

Como puede observarse, la implementación de la modalidad del trabajo remoto implica, básicamente, el **cambio del lugar de trabajo** a la residencia habitual o lugar de aislamiento domiciliario, que puede tratarse de una residencia secundaria, según la definición prevista en el acápite 3.1 anterior.

En esa medida, resulta evidente que, como consecuencia de la aplicación del trabajo remoto, el domicilio del trabajador o el lugar de aislamiento domiciliario cumplirá una doble función, servir de residencia del trabajador (principal o secundaria) y, al mismo tiempo ser utilizado como lugar de trabajo, siendo perfectamente posible que, dentro del lugar del que estemos hablando, se haya identificado un ambiente específico para la prestación de la labor a través del trabajo remoto, encontrándose delimitado el lugar de trabajo dentro de la residencia habitual o secundaria del trabajador.

Del mismo modo, queda claro que la aplicación del trabajo remoto no elimina la posibilidad del acaecimiento de un accidente de trabajo, previéndose, para ello, la implementación de las condiciones, medidas y recomendaciones que deben observarse en materia de seguridad y salud en el trabajo, además de preverse la obligación del empleador de garantizar el canal a través del cual podrá comunicarse cualquier riesgo o accidente de trabajo, lo cual deviene en razonable, teniendo presente, por un lado, la definición de accidente de trabajo prevista en nuestra legislación – y detallada en el acápite 2.1 precedente – y, por otro lado, que el objeto del trabajo remoto es permitir el cambio del lugar de trabajo.

Adicionalmente, SUNAFIL, en el Protocolo sobre el ejercicio de la inspección del trabajo dentro del marco de la declaratoria de emergencia sanitaria y nacional, contempla una definición de accidente de trabajo[15], la misma que guarda relación con aquella contenida en el Reglamento de

15 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.

la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, así como en las Normas Técnicas del SCTR, e incluye además dentro de casos prioritarios los accidentes de trabajo seguidos de muerte, lo cual no implica, a todas luces, que no se fiscalice el acaecimiento de un accidente de trabajo.

En esa línea, se puede advertir una omisión importante por parte del gobierno, pues si bien se prevé como obligación cumplir con comunicar al trabajador su decisión de modificar el lugar de trabajo, no establece como obligación del trabajador comunicar a su empleador, cuál será el o los lugares desde donde cumplirá con la prestación de su labor, así como la obligación de informar cualquier modificación sobre el particular.

La omisión anotada reviste importancia, pues como la misma legislación ha reconocido, el trabajo remoto no necesariamente se materializa desde el domicilio conocido por el empleador, sino que puede tener lugar desde una residencia secundaria o incluso, parcialmente, desde otro lugar, solo por poner un ejemplo, la cabina de internet que puede utilizar eventualmente un docente para el dictado virtual de clases, ello atendiendo a la realidad de nuestro país, así como a la diversidad de ocupaciones y actividades económicas que se desarrollan.

De ese modo, el hecho de no tener pleno conocimiento del lugar desde el que el trabajador realiza su labor de forma remota puede tener incidencia en el acaecimiento de un accidente de trabajo durante la vigencia de esta modalidad de trabajo, pues no se tendría certeza respecto al lugar de trabajo y si, por ende, el accidente tuvo lugar con ocasión del trabajo. Por esta razón, la omisión en mención puede ser suplida válidamente por parte del empleador, como una medida de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Por último, se debe tener presente que si bien la vigencia de la modalidad de trabajo remoto tiene lugar mientras dure la emergencia sanitaria, una vez que esta llegue a su fin, el acaecimiento de un accidente de trabajo en circunstancias similares seguirá latente, ello en tanto empleadores y trabajadores acuerden la aplicación de la modalidad del teletrabajo, según lo previsto en la Ley 30036 y su Reglamento, toda vez que, al igual que

en el caso del trabajo remoto, el lugar del trabajo podrá seguir siendo la residencia del trabajador u otro lugar.

4.2. El accidente de trabajo *in itinere* durante la vigencia del trabajo remoto

Del análisis previo se ha podido evidenciar que el cambio de lugar de trabajo durante la vigencia de la modalidad del trabajo remoto, medida implementada para reducir el impacto del Covid-19, no elimina la posibilidad de que se configure un accidente de trabajo, en general, pues durante la prestación de labores a través de esta modalidad remota, es perfectamente dable que se produzca una lesión corporal causada por acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obre súbitamente sobre la persona del trabajador. Es bajo dicha premisa que, no solo se ha previsto la obligación de comunicar y cumplir las condiciones y recomendaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, sino que se exige un canal para comunicar riesgos y accidentes de trabajo, así como la actuación por parte de la autoridad inspectiva, con relación a esta materia.

En esa línea, siendo factible la configuración de un accidente de trabajo durante la vigencia del trabajo remoto, ahora corresponde verificar la posibilidad de la configuración de un accidente *in itinere* bajo dicha modalidad de trabajo, con el fin de evidenciar que, particularmente en las circunstancias actuales, también se hace necesario el reconocimiento expreso del accidente *in itinere* como accidente de trabajo, fijándose los supuestos y requisitos bajo los cuales se configurará un accidente de esta naturaleza.

Para tal fin, debemos partir refiriéndonos a lo señalado por Raquel Poquet[16]sobre la base del desarrollo jurisprudencial español respecto al accidente *in itinere*. Así, la autora toma en consideración también la Sentencia del Tribunal Supremo español del 26 de diciembre de 2013

16 Accidente de trabajo *in itinere* en el teletrabajo: su difícil conjunción, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Volumen 5, num. 4, octubre-diciembre 2017. Raquel Poquet Catalá file:///C:/Users/SR533QW/Downloads/528-1101-1-PB.pdf.

que resolvió el Recurso 2315/2012 y que amplía el concepto de accidente de trabajo *in itinere*, incluyéndose el traslado respecto a una residencia secundaria o al lugar de toma de alimentos, distintos de la residencia principal del trabajador.

En mérito a dicha flexibilización, la autora reconoce que *cabe calificar como accidentes de trabajo in itinere aquellos accidentes sufridos por el trabajador durante el desplazamiento que tiene como fin el trabajo aunque sea de forma indirecta, esto es,* ***aquéllos sufridos por el trabajador durante el desplazamiento entre dos domicilios – el familiar y el laboral*** *– sin requerir que el accidente se sufra en el trayecto ocurrido entre el lugar de trabajo y el domicilio*.

Y, yendo más allá, la autora también analiza el supuesto bajo el cual el teletrabajador no presta sus servicios en su domicilio únicamente, sino que lo presta en diversos lugares, compartiendo su domicilio con una segunda residencia, con el domicilio de un familiar o con un *telecottage*[17], y en el trayecto entre unos y otros sufre un accidente de trabajo, y si con ello podrían surgir nuevas formas de accidentes *in itinere* en el seno del teletrabajo. Para absolver esta problemática, y con el fin de ofrecer cierta seguridad jurídica, la autora coincide en la necesidad de que el trabajador, de forma expresa y por escrito, debe especificar el lugar de prestación de sus funciones, con el fin de evitar situaciones de abuso y fraude a la ley.

Del análisis realizado de la situación del teletrabajo en España, podemos identificar puntos de coincidencia. En primer lugar, la existencia, en muchos casos, de la prestación de la labor remota desde más de un lugar, además de la residencia habitual del trabajador. En este contexto, conviene revisar los tres supuestos de traslado contemplados por la OIT, a fin de identificar los supuestos de traslado que podrían configurarse como accidentes de trabajo durante el trabajo remoto, entre el centro o lugar de trabajo:

17 Edificio donde las personas que viven lejos de un pueblo o ciudad pueden usar computadoras y conectarse a Internet por trabajo o placer (Definición de **telecottage** del Cambridge Business English Dictionary © Cambridge University Press)

a) Traslado entre el lugar de trabajo y la residencia principal o secundaria

Conociendo, desde lo ya previsto en nuestra legislación respecto al lugar de trabajo durante el trabajo remoto (domicilio o lugar de aislamiento domiciliario), considero que es perfectamente factible que, durante la vigencia de esta modalidad de trabajo, los trabajadores pueden contar con una residencia principal o secundaria a efectos de llevar a cabo sus labores, por lo que, es dable el acaecimiento de un accidente en el traslado entre ambas residencias, en cuyo caso, deberá verificarse que el traslado es con ocasión del trabajo para calificar un accidente *in itinere* como accidente de trabajo.

Sin perjuicio de ello, y dadas las características del trabajo remoto (observables también en la modalidad de teletrabajo), es perfectamente posible que el traslado se produzca respecto a otros lugares, como el domicilio de un familiar, un *telecottage*[18] u otra locación utilizada como lugar de trabajo. En cualquier caso, sea que el traslado se dé entre la residencia del trabajador (principal o secundaria) y otro lugar de trabajo, podrá ser calificado como accidente de trabajo *in itinere*, manteniéndose el principal aspecto a observar, es decir, que se trate de un accidente con ocasión del trabajo.

Cabe distinguir estos supuestos de traslado con aquel que se realice durante la ejecución de órdenes del empleador o bajo su autoridad, incluso si se producen fuera del centro y de las horas de trabajo, supuesto que sí se encuentra previsto como accidente de trabajo en las Normas Técnicas del SCTR.

b) Traslado entre el lugar de trabajo y el lugar donde el trabajador toma habitualmente sus comidas

Al respecto, la vigencia del trabajo remoto y el cambio de lugar de trabajo que ello implica, si bien lo restringe en la coyuntura

18 También existentes en el Perú.

actual, no imposibilita el traslado entre el lugar de trabajo (domicilio o lugar de aislamiento domiciliario) y el lugar donde el trabajador suele consumir sus principales alimentos, incluso si el traslado, en casos puntuales, se realiza dentro del mismo lugar de trabajo.

Así pues, si el traslado comprende al lugar de trabajo durante el trabajo remoto y un lugar distinto, dicho traslado calificará como accidente de trabajo en la medida que se configuren los elementos exigidos para tal efecto

c) **Traslado entre el lugar de trabajo y el lugar donde el trabajador percibe habitualmente su remuneración**

Este, quizás, sea el supuesto que, aun durante la vigencia del trabajo remoto, podría configurarse de forma similar a un escenario en el que el lugar de trabajo se encuentra dentro de las instalaciones del empleador, ello debido a que, difícilmente el lugar donde habitualmente el trabajador cobra o percibe su remuneración coincida con el lugar de trabajo durante el trabajo remoto, esto es, con el domicilio, lugar de aislamiento domiciliario u otro lugar de trabajo durante el trabajo remoto.

En ese sentido, se evidencia la clara posibilidad de configurarse de un accidente *in itinere* mientras se encuentre vigente la modalidad del trabajo remoto, constituyéndose, seguramente, como el supuesto que menos dificultad podría generar de cara a la verificación de un accidente de esta naturaleza, al observar el cumplimiento de los elementos o requisitos de todo accidente de trabajo *in itinere*.

Ahora bien, de los tres supuestos de traslado recogidos por la OIT, considero que, particularmente en los casos traslado referido entre el lugar de trabajo y la residencia del trabajador, y entre el lugar de trabajo y el lugar donde habitualmente se toman los alimentos, es posible que el traslado se produzca dentro del mismo lugar, generalmente, dentro de la residencia del trabajador (principal o secundaria).

En este caso, la dificultad se presentará respecto a la verificación de los elementos de configuración. Esta dificultad se reducirá en la medida que, dentro del mismo domicilio, se encuentren claramente delimitados los ambientes de residencia y de toma de alimentos (lo que puede incluirse dentro de las recomendaciones y medidas en materia de seguridad y salud en el trabajo que el empleador debe dictar durante el trabajo remoto), de manera tal que pueda advertirse que el accidente se produjo durante el traslado y con ocasión del trabajo. Indispensablemente, en este escenario, será indispensable un análisis de cada caso en concreto, teniendo presente las diferencias que pueden identificarse dentro de los diferentes tipos de domicilios, referidas principalmente al bien inmueble donde se encuentren ubicados.

Sobre el particular, se reafirma la necesidad de suplir la omisión advertida en nuestra legislación, respecto a la obligación del trabajador de comunicar expresamente el lugar o lugares de trabajo durante el trabajo remoto, lo que debe extenderse a la comunicación de cualquier cambio sobre dicho lugar de trabajo.

Finalmente, y en virtud del análisis realizado, podemos colegir que, durante la vigencia del trabajo remoto, más allá de las dificultades identificadas en las circunstancias especiales de esta modalidad de trabajo, es posible que se produzca un accidente de trabajo y, de acuerdo a su naturaleza, también es factible que se configure un accidente *in itinere*, siempre que se verifique la existencia de uno de los supuestos contemplados, así como la concurrencia de los elementos que justifiquen su calificación como accidente de trabajo, es decir, que se produce con ocasión del trabajo.

De ahí que, al corroborarse la posibilidad de la configuración de un accidente de trabajo *in itinere*, también en el contexto de un trabajo remoto en medio de la declaratoria de un estado de emergencia y sanitaria, puede extenderse a la modalidad del teletrabajo, ya regulada en nuestro ordenamiento jurídico, se confirma la necesidad del reconocimiento legal de este tipo de accidente de trabajo, que genere el otorgamiento de protección especial prevista para todo accidente de trabajo.

Sobre esto último, la presente ponencia también tiene por objeto, además de reafirmar la necesidad de incorporar al accidente *in itinere* como accidente de trabajo en nuestra legislación, plantear también la necesidad de extender la protección especial establecida para todo accidente de trabajo, a aquellas actividades que no sean calificadas como de riesgo, teniendo presente que, más allá de la mayor o menor exposición al riesgo de sufrir un accidente de trabajo, todo accidente de esta naturaleza debe recibir el mismo tratamiento, ello en favor, única y exclusivamente, de los trabajadores, en general.

5. CONCLUSIONES

En Perú, en materia de seguridad social, se considera como contingencia social al accidente de trabajo, definiéndolo como una lesión corporal causada por acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obre súbitamente sobre la persona del trabajador. Sin embargo, se excluye de forma expresa al accidente *in itinere*, aun cuando el transporte sea asumido por el empleador. Dicha exclusión no solo no guarda relación con la definición prevista, sino que colisiona con lo previsto en la legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo, que reconoce la responsabilidad del empleador por el incumplimiento del deber de prevención durante el desplazamiento entre el domicilio del trabajador al lugar de trabajo y viceversa, lo que puede generarse, a todas luces, como consecuencia del acaecimiento de un accidente *in itinere*.

La exclusión del accidente *in itinere* se encuentra alejada también del criterio uniforme de las normas internacionales de trabajo y del derecho comparado. La OIT ha establecido que todo Estado miembro debe prever las condiciones bajo las cuales un accidente *in itinere* es considerado como accidente de trabajo, al mismo tiempo que establece que un accidente *in itinere* se configura en el trayecto entre el centro de trabajo y la residencia principal o secundaria del asalariado; el lugar donde el asalariado toma habitualmente sus comidas; o el lugar donde el asalariado percibe habitualmente su remuneración. Mientras que, en el derecho comparado, cada

país ha establecido los supuestos bajo los cuales se configura un accidente de trabajo *in itinere*. Ello ha permitido el desarrollo de la casuística sobre este tipo de accidente, resaltando el tratamiento jurisprudencial español, de donde pueden desprenderse los elementos de configuración del accidente de trabajo *in itinere* (topográfico, cronológico e idoneidad del medio), aplicándose además la máxima de adaptar la interpretación de las normas a la realidad social y el tiempo en que vivimos.

Ahora bien, en el contexto actual que viene atravesando el mundo frente a la crisis genera por la pandemia del Covid-19, y dadas las medidas dispuestas por el gobierno peruano como consecuencia de la declaración de la emergencia sanitaria y el estado de emergencia nacional, dentro de las cuales se incluyó al trabajo remoto, que se caracteriza por la facultad del empleador de modificar el lugar de trabajo permitiendo la prestación de servicios subordinada con la presencia física del trabajador en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario, siempre que la naturaleza de las labores lo permita, se advierte que es perfectamente dable que se configure un accidente de trabajo, esto es, que se produzca una lesión corporal causada por acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obre súbitamente sobre la persona del trabajador.

Siendo ello así, a luz de lo dispuesto por la OIT y atendiendo especialmente al desarrollo jurisprudencial español, se advierte que, durante la vigencia del trabajo remoto, también es perfectamente posible que se configure un accidente de trabajo *in itinere*, más allá de la dificultad, en determinados casos, para verificar la concurrencia de los elementos de configuración de un accidente de esta naturaleza, teniendo presente que la residencia del trabajador (principal o secundaria), puede cumplir una doble función (como domicilio y como lugar de trabajo), además de tener presente que el lugar de trabajo puede ser distinto al domicilio del trabajador, como es el caso de la residencia de un familiar o un *telecottage* u otro lugar distinto a las instalaciones del empleador.

De los tres supuestos previstos por la OIT, en los casos de traslado entre el lugar de trabajo y la residencia del trabajador, y entre el lugar de trabajo y el lugar donde habitualmente se toman los alimentos, es posible

que el traslado se produzca dentro del mismo lugar, o entre dos lugares distintos. En el caso del traslado entre el lugar del trabajo y el lugar donde habitualmente se cobra la remuneración, estarán involucrados dos lugares distintos.

En todos los casos, frente a la dificultad respecto a la verificación de los elementos de configuración de un accidente *in itinere* durante el trabajo remoto, y con el fin de brindar seguridad jurídica, es indispensable, por un lado, que los trabajadores cumplan con comunicar expresamente y por escrito el lugar o lugares de trabajo durante esta modalidad de trabajo, así como comunicar cualquier cambio sobre dicho lugar de trabajo. Por otro lado, dentro de las recomendaciones y medidas en materia de seguridad y salud en el trabajo que el empleador debe dictar durante el trabajo remoto deberá incluirse la delimitación de los ambientes de residencia, de toma de alimentos, de corresponder, y del ambiente de trabajo.

Adicionalmente, y de cara al eventual término de la vigencia de la modalidad de trabajo remoto, condicionada a la duración de la emergencia sanitaria declarada por el gobierno, debe considerarse que el acaecimiento de un accidente de trabajo, incluido el accidente *in itinere*, seguirá latente, ello en tanto empleadores y trabajadores acuerden la aplicación de la modalidad del teletrabajo, según lo previsto en la Ley 30036 y su Reglamento, toda vez que, al igual que en el caso del trabajo remoto, el lugar del trabajo podrá seguir siendo la residencia del trabajador u otro lugar distinto al de las instalaciones del empleador.

Finalmente, al haberse verificado la posibilidad de que, durante el trabajo remoto, puede configurarse un accidente de trabajo, incluido un accidente *in itinere*, se reafirma la necesidad de incorporar a este accidente como accidente de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico, con el objeto de garantizar una protección adecuada, tanto en materia de seguridad social como en materia de seguridad y salud en el trabajo. Con este fin, también será necesario extender la protección especial establecida para todo accidente de trabajo, a aquellas actividades que no sean calificadas como de riesgo, debiendo recibir todo accidente de trabajo un mismo tratamiento, en favor de la seguridad y salud de todos los trabajadores

GESTIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES LABORALES EN EL CONTEXTO DE LA COVID-19

ANA NELLY CALDERÓN TARRILLO
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

I. INTRODUCCIÓN

El mundo laboral ha sido afectado por la crisis sanitaria debido a la COVID-19; producto de ello, las relaciones laborales han sufrido cambios que han generado daños colaterales en la salud de los trabajadores, lo cual a su vez afecta la productividad en las organizaciones.

Los daños, con especial énfasis en la salud mental de los trabajadores, son producto del incremento de las cargas de trabajo, jornadas de trabajo más largas, periodos de descanso reducidos, miedo a infectarse en el trabajo y transmitir el virus a sus familiares, aislamiento, inestabilidad laboral, entre otros.

Los factores de riesgo descritos están asociados a riesgos psicosociales laborales, los cuales deben ser gestionados por el empleador para evitar que causen afectaciones en la salud de los trabajadores, de acuerdo a lo establecido en los principios de prevención y protección recogidos en la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Además, en el marco de la COVID-19 la protección de la salud mental de los trabajadores debe integrarse en los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo y los planes de retorno al trabajo desarrollados para responder ante la crisis sanitaria.

II. DESARROLLO

1. Trabajo y derechos fundamentales

1.1. El marco jurídico internacional y regional

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala que: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (…)." (art. 23º nral.1).

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial, entre otros, la seguridad y la higiene en el trabajo (art. 7º lit. b).

Asimismo, los Estados obligados por el mencionado Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, para lo cual deben buscar el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; así como, la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (art. 12).

En esa línea, el artículo 10º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece que: "Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social."

A nivel regional; la Decisión 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, establece la obligación de los Estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones de implementar una política de prevención de riesgos laborales y vigilar su cumplimiento; el deber de los empleadores de identificar, evaluar, prevenir y comunicar los riesgos existentes a sus trabajadores; y el derecho de quienes laboran a estar informados de los riesgos de las actividades que prestan, entre otros.

La mencionada norma regional, considera como trabajador a toda persona que desempeña una actividad laboral por cuenta ajena remunerada, incluidos los trabajadores independientes o por cuenta propia y los trabajadores de las instituciones públicas.

1.2. El marco jurídico nacional

1.2.1. Principios constitucionales

La Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (art. 2 inc.1).

Además, la misma norma reconoce el derecho a la protección de la salud de toda persona en cualquier ámbito, que incluye el laboral (art. 7). Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la salud:

> *"(...) reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica (...). Dicho derecho debe ser abordado en tres perspectivas, a saber: la salud de cada persona en particular, dentro de un contexto familiar y comunitario."*[1]

Finalmente, la Norma Suprema establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (art. 23).

1.2.2. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y la salud como bien jurídico protegido

En el 2011, se promulgó la Ley N.° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST), que tiene como objeto promover una cultura de prevención de riesgos laborales; a través del deber de prevención de los empleadores, el rol de fiscalización y control del Estado, así como con la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales.

El principio de prevención de la mencionada Ley establece que el empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores.

El concepto de salud recogido en la LSST fue acuñado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York en 1946, el cual señala que "la salud

1 Caso Azanca Meza García, Exp. N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 30.

es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"[2].

En tal sentido, el principio de protección de la norma preventiva proclama que los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua. El trabajo debe desarrollarse en un ambiente seguro y saludable y las condiciones de trabajo deben ser compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores.

El artículo 2 de la referida Ley señala que las obligaciones que ella establece son aplicables a todos los sectores económicos y de servicios; comprende a todos los empleadores y los trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada en todo el territorio nacional, trabajadores y funcionarios del sector público, trabajadores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, y trabajadores por cuenta propia.

2. Las relaciones laborales en el Contexto del COVID-19 y sus efectos sobre la salud mental (y física) de los trabajadores

En la Declaración del Centenario de la Organización Internacional del Trabajo para el Futuro del Trabajo, que se adoptó en junio del 2019, se señala que "Las condiciones de trabajo seguras y saludables son fundamentales para el trabajo decente" y hoy en día esto no puede tener mayor vigencia para la gestión del COVID-19 y la reactivación económica (Organización Internacional del Trabajo, 2020, pág. 6).

El escenario del mundo del trabajo ha cambiado radicalmente, para unos más que para otros, trayendo consigo nuevos desafíos para conservar la salud y bienestar de los trabajadores, ya sea que se encuentren en la

2 La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N.º 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

primera línea de batalla contra el COVID-19, en la provisión de servicios esenciales, trabajando desde casa o si son trabajadores independientes.

La Organización Panamericana de la Salud advierte que:

> *"Ante las nuevas y desafiantes realidades de distanciamiento físico, el trabajo desde el hogar, el desempleo temporal, la educación de los niños en el hogar y la falta de contacto físico con los seres queridos y amigos, es importante que cuidemos tanto nuestra salud física como mental."* (Organización Panamericana de la Salud, 2020)

A continuación, se presentan tres contextos laborales alterados por la crisis del COVID-19:

2.1. Personal de salud

El personal de salud está compuesto por los profesionales de la salud, personal técnico y auxiliar asistencial de la salud que participan en el cuidado de la salud de las personas[3][4].

Actualmente, se requiere la atención asistencial para un gran número de personas afectadas en su salud como consecuencia de haber adquirido la COVID-19. Por ello, como señala De La Cruz:

> *"La situación en los hospitales es compleja. No solo existe incertidumbre e intensa presión en los servicios de triaje, sino que aparece el agotamiento físico y mental, el tormento de las decisiones difíciles y el dolor de perder pacientes y colegas, todo esto además del riesgo de infección."* (de la cruz-vargas, 2020).

---

3 Glosario de términos de la NTS N.° 4 39- MINSA/2018/DGAIN Norma Técnica de Salud para la Gestión de la Historia Clínica, aprobada mediante Resolución Ministerial N.º 214-2018/MINSA.

4 Incluye al personal asistencial y administrativo de los servicios de atención primaria, emergencias, cuidados intensivos e intermedios, hospitalización, laboratorio, equipos de respuesta rápida, que realizan labor pre hospitalaria, asimismo incluye al personal en todos los niveles de gestión de la salud. Glosario de términos de la Guía Técnica para el cuidado de la salud mental del personal de la salud en el contexto del COVID-19, aprobada por Resolución Ministerial N.º 180-2020/MINSA.

Entre los principales riesgos y desafíos que plantea la pandemia para el personal de salud, se pueden mencionar los siguientes (Leay, 2020):

- Entorno laboral demandante, largas horas de trabajo y aumento de la demanda asistencial.
- Temor a contagiarse y contagiar a sus familiares y seres queridos.
- Riesgo de estigmatización y discriminación hacia quienes trabajan en el sector salud.
- Constante estado de alerta y vigilancia para no cometer errores y evitar contagios.
- Limitada posibilidad para realizar acciones de esparcimiento y autocuidado
- Miedo al desbordamiento de la demanda asistencial y a tener que tomar decisiones difíciles, debido a la incertidumbre de cómo evolucionará la pandemia.
- Alta carga emocional debido a exposición al sufrimiento de los usuarios y familiares, lo que podría ocasionar fatiga compasiva.
- Trato con usuarios y/o familiares que no colaboran con indicaciones médicas y de aislamiento.
- Exposición a múltiples fuentes de información, a veces contradictorias, lo que propicia la sensación de incertidumbre, ansiedad y confusión respecto a la mejor manera de actuar.
- Dilema ético entre querer estar con la familia en condiciones de aislamiento y mantenerse trabajando para cubrir la demanda asistencial.
- Cambios en las unidades, restructuración de los espacios y los equipos de trabajo.
- Conciliación trabajo familia. Dificultades en el cuidado de los hijos.

Las situaciones descritas pueden afectar el bienestar del personal de salud, ocasionando sentimientos como el miedo, pena, frustración, culpa,

soledad y problemas relacionados con el sueño, apetito, agotamiento, entre otros que pueden generar ansiedad, depresión, desmotivación y desesperanza, condiciones que perjudican gravemente la realización de labores relacionadas al cuidado de la salud de las personas. (Ministerio de salud. Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública. Dirección de Salud Mental, 2020)

Al respecto, la Guía Técnica para el cuidado de la salud mental del personal de la salud en el contexto del COVID-19 señala que, durante la pandemia generada por el coronavirus, entre los principales grupos del personal sanitario con afectación de su salud mental, se encuentra el personal directamente involucrado en el diagnóstico, tratamiento y cuidados de las personas afectadas por el COVID-19, las mujeres y el personal de enfermería. Dichos grupos tienen mayor riesgo de desarrollar síntomas de depresión, ansiedad, insomnio y distrés.

En relación a ello, de acuerdo a información publicada por el Ministerio de Salud, transcurridos los primeros dieciséis días de anunciado el primer caso de COVID-19 en nuestro país, el 62,5% de los casos identificados de infección en personal de salud corresponden a médicos, seguido por el 15.6% de casos en enfermeras; por lo tanto, se verifica lo señalado en el párrafo anterior, que la afectación a la salud mental de los trabajadores guarda una estrecha relación con el nivel de exposición al riesgo de contraer la COVID-19.

TABLA 1: CASOS DE INFECCIÓN POR COVID-19 EN PERSONAL DE SALUD, PERÚ (AL 22/03/2020-20:00 HORAS).

Profesión/ocupación	Minsa	EsSalud	PNP	Privado	No ejerce profesión	Otro	Total	%
Médico residente	3	4	1				8	25.0
Médico cirujano	3	2			1	1	7	21.9
Médico especialista	3			2			5	15.6
Enfermera	1	1	1	1		1	5	15.6
Obstetra		1					1	3.1
Odontóloga			1				1	3.1

Profesión/ocupación	Minsa	EsSalud	PNP	Privado	No ejerce profesión	Otro	Total	%
Psicóloga						1	1	3.1
Técnica de enfermería		1					1	3.1
Otro			1			2	3	9.4
Total general	**10**	**9**	**4**	**3**	**1**	**5**	**32**	**100,00**

Fuente: Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades - MINSA.

El observatorio del Colegio Médico del Perú registró al 30 de setiembre de 2020, 4 036 médicos contagiados con la COVID-19 y 199 fallecidos (Colegio Médico del Perú, 2020); esta realidad, sin duda, altera el entorno laboral y las condiciones de trabajo del personal de salud[5].

2.2. Trabajo remoto

El Gobierno adoptó diversas medidas para prevenir la propagación de la COVID-19 en los lugares de trabajo; entre ellas, la incorporación de una nueva figura en las relaciones laborales, denominada: trabajo remoto. Si bien las características de esta forma de organización del trabajo son similares a las del teletrabajo, en suma, para el derecho laboral peruano no son lo mismo.

El Decreto de Urgencia N.º 026-2020, establece que el trabajo remoto está reservado para aquellos que la naturaleza de sus labores permita brindar la prestación de servicios subordinada con presencia física en su lugar de aislamiento domiciliario, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar las labores fuera del centro de trabajo;

5 El personal de salud no está solo en la primera línea de batalla contra el COVID-19, también están los policías. Al respecto, el 14 de agosto de 2020 Jorge Montoya- quien fuera Ministro del Interior- declaró que cerca de 24 000 policías habían contraído la COVID-19 en el Perú y que 400 habían fallecido. La cifra de contagios representa el 13% de los 130 000 miembros que componen la Policía Nacional del Perú (El Comercio, 2020).

pero, especialmente para aquellos trabajadores considerados en el grupo de riesgo por edad y factores clínicos.[6]

TABLA 2: DIFERENCIAS ENTRE EL TELETRABAJO Y EL TRABAJO REMOTO

Teletrabajo	Trabajo remoto
Debe acordarse por escrito entre las partes.	Es facultad de empleadores del sector público y privado modificar el lugar de la prestación de servicios de sus trabajadores. Esta decisión debe ser comunicada al trabajador mediante soporte físico o digital.
Se debe brindar información al trabajador sobre los medios a emplear, la compensación que se le brindará por el uso de sus propios bienes o recursos, la jornada laboral, entre otros.	Los equipos y medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos (internet, telefonía u otros), así como de cualquier otra naturaleza que resulten necesarios para la prestación de servicios pueden ser proporcionados por el empleador o el trabajador.
Está vigente mientras haya acuerdo de las partes.	Se puede aplicar durante la vigencia del Estado de Emergencia Sanitaria.
Caracterizado por el uso de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones (TIC)	Se extiende a cualquier tipo de trabajo que no requiera la presencia física del trabajador en el centro de labores.

Elaboración propia

Fuente: Ley N.° 30036, Ley que regula el Teletrabajo, Decreto Supremo N.º 017-2015-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N.° 30036, Decreto de Urgencia N.º 026-2020, Decreto Supremo N.º 010-2020-TR y Resolución Ministerial N.° 072-2020-TR.

El 03 de agosto de 2020 el ex Presidente del Consejo de Ministros Pedro Cateriano, señaló en su discurso frente al Congreso de la República, que se habían registrado más de 220 mil[7] «trabajadores remotos» y anunció que el trabajo no presencial se extendería hasta el 31 de julio del 2021 (El Comercio, 2020).

Por su parte, la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR aplicó tres encuestas sucesivas del 23 al 31 de marzo, del 23 al 30 de

6 En el artículo 8 del Decreto Supremo N.º 010-2020-TR se establece que el empleador debe brindar las medidas, condiciones y recomendaciones de seguridad y salud que el trabajador debe observar durante la ejecución del trabajo remoto para eliminar o reducir los riesgos más comunes, como los asociados a factores psicosociales, eléctricos y ergonómicos.

7 Esta cifra representa aproximadamente el 4.4% del total de 5'039 967 trabajadores formales registrados en la Planilla Electrónica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a febrero del 2020.

abril, y del 3 al 10 de junio en 410, 413 y 456 entidades públicas de los niveles nacional, regional y local, respectivamente. Así, en marzo el trabajo remoto fue realizado por el 24 % de los servidores y en junio se elevó al 37 %. (PQS, 2020).

Al respecto, una de las principales conclusiones de la encuesta aplicada por SERVIR es que el trabajo remoto es una modalidad que se afianza progresivamente en las entidades públicas de nivel nacional y regional, mientras que a nivel local se viene implementando de manera progresiva.

Asimismo, sobre la situación de esta modalidad de trabajo, El Comercio publicó el 26 de junio de 2020 los datos obtenidos en una encuesta virtual elaborada por Bumeran durante el mes de mayo en el Perú, Argentina, Chile, Ecuador, Panamá y México.

Según la encuesta, un 35% de peruanos dijo que la mayor complicación que manejan con el trabajo remoto es trabajar fuera del horario habitual y más horas que antes. A esto se suma como un segundo problema principal para los peruanos el no poder desconectarse y poner límites entre sus vidas personales y profesionales (17%).

En la lista de complicaciones también figura la falta de equipamiento correspondiente para trabajar de forma saludable (11%); no tomar los descansos que solían tener en la oficina (8%); y la falta de comunicación de una persona con su equipo, que impide que realicen bien su trabajo (8%).

En esa línea, el maestro Wilfredo Sanguineti señala cuatro situaciones o fenómenos negativos, típicos del estado actual de las cosas respecto del teletrabajo (denominado trabajo remoto en el Perú), las cuales deberían evitarse para garantizar la continuidad de esta figura en el marco del irrestricto respeto por los derechos de los trabajadores (Sanguineti, 2020):

1. El trabajo remoto impuesto, sin dotación de medios ni adaptación del lugar de trabajo y con asunción de sus costes por el trabajador.
2. La invasión del domicilio y la vida privada y familiar del trabajador, así como su intimidad y privacidad, a través del uso de medios tecnológicos.

3. La desaparición de las fronteras entre el trabajo y la vida personal, social y familiar.
4. El aislamiento y la falta de relaciones personales y sociales directas.

El mismo autor señala que la regulación y adaptación de las cuatro situaciones descritas deben ser atendidas articulando los cuatro niveles de ordenación: voluntad legislativa, autonomía colectiva, poder de organización empresarial y autonomía individual.

Las consecuencias de no gestionar oportunamente dichos fenómenos, los cuales están relacionados con la situación de aislamiento para el trabajo, la sobrevigilancia y las condiciones inadecuadas para el cuidado infantil derivadas del ejercicio profesional, pueden generar estrés laboral (Ministerio de salud. Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública. Dirección de Salud Mental, 2020).

En particular, de manera ilustrativa, vale la pena observar la situación de los maestros de la educación básica y superior que hoy en día se encuentran realizando trabajo remoto, quienes han tenido que adaptar sus clases y métodos de enseñanza al entorno virtual con mucha presión y sobre la marcha, debido a que el inicio de la cuarentena en el país coincidió con el inicio del año escolar y ciclo académico.

El rol de un educador, es brindar apoyo social, emocional y académico a los estudiantes que llegan en circunstancias diversas, lo cual puede generar en los maestros un "trauma secundario" o "fatiga por compasión", asociado a la pesadez que se siente cuando se absorben los traumas que los estudiantes comparten todos los días con ellos (Jensen, 2019). En el actual contexto, esta situación puede haberse agudizado por las circunstancias difíciles que pasan los alumnos en sus entornos familiares debido a la COVID-19.

Aunado a ello, la adaptación a la virtualización, las preocupaciones familiares o las dificultades para organizar la vida personal y los quehaceres de la casa, han generado en los docentes problemas de ansiedad o miedo a la incertidumbre. (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020).

2.3. Mujeres en el ámbito laboral

En el estudio denominado "Impactos de la epidemia del coronavirus en el trabajo de las mujeres en el Perú" se afirma que existe suficiente evidencia para señalar que las mujeres pueden sufrir de manera desproporcionada los efectos de la crisis generada por la propagación de la COVID-19, esto:

> *"No solo porque se ubican, por lo general, en dos de los sectores potencialmente más golpeados por la crisis (comercio y servicios), sino que, además, mantienen menores tasas de ocupación y están sobrerrepresentadas en el trabajo a tiempo parcial, el autoempleo, la informalidad, el empleo a plazo fijo de menor duración y el empleo en empresas pequeñas, con menor productividad."* (Jaramillo & Ñopo, 2020, pág. 3).

Según el mencionado informe, el 81% de hogares monoparentales con jefatura femenina tiene dependientes (menores de edad u otras personas que requieren cuidado especial); mientras que, en los hogares monoparentales con jefatura masculina es el 61%.

Asimismo, el documento señala que los hogares de jefatura femenina cuentan con menos acceso a internet, televisión por cable y teléfono celular, los cuales son especialmente importantes en esta coyuntura. La menor conectividad, en un momento clave como este, tiene implicaciones no solo en lo laboral sino también en la posibilidad de reportar eventuales situaciones de violencia[8].

El confinamiento, como medida de salud pública para evitar el contagio de la COVID-19 ha convertido a los hogares en los espacios donde ocurre el cuidado, la educación de los niños, niñas y adolescentes, la socialización y el trabajo productivo. La carga de trabajo relacionada al cuidado y la atención a las personas se ha incrementado; sin embargo, no se distribuye equitativamente, si no que recae principalmente en las mujeres y no está valorada ni social ni económicamente. (Organización de los Estados Americanos, 2020).

8 Las tensiones producto de un encierro prolongado, a veces en condiciones de hacinamiento, generan un caldo de cultivo propicio para el crecimiento de la violencia (Jaramillo & Ñopo, 2020, pág. 58).

Asimismo, la Comisión Interamericana de Mujeres de la Organización de los Estados Americanos señala que fuera del hogar, las mujeres también constituyen el mayor grupo humano que está asumiendo los cuidados, en el sector de la salud, en el trabajo doméstico remunerado y en centros especializados de cuidado de menores, adultos mayores y personas con discapacidad, situación que conlleva impactos diferenciados sobre la salud física y mental de las mujeres.

En adición a ello, también debe valorarse el acoso sexual en el trabajo; debido a que, sobre todo para las mujeres, es una de las causas más significativas de estrés laboral. (Ministerio de salud. Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública. Dirección de Salud Mental, 2020)

3. RIESGOS LABORALES EMERGENTES EN EL CONTEXTO DEL COVID-19: LOS RIESGOS PSICOSOCIALES LABORALES

En las situaciones laborales analizadas hay un común denominador: los factores de riesgo psicosociales asociados al trabajo, algunos desencadenados por la COVID-19 y otros agudizados por la crisis sanitaria.

3.1. Los riesgos psicosociales laborales

El Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (RLSST), aprobado mediante Decreto Supremo N.º 005-2012-TR, señala que los riesgos psicosociales son aquellos derivados de la realización o exposición a actividades que generan una afectación real o potencial de la salud de los trabajadores a través del estrés y la aparición de afecciones como problemas cardiovasculares, respiratorios, inmunitarios, gastrointestinales, dermatológicos, endocrinológicos, musculoesqueléticos, mentales, psicosociales, entre otros (art. 103).

En resumen, los riesgos psicosociales son situaciones relacionadas con las condiciones psicológicas y sociales del espacio de trabajo, más que con las condiciones físicas, y que pueden ser dañinas para la salud mental (y física) de los trabajadores. (Organización Mundial de la Salud, 2010, pág. 29)

Al respecto, aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con el ambiente, la organización, el contenido del trabajo y la realización de las tareas, y que afectan el bienestar o a la salud (física, psíquica y social) del trabajador, así como al desarrollo del trabajo, se denominan "Factores de Riesgo Biopsicosociales"[9].

La Guía Técnica para el cuidado de la salud mental del personal de la salud en el contexto del COVID-19 señala que, las consecuencias de los problemas de salud mental en el lugar de trabajo se reflejan en el ausentismo laboral, el desempeño laboral, la actitud y comportamiento del personal y las relaciones interpersonales en el trabajo.

GRÁFICO 1: CONSECUENCIAS DE LOS PROBLEMAS DE SALUD MENTAL EN EL LUGAR DE TRABAJO

CONSECUENCIAS

AUSENTISMO LABORAL

- Aumento de las ausencias laborales por problemas de salud.
- Detrimento de la salud mental (estrés intenso, ansiedad, depresión, agotamiento ocupacional y otras)
- Detrimento de la salud física (presión arterial alta, enfermedades cardiovasculares, úlceras, trastornos de sueño, erupciones cutáneas, dolor de cabeza, dolor de cuello y espalda, baja resistencia a las infecciones y otras)

DESEMPEÑO LABORAL

- Reducción de la productividad y resultados
- Aumento en la ocurrencia de errores
- Aumento en la cantidad de accidentes
- Toma de decisiones inadecuadas
- Deterioro en la planificación y control del trabajo

ACTITUD Y COMPORTAMIENTO DEL PERSONAL

- Pérdida de motivación y compromiso
- Agotamiento ocupacional (síndrome de Burnout)
- El personal trabaja en horarios extendidos, pero con rendimientos decrecientes
- Pobre aprovechamiento del tiempo
- Rotación de la mano de obra

RELACIONES INTERPERSONALES EN EL TRABAJO

- Tensión y conflictos entre colegas o compañeros
- Malas relaciones con los usuarios
- Aumento de quejas de los usuarios por el trato del personal
- Aumento de problemas disciplinarios

Elaboración propia
Fuente: Guía Técnica para el cuidado de la salud mental del personal de la salud en el contexto del COVID-19, aprobada por Resolución Ministerial N.º 180-2020/MINSA.

9 Según la Resolución Ministerial N.º 375-2008-TR que aprueba la "Norma Básica de Ergonomía y de Procedimiento de Evaluación de Riesgo Disergonómico".

Además de los efectos inmediatamente obvios de la pobre salud mental sobre la empresa, existen costos directos e indirectos para la sociedad en su conjunto (Organización Mundial de la Salud, 2010, pág. 39).

3.2. La implicación directa del empresario en el campo de la prevención de los riegos psicosociales laborales

En base a los principios de prevención y protección recogidos en la LSST, el empleador debe garantizar un ambiente de trabajo seguro y saludable, debiendo considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral.

En esa línea, el artículo 56 de la misma norma señala que el empleador prevé que la exposición a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños en la salud de los trabajadores.

Para ello, es necesario realizar una evaluación de todos los riesgos o posibles riesgos que guarden relación con el medio ambiente de trabajo o con la organización del trabajo, una vez al año como mínimo o cuando cambien las condiciones de trabajo o se hayan producido daños a la salud y seguridad en el trabajo (art. 57 de la LSST).

Este proceso se realiza en cada puesto de trabajo, con participación del personal competente, en consulta con los trabajadores, así como con sus representantes ante el Comité, Subcomité o Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo, de ser el caso (art. 77 del RLSST).

La identificación y evaluación de los riesgos debe considerar, entre otros, los resultados del monitoreo de los factores de riesgo psicosociales[10]; asimismo, se deben establecer jerarquía de controles[11] para la gestión de

10 El Anexo I de la Resolución Ministerial N.º 050-2013-TR que aprueba los formatos referenciales que contemplan la información mínima que deben contener los registros obligatorios del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, contiene un formato para el registro del monitoreo de factores psicosociales.

11 Art. 21 de la LSST.

todos los riesgos advertidos, a fin de evitar la ocurrencia de accidentes o enfermedades ocupacionales.

En relación al monitoreo de los factores de riesgo psicosociales, en la sesión ordinaria N.º 58 del Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CONSSAT)[12], el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Ambiental (CENSOPAS) presentó un instrumento de evaluación orientado a la prevención, eliminación o disminución de los riesgos psicosociales laborales denominado CENSOPAS COPSOQ, que puede ser usado en aquellas empresas con más de 25 trabajadores, el cual ha sido validado para nuestro país a partir del cuestionario CoPsoQ istas21; y, actualmente se viene trabajando en su implementación.[13]

Asimismo, en la sesión ordinaria N.° 57 del CONSSAT, que se llevó a cabo el 16 de junio de 2020, el Pleno aprobó la conformación de una comisión de naturaleza temporal que tiene por objeto elaborar el protocolo que contenga los lineamientos mínimos para realizar la vigilancia de los riesgos psicosociales en el trabajo[14].

Ambos esfuerzos presentados ante el CONSSAT contribuirán a la gestión (identificación, evaluación y control) de los riesgos psicosociales laborales en nuestro país.

Respecto a la prevención de riesgos psicosociales, la Norma Básica de Ergonomía y de Procedimiento de Evaluación de Riesgo Disergonómico, aprobada por la Resolución Ministerial N.º 375-2008-TR establece que, la organización del trabajo debe ser adecuada a las características físicas y mentales de los trabajadores y la naturaleza del trabajo que se esté realizando (art. 36 del Anexo).

---

12 El Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, es la instancia máxima de concertación en materia de seguridad y salud en el trabajo, de naturaleza tripartita y adscrita al Sector Trabajo y Promoción del Empleo (artículo 10 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo).

13 Acta de la sesión ordinaria N.º 58 del CONSSAT. Obtenido de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1276656/Acta%20sesi%C3%B3n%2058%20CONSSAT.pdf

14 Acta de la sesión ordinaria N.º 57 del CONSSAT. Obtenido de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1276655/Acta%20sesi%C3%B3n%2057%20CONSSAT.pdf

Del mismo modo, el art. 11 de la Decisión 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo establece que, en todo lugar de trabajo se deben establecer medidas tendientes a disminuir los riesgos laborales; para ello, se debe fomentar la adaptación del trabajo y de los puestos de trabajo a las 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.

Por su parte, el Decreto Supremo N.º 007-2020/MINSA que aprueba el Reglamento de la Ley 30947, Ley de Salud Mental establece la promoción y prevención en salud mental en ámbitos laborales. Las instituciones públicas y privadas que desarrollen atenciones de salud mental deben realizar las siguientes actividades como parte del monitoreo de las condiciones de trabajo: i) la gestión de un plan y programa continuo de cuidado del personal, ii) la promoción del clima organizacional, iii) el desarrollo de directrices que establezcan la preeminencia del bienestar de la persona por encima de los intereses laborales, iv) el desarrollo de programas que incluyan medidas de identificación, evaluación, atención y protección ante factores que afecten la salud mental de los trabajadores, v) la incorporación de disposiciones sobre los ajustes razonables; y, vi) la implementación de medidas orientadas a conciliar y armonizar las responsabilidades familiares y el derecho al trabajo de las personas.

Asimismo, para las instituciones públicas y privadas que no desarrollen atenciones de salud mental también aplican las actividades señaladas, en relación con los riesgos que afectan a sus trabajadores, en el marco del cumplimiento de la LSST y su Reglamento (art. 14.2 del Decreto Supremo N.º 007-2020/MINSA).

3.3. La prevención de los riegos psicosociales laborales en el contexto del COVID-19

En el contexto de la pandemia por COVID-19 se han agravado situaciones como el estrés laboral, el aislamiento, la presión o carga de trabajo, entre otros factores de riesgo psicosociales que han sido descritos

en el punto 2 del presente informe, y están teniendo efectos negativos en el bienestar mental (y físico) de los trabajadores y sus familias.

Ante esta situación de tensión, la identificación, evaluación y control de los riesgos psicosociales requieren un tratamiento especial, con una mirada más en lo social que en lo estrictamente laboral, teniendo en cuenta que los escenarios familiares y personales afectan el desempeño del trabajador en las organizaciones.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el informe emitido en el marco de la conmemoración del Día Mundial de la Seguridad y Salud en el Trabajo señala que, deberían aplicarse medidas (propone un listado) en materia de SST para prevenir y reducir los riesgos psicosociales, incluidos la violencia y el acoso, y promover la salud mental y el bienestar, además de prevenir el riesgo de consecuencias a largo plazo en el bienestar de los trabajadores (Organización Internacional del Trabajo, 2020, pág. 22).

Asimismo, en atención a la recomendación de la OIT sobre la integración de la protección de la salud mental de los trabajadores en los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo y los planes de retorno al trabajo desarrollados para responder la crisis del COVID-19, la Resolución Ministerial N.º 448-2020-MINSA que aprueba el Documento Técnico: "Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19" establece que, durante la emergencia sanitaria nacional, el empleador realizará la vigilancia permanente a la exposición a otros factores de riesgo, de tipo ergonómicos (jornadas de trabajo, posturas prolongadas, movimientos repetitivos y otros), psicosocial (condiciones de empleo, carga mental, carga de trabajo, doble presencia y otros), u otros, que se generen como consecuencia de trabajar en el contexto de la Pandemia de la COVID-19.

Para ello, se establecen las medidas preventivas y correctivas que correspondan, según lo determine el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo o el que haga sus veces.

III. CONCLUSIONES

- En el marco de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Política del Perú, las relaciones laborales no pueden rebajar la dignidad del trabajador, por lo que la protección de su salud es un fin supremo.
- En el contexto de la COVID-19, han surgido o se han agudizado ciertos factores de riesgos psicosociales, en función a las características particulares de cada actividad laboral.
- Las normas de seguridad y salud en el trabajo señalan que, los factores de riesgo psicosocial están directamente relacionados con el ambiente, la organización, el contenido del trabajo y la realización de las tareas, y que se considera que existe exposición a ellos cuando se perjudica la salud de los trabajadores causando estrés y, a largo plazo, una serie de sintomatologías clínicas.
- El empleador debe prever que la exposición a los agentes psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no genere daños en la salud de los trabajadores, más aún en el marco de la pandemia por el COVID-19, para lo cual deben establecer las medidas preventivas y correctivas que correspondan.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Colegio Médico del Perú. (14 de Septiembre de 2020). *Médicos con COVID-19 POSITIVO (autoreporte).* Obtenido de Colegio Médico del Perú: https://www.cmp.org.pe/medicos-con-covid-19-positivo-autoreporte/

De La Cruz-Vargas, J. (Abril/Junio de 2020). Protegiendo al personal de la salud en la pandemia Covid-19. *Revista de la Facultad de Medicina Humana, 20*(2), 173-174.

El Comercio. (15 de Agosto de 2020). *Coronavirus Perú EN VIVO | Cifras oficiales y noticias en el día 153 del estado de emergencia, hoy 15 de agosto*. Obtenido de El Comercio: https://elcomercio.pe/

El Comercio. (3 de Agosto de 2020). *Trabajo remoto se extenderá hasta el 31 de julio de 2021, anunció Pedro Cateriano*. Obtenido de El Comercio: https://elcomercio.pe/economia/peru/trabajo-remoto-se-extendera-hasta-el-31-de-julio-de-2021-anuncia-pedro-cateriano-ministerio-de-trabajo-mtpe-nndc-noticia/

Jaramillo, M., & Ñopo, H. (2020). Lima: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

Jensen, S. (Octubre de 2019). How can we support the emotional well-being of teachers? TED. Recuperado el 14 de Setiembre de 2020, de https://www.ted.com/talks/sydney_jensen_how_can_we_support_the_emotional_wellbeing_of_teachers?utm_source=newsletter_daily&utm_campaign=daily&utm_medium=email&utm_content=button__2019-11-14#t-19769

Leay, N. (2020). Personal de salud y emergencia sanitaria: Experiencia de mitigación de Riesgos Psicosociales. *Webinar Internacional Riesgos psicosociales en tiempos de Covid-19 en tiempos de Covid-19 para las y los trabajadores de la salud: Experiencias en Chile y España.* Valdivia: Organización Iberoamericana de la Seguridad Social. Recuperado el 13 de Setiembre de 2020, de https://www.isl.gob.cl/wp-content/uploads/Persona-de-Salud-y-Emergencia-Sanitaria-Experiencia-de-Mitigacio%CC%81n-de-Riesgos-Psicosociales.pdf

Ministerio de salud. Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública. Dirección de Salud Mental. (2020). *Guía técnica para el cuidado de la salud mental del personal de la salud en el contexto del COVID-19 (R.M. N.° 180-2020-MINSA).* Lima: Ministerio de Salud. Recuperado el 13 de Setiembre de 2020, de http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/5000.pdf

Organización de los Estados Americanos. (2020). *COVID-19 en la vida de las mujeres: Razones para reconocer los impactos diferenciados.*

Organización Internacional del Trabajo. (2020). *Frente a la pandemia: Garantizar la Seguridad y Salud en el Trabajo.* Ginebra: OIT.

Organización Internacional del Trabajo. (2020). *Managing work-related psychosocial risks during the COVID-19 pandemic.* Ginebra.

Organización Mundial de la Salud. (2010). *Entornos Laborales Saludables: Fundamentos y Modelo de la OMS.* Ginebra: OMS.

Organización Panamericana de la Salud. (2020). *Consideraciones psicosociales y de salud mental durante el brote de COVID-19.* Recuperado el 13 de Setiembre de 2020, de file:///C:/Users/Nelly%20Calderon/Downloads/smaps-coronavirus-es-final-17-mar-20.pdf

Organización Panamericana de la Salud. (2020). Salud Mental y COVID-19. Obtenido de https://www.paho.org/es/salud-mental-covid-19

Pontificia Universidad Católica del Perú. (18 de Junio de 2020). *Portal del profesorado.* Recuperado el 14 de Setiembre de 2020, de Pontificia Universidad Católica del Perú: https://profesorado.pucp.edu.pe/nota-de-prensa/apoyo-a-la-salud-mental-en-tiempos-de-coronavirus/

PQS. (24 de Junio de 2020). *SERVIR: trabajo remoto se afianza en entidades públicas a nivel nacional y regional*. Obtenido de PQS: https://www.pqs.pe/actualidad/servir-trabajo-remoto-se-afianza-en-entidades-publicas-nivel-nacional-regional?fbclid=IwAR1a15_iyoqpPeNLXowqjaZ_zSAjbZnKFnzylVf2CqRcDoGWrXHrrtQl0kM

Sanguineti, W. (junio de 2020). ¿La hora del teletrabajo? *Trabajo y Derecho*(66).

MITOS EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO POR EL INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

FRANCISCO ÁLVAREZ DÁVILA

Abogado y profesor de la Universidad de Piura. Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente cursando el Doctorado en Derecho en la Universidad Austral (Argentina).

1. IDEAS PRELIMINARES

En el año 2011 el Gobierno Nacional publicaba la Ley N.° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, LSST) y su Reglamento, Decreto Supremo N.° 005-2012-TR al año siguiente. Junto a la incorporación de una nueva y moderna regulación en la materia, el legislador aprovechó la oportunidad para renovar la responsabilidad penal por el incumplimiento de medidas de seguridad laboral a través de la incorporación al Código Penal (en adelante, CP) del artículo 168-A que reguló el delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo.

Sin embargo, antes de la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de la LSST, el Código Penal en su artículo 168°.3 ya establecía como un delito de violación a la libertad de trabajo: "el que obligada a otro, mediante violencia o amenaza, a trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad". Se trataba de un delito común: cualquier persona podía cometer el supuesto típico; al regular el delito como un supuesto de coacción laboral, si el trabajador aceptaba trabajar libremente sin las condiciones de seguridad, desaparecía la relevancia penal; y, finalmente, el tipo penal, al no exigir la puesta en peligro para la vida y salud de los trabajadores, aparecía como un delito de mera desobediencia a la autoridad (Gallo, 2018.).

La situación cambió, radicalmente, con la incorporación del artículo 168-A que reguló el delito de atentado contra la seguridad y salud de los trabajadores de la siguiente manera: "El que, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, no adopte las medidas preventivas necesarias para que los trabajadores desempeñen su actividad, poniendo en riesgo su vida, salud o integridad física (…)". El nuevo delito, de marcada influencia en la legislación penal española (artículo 316°), establecía una moderna forma de regulación, típica del

ámbito del Derecho penal económico, pues se recurría a las normas laborales, en especial, de seguridad y salud en el trabajo, a efectos de delimitar el círculo de posibles autores y para especificar cuáles eran las obligaciones en materia de seguridad y salud que eran exigibles al trabajador (Álvarez, 2020).

De otro lado, a diferencia del derogado artículo 168°.3 del CP, el nuevo delito admitía que podrá ser responsable el empleador y sus delegados (artículo 26° de la LSST); asimismo, en el primer párrafo, se criminalizaba el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo que pongan en peligro la vida e integridad física de los trabajadores, ya no se exige la coacción como en la regulación anterior. En el segundo párrafo, se reconocía un supuesto de responsabilidad el empresario y sus delegados cuando la inobservancia de las medidas de seguridad produjera la muerte o lesiones graves de los trabajadores[1].

La renovada regulación penal es consecuencia del reconocimiento e importancia en varios países sobre esta materia, en particular, en Sudamérica países como Uruguay (Ley 19.196), Paraguay (artículo 205° del CP) y Venezuela (artículo 131° del CP) admiten la responsabilidad penal del empleador por la no adopción de medidas de protección laboral que pongan en peligro a sus trabajadores o cuando se produce la muerte o lesiones. En Chile se han discutido proyectos para incluir un delito de riesgos laborales, sin embargo, han sido archivados; empero, recientemente, a través de la Ley 21.240 se incorporó al CP su artículo 318° ter que reguló como un delito imputable al empresario: "El que, a sabiendas y teniendo autoridad para disponer el trabajo de un subordinado, le ordene concurrir al lugar de desempeño de sus labores cuando éste sea distinto a su domicilio o residencia, y el trabajador se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario".

A pesar de destacarse la posición del legislador peruano que incorporó este renovado delito de protección penal a la seguridad y salud de los

1 El artículo 168-A ha sufrido una última modificación en diciembre de 2019 a través del Decreto de Urgencia N.° 044-2019.

trabajadores, su aplicación ha sido escasa o prácticamente nula. Algunas razones que pueden diagnosticar este fracaso son: i) la escasa difusión de su importancia a la sociedad y a los trabajadores; ii) la falta de un trabajo coordinado entre el Ministerio Público y la SUNAFIL; y, iii) la comprensión de que el Derecho penal no sería relevante para resolver estos problemas, teniendo en consideración que existe el Derecho laboral y el Derecho administrativo sancionador (Álvarez, 2019).

En este orden de ideas, el presente trabajo de investigación tiene como objetivo desarrollar dos puntos clave en relación a destacar la importancia de la responsabilidad penal del empleador como consecuencia de la infracción de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. El primero, que será principalmente trabajado, es resolver algunos mitos que han surgido en torno a la intervención penal en esta materia, los cuales han surgido con motivo de la exposición que se ha podido realizar durante diferentes seminarios académicos, así como consecuencia de la lectura de algunos comentarios por parte de expertos laboralistas en la materia. El segundo es explicar la importancia y el sentido de admitir la responsabilidad penal en este ámbito. Debo advertir que no se trata una inclusión populista realizada por nuestro legislador, todo lo contrario, la posibilidad de que el empresario y su delegado puedan ser responsables penalmente en un supuesto admitido por la doctrina científica en el Derecho penal (Meini, 1999), como incorporado en otros artículos del CP (Álvarez, 2020).

Finalmente, como una pretensión personal, se busca cifrar su atención en que el Derecho penal viene cobrando importancia en la regulación de ciertos aspectos de la realidad laboral, como una forma de refuerzo a su protección, y por los efectos simbólicos y didácticos de la pena. Así, la intervención penal se puede encontrar en los supuestos de trabajado forzoso (artículo 168-B), en la libertad sindical (artículo 168°), la explotación (artículo 153°-C), el acoso sexual en el ámbito laboral (artículo 176°-B.5). De otro lado, el Derecho laboral viene afrontando la intervención de la visión penal, en particular, en el acoso y hostigamiento sexual, dónde se reconocen principios y estándares de razonamiento probatorio propios

del Derecho laboral (la importancia de la declaración de la víctima, la incorporación de un comité de hostigamiento y acoso sexual, entre otros).

2. MITOS ALREDEDOR DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

2.1. ¿Puede el Derecho penal intervenir para proteger bienes jurídicos colectivos y de contenido difuso?

La polémica sobre la incorporación del Derecho penal en ámbitos de regulación primaria (derecho ambiental, propiedad industrial, salud pública), a través de la protección de bienes jurídicos colectivo ha enfrentado un rechazo y cuestionamiento en dos perspectivas. En la primera, se discute su admisión porque sería expresión de la expansión del Derecho penal que cada día tiene presencia en mayores ámbitos de la vida del ciudadano y del desarrollado de la empresa, a lo que sumaría la crítica de que las nuevas leyes penales serían fruto de partidos políticos y e intereses dominantes en la época (Silva, 2018). En la segunda perspectiva crítica se señala que un Derecho penal, respetuoso de las garantías jurídico penales reconocidas en nuestra Constitución, se debería mantener ajeno en dónde ya existe un Derecho primario que regula las relaciones jurídicas entre los afectados.

Una actitud crítica al nuevo ámbito de intervención del Derecho penal se encuentra en la denominada Escuela de Frankfurt, quienes se oponían a los nuevos procesos de criminalización ocurridos en el ámbito social y económico. Destacan dos argumentos que guardan conexión con la crítica actual a la intervención penal en el ámbito de seguridad y salud en el trabajo. Por un lado, los frankfurtianos acusan que el Derecho penal estaría siendo un instrumento de una política de seguridad, dejando de lado su papel como un mecanismo de reacción frente a las lesiones graves de los bienes jurídicos más importantes: vida, salud o integridad física. De otro lado, sostienen, por una parte, que la protección penal recaería sobre bienes jurídicos espirituales, mientras que, de otra, sostienen que no estaría probada su efectivad estadística.

De esta manera, la escuela de Frankfurt solo admitía la legitimidad de la intervención penal a través de estos nuevos bienes jurídicos en tanto estuvieran referidos a la protección de intereses individuales. Así, por ejemplo, la protección penal del delito de contaminación ambiental, tipificado en el artículo 304° del CP, sería legítima en tanto se conciba que el daño al medio ambiente lesiona los intereses de los ciudadanos. Si, por el contrario, se pretende que el Derecho penal intervenga para la protección de la regulación de sectores generales-por ejemplo, el tráfico económico, salud pública u otros-, en estos casos se debería dejar su protección al Derecho administrativo sancionador (García, 2014).

A la crítica realizada por los autores que pertenecen a la Escuela de Frankfurt, se puede agregar que en los últimos tiempos somos todos testigos de un aumento de Derecho penal que, muchas veces, es producto de un populismo que viene demandado por los medios de comunicación y que, otras veces, es aprovechado como un capital político por parte de nuestros legisladores. (Silva, 2011) señala que el fenómeno de la expansión irracional del Derecho penal se debe, entre otras causas, al: **i)** el incremento de la sensación social de inseguridad frente al delito; **ii)** al proceder de los medios de comunicación que, muchas veces, transmiten una imagen de la realidad que busca crear en el receptor del mensaje una sensación de impunidad en comportamientos o conductas que, en algunas ocasiones no son delictivas; y, finalmente, **iii)** las propias autoridades o instituciones públicas que transmiten opiniones sesgadas de la realidad que contribuyen a la difusión de la sensación de inseguridad (pp. 28-29).

Nuestro país no es ajeno a este fenómeno. Así, por ejemplo, hemos creado delitos de cuestionable legitimidad como la protección a los animales (artículo 206°-A), o el resurgimiento de figuras delictivas ya reguladas y sancionadas a través del Derecho administrativo sancionador como la especulación y el acaparamiento (Decreto Legislativo N.° 635) o la creación de tipos penales de preparación delictiva que tienen la misma pena que los delitos principales (artículo 5-C, Decreto Legislativo N.° 813), entre otros problemas.

En este escenario resulta válido someter a debate si es justificable la intervención del Derecho penal en los nuevos ámbitos de la realidad social, con particular interés -por el objeto de la investigación- sobre la seguridad laboral, teniendo presente que todos reconocemos que Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes (Silva, 2011). Las premisas para responder a esta cuestión pasan por dos puntos de partida que son importantes reconocer. **Primero**, es importante notar la conformación de nuevas realidades que antes no existían o que, aun existiendo, tienen un mayor grado de incidencia. A título de ejemplo podríamos mencionar la intervención del Derecho penal en el ámbito de la regulación económica y de mercado como en los delitos de lavado de activos o en los delitos financieros, o en ámbito de la libertad e intimidad de las personas a través de los delitos de acoso y hostigamiento sexual. Esto no significa aceptar toda pretensión de intervencionismo penal, sin embargo, es importante reconocer que nuestra realidad social y económico ha ido evolucionando en las últimas décadas y eso, en el ámbito del Derecho penal, ha llevado a que su intervención no se limite únicamente a la protección de los bienes jurídicos tradicionales como la vida, el cuerpo y la salud.

En segundo lugar, la creciente preocupación por la protección de realidades que el Derecho penal ya resguardaba, recurriendo a nuevas formas de intervención. En efecto, tradicionalmente el Derecho penal clásico apeló a la protección de realidades capaces de ser lesionadas y se recurría a los delitos de resultado con la aceptación del castigo de la tentativa. Hoy en día, la protección penal, se ha modernizado. Por un lado, hoy se busca abandonar la comprensión de que el Derecho penal proteger bienes jurídicos, en la medida que se entiende que la teoría del bien jurídico no sirve para delimitar la actividad punitiva y de intervención en el Derecho penal. Como acertadamente señala Jakobs (1997), el Derecho penal moderno es un instrumento para el mantenimiento de la configuración social, por lo que su intervención es vital para garantizar la vigencia de las normas. De otra parte, en la protección de nuevas realidades se ha recurrido a la técnica de peligro con la finalidad de que el Derecho penal anticipe a la

lesión de una realidad exterior que luego no podrá ser modificada (por ejemplo, la vida).

En este orden de ideas, el reconocimiento de la responsabilidad penal en el ámbito laboral, específicamente, en seguridad y salud en el trabajo, revela que la nueva política criminal del Derecho penal de riesgos ha ampliado su ámbito de intervención en una realidad social que no solamente se presenta como problemática, sino que su ámbito de sensibilidad se ha ampliado. Esta ampliación vale la pena apreciarla con los datos estadísticos de la siniestralidad laboral este año, como entre los años 2012 al 2019, los cuales relevan el incremento de la siniestralidad laboral desde la entrada en vigencia de la LSST.

NOTIFICACIONES DE ACCIDENTES DE TRABAJO POR SEXO, SEGÚN MESES 2019

MESES	SEXO				TOTAL	
	MASCULINO		FEMENINO			
	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%
ENERO	2 101	6,04	420	1,21	2 101	7,24
FEBRERO	2 478	7,12	508	1,46	2 986	8,58
MARZO	2 733	7,85	560	1,61	3 293	9,46
ABRIL	2 632	7,56	495	1,42	3 127	8,99
MAYO	2 515	7,23	537	1,54	3 052	8,77
JUNIO	2 541	7,30	485	1,39	3 026	8,70
JULIO	2 590	7,44	435	1,25	3 025	8,69
AGOSTO	2 218	6,37	442	1,27	2 660	7,64
SETIEMBRE	2 265	6,51	457	1,31	2 722	7,82
OCTUBRE	2 578	7,41	463	1,33	3 041	8,74
NOVIEMBRE	2 212	6,36	450	1,29	2 662	7,65
DICIEMBRE	2 216	6,37	469	1,35	2 685	7,72
TOTAL	**29 079**	**83,56**	**5 721**	**16,44**	**34 800**	**100,00**

NOTIFICACIONES DE ACCIDENTES DE TRABAJO POR CONSECUENCIA, SEGÚN MESES 2012-2019

MESES	ACCIDENTES DE TRABAJO				TOTAL	
	NO MORTALES		MORTALES			
	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%
2012	15 488	9,50	189	0,12	15 677	9,62
2013	18 956	11,63	178	0,11	19 134	11,74
2014	14 737	9,04	128	0,08	14 865	9,12
2015	20 941	12,85	179	0,11	21 120	12,96
2016	20 876	12,81	151	0,09	21 027	12,90
2017	15 646	9,60	161	0,10	15 807	9,70
2018	20 132	12,35	150	0,09	20 282	12,45
2019	34 800	21,36	236	0,14	35 036	21,50
TOTAL	**161 576**	**99,16**	**1 372**	**0,84**	**162 948**	**100,00**

En este orden ideas, el tratamiento de la siniestralidad laboral debe partir de algunas consideraciones esenciales: i) somos un país jurídica y económicamente en evolución, dónde la tasa del nivel de informalidad es alta y el nivel de desempleo se ha incrementado con ocasión de la pandemia del COVID-19; ii) el Derecho penal no ofrece, seguramente, como creo que ningún otro terreno del Derecho, una solución integral al problema, pero puede y debe cumplir su función en estos nuevos ámbitos de interés sociales, a través del recurso de la pena y la anticipación penal; y, iii) el daño a la fuerza de trabajo, el coste social y sanitario, el dolor personal y el entorno familiar del perjudicado, e incluso la libre competencia empresarial que se defrauda por la actuación desleal de quien se ahorra en gasto de seguridad que los otros pagan con su vida y salud (De Rivas Verdes, 2019).

Por tanto, el recurso al Derecho penal no es un tema simbólico, nos encontramos frente a un problema real en un país que, en su aspiración de desarrollo, no puede tolerar el alto índice de siniestralidad laboral, no solo por el drama que supone a las familias afectadas, sino por el costo económico que ello importa. Es vital, como explicaremos en las siguientes líneas, superar la trasnochada visión de que la intervención penal es un recurso exclusivamente punitivo, cuando no directamente vindicativo. Como señala Terradillos (2006), la amenaza de pena tiene, inicialmente, una función didáctica, muestra a la colectividad que vida y salud de los

trabajadores no son valores triviales, sino que se integran en el catálogo de bienes jurídicos de primera orden, de irrenunciable protección pública (p. 26)

2.2. ¿Respeta la intervención penal el principio de *ultima ratio*?

Otro de los obstáculos que tendría el Derecho penal para tener legitimidad en la intervención en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores sería el respeto al principio de ultima ratio. Se afirma, pues, que la criminalización sería una tendencia inconveniente porque el Derecho penal pasaría de tener un carácter reservado para la protección frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos esenciales a ser un Derecho de gestión, pues este ámbito ya estaría regulado por el Derecho laboral y el administrativo sancionador (Blume, 2020).

Es una convicción bastante general en el Derecho penal moderno que, actualmente, únicamente el Estado tiene la potestad exclusiva para crear delitos y establecer penas, como consecuencia del principio de legalidad, así como también, que esta potestad de castigar conductas ilícitas no puede ejercerse de forma libre, sin límites. En este sentido, el principio de ultima ratio prescribe que el Derecho penal solo debe intervenir en los conflictos sociales que no pueden resolverse a través de los otros sistemas de control. Este carácter secundario del Derecho penal se expresa en el principio de subsidiariedad que demanda que el Derecho penal solo interviene para la protección de bienes jurídicos más importantes, mientras que el principio de fragmentariedad establece que el Derecho penal interviene frente a las conductas lesivas más graves hacia los bienes jurídicos más importantes (García, 2012).

A lo anterior es importante tener presente, como se ha mencionado, que en la actualidad afrontamos un serio fenómeno del intervencionismo penal, no solo en nuestro país sino en varios países latinoamericanos, lo que demanda un mayor nivel de exigencia para comprender en qué casos es necesario el recurso al Derecho penal. En este sentido, la legislación penal moderna debe pasar por un proceso racional de comprender cuáles pueden ser aquellos intereses nuevos que son merecedores de la protección

por las ventajas que supone su intervención a través del recurso de la pena. Por tanto, no todo fenómeno expansivo debe tacharse, pues hoy en día el contexto político, social y económico reconoce que existe nuevas condiciones que son indispensables para la realización de las personas, de la sociedad y del propio Estado (Carnevali, 2008). Se debe reconocer que vivimos en nueva realidad, en una sociedad altamente compleja, que la tecnología y las nuevas formas de generar relación económicas, personales o sociales nos llevan a que determinados riegos, debido a su dañosidad social y la imposibilidad de control por otros medios, deban ser controlados a través de la intervención del Derecho penal.

En este sentido, la intervención penal en este ámbito quedaría legitimada -siguiendo a Gallo (2018)- por cuanto "se busca proteger la vida y salud de los trabajadores, frente a los peligros graves a lo que están expuestos en el ámbito de las relaciones de trabajo y que proviene básicamente de los incumplimientos de las medidas de seguridad laboral, por parte del empleador" (p. 125). Es decir, se protege la vida e integridad física de los trabajadores en su relación con el empleador y el cumplimiento de este de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Se trata de la protección mediata a uno de los bienes jurídicos más importantes de nuestro ordenamiento jurídico que se realiza a través del efectivo cumplimiento de las medidas legales en seguridad laboral que establece el legislador. Debe recordarse como se anotó que, conforme a la estadística del Ministerio de Trabajo, la siniestralidad laboral desde el año 2012 a la actualidad ha sufrido un incremento notable, a pesar de la existencia del Derecho administrativo-sancionador y del derecho a la compensación por la muerte o lesiones de trabajadores que se activa a través del Derecho laboral. Si la tasa de siniestralidad laboral hoy en día es grave, a pesar de los controles administrativos y el derecho resarcitorio civil, debemos considerar relevante la intervención penal como un mecanismo de refuerzo.

Ahora bien, al tratarse del instrumento más restrictivo de derechos fundamentales, por principios, no puede ser utilizado para castigar toda infracción de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, sino, únicamente, aquellas que sean susceptibles de poner en grave

peligro la vida y salud del trabajador (Oré, 2018). Como señala Hortal (2009), la criminalización de cualquier afectación en materia de riesgos laborales no solo deslegitimaría la intervención del Derecho penal, sino que resultaría contraria a los propios intereses de los trabajadores, por cuanto ello desincentivaría notablemente la actividad empresarial y, consecuentemente, el desarrollo económico (p. 100).

En efecto, como se desarrollará más adelante, la intervención penal tiene dos características particulares. Primero, se trata de recurrir al recurso del Derecho penal como un medio preventivo (como se describió en el ítem 2.1): el artículo 168-A, en su primer párrafo, está dirigido a sancionar con pena de prisión la omisión de las medidas de seguridad y salud en el trabajo que ponen en peligro la vida e integridad física de los trabajadores. De otro lado, la intervención del Derecho penal no es propiamente autónoma e independiente del Derecho laboral, todo lo contrario, la propia técnica de tipificación a recurrido a la ley penal en blanco para determinar dos datos relevantes: **quién será el obligado en materia de seguridad y salud en el trabajo; y, las obligaciones cuyo incumplimiento serán motivo de la intervención penal se encuentran contenidas en la LSST y otras normas relevantes de la materia**.

En definitiva, el objetivo de la presencia del Derecho penal, a través de la pena y de la técnica de tipificación del delito (anticipación penal y su relación de la estructura típica con el Derecho laboral), como señala Gallo (2018), pretende que la pena cumpla una función didáctica: mostrar a la colectividad que la vida y salud de los trabajadores no son bienes de segundo rango cuando se trata su protección en el ámbito del trabajo, sino que se integran dentro de un catálogo de bienes jurídicos de primer orden, de necesaria protección pública. Asimismo, insisto, la conminación del castigo a través de la sanción del empresario por el incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo que puedan poner en peligro la vida e integridad de los trabajadores busca generar un efecto preventivo y de anticipación a un supuesto de mayor daño e irreparable como lo constituye la muerte o lesiones graves al trabajador.

2.3. ¿Qué diferencia la protección penal de la seguridad y salud de los trabajadores, si el derecho administrativo sancionador tipifica infracciones por la inobservancia de medidas de protección laboral?

Fuera de que el apartado anterior ya se ha establecido la necesidad de la intervención penal en la materia y cómo este reconocimiento no afectaría el principio de ultima ratio, podrían mantenerse las observaciones en relación a si el sistema penal guardaría alguna diferencia con los tipos de infracción aplicados por el derecho administrativo-sancionador a través de SUNAFIL.

En la dogmática actual a este fenómeno se le identifica con la denominación de la administrativización del Derecho penal. Se trata de la creación de tipos penales sobre realidades que ya eran objeto de protección por la regulación primaria y en dónde se propicia un cambio en el modelo de intervención penal: modelo del delito de lesión de bienes individuales al modelo delito de peligro para bienes supra individuales (Silva, 2011). Algunos ejemplos de este nuevo enfoque de protección penal se pueden encontrar en la defensa del ambiente y en la seguridad pública, en donde el ordenamiento jurídico ha decidido realizar una intervención amplia a efectos de garantizar la protección de bienes tan importantes: penal y administrativa

Esta descripción anotada sobre la administrativización del Derecho penal no debe llevarnos a la confusión de que la intervención penal se produce con la finalidad de castigar penalmente el simple incumplimiento de normas administrativas, ello traería confusión de planos y funciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo (Arroyo, 2018). De hecho, aquel sector doctrinal que pretende diferenciar el injusto administrativo del penal en relación a la gravedad de la conducta fracasa en tanto pone la atención en que un juez o la Administración recurran a criterios dispares para decidir qué conducta merece ser investigada por el ordenamiento penal o administrativo.

En realidad, reconociendo que el Derecho penal sí ha ingresado en el terreno de la gestión de riegos que son parte del Derecho administrativo,

queda establecer una diferencia en relación a la finalidad que cada uno persigue. Como señala Silva (2011): El primero (Derecho penal) persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo (Derecho administrativo) persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística (p. 153).

Ciertamente, como destaca el profesor español, la diferencia entre el ámbito penal y administrativo, pasa por los diferentes criterios de imputación y la exigencia de garantías individuales que debe recaer sobre la persona investigada: reconocer el principio de culpabilidad (proscribir la responsabilidad por hecho ajeno y la responsabilidad objetiva), establecer la lesividad (peligro o lesión de un bien jurídico), y delimitar la imputación individual del sujeto de la investigación (lo que se supone reconocer un haz de garantías materiales y procesales); estos, no se aplican, necesariamente, en el ámbito administrativo: no se reconoce el principio de culpabilidad (responsabilidad objetiva), la persecución se produce por criterios de oportunidad (Arroyo, 2018).

En el ámbito propiamente de la responsabilidad penal por el delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo, precisamente, existe una marcada diferencia con la protección que se realiza en el ámbito administrativo. La protección penal no se activa por el mero incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo que establece la LSST y otras normas (Rosales, 2020). De hecho, si se mantuviera la redacción del artículo 168-A, aprobada por Ley N.° 30222 de 11.7.2014, se reforzaría la perspectiva de la ausencia de diferencia entre la responsabilidad penal y administrativa, pues la intervención penal quedaba reducida al castigo al empresario y sus delegados por el incumplimiento a una orden o notificación expedida por la autoridad competente (SUNAFIL).

Hoy en día, la perspectiva de protección del Derecho penal en seguridad y salud en el trabajo no se fundamenta el simple incumplimiento

de normas de prevención de riesgos laborales (Oré, 2020). Las exigencias típicas o los presupuestos para instar la intervención del Derecho penal demandan: i) la responsabilidad personal del empresario o sus delegados (principio de culpabilidad); ii) el incumplimiento de medidas de seguridad laboral debe poner en peligro grave e inminente la vida e integridad física de los trabajadores; iii) conocimiento individual del empresario o su delegado sobre el incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Por el contrario, en el ámbito administrativo la procedencia de una sanción se fundamentará en el mero incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

2.4. ¿Si SUNAFIL tiene atribuida la facultad de paralizar el trabajo y el cierre temporal como medidas preventivas, por qué sería necesario el ingreso del Derecho penal?

Otro punto a dilucidar es la crítica que se plantea en torno a la intervención del Derecho penal cuando se afirma que no sería necesaria su presencia para sancionar la infracción de la normativa de seguridad y salud en el trabajo cuando se pone en peligro la vida e integridad física de los trabajadores, pues el Derecho administrativo ofrecería medidas preventivas como la posibilidad de instar la paralización de actividades de la empresa o, inclusive, el cierre temporal de una unidad económica, que se encuentra reconocidas por la Ley N.° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, modificada por Decreto de Urgencia N.° 044-2019 (Blume, 2020).

Esta crítica pierde de vista que la visión actual del proceso de intervención del Estado ha recobrado la idea de "policía", lo que significa que, en determinados sectores, especialmente en aquellos donde existen riesgos a bienes o prestaciones esenciales estatales, se ha introducido un control permanente de actividades lícitas pero peligrosas (Silva, 2011). Esto se traduce en la implementación de vías de control administrativo preventivo, por un lado, a través de la incorporación de procedimientos de autorización o licencia para realizar una actividad (sucede en el ámbito ambiental, por ejemplo) y, de otro lado, se encuentran las medidas de vigilancia o inspección que juegan un rol esencial en la actuación preventivo-policial.

Un ejemplo de esta intervención preventiva estatal la podemos encontrar en el Reglamento de Supervisión de OEFA, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N.° 006-2019-OEFA/CD, de 15.2.2019, que reconoce como una facultad de la entidad de supervisión la posibilidad de instar medidas preventivas, como la clausura temporal o la paralización de actividades, siempre que se busque evitar un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, recursos naturales y la salud de las personas (artículo 27° y 28°).

En este sentido, no resulta válida la tesis que predica que la intervención preventiva administrativa en el ámbito laboral demostraría que no sería necesaria la intervención penal. El modelo de intervención del Estado hoy en día ha cambiado y su contexto de intervención se produce bajo la idea un criterio general de asegurar el control de los riesgos que interviene en forma rutinaria y bajo criterios de oportunidad, a diferencia del Derecho penal que requiere una sospecha inicial para iniciar una investigación y para ordenar medidas cautelares un grado alto de sospecha y de peligro procesal. A esto se suma que, por las características reseñadas de la intervención administrativa a través de estas medidas, resulta conveniente permitir que la actividad supervisora pueda proteger la esfera individual de los ciudadanos o de los bienes que protege de un modo rápido ante la apariencia de riesgo. ¿Nos podríamos imaginar que un inspector, habiendo detectado graves incumplimientos de medidas de seguridad y salud para los trabajadores, no pudiera ordenar la paralización y tendría que esperar el inicio de una investigación penal? La tendencia, en este punto, es adelantar de modo sustancial la barrera de protección.

Por estas razones, no debe entenderse que la protección que dispone los órganos de inspección en el ámbito de prevención de riesgos laborales se opone a la protección penal o que sería muestra de que la Administración sí tomaría medidas de prevención para proteger la vida y salud de los trabajadores. Se trata de medidas que responden a un Estado de policía que tienen una naturaleza jurídica y responden a criterios diferentes a los del Derecho penal. No obstante lo anterior, conviene resaltar que el Derecho penal podrá, inclusive, actuar en forma posterior pues será la

intervención inspectora la que podrá entregarle los insumos para detectar si existen indicios suficientes de la comisión del delito de atentado contra la seguridad y salud a los trabajadores, por una supuesta omisión de medidas que los habría puesto en peligro. En efecto, debe comprenderse que la actuación inspectora complementa la postulación de la investigación a cargo del Ministerio Público para la aplicación de este tipo penal. Por tanto, es importante, como señala De Oña (2009), que exista una acción coordinada con los inspectores de Sunafil, pues ellos en la práctica proporcionarán los elementos de la noticia criminal.

2.5. ¿Por qué sería necesaria la concurrencia del Derecho penal si en la vía laboral el trabajador podría reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación de seguridad del empleador?

Finalmente, otra de las posiciones contrarias a la intervención penal es aquella que comprende que el problema de la siniestralidad laboral se solucionaría con la potenciación de los mecanismos de resarcimiento. De esta manera, si lo que se pretende es reparar el daño ocasionado contra un trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo es preferible tomar la vía laboral que, a diferencia de la penal, estaría conformada por jueces especialidades en establecer daños punitivos y comprender las normas sobre seguridad y salud en el trabajo (Blume, 2020).

Abrigo serias dudas sobre si los propios especialistas en Derecho laboral estarían de acuerdo en que los jueces con especialidad en Derecho laboral serían los óptimos para resolver las controversias en torno a los daños con ocasión de la infracción del sistema de seguridad y salud en el trabajo, pues la posición de la Corte Suprema en los últimos tiempos ha ido apartándose de las normas del Código Civil para asumir un criterio graduar de responsabilidad del empleador cuasi-objetiva, como ha sucedido en la Cas. 6230-2014/La Libertad, Cas. 14158-2017/Callao o la Cas. Lab 4258-2016/Lima y el VI Pleno Jurisprudencial Supremo en materia laboral y previsional, dejando de aplicar los elementos previstos en el Código Civil para la responsabilidad civil contractual, como la relación de causalidad y el factor de atribución (Vásquez, p. 30).

De otro lado, se debe precisar, como se ha sostenido en las líneas precedentes, que la responsabilidad penal del empleador y sus delegados contenida en el primer párrafo del artículo 168°-A no se fundamenta en los supuestos de lesiones o muerte del trabajador. En efecto, el primer párrafo de dicho dispositivo legal ha recogido una forma de anticipación penal a través de la criminalización de un supuesto de peligro para la vida y salud de los trabajadores, es decir, el empresario y sus delegados podrán ser responsables penalmente cuando en forma deliberada vienen incumpliendo las obligaciones en seguridad y salud en el trabajo, y dicho comportamiento pone en peligro la vida de los trabajadores.

La responsabilidad civil que puedan declarar los jueces con especialidad en Derecho laboral no se funda, en estricto, en el solo incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, por lo menos ese supuesto no genera una obligación indemnizatoria por parte de la empresa. En este sentido, es relevante la Cas. Lab 1871-2015/Arequipa, en dónde se declaró fundada la demanda interpuesta por un trabajador por despido arbitrario al decretar la Corte Suprema que constituía actos de hostilidad del empleador cuando el trabajador era sometido a riesgos que imposibiliten su labor. Este fallo, para esta investigación, esclarece que la vía laboral no se puede activar, propiamente, para reclamar el solo incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad laboral, sino que sirve para condenar actos de hostilidad del empleador o daños punitivos.

3. ¿POR QUÉ EL LEGISLADOR HA DECIDIDO INCLUIR COMO AUTOR DEL DELITO AL EMPLEADOR Y SUS DELEGADOS?

Si, como ya se ha advertido en el presente trabajo, el tipo penal del artículo 168°-A es un delito especial y, por tanto, tiene un círculo específico de autores: el empleador y sus delegados, queda por responder las críticas que se pueden formular respecto a la legitimidad de incorporar un tipo penal que establece responsabilidad penal para un cierto grupo de personas dentro de la organización empresarial.

En efecto, existe un sector que se opone a la forma de tipificación del artículo 168°-A basado en que se trataría de un modelo que impondría

responsabilidad penal al Gerente General, cuando la responsabilidad de la fiscalización de normas de seguridad y salud en el trabajo lo realiza otro grupo de profesionales, es decir, primaría para ellos el criterio de la inmediación o cercanía con el daño ocasionado, antes que la responsabilidad por la gestión de determinados de riesgos (Rosales, 2020).

La cuestión para comprender la responsabilidad del empleador y sus delegados en este tipo penal especial parte de entender cómo se puede establecer la responsabilidad penal tratándose de estructuras empresariales, dónde no solo converge un solo individuo a quien se le puede imputar el hecho, sino que habrá que determinar quiénes serán las personas que podrán tener competencia preferente o institucional por dicho hecho (Zugaldía, 2011). Como es sabido, en el ámbito de la delincuencia individual los criterios de imputación generalmente giran en torno de un único autor caracterizado por su intervención personal e inmediata a la realización del hecho penalmente prohibido, si se pretendiera resolver los problemas de la delincuencia empresarial utilizando esos mismos criterios llegaríamos a la insostenible situación de centrar la imputación penal a los niveles más bajos de la estructura empresarial. Efectivamente, esa forma de construir la imputación tendría como principal inconveniente de invertir la lógica de trabajo empresarial, pues pone su atención en el trabajador que tiene, normalmente, poco margen de discrecionalidad o de dirección y deja fuera a los que toman las decisiones relevantes (Peñaranda, 2016).

Hoy en día la producción de bienes o servicios o en las actividades de explotación de recursos naturales, se caracteriza porque operan empresas organizadas de una forma más o menos jerárquica, donde es común la delegación de funciones y la división y organización del trabajo, por lo que es normal que se produzca una división entre la ejecución de la actividad empresarial y la gestión o responsabilidad de la misma. Por esta razón, como señala Peñaranda (2016), "se pretende que el Derecho penal y, en particular, la dogmática de la autoría y participación asuman un cambio de paradigma" (239). Este cambio significa que la responsabilidad primaria por el hecho delictivo no se debe centrar únicamente en el comportamiento que estuvo cercano a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sino

fijar la atención en la dirección de la organización, que muchas veces se pretende que sea la última en asumir la responsabilidad penal.

En base a estas consideraciones es que la doctrina nacional, se ha mostrado a favor de la responsabilidad del empresario, como una derivación de la capacidad organizativa que posee para crear la empresa que le impone, en contraposición, un deber de cuidado o de gestión de riesgos. Consecuencia de lo anterior es que el empresario puede ser competente, por un lado, de los daños que sufren las personas que trabajan en y para la empresa -lo que generaría responsabilidad penal del empresario como empleador-, o, de otra parte, por los daños que produzca la empresa por un comportamiento exterior -como sería el caso de una responsabilidad ambiental por vertimientos tóxicos-. Esa responsabilidad, sin embargo, se debe **delimitar**, evitando introducir supuestos de responsabilidad por hechos de terceros o por la mera posición dentro de la empresa (Meini, 1999).

En el caso del artículo 168°-A el legislador ha creado un tipo penal de infracción de deber que reconoce una posición institucional del empresario como garante de la seguridad y salud en el trabajo en tanto es titular de la actividad empresarial. Se trata de un deber de control de fuente de peligro que nace a partir de que el empresario tiene la capacidad para poner en marcha procesos causales que desarrollan una actividad que, si bien es socialmente aceptada, puede generar riesgos tanto para el interior como para el exterior de la empresa. En efecto, como señala Meini (1999), es la base de dicha autoorganización la que fundamenta la existencia de un derecho-deber que le corresponde al titular y que, por tanto, asumen las consecuencias de dicha organización (positivas – en tanto tiene el derecho de obtener el beneficio de su actividad-, como negativas –en cuanto tiene el deber de responder por las lesiones a otros bienes jurídicos). Asimismo, este deber abarca no solo la obligación de control y vigilar los cursos (comportamientos peligrosos), sino que debe evitar que surjan riesgos a posteriori y, en caso surjan, controlar y evitar que generen lesiones a bienes jurídicos.

4. CONCLUSIONES

- El moderno Derecho penal se caracteriza por la protección de nuevos intereses sociales que van de la mano con la actualidad social, económica y política de cada país. En la protección de estas nuevas realidades se ha visto necesario recurrir a las fórmulas de anticipación penal como un mecanismo de prevención.
- La intervención penal en materia de seguridad y salud en el trabajo no lesiona el principio de ultima ratio. El Derecho penal protege la vida y salud de los trabajadores en relación a la posición del empleador frente al incumplimiento de medidas de prevención laborales. Se trata de una realidad que, según las estadísticas, se ha vuelve problemática y es necesario recurrir al Derecho penal para usar a la pena como un medio didáctico para que el empresario comprenda la importancia de este nuevo interés social.
- En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico contempla varios mecanismos para la protección de la seguridad y salud en el trabajo: i) el derecho administrativo-laboral para sancionar al empresario por el incumplimiento de normas de seguridad laboral; ii) la reparación civil del daño irrogado al trabajador imputable por la inobservancia del deber de prevención del empleador; iii) la responsabilidad penal del empleador por la inobservancia de medidas de seguridad que ponen en peligro la vida o salud de los trabajadores, o cuando la lesionan.
- El Derecho penal tiene una estructura y finalidad diferentes a la sanción administrativa. El Derecho penal no sanciona el mero incumplimiento de normas de seguridad laboral, se exige la puesta en peligro o la lesión a la vida e integridad a los trabajadores, a lo que se añade las diferencias cualitativas respecto al derecho administrativo sancionador.
- En relación el derecho de daños que se reclama en la vía laboral, la responsabilidad civil que puedan declarar los jueces con espe-

cialidad en laboral no se funda en el incumplimiento de normas de prevención laboral, sino en los daños a la persona.

- El fundamento de la responsabilidad penal que pueda recaer sobre el empleador y sus delegados se fundamenta en su capacidad organizativa para crear la empresa y en su deber para controlar los riesgos. La moderna dogmática actual comprende que la imputación penal, tratándose de estructuras corporativas, no se debe centrar únicamente en el trabajador que lesiona un bien jurídico, sino que tiene que poner su mirada en las personas a cargo de la toma de decisiones y que tienen competencia sobre el cómo y cuándo se ejecuta una decisión.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez, F, "El problemático artículo 168-A del Código Penal. Tres cuestiones controvertidas", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 130, Abril, 2020.

Álvarez, F, https://miscelaneasdelima.lamula.pe/2020/01/09/el-caso-mcdonalds-y-los-retos-de-cambio-en-la-legislacion-para-los-trabajadores/mguerrero2113. Recuperado el 12.9.2020.

Arroyo, M, "Apuntes sobre la administrativización del Derecho penal del medio ambiente", *Actualidad jurídica ambiental*, N.° 83, 2018.

Blume, I, "La criminalización del Derecho al trabajo. ¿mayor protección al trabajado o fracaso del Derecho laboral, https://www.enfoquederecho.com/2020/02/27/la-criminalizacion-del-derecho-del-trabajo-mayor-proteccion-para-el-trabajador-o-fracaso-del-derecho-laboral/. Recuperado el 5.9.2020.

Carnevali, R, "Derecho penal como *ultima ratio.* Hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis*, *14*(1), 2008. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002. Recuperado el 10.9.2020.

De Oña, J, "Problemas relativos a la persecución y enjuiciamiento de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales", en Protec-

ción penal de los derechos de los trabajadores, Hortal, J (coordinador) B de F, Buenos Aires, 2009.

De Rivas Verdes, C, La responsabilidad penal por falta de medidas de seguridad en las obras de construcción, La ley, Madrid, 2017.

Gallo, P., Riesgos penales laborales. Responsabilidad penal del empresario por riesgos, enfermedades y accidentes laborales, B de F, Buenos Aires, 2018.

García, P., *Derecho penal. Parte General,* 2° edición, Jurista Editores, Lima, 2012.

García, P., *Derecho penal económico. Parte General*, 3° edición, Jurista Editores, Lima, 2014

Hortal, J. C, "Concreción del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (Art. 316 CP). A la vez, un apunte sobre algunos modelos europeos de protección penal de la prevención de riesgos laborales", en Protección penal de los derechos de los trabajadores, Hortal, J (coordinador) B de F, Buenos Aires, 2009.

Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general.* Fundamentos y teoría de la imputación, 2° edición corregida, Marcial Pons, 1997.

Meini, I, "Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados", Derecho PUCP, N.° 52, 1999.

Oré, E, "Prevención de riesgos laborales y Derecho penal", Derecho PUCP, N.° 81, 2018.

Peñaranda, E, "Autoría y participación en la empresa", en: *Fraude a los consumidores y Derecho penal. Fundamentos y Talleres de Leading Case,* Corcoy, M & Gómez, V, (directores), B de F, Buenos Aires, 2016.

Rosales, J, https://semanaeconomica.com/legal-politica/laboral/seguridad-en-el-trabajo-como-protegerse-frente-a-una-sunafil-mas-severa. Recuperado el 12.9.2020.

Silva, J., *La expansion del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, Buenos Aires, 2011.

Silva, J., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

Terradillos, J., "Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral", en: *Tutela penal de la seguridad en el Trabajo*, Bilbao, 2006.

Vásquez, J., "¿Estamos ya dentro de un nuevo sistema de responsabilidad dl eel empleador por accidentes de trabajo en el Perú?, Revista de Derecho, Vol. 20, 2019

Zugaldía, J. & Pérez, E, "Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales", en: *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, Caro, D (director), Lima, 2011.

ASPECTOS Y ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES Y PROMOCIÓN DE LA SALUD MENTAL

SILVIA REBAZA SANTA CRUZ

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Diploma de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Cuenta con estudios de maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Perú y es adjunta de docencia del curso Derecho Laboral Especial en la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Asociada Senior del Estudio Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uria

1. LA IMPORTANCIA DE LA PROMOCIÓN DE LA SALUD MENTAL Y DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES EN EL TRABAJO

En nuestro país, al momento de realizar la evaluación de riesgos laborales, los riesgos psicosociales lamentablemente suelen ser olvidados o inclusive, si se realiza su revisión, suele ser más una formalidad que un verdadero análisis. Esto pese a que, como veremos a continuación, la prevención de riesgos psicosociales y la promoción de la salud mental resulta fundamental para la salud de los trabajadores e incluso para evitar accidentes de trabajo.

1.1. Entendiendo los riesgos psicosociales

Ya desde el año 1984, el Comité Mixto conformado por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) señalaba que los factores psicosociales en el trabajo consisten en aquellas "*interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el empleo y las condiciones de su organización, por una parte; y por la otra, las capacidades del empleado, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo; todo lo cual a través de percepciones y experiencias influyen en la salud y el rendimiento*" (OIT 1984:3).

Así, nos encontramos ante un punto de vista externo al aspecto meramente físico del entorno de trabajo (como podrían ser condiciones de ruido, de sustancias tóxicas, entre otros) y que comprende aspectos internos, como las condiciones de la organización del empleador, la situación laboral del trabajador e incluso la propia cultura de la empresa como ejes importantes no solo para el correcto rendimiento del trabajador, sino que especialmente para su salud. Cuando existen connotaciones negativas en estas 'condiciones internas', entonces podremos hablar de existencia de riesgos psicosociales.

Importa resaltar en este punto que los riesgos psicosociales, al igual que los riesgos físicos o químicos, producen efectos nocivos en la salud de los trabajadores, tanto a corto plazo como a largo plazo. Sus efectos no solo generan estrés y ansiedad (lo que a su vez desencadena efectos psicológicos más fuertes así como el desarrollo de otras enfermedades complejas, como bien abordaremos más adelante) sino que también se evidencia la existencia de una mayor relación entre accidentes de trabajo y factores de riesgo psicosocial, incluso mayor que los producidos por la falta de experiencia o de formación, o de herramientas o maquinarias inadecuadamente protegidas (Osorio, 2011:75)

Los riesgos psicosociales que tienen origen en la actividad laboral podrían ocasionarse por un deterioro o disfunción en:

a) *"Las características de la tarea: Cantidad de trabajo, desarrollo de aptitudes, carencia de complejidad, monotonía o repetitividad, automatización, ritmo de trabajo, precisión, responsabilidad, falta de autonomía, prestigio social de la tarea en la empresa, etc.*

b) *Las características de la organización: Variables estructurales (tamaño y diferenciación de unidades, centralización, formalización), definición de competencias, estructura jerárquica, canales de comunicación e información, relaciones interpersonales, procesos de socialización y desarrollo de la carrera, estilo de liderazgo, tamaño, etc.*

c) *Las características del empleo: Diseño del lugar de trabajo, salario, estabilidad en el empleo y condiciones físicas del trabajo.*

d) *La organización del tiempo de trabajo: Duración y tipo de jornada, pausas de trabajo, trabajo en festivos, trabajo a turnos y nocturno, etc*" (Gil-Monte, 2012:238).

Todos los factores mencionados previamente se encuentran claramente vinculados con el trabajo mismo, ya sea por la tarea especifica a realizar y la organización del tiempo de trabajo, como por las características mismas del centro de trabajo o de su organización. En este punto es importante rescatar que cuando los empleadores realizar la evaluación de riesgos,

suelen hacerlo en base a las áreas de trabajo y a los riesgos que implican los puestos de trabajo mismos. Así, por ejemplo, en un puesto de trabajo con tareas repetitivas, monótonas o ritmos lentos, podrá advertirse riesgos psicosociales vinculados por ser de más fácil apreciación, sin embargo, muchas veces olvidamos que los efectos más nocivos a la salud mental de los trabajadores y a la generación de estrés se forman precisamente por deficiencias en la gestión, diseño y control de la organización misma.

Es decir, como parte de las evaluaciones de riesgo suelen olvidarse aspectos tan trascendentales como la carga de trabajo especifica del puesto (quizás por menor número de vacantes en dicha posición), poco nivel de control o evaluación de los pedidos realizados por los superiores jerárquicos o la falta de comunicación en estas relaciones, falta de claridad en la determinación de las actividades a realizar o los límites de éstas, e incluso el nivel de exposición no solo a aspectos que se generan por el propio trabajo, sino que por ocasión al trabajo, como lo sería por ejemplo la exposición a situaciones de hostigamiento sexual o violencia.

Con respecto al diseño de la carga laboral o el control de los pedidos o manejo que realizan los superiores jerárquicos, resulta importante traer a colación lo manifestado por el sociólogo y psicólogo americano Robert Karasek, quien en 1979 señalaba ya que la peor combinación para la salud en el aspecto laboral radicaba en tener alta demanda psicológica laboral y poco nivel de decisión sobre el mismo o de usar las propias capacidades (Karasek, 1979). Así, no se trata de eliminar funciones que tengan alta demanda psicológica laboral, sino que el nivel de decisión y de flexibilidad del trabajador también debe encontrarse en un cuadrante similar. Esto será entendido como una oportunidad de crecimiento o reto profesional, sin embargo, cuando el nivel de decisión del trabajador se traduce en pocas herramientas de trabajo, poco valor y poco control de dicho trabajo, entonces nos veremos ante un desnivel que genera un riesgo desmedido. He ahí también la importancia de un correcto diseño de la carga laboral y el adecuado control de la misma.

De otro lado, con respecto al también mencionado nivel de exposición, es importante prestar especial atención a aquellos puestos de trabajo que

tienen vinculación con terceros y los potenciales riesgos que aquello puede derivar. Por ejemplo, quienes trabajan con público pueden verse más expuestos a situaciones de violencia o incluso de hostigamiento sexual, al ser el factor "tercero" (clientes, visitantes, etc) uno que no es posible controlar del todo. De igual manera, ocurre con aquellos puestos de trabajo en empresas u organizaciones que tienen altos niveles de reclamo, ya que muchas veces el bajo control de emociones de los usuarios lleva a situaciones claramente estresantes para los trabajadores (pensemos, por ejemplo, en el servicio de call center o de atención de reclamos de empresas operadoras de internet, cuando el servicio se satura). Lo mismo sucede con los que trabajan con objetos de valor, dinero en efectivo, ingresando a domicilios, o simplemente desplazándose por la ciudad o teniendo que acudir a lugares considerados peligrosos, más aún en nuestro país, con la baja sensación de seguridad que existe. Todo esto conduce a riesgos psicosociales evidentes.

Dentro de otros factores de riesgo psicosocial usuales podemos encontrar a la inseguridad por falta de estabilidad laboral o contrataciones cada vez más precarias; discriminación por sexo, edad, raza, condición social y otros en algunas áreas o equipos de trabajo; encargos amplios de actividades muy distintas para un solo trabajador o información poco clara sobre cómo realizarla; impulso de intensificación del trabajo a través, por ejemplo, de cultura de "*ponerse la camiseta*" como equivalente a trabajo en días de descanso semanal o fuera del horario usual de trabajo; baja comprensión de necesidad de conciliación entre vida laboral y familiar en la organización o en algunos superiores jerárquicos; alejamiento del centro de trabajo de los centros poblados o falta de opciones de movilidad para llegar, entre otros.

De igual modo, podemos hablar también de factores psicosociales emergentes. Consideramos estos a "*cualquier riesgo que:*

a) *Está causado por nuevos procesos, tecnologías, lugares de trabajo, cambios sociales u organizativos;*

b) *Era un factor conocido, pero se considera como un nuevo riesgo debido a avances científicos o percepciones sociales*". (Gil-Monte 2012:239).

Así tenemos, por ejemplo, a la intensificación del uso de las nuevas tecnologías como mecanismo de control laboral o de invasión de la vida personal. Esto último ha llevado incluso a la postulación de la consideración de un nuevo "*derecho a la desconexión digital*", que busca precisamente evitar el riesgo de invasión a los trabajadores en horas no adecuadas a través de llamadas o mensajes en *whatsapp*, que generan estrés y ansiedad a los trabajadores.

De igual modo, un punto importante, y que hemos visto intensificado durante la pandemia del coronavirus COVID-19, es el de los riesgos asociados a figuras como las del teletrabajo. Esta figura es adecuada y tiene una amplia gama de ventajas tanto para el trabajador como para el empleador, pero resulta importante revisar de antemano los riesgos psicosociales derivados, a efectos de poder controlarlos desde su origen y evitar perjuicios a la salud y bienestar de los trabajadores, más aún dada la intrínseca vinculación que existe con su vida personal en esta modalidad de trabajo.

Son diversos los pronunciamientos de organizaciones y normativas internacionales que promueven la evaluación de riesgos, desde exigencias más globales, como la OIT, como también Acuerdos locales o regionales. Por ejemplo, en el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo aplicable a los países de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) se establece que cada país debe elaborar y revisar una política nacional de mejoramiento de condiciones de seguridad y salud en el trabajo. Tal y como señala Ospina, una de las obligaciones especificas a considerar es *"el establecimiento de normas o procedimientos de evaluación de los riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores, mediante sistemas de vigilancia epidemiológica ocupacional u otros procedimientos similares*". (Ospina 2014:190)

Esto último resulta fundamental para mejorar las condiciones de seguridad y salud de los empleadores, con el propósito de "*prevenir daños en la integridad física y mental de los trabajadores que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el trabajo*" (Ospina 2014:189). Así, claramente será necesario incorporar los riesgos psicosociales antes descritos, y la prevención de los efectos nocivos de los mismos.

1.2. Efectos de los riesgos psicosociales

La exposición a los riesgos psicosociales señalados previamente generan efectos nocivos en la salud de los trabajadores, tales como estrés y ansiedad, y esto va más allá de un simple malestar pudiendo incluso desencadenar, en los casos más graves, la muerte derivada de problemas cardiacos, estomacales, trastornos mentales, adicciones recurridas, entre otros.

Estos factores y sus graves efectos son analizados por la OIT en su Programa Internacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y Medio Ambiente (SafeWork) en colaboración con el Centro Internacional de Formación de la OIT, programa conocido como "SOLVE". Uno de los pilares del programa es precisamente la evaluación de estrés laboral y los efectos que este produce en la salud de los trabajadores. Así, por ejemplo, tomando como modelo uno propuesto por los autores Palmer, Cooper y Thomas en 2001, la OIT reseña la siguiente vinculación entre los factores de riesgo, los síntomas del estrés y sus consecuencias negativas:

Factores de Riego Potenciales

- Cultura
- Demandas
- Control
- Rol
- Cambio
- Relaciones
- Apoyo

Síntomas de Estrés

SINTOMAS INDIVIDUALES
- Incremento de presión sanguinea
- Transtornos del sueño y gastrointestinales
- Incremento de consumo de alcohol, nicotina, cafeina.
- Incremento de irritabilidad y emociones negativas.
- Tensión/dolor de espalda
- Palpitaciones/dolor de cabeza.

SÍNTOMAS RELACIONADOS CON ORGANIZACIÓN
- Incremento de ausencias por enfermedad.
- Cultura de horas de trabjao ampliadas.
- Incremento de la rotación de personal
- Reducción de la productividad del personal.
- Reducción de la moral y la lealtad del personal.
- Incremento de la hostilidad.

Consecuencias Negativas

INDIVIDUALES
- Enfermedad de las arterias coronarias.
- Lesiones por esfuerzo repetitivo.
- Ansiedad y depresión clínicas.
- Burnout

RELACIONADOS CON ORGANIZACIÓN
- Incremento de personal (contratación y formación).
- Reducción de las ganancias.
- Aumento de los accidentes.
- Incremento de los litigios.

(*OIT, 2012:44)

Los efectos perjudiciales del estrés son claros, sin embargo ¿Cómo podemos definir al estrés? y ¿Por qué el efecto que genera es tan nocivo? Los humanos sentimos estrés ante diversas situaciones y en distintas etapas y áreas de nuestra vida. El estrés no es otra cosa que la reacción de nuestro organismo, a nivel tanto físico como mental, frente a una situación que es vista como una amenaza o que nos resulta demandante. En su vinculación con el trabajo, podemos señalar, de acuerdo a lo establecido por el Observatorio OSHA de la Unión Europea, que "*las personas experimentan estrés cuando sienten que existe un desequilibrio entre lo que se les exige y los recursos con que cuentan para satisfacer dichas exigencias. Aunque el estrés se experimenta psicológicamente, también afecta a la salud física de las personas*" (EU-OSHA, 2009:14).

Todos en algún momento de nuestras vidas (o varios) hemos sentido estrés y su impacto no tiene por qué ser necesariamente negativo, sin embargo, en dosis continuas o en determinados contextos, puede llegar a generar efectos graves en nuestra salud. Si bien cuando decimos coloquialmente que nos encontramos 'estresados' hacemos referencia a molestias que clasificamos más de tipo psicológico (cansancio, entumecimiento, irritabilidad, entre otros), lo cierto es que para que se genere dicha 'sensación de estrés' en nuestro cuerpo se producen alteraciones y desequilibrios que pueden resultar perjudiciales. Como bien explica el médico especialista en neurociencia, Mario Alonso Puig:

> *"El sistema simpático es la clave en la relación de estrés y esta reacción se produce ante lo nuevo, lo desconocido, lo no familiar, lo que no controlamos. (...) El cortisol es una hormona que es liberada por las glándulas suprarrenales sobre todo cuando hay una activación sostenida del sistema nervioso simpático. Esto sucede generalmente en presencia de un desafío que se vive no como una oportunidad para aprender, mejorar, crecer y evolucionar, sino como una verdadera amenaza, sea esta de naturaleza física o sea emocional.*
>
> *(...) Los aumentos de cortisol están asociados a cuadros psicológicos como la ansiedad y la depresión. Además, provocan un deterioro progresivo del organismo, observándose con frecuencia una reducción de la masa muscular y también de la ósea, que facilita, por ejemplo, que tengamos con más probabilidad una fractura tras una caída"* (Puig 2017:32).

Es decir, el estrés no solo genera una afectación emocional -que de por sí ya es importante y debe ser evaluada-, sino que también produce efectos físicos expresados en aspectos como: problemas del corazón, problemas estomacales, desarrollo de cáncer, trastornos mentales, dolores musculares, tensión constante, entre otros. A esto se le suman los aspectos psicológicos nefastos que puede traer, y como perjudica las relaciones familiares y sociales de las personas, pudiendo incluso hacer caer en adicciones.

En el aspecto laboral esto resulta de vital importancia para los empleadores pues no solo el estrés laboral es el tipo de estrés más común en

diversos países[1], sino que, además, en palabras de la propia OIT a través de su programa SOLVE, se trata de una amenaza importante para la supervivencia de una empresa ya que "*tiene un impacto considerable sobre la productividad, sobre los costos directos e indirectos, y sobre la existencia misma de la empresa. Independientemente del grado de desarrollo, estos problemas afectan a todos los países, a todos los sectores y a todas las categorías de trabajadores*". (OIT, 2012:17).

De igual modo, otros efectos del estrés en el vínculo laboral es el mayor ausentismo del personal, desgano, menor creatividad, irritabilidad, mayor posibilidad de sufrir trastornos de ansiedad o depresión, fuera de los riesgos físicos y enfermedades vinculadas que ya hemos mencionado.

Ahora bien, en este punto muchos pensarán que claramente no todos tenemos la misma reacción frente al estrés, y que, por tanto, seguramente lo que conllevaría a los efectos nefatos reside en la propia personalidad de cada trabajador o de su resiliencia o forma de adaptarse a los problemas. Sin embargo, a través de un estudio francés epidemiológico realizado desde 1989, Gazel Cohort Sudy, se ha reportado que, por ejemplo, los factores de personalidad como la hostilidad y atributos como la baja autoestima no parecen explicar la asociación entre las características del trabajo y los síntomas de depresión de los trabajadores. Esto demostraría que el entorno psicosocial en el trabajo resulta relevante para el análisis, y no solo los aspectos de personalidad (Stansfeld 2002:97).

Evidentemente, el ritmo de vida que tenemos hoy en día en pleno Siglo XXI no es el mismo que teníamos antes, por lo que los riesgos psicosociales señalados en el punto anterior encuentran un mayor espacio de cabida o potencian el estrés o ansiedad que incluso podemos padecer. Así, el hecho de que hoy en día los trabajadores presten servicios comunicados permanentemente a través de internet o del celular con la posibilidad de hacerlo 24 horas al día o durante vacaciones, la dificultad de conciliar

1 Por ejemplo, en el 2020 en el Reino Unido el estrés laboral fue el tipo de estrés más común, por encima incluso del estrés por temas financieros o monetarios. Además, se incrementó en un 20% con respecto a los hallazgos del 2018. En: https://perkbox.com/uk/resources/library/2020-workplace-stress-survey/

vida personal y laboral sobre todo para las mujeres que hoy en día se han insertado mucho más al mercado de trabajo (pensemos por ejemplo en la denominada "*doble presencia*"), o la mayor facilidad de viajes de trabajo y alejamiento de la familia, entre otros. En el caso particular de Perú, además, podemos añadir la coyuntura constante de inseguridad ciudadana y la propia centralización del trabajo, que conlleva a que los trabajadores deban desplazarse por largas horas para llegar a sus centros laborales y en vehículos muchas veces que no son los adecuados. Todo esto conlleva al contexto perfecto de estrés para los trabajadores.

Otro aspecto importante a considerar en este esquema es también el agotamiento emocional al que pueden llegar los trabajadores, también denominado "*burnout*". Esta situación "*surge por la exposición crónica a factores de riesgo de tipo psicosocial, se presenta como una manifestación o respuesta al estrés crónico laboral y se caracteriza por tres dimensiones: a) agotamiento emocional (agotamiento de los recursos emocionales propios); b) despersonalización (actitudes negativas), y c) falta de realización personal en el trabajo (valoración negativa del propio rol profesional)*" (Lopez Palomar, 2014:165).

Así, nos encontramos ante un estadio en el que el trabajador ha llegado a tal nivel de desgaste que se encuentra agotado emocional y físicamente, siendo imposible la realización habitual del trabajo. Es decir, se vuelve ineficiente y el contexto en el que se encuentra se vuelve altamente riesgoso y perjudicial para su salud y bienestar. Se trata de un mal cada vez más conocido y reconocido, y cuya vinculación con el trabajo es tan directa, que incluso sus manifestaciones más importantes radican precisamente en la esfera laboral, al no poder rendir como antes o realizar las tareas de forma habitual y, además, manifestar actitudes negativas o de cinismo frente al trabajo o al puesto.

Por tanto, evitar estas consecuencias resulta una tarea fundamental de los empleadores así como de su Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo.

1.3. Importancia de la promoción de la salud mental en el centro de trabajo

En vista a los riesgos y consecuencias señalados previamente, se advierte la necesidad de promover estabilidad y salud mental en el centro de trabajo, así como estilos de vida sanos que puedan vincularse con el trabajo y mantener en estado de salud optimo a nuestros trabajadores.

Tal y como señala la OIT, eliminar o limitar los riesgos psicosociales y promover la salud mental también puede prevenir o demorar el inicio de enfermedades potencialmente mortales que ya hemos referido previamente, como los derrames cerebrales, las enfermedades coronarias y el cáncer. (OIT 2012: 3).

El control de riesgos establecido en OHSAS 18001 busca como primer elemento de su eslabón la eliminación de los riesgos, pero claramente existen riesgos psicosociales que son de imposible eliminación por el propio puesto de trabajo (recordemos por ejemplo a los teleoperadores que reciben quejas de clientes o a los vendedores que atraviesan rutas peligrosas). Sin embargo, en eso casos podemos acudir a los siguientes pasos: sustitución, control de ingeniería, control administrativo y entrega de equipos de protección personal (en ese orden). Sin embargo, en el caso de riesgos psicosociales puede buscarse limitar el riesgo y promover un estilo de vida saludable y salud mental estable a estos trabajadores.

Es por ello que se debe dar la importancia debida a la salud mental del personal y preparar políticas en las cuales:

- Se evalúen los riesgos ciertos en la Empresa y se busca el control de riesgo buscando la eliminación en caso sea posible y, de no serlo, continuar con los siguientes puntos más idóneos;
- Se busque mejorar las condiciones y organización del trabajo, a través del diseño de un Plan que contemple la evaluación y estrategias para prevenir el riesgo;
- Se promueva estilos de vida saludable a través de disminución de situaciones estresantes en el trabajo y estrategias que lo evi-

ten e incentiven salud mental (estas estrategias serán abordadas de forma más amplia en el punto posterior);

– Se adopte medidas de control y seguimiento continuo a la salud mental de los trabajadores, haciendo las recomendaciones que procedan y los ajustes requeridos.

Esto resulta fundamental para el día a día en las relaciones laborales, pero, sobre todo, en coyunturas como las que venimos atravesando en este 2020, con el Covid-19, en donde más que nunca resulta fundamental potenciar y promover la salud mental en los trabajadores.

2. ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES Y PROMOCIÓN DE LA SALUD MENTAL

De acuerdo a la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, la promoción de la salud en el lugar de trabajo resulta en un esfuerzo común de empresarios, trabajadores y sociedad en su conjunto. Para ello, esta entidad plantea que dicho esfuerzo puede evidenciarse a partir de los siguientes cuatro tipos de acciones:

> *"1. La mejora de la organización del trabajo mediante medidas que permitan flexibilizar la jornada laboral; flexibilizar los puestos de trabajo, por ejemplo mediante el teletrabajo y el trabajo a domicilio; y el aprendizaje permanente mediante la rotación y la diversificación de los puestos de trabajo.*
>
> *2. La mejora del entorno de trabajo fomentando el apoyo entre compañeros, ofreciendo a los empleados la posibilidad de participar en el proceso de mejora del entorno de trabajo, y brindando alimentación sana en los lugares de trabajo (por ejemplo, comedores, máquinas expendedoras de alimentos, etc.).*
>
> *3. Fomentar la participación de los empleados en actividades saludables y actividades deportivas.*
>
> *4. Fomentar el desarrollo personal ofreciendo cursos sobre competencias sociales, manejo del estrés, y programas para evitar tabaquismo o alcoholismo."* (GIL MONTE 2012:240).

De igual manera, la OIT a través también de su programa SOLVE, que contiene todo un estudio largo y especifico con respecto a medidas

de la promoción de la salud y su integración en las políticas de seguridad y salud en el trabajo, menciona que un programa eficaz de promoción de la salud en el lugar de trabajo:

> *"1) Complementa las medidas de seguridad y salud en el trabajo y se integra al sistema de gestión de la SST de la organización. De esta manera se contribuye al establecimiento y mantenimiento de un ambiente laboral seguro y saludable, reforzando la calidad de vida laboral y una salud física y mental óptima en el trabajo.*
>
> *2) También contribuye a que los trabajadores desarrollen formas más efectivas de enfrentar los problemas laborales, personales o familiares que pueden afectar su bienestar y su desempeño en el trabajo, como el estrés, la violencia o el abuso del alcohol y las drogas.*
>
> *3) Apoya a los trabajadores en el desarrollo de aptitudes para manejar sus padecimientos crónicos y para que sean proactivos en el cuidado de la salud, en el mejoramiento de hábitos saludables de vida, la calidad de su dieta y su sueño y su condición física.*
>
> *4) Implica que las medidas emprendidas no sólo deben abordar estas cuestiones desde el punto de vista individual, sino también desde un punto de vista colectivo que esté relacionado estrechamente con la mejora de las condiciones laborales, el ambiente y la organización del trabajo, además de tomar en cuenta los contextos familiares, comunitarios y sociales (...)".* (OIT 2012:12).

En ese sentido es que resulta fundamental el diseñar políticas internas de trabajo que puedan contener estrategias concretas y aplicables a la realidad de cada centro laboral, con la finalidad de evitar los riesgos psicosociales y el estrés laboral, así como promover la salud mental y estilos de vida saludables en los trabajadores. Así, algunas de las estrategias concretas que pueden implementar los centros laborales son las siguientes:

a) Verificar control debido y liderazgo

En puntos precedentes hemos hablado ya sobre la importancia de controlar la carga laboral y exigencia que tiene el personal y, de igual modo, que los superiores jerárquicos o los que tengan equipos a su cargo realicen los controles debidos, así como instrucciones claras y precisas al personal y no realicen actos de hostigamiento.

Otras medidas señaladas por la OIT relacionadas con el control son las de garantizar cantidad de personal adecuado; permitir que los trabajadores tengan opinión con respecto a la forma de realizar su trabajo y evaluar regularmente plazos y fechas limites razonables para la ejecución de trabajos (OIT 2012:50).

b) Utilizar adecuadamente aptitudes del trabajador

Otro punto esencial es el evitar consecuencias como el estrés o el *burnout* por trabajos desmotivadores y muy demandantes y estresantes, potenciando debidamente las aptitudes del trabajador y brindando además los recursos que sean necesarios para ello. Es decir, la carga y tipo de trabajo debe también encontrarse alineada con las aptitudes específicas del trabajador.

Sobre este punto, la OIT señala que además el trabajo debe corresponder con las aptitudes físicas y psicológicas del trabajador y que se debe asignar tareas conforme a su experiencia y competencia concreta (OIT 2012:50). Además, evidentemente, este punto también conlleva una adecuada remuneración para el tipo de trabajo que se realice, así como un verdadero sistema en la empresa de igual remuneración por trabajo de igual valor.

c) Involucrar a los trabajadores y participación colectiva

La participación de los trabajadores en el diseño de un plan que coadyuve con la prevención de riesgos psicosociales es esencial. No solo son ellos los que mejor conocen los factores estresores que podrían existir en la prestación de servicios en su puesto de trabajo específico o en la empresa, sino que, además, son los que podrían aportar sugerencias de solución adecuadas. Por tanto, la comunicación con ellos a través de reuniones directas, implementación de Comités de prevención de salud mental paritarios o, incluso, buzones de sugerencias, resultará un elemento importante para la adopción de medidas.

Además, resulta importante también comprometer a los trabajadores y sus organizaciones sindicales en la importancia de las medidas específicas

que se desarrollen y la cabal comprensión de la importancia de colaboración mutua en este aspecto, que resulta de vital importancia para todos.

d) Verificar jornada laboral y horarios de trabajo

Posiblemente uno de los puntos más importantes al momento de desarrollar estrategias que prevengan el estrés y promuevan la salud mental de los trabajadores es el de validar jornadas de trabajo y horarios específicos para el personal que no solo se adecuen al desarrollo del negocio, sino que también tengan en consideración el impacto que pueden tener los horarios y turnos de trabajo en el personal, así como las jornadas de trabajo extenuantes o la exigencia de trabajo en sobretiempo.

Esto no solo perjudica al trabajador en cuanto a su salud mental e incluso en su vinculación y relación con sus familiares o su vida personal, sino que también impacta al propio empleador pues es claro para todos que el hecho de que un trabajador preste servicios más horas no equivale a que sea más eficiente y productivo sino que, por el contrario, el cansancio y agotamiento reduce precisamente la productividad del mismo.

Además, este punto debe ser claramente analizado con la carga de trabajo, de modo que en base a ello puedan establecerse incluso, de desearse, horarios diferenciados atendiendo a características particulares de los puestos de trabajo. Una mayor carga física o mental evidentemente requerirá también un mayor tiempo fuera del trabajo que aquellos puestos de trabajo con menor carga o con actividades menos exigentes. Sobre este punto, la OIT recomienda que se configuren los turnos conforme a criterios psicológicos, fisiológicos y sociales (OIT 2012:56).

Los tiempos de descanso también resultan importantes. Solemos pensar que el horario de refrigerio es única y exclusivamente diseñado para la ingesta de alimentos, pero olvidamos que también es un momento de dispersión y de descanso para el personal. Por ello, se deberían promover medidas que busquen la socialización del personal en el centro de trabajo durante estos tiempos (por ejemplo, existen medidas que incentivan juegos o lectura a la hora del refrigerio) y evitar cultura o políticas que

incentiven la ingesta de alimentos en el espacio de trabajo mientras se continúa trabajando.

Sin perjuicio de que lo señalado es un resumen, consideramos que este punto no se encontraría completo si es que no incluyéramos una sugerencia de implementación de teletrabajo en aquellos puestos en los que sea posible. El teletrabajo, además, deberá contar con tiempos de trabajo específicos para evitar también la intrusión de la esfera laboral en la esfera personal del trabajador.

e) Brindar apoyo social

El apoyo entre trabajadores y la asistencia social brindada por el personal resultan elementos imprescindibles al momento de buscar prevenir y reducir riesgos psicosociales, así como promover la salud mental del trabajador.

La OIT, además, nos recuerda que algunas estrategias gerenciales que pueden ser promovidas para crear un clima adecuado en el que surja el apoyo debido a los trabajadores son, por ejemplo, mantener un lugar de trabajo libre de violencia y psicológica; asegurar la existencia de relaciones de apoyo entre los supervisores y trabajadores; ofrecer estructura organizacional en la que el personal de supervisión asuma responsabilidad y exista nivel apropiado de contacto con trabajadores; reforzar motivación destacando los aspectos positivos y útiles del trabajo, entre otros (OIT 2012:50).

f) Adoptar acciones respecto al espacio y lugar de trabajo

Un adecuado ambiente de trabajo también resulta primordial para evitar riesgos psicosociales. Así, debe existir adecuada ventilación e iluminación, eliminar o reducir ruidos molestos y verificar que las herramientas y equipos de trabajo sean óptimos y se encuentren en buenas condiciones, además que no conlleven daños a la salud *per se* (por ejemplo, evitar monitores antiguos que puedan generar problemas a la vista u otros riesgos adicionales a los psicosociales). De igual modo, deben existir adecuados

servicios higiénicos y otras instalaciones necesarias por necesidad o por ley, como en el caso de los lactarios.

Además, los factores ergonómicos también resultan importantes para promover la salud mental y evitar el estrés, debiendo pasar por controles de dicha índole y promover pausas activas saludables, por ejemplo.

Con respecto al lugar de trabajo, hemos señalado ya que un factor que muchas veces potencia los riesgos psicosociales es precisamente la ubicación del centro de trabajo, ya sea por tratarse de un lugar alejado o por el propio centralismo que existe en nuestra ciudad. Por ello, medidas como ajustar los horarios de trabajo a momentos en los que existe menor trafico o implementar buses propios, no solo deben ser entendidas como medidas que brindan seguridad a los trabajadores, sino que también cuidan su salud mental y su bienestar. Finalmente, deberá prestarse especial atención a aquellos puestos de trabajo que puedan ser susceptibles de violencia o de casos de hostigamiento sexual, para adoptar medidas que reduzcan dichos riesgos.

g) Promover conciliación de vida laboral y familiar

Este es uno de los aspectos más importantes para prevenir los riesgos psicosociales y efectos nocivos como el estrés o el *burnout* pero, a su vez, puede ser difícil de implementar en estructuras organizacionales rígidas o que no le da el valor debido a este punto.

Por ello, resulta vital buscar que los empleadores comprendan que el trabajador también tiene una vida personal, y que ambas esferas de su vida confluyen en determinados puntos y pueden verse afectadas mutuamente. Por ende, un desequilibrio en la vida familiar puede desencadenar efectos adversos en la vida laboral, así como también un desequilibrio en la vida laboral puede desencadenar efectos en la vida personal y familiar.

El tiempo de trabajo es un aspecto importante vinculado, siendo necesario que se delimite claramente éste y que los otros trabajadores y superiores jerárquicos lo respeten cabalmente, de manera que no se vea

afectado el tiempo personal del trabajador ni sus vacaciones o días de descanso semanal obligatorio. Las intrusiones como llamadas o mensajes de texto en momentos fuera del horario laboral deben ser restringidos e impulsarse una política que también lo impulse.

Otro aspecto importante para conciliar la vida laboral y familiar puede ser la implementación de medidas como el teletrabajo. Cabe destacar que el teletrabajo no implica que se deba dejar de fiscalizar las labores del trabajador, pero al menos al permanecer en casa será más fácil compatibilizar esos aspectos en los casos en los que sea requerido y, sobre todo, apoyando al trabajador en definir y delimitar también dichos espacios. Adicionalmente, podrán brindarse permisos o flexibilidad para atender aspectos personales, y estas medidas deberían ser aplicables tanto a hombres como a mujeres por igual, de manera que el rol de cuidado sea compartido entre ambos y se impulse incluso desde la propia organización, medida que beneficiará a las trabajadoras y a la sociedad.

h) Promover alimentación saludable y ejercicios

Una correcta promoción de la salud mental no podría encontrarse completa sin la adopción de medidas que promuevan una adecuada alimentación así como la realización de actividad física.

En efecto, una correcta nutrición resulta esencial para las personas, por lo que resulta negativo que se pretenda eliminar los tiempos de almuerzo, reducirlo o medidas que incentiven comer en el lugar de trabajo y de forma rápida. Así, se debe buscar espacios adecuados para la ingesta de alimentos y la revisión de estos aspectos, así como el incentivo en que estos alimentos sean adecuados. Sobre este punto en particular el programa SOLVE de la OIT ha dedicado todo un rubro al incentivo de la alimentación saludable como parte de una de las aristas de prevención de la salud de los trabajadores. Así, la OIT nos recuerda que "*las consecuencias de una nutrición desequilibrada sobre la salud varían considerablemente, dependiendo de si las personas comen demasiado o muy poco, o si consumen las proporciones incorrectas de macro y micronutrientes. Todas estas situaciones afectan al trabajo. El deterioro relacionado con la nutrición y los problemas*

de salud afectan la vida de los trabajadores, los empleadores ven disminuir la productividad y los gobiernos y la sociedad tienen mayores gastos médicos y menores retornos económico". (OIT 2012:214)

Para ello, los empleadores pueden buscar que maquinas expendedoras de alimentos en el centro de trabajo contengan opciones saludables para los trabajadores o incluso entregar directamente al personal alimentos saludables, como frutas o bebidas sin azúcar. También puede informarse al personal con respecto a la correcta nutrición y su importancia, de modo que pueda ser aplicable en sus hogares.

De otro lado, con respecto a promoción de ejercicios y actividades físicas, debe tenerse presente que, el ejercicio reduce los riesgos de enfermedades cardiovasculares, así como lumbalgias y dolores musculares causados por tensión o postura, y libera endorfina. Esto resulta necesario para un adecuado equilibrio de la salud mental de los trabajadores y que puede ser promovido desde la empresa a través de programas sociales o incentivo de uso de bicicleta, por ejemplo.

i) Promover sueño y descanso adecuado

El descanso adecuado del personal resulta fundamental para todo trabajador y para una adecuada productividad, así como para la reducción de potenciales accidentes de trabajo. Como nos señala la OIT: "*Motivar a los trabajadores a dormir suficiente de manera rutinaria puede aumentar la productividad, promover la seguridad en el lugar de trabajo y aumentar su calidad de vida*" (OIT 2012:286). Además, añade la OIT que investigaciones demuestran que las personas que no duermen lo suficiente padecen problemas tales como errores vinculados a la actividad mental, humor irritable, dificultad para poner atención, entre otros (OIT 2012:286).

Para evitar esto, los empleadores podrían capacitar al personal sobre la importancia del sueño correcto y, sobre todo, manejar turnos y jornadas de trabajo que permitan aquello. Esto resulta especialmente trascendental en los turnos nocturnos, debiendo verificarse que no sean muy extenuantes y que existan adecuados momentos de descanso. Además, en la medida de

lo posible, deberá buscarse vías para evitar que los trabajadores en turnos nocturnos deban recurrir a otros trabajos u obligaciones en horas del día, a efectos de poder garantizar el sueño debido. Finalmente, con respecto al personal en general, también podría incentivarse momentos de descanso ya sea en la hora de refrigerio o en otros momentos diseñados para ello. Por ejemplo, a través de los '*pods de descanso*' que han sido popularizados por empresas como Google y Nike, empresas que valoran la importancia del descanso o incluso de una "*siesta al paso*" por encima del concepto errado que muchas veces tenemos de que quien se acuesta muy tarde y se levanta muy temprano, teniendo todas las horas para el trabajo, es alguien realmente creativo y productivo cuando, en realidad, el sueño es necesario para poder lograr aquello[2].

j) Brindar formación en manejo de estrés, aspectos profesionales y otros

Finalmente, un aspecto que también podemos mencionar es el compromiso que debe asumir el empleador en brindar información sobre manejo de estrés, orientación psicológica, y difundir la relevancia de aquello en relación a la salud de los trabajadores. Lamentablemente en países como el nuestro, la salud mental se encuentra relegada a un último eslabón de importancia por parte de los trabajadores y los organizaciones pese a que, como hemos visto, resulta un aspecto muy importante de nuestra salud y bienestar integral. Por ello la importancia que este aspecto sea difundido y ahondado por el empleador, de manera que se le otorgue la importancia debida.

De otro lado, los empleadores también pueden comprometerse a facilitar cursos a los trabajadores en los que puedan mejorar sus aspectos profesionales y sentirse valorados por el empleador y también facilitar otras actividades extralaborales que puedan ser de gran apoyo para promover la salud mental en el personal, como pueden ser cursos de yoga, de mindful-

2 Ver, por ejemplo, el artículo de "The Guardian" denominado "Clocking off: the companies introducing nap time to the workplace".
En: https://www.theguardian.com/business-to-business/2017/dec/04/clocking-off-the-companies-introducing-nap-time-to-the-workplace

ness o de actividades distintas como arte o jardinería, que promuevan el bienestar del trabajador a nivel personal y que ello se vislumbre también en su ámbito laboral.

Todas las estrategias señaladas previamente buscan reducir al máximo los riesgos psicosociales y ayudaran a mejorar la seguridad y salud de los trabajadores. Debe recordarse que, de acuerdo a la OIT, "*integrar la promoción de la salud a las políticas de Seguridad y Salud en el Trabajo (SST) beneficia tanto a los trabajadores como a los empleadores, al contribuir al bienestar a largo plazo de los trabajadores y sus familias, y al reducir la presión sobre los sistemas de salud, bienestar y seguridad social. Integrar medidas de promoción de la salud en los sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo fortalece las prácticas de salud en el trabajo, contribuyendo al desarrollo de una cultura de la prevención*" (OIT 2012:iii).

3. PREVENCIÓN DE RIESGOS SOCIALES Y DE SALUD MENTAL EN EL PERÚ

Finalmente, cabe precisar que todos los puntos precedentes son de plena aplicación en nuestro país, al ser la prevención y evaluación de factores de riesgo impulsados precisamente por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N.° 29783, y su Reglamento, D.S. N.° 005-2012-TR, incluyendo los factores de riesgo psicosocial, lo cual debe ser plenamente implementado en el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo[3].

---

3 Así, por ejemplo, el artículo 56° de la LSST establece: "*El empleador prevé que la exposición a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños en la salud de los trabajadores*".
Por su parte, el Reglamento de la LSST contiene por ejemplo los siguientes artículos vinculados directamente con la evaluación de los riesgos psicosociales:
"*Artículo 33.- Los registros obligatorios del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo son:*
(…) c) Registro del monitoreo de agentes físicos, químicos, biológicos, psicosociales y factores de riesgo disergonómicos".
"Artículo 77.- De conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la Ley, la identificación de peligros, evaluación de riesgos y determinación de controles (IPERC) es elaborada y actualizada periódicamente, sin exceder el plazo de un año, por el/la empleador/a (…) Son requisitos mínimos para la elaboración o actualización de la IPERC: (….)

Sin embargo, es precisamente el Reglamento el que define lo que se denomina 'exposición a riesgos psicosociales', cuando en su artículo 103° señala lo siguiente:

> *"De conformidad con el artículo 56 de la Ley, se considera que existe exposición a los riesgos psicosociales cuando se perjudica la salud de los trabajadores, causando estrés y, a largo plazo, una serie de sintomatologías clínicas como enfermedades cardiovasculares, respiratorias, inmunitarias, gastrointestinales, dermatológicas, endocrinológicas, músculo esqueléticas, mentales, entre otras".*

Pese a esta definición exacta y expresa realizada por la norma, los riesgos psicosociales siguen siendo un campo que tiene menor evaluación que otros riesgos como los físicos, químicos o biológicos, no siendo muchas veces considerados por los empleadores e incluso desconociendo los propios trabajadores que algunos de los síntomas que pueden estar sintiendo se derivan de riesgos psicosociales a los que se han visto expuestos.

Así, como señalan Palomar y otros, *"en Perú la legislación ha avanzado en la materia de Prevención de Riesgos Laborales (PRL) o riesgos psicosociales como lo manifiestan en su análisis Raffo, Ráez y Cachay, al señalar que las leyes de Seguridad y Salud en el Trabajo en este país promueven una cultura de la PRL, resaltando que los artículos de las leyes en la materia presentan buenas intenciones, sin embargo se adolece de anexos y guías metodológicas de cómo actuar en la identificación y la evaluación de los riesgos psicosociales*" (Palomar 2014:165).

Esto resulta preocupante, más aún si tenemos en cuenta por ejemplo que, en una encuesta de 2014 sobre riesgos psicosociales en trabajadores de diversas profesiones y ocupaciones en Lima, se encontró la prevalencia de estrés laboral en el 30.5% de la población materia de estudio y con burnout el 14.4% (Palomar 2014:166).

---

e) Los resultados de las evaluaciones de los factores de riesgo físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales".

Frente a todo esto, lo positivo es que desde el año 2019 nuestro país cuenta con una Ley sobre Salud Mental que abarca diversos ámbitos y áreas de la vida, incluido el aspecto laboral. Sin embargo, es el Reglamento de dicha Ley, D.S. N.° 007-2020-SA, de marzo de 2020, que se determinan medidas concretas y obligaciones para todo empleador, con respecto a medidas de promoción de salud mental y prevención de riesgos psicosociales.

Así, en el artículo 14° de dicha norma se estableció que las instituciones publicas y privadas deberán realizar actividades de carácter preventivo en relación con los riesgos que afectan a sus trabajadores, incluyendo los riesgos psicosociales, en el marco del cumplimiento de la Ley N.° 29783 y su Reglamento. De esta manera, dentro de las medidas señaladas por la norma se encuentra la gestión de un plan y programa continuos de cuidado del personal, que incluye de manera específica implementar los siguientes programas:

a. Programa que promueva nutrición y alimentación saludable que fomente el uso razonable y saludable de expendedores de bebidas y alimentos.
b. Programa de actividad física, con tiempo flexible para la actividad física individual y colectiva.
c. Actividades socioculturales y deportivas.
d. Gimnasia laboral y cuidados ergonómicos.
e. Acceso a servicios sociales y de salud.
f. Programa de reconocimientos y logros que mejoren el bienestar y empoderen al personal.
g. Estrategias institucionales para el manejo y flexibilidad del tiempo, según necesidades temporales y de emergencias personales, contextualizadas a cada institución y/o territorio.
h. Programas para promover el autocuidado, el buen trato y una vida libre de violencia.
i. Programas de abordaje del agotamiento profesional, que incluya detección, prevención, atención y monitoreo.

j. Capacitación laboral en competencias socioemocionales.

k. Seguimiento y evaluación de las actividades.

Cabe anotar que la norma contempla otras acciones a implementar, sin embargo, consideramos que este Plan de acción con actividades como las señaladas resulta ejemplificativo y se encuentra alineado con las recomendaciones de organizaciones como la OIT. Sin perjuicio de su obligatoriedad, es importante en este punto denotar que esta norma fue expedida solo unos días antes de que se declarara el Estado de Emergencia por el avance de la pandemia del COVID-19, y todos los efectos en la salud, económicos y laborales que ello conllevó. Así, en los hechos, esta norma ha quedado temporalmente 'relegada' por muchos empleadores, sin embargo, es importante tener presente que las obligaciones señaladas existen y son exigibles, por lo que las medidas deberán ser implementadas.

Además, estas medidas resultan aún más necesarias en la coyuntura de la pandemia COVID-19, en donde a los riesgos psicosociales habituales señalados previamente, podemos adicionar el temor al contagio que existe en aquellos que han vuelto a prestar servicios de manera presencial, y también los factores de estrés que expresan muchos de aquellos que prestan servicios en trabajo remoto, por tener que estar de forma permanente en casa y que, además, las líneas divisorias del ámbito laboral y el ámbito personal se hacen borrosas, dado que en muchos casos las organizaciones no se encontraban preparadas para adoptar el trabajo remoto o no tienen medidas limite.

Es por ello precisamente que la Resolución Ministerial N.° 448-2020-MINSA, que contiene los Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la salud de los trabajadores ante COVID-19 contempla disposiciones con respecto a la salud mental. Así, señala que debe existir vigilancia ante exposición a factores de riesgo psicosocial como condiciones de empleo, carga mental, doble presencia, entre otros. De igual manera, se estipula que el Plan de Vigilancia del empleador debe contener medidas de salud mental para conservar un adecuado clima laboral.

Las estrategias señaladas en los puntos precedentes del presente trabajo podrán ser tomadas como referencia tanto para adoptar medidas durante la pandemia como para la aplicación permanente de las medidas de salud mental en el marco del Reglamento de la Ley de Salud Mental. Claramente habrán muchas otras medidas a abordar y éstas dependerán de la realidad de cada empleador. Sin embargo, resulta importante considerar desde ya su implementación y su revisión constante. Hoy más que nunca, con la pandemia acontecida, podemos observar la necesidad de una salud mental estable especialmente en el área laboral, que es precisamente donde pasamos buena parte de nuestro día y que tiene influencia directa en muchos otros aspectos de nuestra vida. Esto ayudará no solo al centro de trabajo y al trabajador mismo, sino que también a la sociedad.

4. CONCLUSIONES

En atención a todo lo manifestado, podemos reseñar a modo de resumen las siguientes conclusiones:

- Los riesgos psicosociales deben ser prevenidos. Estos repercuten gravemente en la salud de los trabajadores, siendo sus potenciales riesgos no solo psicológicos sino que también físicos.
- El estrés laboral y el burnout, generados por la relación laboral, son consecuencias graves de diseños deficientes en prevención de riesgos psicosociales, y afectan directamente la salud de los trabajadores e incluso a la empresa misma, porque el personal se vuelve menos productivo y existen también otros sobrecostos vinculados.
- La promoción de la salud mental resulta vital en la Empresa. Se deben preparar políticas que evalúan los riesgos psicosociales en la empresa y se busque su control; buscar mejorar las condiciones y organización del trabajo a través del diseño de un Plan que contemple estrategias para prevenir el riesgo; se promuevan estilos de vida saludables y disminución de situaciones estresantes; y se adopte medidas de control y seguimiento continuo.

– Algunas estrategias de prevención de riesgos psicosociales y de promoción de salud mental que pueden adoptarse son las siguientes: Verificar control debido y liderazgo; Utilizar adecuadamente aptitudes del trabajador; Involucrar a los trabajadores y participación colectiva; Verificar jornada laboral y horarios de trabajo; Brindar apoyo social; Adoptar acciones respecto al espacio y lugar de trabajo; Promover conciliación de vida laboral y familiar; Promover alimentación saludable y ejercicios; Promover sueño y descanso adecuado; Brindar formación en manejo de estrés, aspectos profesionales y otros. Estas pueden aplicarse también a nuestro país, en el marco legal vigente.

5. BIBLIOGRAFÍA

EU-OSHA (2009). Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo "OSH in figures: stress at work - facts and figures" Comunidades Europeas: Luxemburgo.

Gil Monte, Pedro R. (2012) "Riesgos Psicosociales en el Trabajo y Salud Ocupacional" En: Revista peruana de Medicina Experimental y Salud Pública. V° 29 N.° 2 Lima: jun. 2012. pp. 237-241.

Karasek, R. (1979). Job Demands, Job Decision Latitude, and Mental Strain: Implications for Job Redesign. *Administrative Science Quarterly, 24*(2). pp. 285-308.

Lopez Palomar, Ma del Refugio y otros. (2014). "Factores de Riesgo Psicosocial y Burnout en Población Económicamente Activa de Lima, Perú". Revista Ciencia & Trabajo, Numero 51, Septiembre/Diciembre 2014. pp. 164-169.

OIT/OMS (1984) Factores psicosociales en el trabajo: Naturaleza, incidencia y prevención. Informe del comité mixto OIT/OMS sobre medicina del trabajo. Ginebra, Suiza.

OIT (2012) SOLVE: Integrando la promoción de la salud a las políticas de SST en el lugar de trabajo. Manual, Segunda Edición, Ginebra. En:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/instructionalmaterial/wcms_203378.pdf

Osorio Escobar, Maria Paola (2011) "El Trabajo y los factores de riesgo psicosociales: Qué son y cómo se evalúan". En: Revista CES Salud Pública. Volumen 2 Número 1 Medellín: Enero-Junio 2011, pp. 74-79.

Ospina Salinas, Estela. (2014) "Vigilancia de la Salud de los Trabajadores". En: THEMIS- Revista de Derecho N.° 65. pp. 187-197.

Puig, Mario Alonso (2017) Tómate un Respiro: Mindfulness. Editorial Planeta: Colombia. 4ta Edición.

Stansfeld, Stephen (2002). "Work personality and mental health". En: British Journal of Psychiatry N.° 181. pp. 96-98.

EL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SANDRO NÚÑEZ PAZ

Socio del Área Laboral del Estudio Rubio Leguía Normand & Asociados, Vocal del Tribunal del Servicio Civil. Profesor Universitario en la Unidad de Postgrado de la Universidad de San Martín de Porres y en la Universidad de Lima. Máster en Derecho Empresarial y Doctor en Derecho. Miembro de la SPDTSS.

1. INTRODUCCIÓN

El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, (en adelante, "SCTR"), según definición establecida en la Ley N.º 26790, otorga cobertura "*adicional*" a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desempeñan actividades de alto riesgo. Así lo ha definido Núñez Del Prado Simons[1], indicando lo siguiente:

> *"el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo otorga cobertura adicional a la establecida por el régimen de pensiones a cargo de la ONP o una AFP y se activa cuando alguno de los de la empresa asegurada sufre algún accidente de trabajo o enfermedad profesional como consecuencia de las labores que desempeña en la empresa."*
> **(Énfasis agregado)**

Sobre la base de esta definición, haremos algunas preguntas que servirán de base para el desarrollo de la presente investigación: ¿El SCTR otorga pensiones de invalidez que forman parte del sistema nacional de pensiones, o estamos, más bien, frente a un seguro que forma parte del sistema nacional de salud? ¿El SCTR, tiene la calidad de derecho fundamental que merezca tutela de urgencia a través de un proceso de amparo? ¿Cuál es la posición del Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") respecto de la tramitación de procesos de amparo en donde se discute el otorgamiento de pensiones de invalidez provenientes del SCTR?

Desarrollaremos este estudio, tomando como base al SCTR, beneficio que viene presentando innumerables complicaciones en sede judicial y del que se ha escrito muy poco, pese a la reiterada jurisprudencia emitida por el Poder Judicial, y en especial por el Tribunal Constitucional.

---

1 Núñez Del Prado Simons, Alonso, *Los secretos de los seguros,* Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2017. p. 146.

2. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, EL SISTEMA DE PENSIONES Y EL SISTEMA DE SALUD

El artículo 10° de la Constitución Política del Perú (en adelante "la Constitución"), establece el derecho a la seguridad social, señalando que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

Asimismo, el artículo 11° de la propia Constitución, estipula el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones, indicando que el Estado garantiza su libre acceso a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

Al respecto, Gonzales Hunt y Paitán Martínez[2], al analizar lo dispuesto por la Constitución respecto de la seguridad social, señalan lo siguiente:

> *"Se puede concluir que si bien la seguridad social es un derecho reconocido por la Constitución y que a su vez es esta quien determina que es el Estado el encargado de garantizarla a través del otorgamiento eficaz de las prestaciones de salud y pensiones, también es cierto que es la misma Carta Magna la que reconoce y habilita a las empresas privadas a otorgar dichas prestaciones, como una especie de «aseguramiento social»." (Énfasis agregado)*

En ese mismo sentido, Neves Mujica[3] señala lo siguiente:

> *"A inicios de la década de los noventa, la previsión social estaba a cargo del Estado. Se encontraba estructurada en dos grandes campos: el de la salud y el de las pensiones. En el ámbito de las pensiones, existía un régimen general denominado Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley 19990 del 24/7/73). que era gestionado por una entidad autónoma y descentralizada, llamada Instituto Peruano de Seguridad Social, en la que obligatoriamente debía haber afiliación de los traba-*

2 Gonzales Hunt, César y Paitán Martínez, Javier, *El derecho a la seguridad social,* Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2017. p. 56.

3 Neves Mujica, Javier, *Los derechos adquiridos en materia pensionaria, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Estudio sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional,* Academia de la Magistratura – SPDTSS, Lima, 2004. p. 165.

jadores dependientes y aportación de éstos y de sus empleadores."
(Énfasis agregado)

Siendo esto así, podemos arribar a una primera conclusión: la seguridad social en el Perú se divide en dos grandes sistemas: (i) el sistema de salud; y, (ii) el sistema de pensiones. Empecemos analizando este último.

2.1. El sistema nacional de pensiones

Mediante Decreto Ley N.° 19990, se crea el sistema nacional de pensiones, el cual, desde el primero de junio de 1994 es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (en adelante, "ONP"). Este sistema se soporta sobre la base de aportes de trabajadores y tiene las características de ser solidario e intangible. Otorga pensiones de jubilación cuando el trabajador cuente con 20 años de aportes acreditados y con un mínimo de 65 años de edad. El monto de pensión depende de los años de aportaciones y del promedio de las últimas remuneraciones efectivas de la vida laboral del trabajador.

Este sistema ofrece los siguientes beneficios: (i) acceder a una pensión de jubilación adelantada; (ii) acceder a la pensión conyugal siempre que ambos cónyuges sumen un mínimo de 20 años de aportes; y, (iii) otorgar pensiones por invalidez, viudez, orfandad y ascendencia, y capital de defunción. Subrayamos este último punto, dado que este dato será de suma importancia para el desarrollo de esta investigación.

2.2. El sistema nacional de salud

El artículo 9º de la Constitución, establece que el Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

Asimismo, el artículo 122º de Ley N.º 26842 -Ley General de Salud- señala que la autoridad de salud la ejercen los órganos del Poder

Ejecutivo y los órganos descentralizados de gobierno, de conformidad con las atribuciones que les confieren sus respectivas leyes de organización y funciones, leyes orgánicas o leyes especiales en el campo de la salud, siendo el Ministerio de Salud el órgano rector del sector salud y la entidad que conduce, regula y promueve la intervención del sistema nacional de salud, con la finalidad de lograr el desarrollo de la persona humana[4].

Entonces, el sistema de seguridad social en el Perú, está conformado por dos sistemas: (i) el de pensiones, cuyo órgano rector es la ONP; y, (ii) el de salud, cuyo órgano rector es el Ministerio de Salud, debiendo establecer -para fines de la presente investigación- en cuál de estos sistemas se ubica el SCTR.

3. EL SCTR, SUS ORÍGENES Y LA PROTECCIÓN DE LOS RIESGOS OCUPACIONALES EN EL PERÚ

En Perú, existen 4 antecedentes normativos referidos a la protección de riesgos ocupacionales anteriores a la Ley N.° 26790: a saber, (i) la Ley N.° 1378; (ii) la Ley N.° 2290; (iii) la Ley N.° 7975; y, (iv) el Decreto Ley N.° 18846, norma que dio término al aseguramiento voluntario para establecer la obligatoriedad de los empleadores de asegurar a trabajadores obreros mediante la gestión exclusiva de la Caja Nacional del Seguro Social Obrero, siendo otorgadas las prestaciones cubiertas por este seguro con la sola comprobación de la condición de trabajador obrero, sin requerirse un periodo de calificación.

El Decreto Ley N.° 18846 constituyó, pues, el primer paso para integrar un grupo de dispositivos legales expedidos paulatinamente como parte de una política estatal en materia de seguridad social. Posteriormente, la Ley N.° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, publicada el día 17 de mayo de 1997, derogó el Decreto Ley N.° 18846 y sustituyó su mecanismo operativo por el SCTR, también de carácter obligatorio, como una cobertura *adicional* para los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que realizaran actividades de alto riesgo, autorizan-

4 Artículo 2º de la Ley N.º 27657, Ley del Ministerio de Salud.

do a los empleadores a contratar la cobertura de los riesgos profesionales indistintamente, y siempre por su cuenta, con la ONP o con las empresas de seguros debidamente acreditadas.

Respecto al SCTR, Gonzales Hunt y Paitán Martínez[5], señalan lo siguiente:

> *"Es menester señalar que, ante enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, aunque no esté señalado en la Constitución de manera expresa, se cuenta con un régimen especial de protección de riesgos profesionales de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, representado por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR)."*

Haremos una necesaria aclaración: el SCTR solo cubre riesgos ocasionados a consecuencia de la actividad laboral. En efecto, este seguro solo se activa cuando un trabajador, que presta servicios de alto riesgo ocupacional, sufre un accidente de trabajo o presenta una enfermedad de tipo ocupacional, las cuales le generan un menoscabo para el desempeño de sus funciones. En caso se presente algún infortunio en la salud del trabajador que no esté relacionada a la prestación de su mano de obra, se activarán otro tipo de seguros, como lo son el seguro de invalidez -no ocupacional- establecido en el Decreto Ley N.° 19990 en caso el trabajador haya optado por el sistema de jubilación administrado por la ONP, o el seguro de invalidez -no ocupacional- establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en caso el trabajador haya optado por el sistema de jubilación administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante "AFPs"). Volveremos con este tema más adelante.

Analicemos ahora los beneficios que otorga el SCTR, los cuales están regulados en la norma técnica (Decreto Supremo N.° 003-98-SA) y son de dos tipos: (i) prestaciones de salud; y, (ii) prestaciones económicas. Analicemos cada una de ellas:

---

5 Gonzales Hunt, César y Paitán Martínez, Javier, *El derecho a la seguridad social,* Op. Cit. p. 109.

3.1. Prestaciones de salud

El SCTR otorga las siguientes prestaciones de salud:

- Asistencia y asesoramiento preventivo en salud ocupacional para empleadores y asegurados;
- Atención médica, farmacológica, hospitalaria y quirúrgica sin límite al 100%, sin copago ni deducible, hasta la recuperación total o parcial, o el fallecimiento del asegurado;
- Rehabilitación y readaptación laboral del asegurado; y,
- Prótesis y aparatos ortopédicos necesarios.

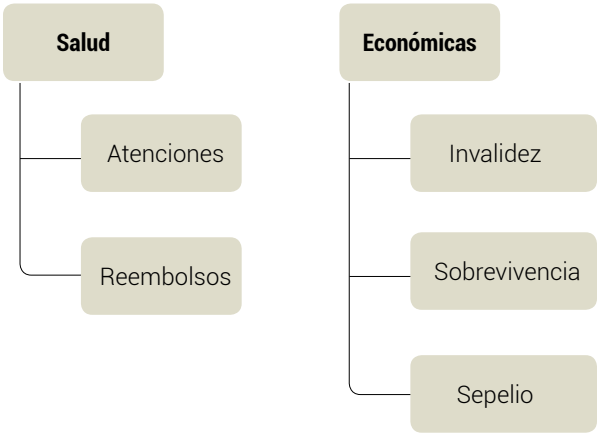
Como se puede apreciar, estas prestaciones tienen relación directa con la salud del trabajador, lo aseguran contra cualquier ocurrencia que afecte su salud y que haya sido generada a raíz o como consecuencia de su actividad laboral.

3.2. Prestaciones económicas

Las prestaciones económicas que otorga el SCTR son las siguientes:

- **Indemnización por validez**: si el trabajador sufre lesiones que dieran lugar a una invalidez parcial permanente igual o superior al 20% pero menor al 50% de su capacidad de trabajo, se pagará por única vez al asegurado una indemnización calculada considerando su remuneración promedio y su grado de incapacidad.
- **Pensión de invalidez**: Se pagará una pensión al asegurado que, como consecuencia de un accidente de trabajo y/o enfermedad profesional, quedará con una invalidez mayor o igual al 50% de su capacidad de trabajo.
- **Pensión de sobrevivencia**: Se pagará a los beneficiarios acreditados como tales, en caso el trabajador asegurado falleciera a consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Estos beneficiarios son la cónyuge o conviviente, los hijos o padres.

- **Gastos de Sepelio**: En caso de fallecimiento de un trabajador asegurado, se reembolsarán los gastos de sepelio a la persona natural o jurídica que los haya sufragado previa rendición de gastos.



Ahora bien, respecto a las prestaciones económicas, la normativa del SCTR, exige que, para el otorgamiento de pensiones de invalidez, se debe verificar el estado de incapacidad producido por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional (menoscabo), así como el nexo de causalidad entre el trabajo y la enfermedad o accidente, lo cual constituye el elemento determinante para el otorgamiento de la pensión vitalicia.

Es justamente respecto de la determinación del estado de incapacidad producido por la enfermedad o accidente de trabajo donde han surgido complicaciones respecto de procesos judiciales sometidos a conocimiento de juzgados constitucionales, civiles, contencioso-administrativos, laborales y hasta por causas que han llegado a conocimiento del TC, en donde dicho Colegiado ha emitido sendas sentencias -inclusive algunas con carácter de precedentes[6]- que analizan y regulan este beneficio.

6 STC N.° 1417-2005-PA/TC; STC N.° 2513-2007-PA/TC, entre otras.

Pasemos a analizar la jurisprudencia del TC referida al SCTR, en especial respecto de la procedencia del proceso de amparo como los requisitos para acceder a este seguro.

4. EL SCTR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

Tal vez la institución jurídica que más ha aportado al análisis del SCTR ha sido el TC, en donde se han emitido precedentes que norman el otorgamiento de este beneficio. Empecemos analizando las sentencias del TC (en adelante, "STC") que dieron origen al denominado contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

4.1. STC N.° 1417-2005-AA/TC Precedente Anicama Hernández (la madre del cordero)

El precedente Anicama Hernández es la primera sentencia en la que el TC aborda con suficiencia el denominado contenido esencial del derecho fundamental a la pensión. Analicemos el fundamento 27.b) de este precedente:

> *"(...) una demanda planteada en un proceso constitucional de la libertad, resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él. Y, contrario sensu, resultará improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infra constitucionales.*
>
> *En efecto, dado que los procesos constitucionales de la libertad son la garantía jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, no pueden encontrarse orientados a la defensa de los derechos creados por el legislador, sino sólo aquellos reconocidos por el Poder Constituyente en su creación; a saber, la Constitución."*

El objetivo del TC al referirse al contenido esencial de un derecho fundamental no es otro que otorgarle procedencia a demandas que se presenten en sede constitucional respecto de pretensiones que tengan relación directa con derechos fundamentales, y todo aquello que tenga relevancia

constitucional. Es así que en el fundamento 37 del mismo precedente, el TC ensaya una definición del denominado contenido esencial del derecho fundamental a la pensión:

> *37. (...) este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:*
>
> *a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. (...)"* (Énfasis agregado)

Como se puede verificar de la parte final de este fundamento 37 -que según la parte resolutiva de la referida resolución constituye precedente vinculante-, la protección constitucional que se otorga a este derecho fundamental a la pensión -con contenido esencial- es el derecho que se deriva de las aportaciones al sistema nacional de pensiones; y, como hemos visto anteriormente, el SCTR no forma parte del sistema nacional de pensiones, sino que el mismo forma parte del sistema nacional de salud; por consiguiente, queda claro que el precedente Anicama Hernández solo se aplica a derechos fundamentales a la pensión que tengan relación directa con el sistema nacional de pensiones, al cual no pertenece el SCTR.

Pero analicemos lo señalado en el fundamento 37.b) de este precedente, lo que a nuestro entender ha llevado a confusión por parte del propio TC respecto de la procedencia de procesos de amparo en materia de SCTR:

> *"37.b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se*

> *deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia."* (Énfasis agregado)

Podrá advertir el acucioso lector, este precedente 37.b) podría otorgar procedencia a demandas en las que se discuta el derecho a una pensión de invalidez del SCTR; pero en realidad, a lo que se refiere este fundamento del precedente Anicama Hernández no está referido a la pensión de invalidez del SCTR -que en el terreno de los hechos es un seguro de salud-, sino a la pensión de invalidez que otorgan los regímenes pensionarios de jubilación, que forman parte del sistema nacional de pensiones.

En efecto, recordemos que el fundamento 37.a) antes reseñado, señala de forma precisa que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social que permiten dar inicio al período de aportaciones al sistema nacional de pensiones, y el fundamento 37.b) establece la protección en la vía de amparo en casos en donde se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía o de una pensión de invalidez, ciertamente, todas ellas, referidas al sistema nacional de pensiones, al cual no pertenece el SCTR.

Veamos la normativa legal que regula el otorgamiento de pensiones de invalidez derivadas del sistema nacional de pensiones:

- El artículo 24º del Decreto Ley N.º 19990, ubicado en el Título IV – "De las Prestaciones", Capítulo I, regula la denominada pensión de invalidez, señalando que tendrá derecho a esta pensión el asegurado que se encuentra en incapacidad física o mental prolongada o presumida permanente, que le impide ganar más de la tercera parte de la remuneración o ingreso asegurable.
- Los artículos 50° y siguientes del Decreto Supremo N.º 054-97-EF -Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones- ubicados en el Ca-

pítulo V sobre Prestaciones, Subcapítulo II - Pensión de Invalidez, Sobrevivencia y Gastos de Sepelio, señalan expresamente que los riesgos de invalidez y sobrevivencia, así como los gastos de sepelio pueden ser administrados por las propias AFPs o por empresas de seguros.

Como se puede apreciar, dentro de los beneficios que otorga el sistema nacional de pensiones, se encuentra la denominada pensión de invalidez, con lo cual, cabe preguntarse ¿Qué tipo de pensión de invalidez otorga el SCTR? Responderemos esta interrogante en el siguiente punto.

5. DIFERENCIAS ENTRE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ DEL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES CON LA PENSIÓN DE INVALIDEZ DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La principal diferencia entre la pensión de invalidez regulada por el sistema nacional de pensiones (Decreto Ley N.° 19990 y Decreto Supremo N.° 054-97-EF) con la pensión de invalidez regulada por el sistema nacional de salud (Ley N.° 26790) es que la primera cubre riesgos de accidentes o enfermedades que no tengan origen ocupacional, esto es, que no se deriven de riesgos que tengan como origen el desempeño de funciones del trabajador en su centro de trabajo. Por su parte, el SCTR otorga cobertura a los trabajadores que hayan sufrido un menoscabo en su salud como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional.

Así, pues, si un trabajador queda discapacitado para prestar servicios, por ejemplo, por una enfermedad hereditaria, o sufra un accidente en su vida cotidiana que no tenga relación alguna con su trabajo -un accidente de tránsito por ejemplo-, estará cubierto por el seguro de invalidez que se encuentra regulado por la Ley N.° 19990 (si está afiliado a la ONP); o por el Decreto Supremo N.° 054-97-EF (si está afiliado a una AFP).

En cambio, si un trabajador queda discapacitado para prestar servicios debido a un accidente de trabajo o una enfermedad que haya sido contraída como consecuencia de sus actividades laborales, entonces ten-

drá un beneficio "adicional" denominado pensión de invalidez, y que se encuentra regulado por el SCTR.

Veamos otras diferencias entre las pensiones de invalidez otorgadas por el sistema nacional de pensiones y por el SCTR. Por ejemplo, las pensiones derivadas del sistema nacional de pensiones, permiten acceder a pensiones de jubilación adelantadas y hasta pensiones conyugales, siempre que ambos **cónyuges o concubinos** sumen un mínimo de 20 años de aportes, con lo cual tienen la facilidad de ser acumulables, lo que no ocurre con la pensión de invalidez del SCTR.

Por su parte, el SCTR no admite pensiones adelantadas ni es acumulable con pensiones jubilatorias, como sí lo permite el sistema nacional de pensiones, justamente porque el SCTR -a nuestro criterio- no es propiamente una pensión, sino que estamos ante un seguro que otorga rentas vitalicias en caso ocurra un infortunio de tipo laboral.

Adicionalmente a ello, la pensión de invalidez del SCTR -a diferencia de una pensión de jubilación- no importa un retorno al trabajador. En efecto, un trabajador que aporta a un sistema de jubilación (ONP o AFP) tendrá un retorno en caso cumpla con los requisitos por ley establecidos, mientras que el SCTR no importa retorno alguno al trabajador, solo se activa este seguro en caso ocurra alguna contingencia que tenga origen ocupacional.

Otra diferencia es que el SCTR es contratado de forma obligatoria por el empleador, el cual incluye al trabajador en una póliza de seguros, pero el trabajador no es quien paga este seguro, no se le descuenta de sus haberes ni escoge a qué compañía aseguradora le gustaría afiliarse, como si lo puede hacer cuando se refiere a regímenes pensionarios, pudiendo elegir libremente entre la ONP o una de las AFPs que existen en el mercado.

Queda claro entonces que -pese a que su denominación técnica es "pensión de invalidez"- ciertamente estamos frente a un seguro que el empleador tiene la obligación legal de contratar, como también la tiene respecto del seguro de vida ley; no siendo, pues, el SCTR más que una

renta vitalicia que se activa en caso el trabajador sufra algún infortunio derivado del desempeño de sus labores.

5.1. El carácter de "cobertura adicional" del SCTR

No cabe duda alguna que la especial característica del SCTR es que puede otorgarse en adición a la remuneración del trabajador en caso continúe prestando servicios o en adición a su pensión de jubilación, en caso el beneficiario tenga la calidad de jubilado. En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 19° de la Ley N.° 26790[7], el SCTR otorga cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desempeñan las actividades de alto riesgo. Esto tiene una especial relevancia de cara al análisis de procedencia de los procesos de amparo, dado que la principal característica de este seguro es que el mismo es adicional, esto es, que se otorga en adición a la remuneración del trabajador (en caso sufra un menoscabo mientras presta servicios efectivos) o en adición a su pensión de jubilación (en caso que el menoscabo se presente de manera posterior al cese de sus funciones).

Cabe destacar que cuando el legislador creo el SCTR, lo hizo con el objetivo que el mismo sea un beneficio que puede sumarse a la remunera-

---

7 Artículo 19.- Seguro complementario de trabajo de riesgo: El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo otorga cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desempeñan las actividades de alto riesgo determinadas mediante Decreto Supremo. Es obligatorio y por cuenta de la entidad empleadora. Cubre los riesgos siguientes:

a) Otorgamiento de prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pudiendo contratarse libremente con el IPSS o con la EPS elegida conforme al Artículo 15 de esta Ley.

b) Otorgamiento de pensiones de invalidez temporal o permanente y de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pudiendo contratarse libremente con la ONP o con empresas de seguros debidamente acreditadas.

El derecho a las pensiones de invalidez del seguro complementario de trabajo de riesgo se inicia una vez vencido el período máximo de subsidio por incapacidad temporal cubierto por el Seguro Social de Salud.

Los términos y condiciones para el funcionamiento de este seguro se establecen en el reglamento.

ción mensual que percibe el trabajador, o a su pensión de jubilación. Así, si un trabajador demuestra que tiene un menoscabo de menos de las 2/3 partes de su capacidad física, pero continúa trabajando, entonces podrá percibir esta pensión de invalidez SCTR de manera conjunta con su remuneración mensual; y en ese mismo sentido, podrá percibir su pensión de jubilación y adicionalmente, percibir su pensión de invalidez SCTR.

El SCTR, pues, es contratado por empresas que realizan trabajos de alto riesgo en beneficio de sus trabajadores, quienes acceden al mismo en caso se presente algún menoscabo en su salud; y, los beneficiarios de este seguro pueden continuar percibiendo su remuneración o su pensión de jubilación, con lo cual el SCTR no presenta un carácter de urgencia que merezca una protección constitucional. Ahondaremos este punto cuando analicemos la procedencia del SCTR en la vía del proceso de amparo.

6. EL ERROR DEL TC AL OTORGAR EL RANGO DE CONTENIDO ESENCIAL DE DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN DE INVALIDEZ DEL SCTR

Hasta aquí, hemos demostrado que la pensión de invalidez regulada por el SCTR no forma parte del sistema nacional de pensiones, sino del sistema nacional de salud, y que el precedente Anicama Hernández solo puede aplicarse a pensiones de invalidez que deriven del sistema nacional de pensiones.

Pero, ¿en qué momento el TC define que la pensión de invalidez regulada por el SCTR tiene un contenido esencial de derecho fundamental y por lo tanto puede ser tramitada en vía del proceso de amparo? No cabe duda alguna que es a raíz del precedente Hernández Hernández (STC N.° 2513-2007-PA/TC). Analicemos esta resolución del alto Tribunal.

Los fundamentos 1 y 2 del precedente Hernández Hernández, señalan que, de conformidad con el fundamento 37.b) del precedente Anicama Hernández, la pensión de invalidez del SCTR es un derecho esencial, directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, indicando lo siguiente:

> *"En consecuencia, **su pretensión** (otorgamiento de pensión de invalidez del SCTR) **está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.b) de la citada sentencia** (precedente Anicama Hernández), por lo que se analizará el fondo de la cuestión controvertida."* (Énfasis agregado)

Como señalamos en el punto 4.1 de la presente investigación, el fundamento 37 del precedente Anicama Hernández, en realidad otorga protección constitucional a la pensión de invalidez que se deriva de las aportaciones al sistema nacional de pensiones; y, dado que el SCTR no forma parte del sistema nacional de pensiones, sino al sistema nacional de salud, queda claro que el TC ha cometido un error al desarrollar los referidos **fundamentos 1 y 2**, dado que el precedente Anicama Hernández solo se aplica a derechos fundamentales a la pensión que tengan relación directa con el sistema nacional de pensiones, al cual no pertenece el SCTR.

Conforme lo dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (en adelante "CPConst"), para que un fundamento esgrimido por el TC en sus sentencias se constituya como precedente, debe consignase ello de manera expresa en la parte resolutiva de la sentencia[8]. Revisemos la parte resolutiva de este precedente para analizar si en efecto, estos fundamentos 1 y 2 tienen dicha categoría:

> ***"HA RESUELTO***
>
> *1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.*
>
> *Conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se reitera como **PRECEDENTES VINCULANTES** las reglas contenidas en los fundamentos 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 24, 26, 27, 31, 34, 37, 40, 42 y 45, que son las siguientes: (...)" (Subrayado agregado)*

Como se puede ver, **los fundamentos 1 y 2** no tienen la calidad de precedente vinculante, y es justamente en estos fundamentos donde el TC comete el error de equipar al SCTR como si se tratase de una pen-

8 Artículo VII.- Precedente Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

sión derivada del sistema nacional de pensiones, cuando claramente el fundamento 37.b) se refiere a pensiones de invalidez del sistema nacional de pensiones, no a la pensión de invalidez del sistema nacional de salud, como lo es el SCTR.

En consecuencia, a raíz de una incorrecta aplicación del precedente Anicama Hernandez, el precedente Hernández Hernández ha otorgado de forma indebida protección constitucional a la pensión de invalidez del SCTR, dejando constancia que los fundamentos 1 y 2 que otorgan este beneficio, no fueron declarados como precedentes vinculantes por el propio TC.

Debemos aclarar que la posición del TC respecto de darle protección constitucional a la pensión de jubilación se explica en el entendido que existe urgencia en el otorgamiento de este tipo de pensiones jubilatorias, dado que las mismas constituyen el único sustento que pueda percibir una persona que está en edad de jubilación; lo que no ocurre con el SCTR, dado que este beneficio se obtiene en adición a la pensión de jubilación o en adición a la remuneración del trabajador, con lo cual podemos afirmar que el SCTR nunca podrá percibirse de forma única, como sí puede ocurrir con la remuneración o con una pensión de jubilación.

Queda claro entonces que el TC otorga protección constitucional a derechos que tengan la calidad de urgentes o derechos fundamentales que posean un contenido esencialmente protegido, como lo es el caso de una pensión de jubilación -como único sustento para la vida de un jubilado-; pero resulta erróneo otorgar este mismo carácter de urgente a un beneficio como lo es la pensión de invalidez del SCTR que se otorga de forma adicional a una pensión o a la remuneración del trabajador.

7. LA VÍA PROCEDIMENTAL EN LA QUE DEBEN TRAMITARSE PRETENSIONES DERIVADAS DEL SCTR: EL ANÁLISIS DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO, EL VII PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL, Y EL PRECEDENTE DEL TC ELGO RÍOS NÚÑEZ

En este punto, analizaremos cuál es la vía procesal que deben tener las pretensiones derivadas del SCTR, a la luz de los señalado en el CPConst, la Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, "NLPT") el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (en adelante, "el Pleno") y el precedente del TC expediente Elgo Ríos Núñez.

Empecemos por lo establecido en el artículo 5.2° del CPConst, norma que regula las causales de improcedencia en la interposición de procesos constitucionales, la cual establece lo siguiente:

> ***"Artículo 5.-*** *No proceden los procesos constitucionales cuando:*
> 2. *Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus (...)"* (Énfasis agregado)

No ahondaremos más en el debate de la protección de derechos fundamentales, lo cual se ha efectuado a lo largo de los puntos 4 a 6 de la presente investigación, por lo que pasaremos a analizar lo señalado por el artículo 2.1.i° de la NLPT, respecto a la competencia de los Juzgados de Trabajo:

> ***"Artículo 2.- Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:***
> 1. *En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.*
> *Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:*
> *(...)*

> *i) El cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones de invalidez, a favor de los asegurados o los beneficiarios, exigibles al empleador, a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras. (...)"* (Énfasis agregado)

Ahora veamos lo señalado por el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional:

> *"I. VÍA PROCESAL PARA PRETENSIONES RELATIVAS A PRESTACIONES DE SALUD Y PENSIONES PRIVADAS*
>
> *El pleno acordó por unanimidad:*
>
> *El proceso ordinario laboral es la vía procesal idónea para la tramitación de pretensiones sobre prestaciones de salud o de carácter previsional contra compañías de seguros, entidades prestadoras de salud o administradoras privadas de fondos de pensiones que tengan como sustento reclamos por enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, y también todo reclamo de origen laboral y/o previsional ante dichas instituciones."* (Énfasis agregado)

Como se puede apreciar, los jueces supremos integrantes de las Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, han determinado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1.i° de la NLPT, la vía idónea para la tramitación de materias relativas a prestaciones de salud y pensiones privadas deben ser encausadas vía el proceso ordinario laboral.

Lo interesante tanto de la NLPT como del Pleno, es que en ambos -a diferencia del TC- se hacen expresa mención a que la vía idónea para la tramitación de pretensiones derivadas de prestaciones de salud que tengan como sustento reclamos por enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, es el proceso ordinario laboral. Nótese que en ambos casos se hace la precisión de que las pretensiones que deben tramitarse mediante el proceso ordinario laboral, derivan de prestaciones de salud, no de prestaciones de jubilación.

En pocas palabras, tanto la NLPT como el Pleno hacen referencia a pretensiones derivadas del sistema nacional de salud, no del sistema nacional de pensiones. En este último caso, al ser el derecho a la pensión de

jubilación un derecho urgente y tener un contenido constitucionalmente protegido, será de trámite en una vía constitucional.

Asimismo, respecto de la urgencia en la tramitación de procesos constitucionales y la procedencia del proceso de amparo, el TC ha emitido la STC N.º 2383-2013-PA/TC (precedente Elgo Ríos Núñez), mediante el cual se establecen reglas procesales respecto a la procedencia del amparo laboral, y se desarrollan los fundamentos por los cuales la vía ordinaria laboral es considerada una vía igualmente satisfactoria. Veamos el fundamento 15 del precedente:

> *"15. Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será 'igualmente satisfactoria' a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:*
>
> - *Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;*
> - *Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;*
> - *Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y*
> - *Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias."*

Resulta evidente que los procesos de solicitud de pensión de invalidez del SCTR encuentran en la vía ordinaria laboral una vía procesal igualmente satisfactoria en atención a lo siguiente:

(i) Respecto a la estructura e idoneidad del proceso ordinario de la NLPT

En este punto, señalaremos los motivos por los que consideramos que la NLPT no solo tiene la estructura necesaria para tramitar este tipo de causas, sino que, además, resulta una vía idónea para la tramitación del seguro SCTR.

El proceso ordinario laboral -como todo proceso de conocimiento- tiene tres etapas claramente definidas: (i) etapa postulatoria; (ii) etapa probatoria; y, (iii) etapa resolutoria. Cabe señalar que, a diferencia del proceso de amparo, el ordinario laboral tiene una etapa probatoria en

la que se pueden ofrecer y actuar medios de prueba esenciales para la resolución de este tipo de controversias. Nos referimos específicamente a pericias médicas, cuya procedencia es negada de forma sistemática por los juzgados constitucionales, argumentando que los procesos de garantía no soportan este tipo de actuaciones probatorias por su carácter de urgente, reduciendo al proceso de amparo a un juicio en donde solo se analiza prueba documental y donde no pueden realizarse debates periciales.

Es un hecho cierto e irrefutable que, en este tipo de controversias, el objetivo principal es verificar si el demandante se encuentra afectado por una enfermedad o accidente de tipo ocupacional; y que la pensión se otorgará en base al porcentaje de menoscabo que presente. En tal virtud, consideramos, que esta pretensión, no puede analizarse solamente desde una perspectiva jurídica, sino que debe analizarse desde una perspectiva médica, siendo el debate pericial la herramienta procesal que debe ser acogida por el juzgador a efectos de sustentar debidamente su fallo.

No es menos cierto que en estos casos se presentan posiciones médicas contradictorias, y los jueces resuelven sobre la base de documentos sin saber siquiera la forma cómo los médicos llegan a la conclusión de que el demandante tiene un determinado grado de menoscabo, dado que en los certificados médicos no se desarrollan los motivos por los que se determina el porcentaje de menoscabo. Por ello, sostenemos que estas pretensiones requieren no solamente de un amplio debate probatorio respecto de las labores y el nexo causal de la enfermedad, sino que, sobre todas las cosas, debe promoverse un debate pericial médico a efectos de que el juzgador tome una decisión motivada en base a las conclusiones médicas que deben ser aportadas por las partes.

Adicionalmente, la vía ordinaria laboral brinda una correcta tutela a los demandantes, ya que cuentan con la posibilidad de acceder a todas las medidas cautelares existentes, inclusive la genérica o el adelanto de la ejecución, y, al igual que en el proceso de amparo, la resolución de segunda instancia es ejecutable, no suspendiendo la ejecución de la sentencia la interposición de un recurso de casación.

En consecuencia, queda demostrado que el proceso ordinario laboral no solo cuenta con una etapa probatoria en donde se pueden promover debates periciales médicos, sino que, además, la estructura misma del referido proceso beneficia al demandante tanto con medidas cautelares como con ejecuciones de sentencias emitidas en segunda instancia, por lo que resulta idóneo para la tramitación de este tipo de controversias por la complejidad de las mismas.

(ii) Respecto de la adecuada tutela jurisdiccional

En este punto, haremos mención a lo dispuesto por el Artículo IV del Título Preliminar de la NLPT:

> *"Artículo IV.- Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral.- Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República."* (Énfasis agregado)

Como se puede apreciar, los jueces laborales no pueden estar ajenos a la doctrina del TC, en especial a al emitida estos últimos años, estando obligados a seguir con los precedentes emitidos por el alto Tribunal. A mayor abundamiento, indica el propio TC, en el fundamento jurídico 24° del citado precedente Elgo Ríos, lo siguiente respecto al proceso ordinario laboral:

> *"24. Sin embargo, esto no implica que con el análisis fijado supra para determinar ando existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria varíe radicalmente los criterios sobre la procedencia de los amparos laborales, pues en esencia se mantiene los principales criterios preexistentes, si bien contemporizados a la luz de las reglas procesales laborales hoy vigentes. Efectivamente, este Tribunal no puede obviar que actualmente en gran parte del país se encuentra en vigor una Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N.° 29497, que cuenta con procesos céleres y medidas cautelares garantistas, regulación que exige*

> *a los jueces constitucionales evaluar, a la luz de los casos concretos y de los criterios establecidos en los fundamentos 12 al 15 de esta sentencia, la procedencia o el rechazo de la demanda de amparo."* (Énfasis agregado)

En ese sentido, este importante precedente reconoce la eficacia y celeridad del proceso ordinario laboral, comparándolo con la vía constitucional del proceso de amparo, proceso al que no se puede adjudicar la exclusividad en la protección de derechos[9], y, por lo tanto, queda también cubierta una adecuada tutela jurisdiccional.

(iii) Respecto al riesgo de irreparabilidad

Como hemos analizado precedentemente, el proceso laboral provee de una mejor tutela que el proceso de amparo, pues estamos ante un proceso dotado de principios como la celeridad, la economía procesal y la inmediación, que nos lleva a que en estos últimos años el proceso laboral goce de mayor rapidez y eficiencia que el proceso de amparo, lo que necesariamente implica que los demandantes van a ver tutelado su derecho en un tiempo **más corto**.

Basta con hacer una comparación en el número de juzgados y la cantidad de procesos que se tramitan en ambas especialidades. A agosto de 2020, según estadísticas obtenidas del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la NLPT[10], existen a nivel nacional 63 Juzgados de Paz Letrados en lo Laboral (24 de ellos en Lima); 97 Juzgados de Trabajo

---

9 En ese sentido, la STC N.º 0206-2005-PA/TC (precedente Baylón Flores), señala en el fundamento 5 lo siguiente: *"En efecto, en la jurisdicción constitucional comparada es pacífica asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138° de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que solo el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado (…)"* (Énfasis agregado)

10 Información obtenida en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ETIINLPT/s_etii_nlpt/

(34 de ellos en Lima); y, 23 Salas Laborales (6 de ellas en Lima), que se dedican exclusivamente a la tramitación de procesos de la NLPT; a lo que habría que agregar que existen a nivel nacional 135 Juzgados de Paz Letrados, 98 Juzgados Especializados y 28 Salas Laborales que conocen -en adición a sus funciones- procesos tramitados con la NLPT. Mientras que en Lima existen 10 Juzgados Constitucionales y 1 en provincias; y solo 2 Salas Constitucionales en Lima y ninguna en provincias.

(iv) Respecto a la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias

Este punto ha sido ampliamente desarrollado en los puntos 4 a 7 de la presente investigación, por lo que no ahondaremos en ello.

CONCLUSIONES

1. El SCTR es un seguro de salud que otorga cobertura adicional a trabajadores que desempeñan actividades de alto riesgo.
2. El SCTR es un seguro que forma parte del sistema nacional de salud, y no forma parte del sistema nacional de pensiones.
3. El SCTR otorga coberturas médicas y económicas, siendo uno de los beneficios económicos la pensión de invalidez, la cual es percibida de forma simultánea a una remuneración o a una pensión de jubilación.
4. El SCTR por su carácter de beneficio adicional a la remuneración o a la pensión de jubilación, no puede ser considerado como un derecho que requiera tutela de urgencia.
5. El proceso ordinario laboral es la vía idónea para la tramitación de pretensiones derivadas de seguros que provengan del sistema nacional de salud, como es el caso del SCTR.
6. Por la complejidad probatoria y la necesaria actuación de debates médico periciales, el proceso ordinario laboral resulta idóneo para la tramitación y solución de este tipo de controversias.

MESA REDONDA

LA REFORMA DEL SISTEMA PENSIONARIO EN EL PERÚ

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA DE PENSIONES DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA: LA ENCRUCIJADA DE LA REFORMA PREVISIONAL PERUANA

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA

Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá, sobresaliente cum laude por unanimidad (2003) y Premio Extraordinario de Doctorado (2005). Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Director de la Revista "Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social" (ISSN: 2445-0472), publicada por Ediciones CINCA. Investigador Principal de la Línea estable de investigación en Relaciones Laborales y Protección Social del Instituto Universitario de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT). Miembro de la Comunidad Cielo Laboral. Profesor invitado en las Universidades Montesquieu-Bordeaux IV, Universidad de Bolonia, Universidad Libre de Bruselas, Universidad de California-Los Ángeles y University College of Dublín. Es autor de diversas monografías y múltiples artículos de investigación publicados en revistas de impacto científico. Para más información https://www.uah.es/es/estudios/profesor/Jose-Eduardo-Lopez-Ahumada/

I. INTRODUCCIÓN

Con carácter general, el debate sobre el modelo de pensiones está estrechamente vinculado a la propia sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social. Siempre están presenten las tendencias de privatización de los modelos de gestión, los cambios del nivel de protección de reparto a fórmulas de capitalización. Precisamente, desde la década de los años noventa, incluso promovido por el Banco Mundial, se promovió en América Latina una corriente de reformas orientadas por la senda de la capitalización privada. Este modelo afectó a muchos países latinoamericanos y también asiáticos. Precisamente, dicha concepción en el ámbito del tratamiento de las pensiones está hoy latente especialmente en el modelo del Perú. Además, este tipo de cambios está igualmente amparado en justificaciones de índole económica, así como en la evolución demografía de los países. Con todo, y a pesar de las alarmas y de los debates pesimistas sobre el futuro de la Seguridad Social, no cabe duda de que la protección social y, en especial, el modelo de pensiones tiene una función esencial a desarrollar en los Estados Sociales. Esta tesis se plasma en la importancia de una presencia mayor de la intervención pública. El control público cobra cada vez más significado, especialmente en estos tiempos marcados por la incertidumbre y la desesperanza.

Tradicionalmente se ha venido vaticinando, desde hace ya más de veinte años, que las crisis cíclicas y las dificultades financieras impedirían en 2025 el mantenimiento puro de los sistemas de reparto a efecto de las pensiones. Se trataba ciertamente de posiciones extremas, que intentaban anular la acción pública en materia de Seguridad Social. Evidentemente, las previsiones y proyecciones pesimistas sobre el futuro de las pensiones han fracasado, puesto que estamos ante un modelo de distribución de la renta que asegura el desarrollo social, la inclusión y la contención de las

cuotas de pobreza, especialmente alarmantes en América Latina. Y todo ello a pesar de las grandes incertidumbres que se ciernen sobre la evolución y la estabilidad de los mercados de trabajo. Pese a todo ello, la Seguridad Social se muestra como un sistema de reparto justo de la renta y de atención solidaria a las situaciones de necesidad en los denominados Estados Sociales. Ciertamente, la presencia de lo público es capital, puesto que en tiempos de crisis cíclicas y persistentes los hechos demandan que los sistemas de aseguramiento social no dependan en exclusiva de los mercados. Dichos mercados financieros se muestran volátiles y tienen unos desarrollos inestables, lo que afectan sensiblemente a la expectativa del derecho a una pensión suficiente para cubrir las necesidades de retiro laboral, máxime cuando éstas se desarrollan bajo sistemas de ahorro individual privado[1]. Efectivamente, resulta cardinal, antes, ahora y en el futuro, el tradicional brocado que consiste en afirmar que la garantía esencial aseguradora en un modelo de protección social es la que asegura el propio Estado. Sin embargo, y en función de las realidades de cada país y de sus posibilidades financieras, lo más factible actualmente quizá sea el mantenimiento de los sistemas públicos de reparto, con espacios de iniciativa privada y mecanismos de aseguramiento previsional complementarios, que pueden desarrollarse por la iniciativa privada. Las cuestiones financieras de la Seguridad Social y los presupuestos demográficos y económicos son esenciales a la hora de trazar la proyección de una reforma del modelo de pensiones.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS SISTEMAS DE PENSIONES EN AMÉRICA LATINA: LA TENSIÓN ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO.

Con carácter general, la mayoría de los países analizados contemplan en sus Constituciones referencias expresas al derecho a la Seguridad Social y, muy especialmente, al acceso a pensiones sociales adecuadas.

1 Precisamente, la pasada crisis del 2008 a 2014 en Europa fue el detonante del programa de acción de la Unión Europea para racionalizar el gasto público en materia de Seguridad Social. En esa ocasión la Unión Europea dirigió su atención a los Estados del sur de Europa, impulsando importantes medidas de ajuste en el gasto social, cuya incidencia central gravitaba sobre el régimen jurídico de las pensiones públicas (Petmesidou – Glatzer, 2015, pp. 166-169).

Generalmente, la Seguridad Social se configura como una máxima de la acción de los gobiernos en sus políticas sociales y económicas. En este sentido, la práctica totalidad de los Estados optan por la garantía de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, aunque posteriormente desde el punto de vista legal existan grandes diferencias en cuanto al margen de acción de la gestión privada en la Seguridad Social[2].

Los sistemas jurídicos latinoamericanos han suscrito múltiples convenios internacionales multilaterales en materia de Seguridad Social. En el ámbito de Naciones Unidas, destacamos la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 9). Por ejemplo, en el caso de España y Portugal, en su contexto europeo, han ratificado en el seno del Consejo de Europa, la Carta Social Europea (arts. 12 y 13) y, finalmente, el Convenio Europeo de Seguridad Social y el Convenio Complementario para la aplicación del mismo firmado en París el 14 de diciembre de 1972. Especialmente, importante en relación a España y Portugal es la pertenencia de dichos países a la Unión Europea, que implica la adaptación de sus legislaciones de Seguridad Social a un mínimo estándar de protección social[3]. En el ámbito americano, conviene destacar la proyección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

2 En cuanto a las contingencias contempladas constitucionalmente, es preciso decir que son mayoritarias las declaraciones genéricas a la garantía de la asistencia y la concesión de prestaciones sociales suficiente ante situaciones de necesidad (España, Portugal, México, Argentina o Honduras) y otros países declaran situaciones concretas protegidas como el desempleo (España) o la jubilación (Bolivia o Argentina), o incluso se llega a contemplar el catálogo concreto de protección como sucede en Puerto Rico o Venezuela. En Argentina o Colombia, por ejemplo, se declara el carácter integral e irrenunciable de la Seguridad Social o se cita como en el caso de Bolivia o Colombia el carácter universal, solidario y equitativo del sistema. Igualmente, algunas Constituciones hacen referencia a los sistemas complementarios de la protección pública con el fin de mejorar las pensiones y servicios sociales como ocurre en el caso de España, Panamá o Perú. Igualmente, conviene destacar que en determinados países ha sido muy importante la labor de la Justicia Constitucional en la delimitación y configuración jurídica de la garantía institucional a la Seguridad, destacando concretamente los casos de Argentina, Costa Rica, España, Panamá, Perú o Portugal.

3 Especialmente, importante es la proyección de los reglamentos y directivas de la Unión Europea sobre la protección social del trabajador migrante (Reglamentos 883/2004, de

Mayoritariamente los Estados forman parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo especializado de Naciones Unidas que se dedica a temas laborales y de Seguridad Social[4]. Muy importante en la materia es el Convenio OIT núm. 102, de 28 de junio de 1952, sobre norma mínima aplicable, que contempla el ideal de cobertura. Este convenio se cumple en la práctica y ello se debe a que no impone fórmulas rígidas de gestión. Junto al Convenio OIT núm. 102, conviene destacar la ratificación de otros Convenios OIT importantes como son el Convenio 118 sobre la igualdad de trato, el Convenio 121 sobre prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el Convenio 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, el Convenio 130 relativo a la asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad.

Igualmente, conviene destacar que todos los países estudiados forman parte de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). Fruto de las acciones de esta organización internacional especializada ha sido el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (13 de noviembre del 2007, XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno de Santiago de Chile). Todos estos convenios y convenciones citados han ido siendo incorporados en las legislaciones nacionales en materia de pensiones. Especialmente importante es la acción del Acuerdo

29 de abril y 988/2009, de 16 de septiembre). En el espacio europeo no existe un único sistema de Seguridad Social, sino un conjunto de sistemas nacionales coordinados por el Derecho Social Comunitario. Concretamente, en el ámbito de la Unión Europea, como ejemplo de integración entre países, hay una base legal que posibilita que las prestaciones sociales se otorguen más allá de las fronteras o que la asistencia sanitaria esté garantizada en los distintos Estados Miembros. En la Unión Europea los beneficiarios de la protección son todos los trabajadores que están o han estado asegurados con arreglo a la legislación de cada uno de los Estados Miembros y que tienen la nacionalidad de un país de la Unión Europea. Así, se intenta garantizar que la aplicación de las distintas legislaciones nacionales no penalice a las personas que ejercen su derecho a desplazarse y a permanecer en distintos países de la Unión Europea.

4 Los procesos internacionales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social se refieren básicamente a la acción protectora y no al ámbito de aplicación de la Seguridad Social, que sigue siendo una potestad soberana de los Estados. Actualmente encontramos reglamentaciones, en el seno de la OIT y del Consejo de Europa, que no tienen la finalidad de armonizar los sistemas nacionales de Seguridad Social, sino únicamente de coordinarlos.

multilateral del Mercosur del 2005, que vincula a efectos de Seguridad Social a países como Argentina, Brasil, Uruguay o Paraguay. Dicho Convenio internacional multilateral se aplica a los trabajadores con aportes posteriores a la entrada en vigencia del mismo y reemplaza en muchos aspectos a los acuerdos bilaterales existentes entre los países signatarios.

Igualmente, conviene destacar que existe una estrecha relación de comunicación de los sistemas de Seguridad Social mediante la ratificación de tratados bilaterales en materia de Seguridad (Colombia, El Salvador, España, Paraguay, Venezuela, etc.). Se trata de convenios internacionales que otorgan una protección social en base a reglas de reciprocidad entre Estados y permiten extender la acción protectora y crear relaciones y comunicaciones entre los sistemas de Seguridad Social. Es preciso constatar que la regulación concreta de los sistemas de Seguridad Social se aborda en leyes especiales y monográficas sobre la materia, que ordenan el sistema de pensiones. Y, con carácter general, se trata de normas generales que posteriormente cuentan con un desarrollo reglamentario abundante, lo cual es lógico dado el carácter técnico de la materia. Ciertamente, en muchos casos se trata de un marco jurídico con una extensa regulación, que cuenta con constantes remisiones en cuanto a las relaciones ley y reglamento. En este sentido, destacamos los ejemplos de Venezuela, Nicaragua o México. Incluso, tenemos ejemplos de la aplicación de legislaciones ajenas al contexto iberoamericano y, por tanto, a la cultura de la Seguridad Social de carácter público y solidario. Ello sucede con el caso de Puerto Rico, cuya configuración como Estado libre asociado a EEUU supone la aplicación de las disposiciones generales del gobierno federal de EEUU y muy especialmente la *Social Securty Act*.

El sistema de pensiones se reserva generalmente como competencia de los Estados tanto en materia de legislación, como en relación a la administración y atención del régimen económico de los sistemas[5].

5 Con carácter general, no existen cuerpos especiales de funcionarios en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social (excepción, por ejemplo, de España, México o Portugal), sino que se corresponde con categorías generales de gestión administrativa pública y solamente para aspectos técnicos financieros o jurídicos existen profesionales con un perfil cualificado (por ejemplo, Argentina, Colombia o Panamá).

Concretamente, dicha actuación administrativa se refiere a la fijación y seguimiento de las cotizaciones, recaudación, y determinación y concesión de prestaciones. La organización del sistema reside en la autoridad nacional con carácter general, pero igualmente se aprecian fenómenos de descentralización importantes, como sucede en los casos de Argentina, España, México o Portugal. No obstante, incluso en estos casos el Estado detenta competencias de control y coordinación, a los efectos de garantizar los principios de solidaridad e igualdad.

Los planes gubernativos en materia de pensiones son muy variados y afectan a distintos problemas sociales. El denominador común es la preocupación por extender la acción protectora de la Seguridad Social, garantizando una protección pública suficiente y adecuada en sintonía con los sistemas constitucionales y sus compromisos internacionales. Dichas políticas ejercidas por los distintos gobiernos contemplan programas específicos en materia de asistencia social. Las líneas principales de actuación gubernamental se refieren a la reducción de los niveles de pobreza, la reforma del sistema de jubilación, la lucha contra el desempleo (especialmente para combatir el desempleo femenino y juvenil), el plan para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, las acciones de ayuda a la dependencia, el incremento de la pensión mínima, la lucha contra el trabajo informal, la introducción de la prevención de riesgos profesionales, el fomento de la protección social por maternidad y paternidad, los planes de integración de inmigrantes o población indígena o la modernización de la Seguridad Social y el fomento de los fondos de pensiones.

III. ALGUNOS APUNTES SOBRE LAS MODALIDADES DE PROTECCIÓN A EFECTOS DEL SISTEMA DE PENSIONES

Los Estados contemplan en sus legislaciones la observancia de principios rectores básicos en materia de Seguridad Social, tales como la solidaridad, obligatoriedad, universalidad, integridad, inmediatez, subsidiariedad, participación, e igualdad. En este sentido, podemos destacar como ejemplos en el tratamiento normativo de los principios inspiradores

del sistema de pensiones el caso de Argentina, Costa Rica o Portugal. Actualmente, la tendencia normativa es la generalización del criterio de la universalidad. Dicho principio pretende garantizar una protección global, de modo que todo ciudadano que se encuentre en situación de necesidad, por el mero hecho de serlo, tendrá derecho a algún tipo de protección que debe ser distinta de la que se dispensa a quienes se encuentren en su misma situación y reúnan los mismos requisitos. Con carácter general, la mayoría de los modelos constitucionales de Seguridad Social optan por el criterio de la universalidad de la protección social[6]. La pieza clave de estos sistemas reside en la justicia social (téngase en cuenta el tratamiento en la materia de la Constitución mexicana o venezolana). Con todo, el criterio de universalidad convive con el principio de profesionalidad, éste en la actualidad se entiende en sentido amplio, incorporándose al mayor número de colectivos con independencia, por ejemplo, del tipo de contrato de trabajo, de la fijeza o eventualidad de la relación laboral, de la categoría profesional, etc.[7]

En las referencias históricas a la evolución de los sistemas de Seguridad Social, podemos apreciar que inicialmente la protección social se configuró en los distintos países como sistemas de naturaleza contributiva. Sin embargo, con el paso del tiempo, la Seguridad Social responde a un modelo mixto, dado que junto al nivel contributivo existe una protección

6 El Convenio de la OIT núm. 102 de 1952, relativo a la norma mínima en materia de Seguridad Social no prevé una referencia expresa a los sujetos incluidos en los sistemas de Seguridad Social. Únicamente, y a propósito de cada una de las contingencias protegidas, se fijan unos criterios mínimos en relación a las personas protegidas por la Seguridad Social. Con carácter general, podemos destacar que se incluyen en el ámbito de la protección social a las categorías prescritas por las legislaciones nacionales de asalariados que en total constituya, por lo menos, el 50 por 100 de todos los trabajadores y en relación a la población económicamente activa que en total constituya, por lo menos, el 20 por 100 de todos los residentes. Como se puede apreciar, estamos ante reglas flexibles y genéricas que deberán ser determinadas por los legisladores nacionales en cada uno los sistemas nacionales de Seguridad Social.

7 En esta tendencia de expansión los sistemas de Seguridad Social han optado por atraer en virtud de asimilaciones a determinados colectivos ajenos a la noción clásica de trabajador dependiente por cuenta ajena. La regla básica a tener en cuenta es la extensión obligatoria de la protección a todos los trabajadores por cuenta ajena y asimilados.

asistencial de naturaleza universal y no contributiva. Las pensiones contributivas y, especialmente, las no contributivas son inferiores al nivel de riqueza y están lejos del estándar de protección asumido en los distintos convenios internacionales. En este sentido, conviene indicar que el gran déficit a efectos de la extensión de la acción protectora reside en la cobertura social no contributiva, ya que una gran parte de la población se encuentra aún sin una protección social adecuada. Ciertamente, tenemos ejemplos de protección más consolidada, como sucede en los casos de Argentina, España, México, Portugal o Venezuela, y otros sistemas que cuentan con una menor atención a la materia, como Nicaragua, Honduras, Paraguay, etc. Por tanto, vistas las estadísticas suministradas, observamos realmente un gran desajuste con carácter general entre el plano legal o meramente formal del sistema de pensiones y la situación real de la aplicación de los distintos sistemas públicos de Seguridad Social.

Mayoritariamente, la protección de naturaleza contributiva es de carácter profesional y proporcional a lo cotizado. Los principales beneficiarios de las prestaciones públicas son los trabajadores, así como sus familiares, quienes se benefician de algunas prestaciones. Los países analizados contemplan, a efectos de modalidad contributiva, la previsión de un sistema obligatorio de seguro vinculado al trabajo asalariado, dependiente o independiente (aunque en materia de trabajo autónomo encontramos importantes diferencias). Mediante este sistema de protección se conceden prestaciones económicas sustitutivas de los salarios dejados de percibir ante la aparición de determinadas contingencias (enfermedad, accidente, desempleo, cargas familiares, incapacidad, vejez o muerte)[8]. La cuantía concreta de la prestación se calcula en función del tiempo cotizado y del importe de las cotizaciones de trabajadores y empresarios. En materia de protección contributiva conviene destacar la necesidad de seguir mejorando los niveles de ingresos por medio de pensiones mínimas, la necesidad de

8 El nivel contributivo protege a todas las personas comprendidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social por el hecho de realizar una actividad profesional. A estos colectivos se le reconocen, en su caso, prestaciones sustitutivas de los salarios, cuando los trabajadores pierden temporalmente o definitivamente sus rentas del trabajo debido a la existencia de contingencias cubiertas por el sistema en la modalidad contributiva.

contemplar complementos a las pensiones que permitan la suficiencia de las mismas y la importancia de sanear las cuentas públicas y potenciar la actividad económica que permite garantizar el cobro futuro de las pensiones[9]. No cabe duda de que la Seguridad Social depende de las condiciones económicas, sociales e institucionales que lo hagan posible, de modo que de todas estas circunstancias depende la ampliación o reducción de la acción protectora. Ello se debe a que, en la práctica, en virtud del principio de solidaridad, lo aportado por los trabajadores se reparte en el momento actual y el trabajador tiene únicamente una expectativa futura del cobro de sus pensiones.

Como hemos indicado, la protección no contributiva o asistencial supone, sin duda, un objetivo de mejora por parte de los sistemas y es precisamente el ámbito donde mayor desprotección encontramos. La protección no contributiva o asistencial protege a las personas que, careciendo de protección en el nivel contributivo, carecen de recursos económicos suficientes y se encuentran en determinadas situaciones de necesidad objetiva (la invalidez, vejez, desempleo o cargas familiares). En concreto, la cuantía de la prestación tiene un importe único y no están condicionadas por cotizaciones previas. El requisito esencial de acceso a la protección es la falta de recursos económicos por parte del beneficiario. Las prestaciones no contributivas se financian mediante los presupuestos generales del Estado (íntegramente mediante impuestos). Ello permite generalizar la cobertura social y avanzar en la universalización de la acción protectora. Conviene subrayar que en este tipo de tutela social se refuerzan las labores de redistribución y justicia social inherentes a los sistemas públicos de Seguridad Social.

Existe igualmente una protección complementaria permitida en muchos casos constitucionalmente, que coexiste con la acción protectora pública. La protección complementaria se gestiona de forma privada y se desarrollan esencialmente por parte de las Mutualidades de Previsión

9 Desde el punto de vista del análisis del futuro del derecho a las pensiones estrechamente vinculada a la propia viabilidad y sostenibilidad de la seguridad Social (Ojeda Avilés, 2005, pp. 13-34; Martínez Noval-Sáenz de Jubera, 2009, pp. 13-15).

Social y por los Planes y Fondos de Pensiones. Ello permite la posibilidad de que el sistema público de Seguridad Social sea complementado por sistemas privados consensuados en la negociación colectiva. Sin duda, este el sistema más perfeccionado donde los agentes sociales participan en la mejora de la Seguridad Social y que se corresponde con prácticas consolidadas, como sucede en Argentina, España, México o Portugal. Incluso, en algunos casos, como sucede en Colombia, se prohíbe expresamente la celebración de acuerdos colectivos que contemplan condiciones sociales distintas a las previstas en el sistema general de pensiones. En muchos casos, existe una ausencia de este tipo de prácticas y definitivamente el complemento de las pensiones recae en el propio ciudadano que tiene que suscribir de forma individual los correspondiente planes de pensiones con entidades bancarias públicas como medida de ahorro (véase el ejemplo de Bolivia, Colombia o Ecuador), y ello se produce sobre todo en países donde la cuantía de la pensión mínima es muy baja y escasa a los efectos de atender en el futuro las necesidades básicas de los ciudadanos[10].

IV. LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA DE PENSIONES: LA NATURALEZA DE LAS APORTACIONES A LA HORA FINANCIAR LAS PRESTACIONES

Según los datos contenidos en los informes nacionales, los sistemas públicos de pensiones tienen como fuentes de financiación, básicamente, las aportaciones de trabajadores y empresarios y las aportaciones del Estado. Por su parte, los Estados aportan ingresos en materia de gasto social derivados de la recaudación impositiva, sobre todo, en la modalidad no contributiva o asistencial con el fin de conseguir el efecto de la justifica social y la solidaridad (destaca por su alta aportación impositiva Colombia, España o Portugal). Concretamente, las aportaciones del Estado vía presupuestos públicos, viene representando en los últimos años un 30% o 25% de los ingresos de la Seguridad Social y se dedican a financiar las prestaciones económicas no contributivas, servicios sociales y prestaciones sanitarias. De este modo, y dada la importancia del objeto de la protección,

10 En relación al mantenimiento de los planes de pensiones, como formula complementaria vinculada al futuro de la protección social (Calvo Vérgez, 2018, pp. 2-4).

estamos ante una modalidad de financiación que tendrá que ser mejorada en los próximos años, si el objetivo es cumplir con los compromisos internacionales suscritos por los Estado.

La Seguridad Social se financia mayoritariamente gracias a las cuotas a cargo de empresarios y trabajadores y su incidencia en el presupuesto social es superior a las partidas presupuestarias provenientes de los presupuestos oficiales de los Estados. La media de la aportación por medio de las aportaciones es un 70% o 75% y los sistemas bien estructurados desde el punto de vista del ingreso vía cotización muestran mayor resistencia a los cambios cíclicos de la economía. Las cotizaciones sufragan el gasto en prestaciones económicas contributivas, que se calculan en función de una base (base de cotización) a la que se aplica un porcentaje (tipo de cotización), siendo el resultado de esta operación el importe de la cuota o aportación a ingresar. La base de cotización equivale generalmente al salario real, sometido a topes máximos y mínimos en función de la categoría del trabajador. A la vista de los datos la aportación del empresario se cifra en un 75% mientras que la aportación obrera estaría en un 25% en términos comparativos.

A efectos de financiación, un problema importante es el envejecimiento de la población (especialmente en España o México), el descenso de los ingresos vía cotización por el desempleo (una tasa del 12,4% en Colombia, del 17% en Puerto Rico o del 20% España) y la bajada de recaudación vía impuestos. Ello supone que comparativamente el número de pensionistas ha aumentado considerablemente, mientras que los ingresos de la Seguridad Social siguen siendo los mismos o incluso inferiores. Por tanto, dicha coyuntura afecta a los posibles superávits de la Seguridad Social, que se vienen reduciendo progresivamente en los últimos años mermando los fondos de garantía de las pensiones. Sin duda, la mayor partida de gasto se destina a la cobertura de las pensiones contributivas. En este sentido, conviene indicar que existen grandes diferencias en cuanto al impacto del gasto social en términos de PIB, ya que podemos hablar de un gasto de un 20% del PIB en el caso español, o un 16% del PIB en México y desciende hasta un 0,54 del PIB en el supuesto de Honduras. Y existen claramente

grandes diferencias en la cuantía de las pensiones mínimas entre los distintos sistemas. En los próximos años el número de pensionistas aumentará a un 14% de la población en términos comparativos. A la vista de este contexto, los sistemas de pensiones se van a ver sometidos a profundos cambios estructurales, debiendo implementar reformas, especialmente en materia de jubilación y desempleo, a los efectos de adaptar los sistemas a los nuevos contextos de cambio económico y demográfico[11]. Igualmente, la revalorización de las pensiones se ha visto congelada en los últimos años (Argentina o Costa Rica).

La Seguridad Social debe consolidar el sistema público de pensiones mediante el saneamiento de sus finanzas públicas, la limitación del déficit público y la contención de la deuda futura. La sostenibilidad financiera es un presupuesto necesario que impide cuestionar el modelo social de protección pública. Igualmente, es preciso reforzar el vínculo entre prestaciones y contribuciones, así como mejorar los incentivos para permanecer más tiempo en el mercado laboral. Igualmente, sería interesante explotar las posibilidades del uso combinando de la protección social complementaria con los sistemas públicos de protección.

V. LA PROTECCIÓN POR LA VÍA DE LAS PENSIONES EN ATENCIÓN A LAS SITUACIONES DE NECESIDAD

La pensión de jubilación ofrece un tratamiento sumamente diverso si realizamos un análisis comparativo. Con carácter general, la edad de jubilación oscila entre los sesenta y cinco años (Honduras, México, Perú) y los sesenta años de edad. Por su parte, en Andorra la edad jubilación son los cincuenta y ocho años y se puede retrasar a los sesenta y dos. En la horquilla de los sesenta a los sesenta y cinco años se encuentra Argentina, sesenta años en Ecuador, Nicaragua o Paraguay.

11 La protección social tiene una conexión inescindible respecto de la evolución demográfica y se presenta como un presupuesto que condiciona irremediablemente cualquier modelo de reforma del régimen jurídico de las pensiones (Fernández Cordón-Planelles Romero, 2013, pp. 153-ss).

Estas opciones se alejan de las formulas actuales europeas, que debido a razones de sostenibilidad financiera, han optado por ampliar la edad de jubilación. En este sentido, podemos apuntar los casos de Alemania y España, que han optado por ampliar la edad de retiro a los sesenta y siete años, en el acceso a la jubilación ordinaria. En el caso de España la edad de jubilación ordinaria es sesenta y siete años o sesenta y cinco años, si se acreditan treinta y ocho años y seis meses de cotización. La crisis económica ha abierto un debate sobre el retraso de la edad ordinaria de jubilación y, en este sentido, el caso ejemplificativo es España. En este país, a partir del año 2013 y de forma progresiva hasta 2027 la edad de jubilación está ampliando progresivamente hasta los sesenta y siete años. Ello está propiciando una reconsideración desde el punto de vista de la viabilidad financiera de la Seguridad Social de la prolongación de la vida activa laboral y la desincentivación del recurso a la jubilación anticipada. Este debate se ha producido ya en otros países del entorno europeo y ha dado lugar a la adopción de medidas análogas.

Este debate sobre la edad de jubilación contrasta con las grandes posibilidades de jubilación anticipada y, sobre todo, con la edad real de jubilación, que es mucho más reducida que la contemplada formalmente en las legislaciones nacionales. Sin duda, este será uno de los aspectos de reforma de los sistemas de Seguridad Social, especialmente debido a la crisis financiera de los sistemas públicos de Seguridad Social, al envejecimiento de la población y al retraso en el acceso de la juventud al mercado de trabajo.

Asimismo, desde el punto de vista de la edad de jubilación podemos destacar que legalmente se contemplan diferencias por razón de género. Así, por ejemplo, la edad de jubilación en Venezuela es de sesenta años para los hombres y cincuenta años para las mujeres, o de cincuenta y cinco años para los hombres y cincuenta para las mujeres en Bolivia o Colombia.

En relación a los períodos de aportación al sistema, las diferencias son igualmente sustanciales. Por ejemplo, en Honduras se exigen, al menos, ciento ochenta cotizaciones. En Bolivia se requieren tener cotizadas

ciento veinte aportaciones o cuatrocientas ochenta imposiciones en el caso de Ecuador o mil doscientas semanas en el ejemplo colombiano. En Venezuela el requisito son veinticinco años de cotización previa. Por su parte, treinta años de cotizados se exigen en países como Argentina o México. En cuanto a la cantidad, la mayoría de los sistemas reconocen la posibilidad de alcanzar el 100% de la base reguladora, salvo en algunos casos, como sucede en Honduras donde el beneficiario solamente puede alcanzar el 80% del salario regular.

En España, la pensión contributiva requiere estar afiliado a la Seguridad Social y que, al menos, dos de los años cotizados estén dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la jubilación. Con quince años de cotización se podrá cobrar el cincuenta por ciento de la base reguladora, incrementando con año más que se cotice. A efectos de conseguir el cien por cien de la pensión, se deberá cotizar treinta y siete años o más, si el retiro se realiza con sesenta y cinco años, o bien menos de treinta y siete años de cotización, si la jubilación se realiza a la edad de sesenta y cinco años y diez meses (datos del 2020). En 2027, será preciso cotizar treinta y ocho años y seis meses, si la jubilación se realiza a los sesenta y cinco años, o menos de treinta y ocho años y seis meses, si el retiro efectivo se produce a la edad de sesenta y siete años

Algunos países tienen una protección muy reforzada en materia de jubilación no contributiva, que generalmente se contempla a modo de cantidad mensual fija que coincide con la pensión mínima del sistema de Seguridad Social. A efectos de su disfrute se exige tener la edad de jubilación ordinaria y carecer rentas u otros rendimientos económicos (ejemplos, en materia de protección asistencial son España, México, Panamá o Portugal).

En relación a las prestaciones por muerte y supervivencia podemos destacar el siguiente estándar de protección: a) auxilio por defunción; b) indemnización a los familiares por muerte del trabajador derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional; c) pensión de viudedad en favor de la viuda/s o viudo/s del trabajador fallecido por cualquier causa; d) pensión de orfandad en favor de los hijos del trabajador fallecido, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, que sean menores de

dieciocho años, siendo mayores, estén incapacitados para el trabajo; e) pensión en favor de los familiares próximos del trabajador fallecido que hayan convivido con él y sean mayores de cuarenta y cinco años, solteros, divorciados o viudos, que carezcan de medios propios de vida.

VI. LA IMPOSIBILIDAD DE DESATENDER LAS SITUACIONES DE POBREZA Y DE ESPECIAL VULNERABILIDAD

Las legislaciones analizadas contemplan medidas de protección social con el fin de luchar contra la pobreza. Generalmente, se trata de medidas aplicadas desde el punto de vista de la protección asistencial. De este modo, se prevén salarios sociales o rentas de inserción, que permiten garantizar la cohesión social (España o Portugal), la pensión de solidaridad para gente mayor y discapacitados (Argentina), los programas de atención a personas mayores de sesenta años con una renta de dignidad (Bolivia, Nicaragua, o Paraguay), atención a colectivos de indigentes en situación de pobreza (Costa Rica o Panamá), el bono solidario (Ecuador), el seguro popular en México, las prestaciones extraordinarias de solidaridad (Portugal), etc. Con todo, se trata de una protección insuficiente que no cubre la pobreza de forma integral y que convive con ayudas aisladas de autoridades regionales y locales. Se trata de una protección insuficiente e ineficaz para la lucha contra la pobreza, que ha sido resaltado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por la propia Comisión Europea. La tasa de riesgo de la pobreza es muy alta y se pone en peligro la propia eficacia de los sistemas públicos de Seguridad Social.

Sin duda, la mejor protección de los colectivos especialmente vulnerables es reforzar el principio de solidaridad y lograr que la protección social se convierta en una vía de integración social. A título de ejemplo, las acciones más importantes en materia de protección de colectivos vulnerables se refieren a los ancianos (México o Nicaragua), integración de inmigrantes (España o Portugal), jóvenes y personas con discapacidad, población indígena (Bolivia u Honduras), colectivos homosexuales (Bolivia o Colombia), lucha contra las víctimas de la violencia doméstica (Colombia), damnificados por catástrofes naturales (Colombia o Perú),

discapacidad (Nicaragua o Venezuela), lucha contra el trabajo informal (Perú o Paraguay), etc. Sin duda, y ello se observa en todos los países, existe un elevado riesgo de incremento de los niveles de pobreza ya existentes (Honduras o Paraguay). En este sentido, con carácter general, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha recomendado la necesidad de articular planes de inclusión social que luchen de forma efectiva contra la pobreza, y que permita reducir los niveles de marginalidad social.

La Seguridad Social tiene que adatarse a la naturaleza cambiante del trabajo, prever las consecuencias del envejecimiento de la población y consolidar los sistemas de pensiones. Ciertamente, será preciso adelantarse a los efectos del cambio demográfico, presidido por el paulatino crecimiento del número de personas mayores unido al descenso de la natalidad. Igualmente, será preciso tener en cuenta las transformaciones sociales (nuevos modelos de familia), nuevas formas de marginación social, mayor período de dependencia de los hijos respecto de sus padres y la necesidad de crear empleo para garantizar el sistema de Seguridad Social. Sin duda, el alto nivel de desempleo genera situaciones de pobreza[12], así como la existencia de trabajadores pobres, con contratos de trabajo temporal y a tiempo parcial con salarios reducidos que disfrutan especialmente jóvenes, mujeres e inmigrantes[13]. Asimismo, la alta tasa de trabajo no declarado supone una pérdida de cotizaciones para la Seguridad Social[14]. Actualmente, los Go-

12 Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es especialmente preocupante la situación del desempleo en España, en concreto, el desempleo juvenil y femenino. La tasa de desempleo en España es del 15,3% mientras que la media europea se encuentra en el 9,6%. Por su parte, la tasa de desempleo de menores de veinticinco años es del 39,6% y el paro femenino representa el 18,9%. En este sentido, destacamos la existencia de significativas disparidades regionales en la tasa de desempleo.

13 El uso intensivo de los contratos temporales afecta a la situación financiera de la Seguridad Social. Sin duda, la estabilidad financiera se reforzaría aumentando el número de contratos indefinidos, que permitiría un mayor volumen de cotizaciones. Por tanto, sería conveniente reforzar aquellas medidas que reduzcan la proporción de trabajadores temporales, por ejemplo, limitando el uso de la contratación temporal y contemplando nuevos incentivos a la contratación indefinida.

14 Las soluciones, tal como lo sugirió la Resolución sobre Seguridad Social de la 89ª Conferencia Internacional 6/2001 OIT, deben buscarse sobre todo a través de las medidas destinadas a aumentar las tasas de empleo, en particular de las mujeres, los trabajadores

bierno están diseñando un programa específico de lucha contra la economía sumergida (España o Portugal), con el fin de asegurar una financiación estable de la Seguridad Social que tenga una fiel correspondencia con el nivel real de riqueza del país.

VII. REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA DE PENSIONES DEL PERÚ: LA REFORMA PENDIENTE

El proceso de reforma del sistema de pensiones en Perú no parece superar el trámite parlamentario, al paralizarse el proyecto presentado por el ejecutivo de la nación. En este sentido, tenemos como referente el archivo en el Congreso del Perú del proyecto de reforma del sistema de pensiones. La situación sigue siendo la misma, concurriendo un sistema público de pensiones gestionado por la Oficina de Normalización Previsional y coexistiendo paralelamente un sistema de naturaleza privada de pensiones[15], que se gestiona por las entidades Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)[16]. Del mismo modo, debemos destacar la existencia, en un tercer nivel de protección orientado a la protección de las personas desprotegidas (Pensión 65). Nos referimos a un sistema asistencial de pensiones para la población vulnerable, que se proyecta sobre un conjunto de siete millones de personas que se encuentra afiliadas y aseguradas por este nivel.

Estos tres niveles de protección no contentan en la práctica las aspiraciones de los ciudadanos peruanos de contar con un verdadero sistema

---

de edad avanzada, los jóvenes y los discapacitados. Asimismo, deben encontrarse medios para obtener mayores niveles de crecimiento económico sostenible que den lugar a un aumento del empleo productivo. En ese contexto los gobiernos nacionales llevan adelante programas contra el trabajo en negro, al igual que de fomento del primer empleo para los jóvenes.

15 Con carácter general, y a los efectos de tener una visión general del modelo privado de pensiones, recomendamos el análisis de la siguiente monografía (Rojas, 2014).

16 En relación a la dinámica de los fondos de pensiones desde el punto de vista contributivo de los afiliados, recomendamos el siguiente estudio de referencia (Guillén – Mosqueda, 2013, pp. 5-10).

de protección pensional[17]. Precisamente, las denominadas AFP cuentan con un importante rechazo, centrado en su funcionamiento y gestión, especialmente por las comisiones cargadas en concepto administración de los fondos de los afiliados, así como por la determinación del rendimiento y evolución de los mismos fondos. Ciertamente, el principal problema que encuentran en la práctica los afilados es el acceso a sus ahorros previsionales, en el caso de no alcanzar un mínimo para conseguir una pensión. Sin duda, todo este debate ha sido plenamente alterado por la pandemia del coronavirus, que ciertamente va a tener que considerar nuevos factores, hasta el momento inimaginables. Se trata de un contexto que finalmente va a condicionar el propio proceso de reformas de las pensiones. En concreto, una de las cuestiones planteadas se refiere a la posibilidad de poder disponer con más intensidad de los fondos de pensiones, aumentando los máximos de acceso al retiro de las aportaciones realizadas por el ahorro previsional. Con todo, el problema del sistema no se centra en la liberación de los fondos de las AFP o la intensidad de dichos retiros, sino que las reformas tienen que ser más profundas. Se trata de acometer reformas estructurales que orienten el modelo de protección hacia un auténtico sistema de pensiones de forma ambiciosa, donde esté presente la gestión estatal a la hora de asegurar la protección y la suficiencia de las pensiones.

Se trata, pues, de una reforma integral que tenga en cuenta las necesidades de la población en un momento especialmente sensible. El tema de fondo sigue siendo la necesidad de contar con ingresos mínimos que permitan a los ciudadanos atender sus necesidades. Efectivamente, todo ello presupone un paso más en la senda de la intervención pública del sistema y su gestión por parte de los poderes públicos. De ahí que el reto de futuro sea la configuración de una auténtica AFP pública, garantizando un sistema sostenible financieramente[18]. Ciertamente, el momento no es

17 Efectivamente, el análisis de estos tres modelos de protección y su mantenimiento permiten el desarrollo de varias fórmulas de atención del modelo de pensiones, siendo posible una mayor intervención pública a efectos del desarrollo del derecho a la pensión (Olivera Angulo, 2016, pp. 9-ss).

18 Efectivamente, cualquier modelo de revisión del sistema de pensiones debe tener en cuenta los aspectos de sostenibilidad. Los aspectos financieros condicionan a medio y

el mejor desde el punto de vista financiero, ante los elevados costes que ha tenido que asumir el Estado ante la crisis provocada por el Covid-19. Sin embargo, igualmente esta situación extraordinaria y atípica requiere de una respuesta decidida por los Estados Sociales en clave de protección y reafirmación de los sistemas públicos previsionales. De igual modo, esta reafirmación hacía el ámbito público e institucional requiere paralelamente de una apuesta decidida por la obligatoriedad del sistema frente a los márgenes de voluntariedad en la afiliación presentes en el modelo actual de AFP.

La reforma del sistema de pensiones es un tema siempre pendiente en el Perú y se presenta como una acción institucional básica desde la perspectiva del perfeccionamiento del sistema social de protección a las situaciones de necesidad de la ciudadanía. Ciertamente, estas reformas son esenciales para promover un verdadero sistema de Seguridad Social y con ello poder alcanzar este objetivo tuitivo que corresponde promover a los poderes públicas[19]. Sin duda, estas reformas estructurales son la mejor manera de garantizar la eficacia de la Seguridad Social y con ello poder cumplir con los principios esenciales de la protección social en Estado Social y Democrático de Derecho[20]. En la Constitución del Perú se proclama a la Seguridad Social como un pilar básico del propio Estado[21]. Se

largo plazo la acción protectora de Seguridad Social (Conde-Ruiz, 2014, pp. 135-137).

19 Resulta fundamental el análisis del siguiente artículo de investigación, que propone una reforma transversal. Se analiza puntualmente cada uno de los aspectos sensibles de reforma del modelo de previsión social del Perú a efectos de pensiones (Mesa Lago, 2016, pp. 41-49). De igual modo, recomendamos el siguiente estudio, que se centra específicamente en las reformas de índole económica a los efectos de poder financiar una cobertura universal de protección (Vega Zavala, 2018, pp. 135-149).

20 La conexión del derecho a la pensión en conexión con el modelo de Estado Social es fundamental. Precisamente, la propia raíz tuitiva de la prestación está fundamentada en la atención a las situaciones de necesidad de los ciudadanos (Valdés Dal-Ré, 1994, pp. 72-ss; Desdentado Bonete, 2003, pp. 1972-ss; Alarcón Caracuel, 2004, pp. 15-ss; Rodríguez Piñero, 2008, pp. 69-ss).

21 Ciertamente, desde el punto de vista de las reformas de los sistemas de Seguridad Social resulta esencial el respeto de las garantáis constitucionales a la hora de configurar el modelo previsional aplicable (López Gandía, 2014, pp. 25-ss; Suárez Corujo, 2015, pp. 2-3). Desde la perspectiva del debate de la concreta adecuación constitucional del derecho a la pensión (Payet Puccio – Serna Jordán, 2008, pp. 265-290).

trata de estimular un modelo de Seguridad Publica basada en el reparto y que tenga como meta la extensión de la Seguridad Social. Es preciso, pues, procurar una extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la protección social, a fin de evitar situaciones de exclusión social. Junto a la ampliación de los sujetos protegidos, no cabe duda de que igualmente se necesita una intensificación de la protección, asegurando pensiones adecuadas y suficientes, sin olvidar la necesidad de mejorar en la gestión, especialmente reduciendo los costes administrativos y la mejor reorganización de los recursos administrativos. Y todas estas reformas sistemáticas no cabe duda de que requiere de un dialogo social decidido, amplio y sumamente solidario, orientado a decidir conjuntamente un nuevo contrato social relativo a la protección de las situaciones de necesidad en el Perú.

VIII. LA TENSIÓN ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA PENDIENTE REFORMA PERUANA DEL SISTEMA PENSIONAL

En los últimos treinta años los países de América Latina han ido acometiendo importantes reformas pensionales de carácter estructural, orientados hacia la privatización, con mayor o menor intensidad. Se ha optado por fórmulas parcialmente privadas en concurrencia con los sistemas públicos de pensiones, cuyo protagonismo se encuentra ciertamente matizado[22]. Sin duda, el país de referencia es Chile, que asumió un modelo de AFP en la administración de los fondos de pensiones. En este mismo contexto podemos apuntar la experiencia del Perú, que vino a acoger el modelo privatización chileno, sin anular el sistema público de pensiones, pero si condicionándolo y en gran medida restringiéndolo. Por otro lado, estos sistemas crean importantes distorsiones desde el punto de vista de los costes y su gestión, pero no cabe duda de que el reclamo de estos sistemas privados se encuentra en la obtención de unas pensiones privadas, que sean más elevadas que las obtenidas en el régimen estrictamente público[23].

22 Precisamente una de las claves de la evolución de los sistemas de pensiones, en conexión con la propia evolución de la Seguridad Social, se manifiesta en la tensión constante entre lo público y lo privado. Dicho debate se ve influido igualmente por aspectos ideológicos, políticos y de coyuntura económica (Monereo Pérez, 1996, p. 43).

23 Evidentemente, la expectativa de derecho por parte de los afiliados a un rendimiento

Con carácter general, se ha abogado por un sistema de reforma orientado a lo público, mediante una flexibilización de las AFP en Perú. En este sentido, se seguiría en cierto modo las experiencias de las AFP de Chile, que han mostrado altas cuotas de concertación sobre la base de la flexibilidad del modelo y sin agotar el margen de intervención pública[24]. En el caso del Perú, actualmente se trata de un sistema con una importante presencia del sistema de pensiones privado. No cabe duda de que la sostenibilidad financiera del sistema se basa principalmente en la rentabilidad de los propios fondos, lo que supone dejar la protección social futura a las vicisitudes de los mercados. Sin duda, esta circunstancia se aprecia claramente en el Perú, donde en los últimos años las tasas de rendimiento de los fondos no han tenido la valoración previamente esperada, siendo la rentabilidad realmente baja. Precisamente, se considera que la inversión en estos fondos en virtud de títulos y valores de deuda pública ha tenido un comportamiento a la baja en términos comparativos con otros sistemas de la región.

Sin duda, uno de los males del sistema privado de pensiones peruano se basa en el ahorro personal. El Perú es un país que cuenta con una tasa de ahorro modesta, cifrada en torno al veinticinco por ciento de la población. Por ello, y como medida de fomento del ahorro, se consideraba como fórmula flexibilizadora la opción de poder retirar partes del fondo pensional. Esta opción, por ejemplo, se ha permitido ahora en la pandemia del coronavirus. Es cierto que esta posibilidad se ha fomentado en un contexto marcado por una clara coyuntura extraordinaria de necesidad, pero es preciso reflexionar sobre su conveniencia no a corto plazo, sino desde la perspectiva de la propia la razón de ser de un sistema de pensiones. Se entiende que las posibilidades de retiro fomentan el ahorro, siempre y

---

en los fondos de pensiones es consustancialmente el aspecto clave del sistema privado de previsión. Evidentemente, la percepción de conseguir unas pensiones privadas más elevas son el factor competitivo esencial respecto del sistema público de pensiones. Esta situación hace que ambos sistemas, público y privado, convivan de forma conflictiva (Urranga, 2002).

24 En cierto modo, en los últimos tiempos ha estado siempre presente el desarrollo de un sistema que permita adecuar los principios de la Seguridad Social al modelo privado de pensiones desarrollado en el Perú. Se trata de un contexto recurrente y que se ha mantenido a pesar de distintos cambios normativos (Abanto Revilla, 2014, pp. 79-95).

cuando sobrevengan circunstancias de necesidad o incluso personales. De este modo, se podría entender que se pudiera recurrir al ahorro individual acumulado de forma puntal y en casos de necesidad. Sin embargo, se trata de una cuestión que es cierto que permite un margen flexible al ahorro personal, pero se proyecta en contra del propio objetivo de asegurar una protección futura de la vejez. Sin duda, la pensión del futuro requiere de una dotación constante y prolongada que se traduzca finalmente en el acceso a la prestación económica suficiente. Este objetivo se puede conseguir únicamente durante toda la vida laboral, en base a aportaciones estables y periódicas a cuenta del futuro beneficiario. Igualmente, deben ser aportaciones que deberán compartir trabajador y empleador, éste en mayor medida, de suerte que practicadas conjuntamente vengan a asegurar las contingencias comunes y profesionales y, en esencia, las pensiones del futuro. Ello está en conexión con un tema recurrente, que se refiere a las posibilidades de fomentar las aportaciones empresariales. A estos efectos y teniendo en cuenta el modelo empresarial peruano, sería conviene el desarrollo de un sistema de cálculo de las cotizaciones patronales en función de sus posibilidades, siendo estás inferiores en el caso de las microempresas o de los empresarios individuales.

No cabe duda de que el modelo de AFP debe revisarse a los efectos de propiciar un avance hacia un auténtico sistema de Seguridad Social. El modelo de AFP, en su mantenimiento, requiere de mayor competencia e incluso la posibilidad de constituir una AFP pública, que posiblemente implicaría el cambio de muchos afiliados a este tipo de administradora. Con todo, el gran problema que representa el sistema de AFP se basa en el bajo de número de personas afiliadas y que en la práctica cotizan. Sin duda, el camino pasa por extender la base afiliativa y promover la cotización, como vías para integrar nuevas entidades de administración.

De igual manera, es preciso revisar el propio espacio del modelo AFP. Se trataría, pues, de favorecer un modelo que supere la obligatoriedad de las AFP. Debería primar su carácter voluntario, como sistema de protección complementario[25]. De esta forma se centraría el eje de la protección

25 Ciertamente, es esencial el análisis de la voluntariedad respecto del sistema de contribu-

social en un sistema concentrado y solidario de carácter público, aunque no excluyente de la acción de la intervención privada en la gestión de la Seguridad Social. De igual modo, esta opción requeriría un compromiso estatal de no dejar desamparados y sin ningún tipo de protección a las personas afiliadas a las AFP, que abandonase dicho sistema, debiendo asegurar un mínimo de protección suficiente en relación a la contingencia de vejez.

Conviene igualmente apuntar un riesgo general del sistema siempre presente. Nos estamos refiriendo al peligro latente de un súbito cierre de los sistemas privados de pensiones, sin tener en cuenta a los propios asegurados. Esta situación aconteció, por ejemplo, en las experiencias de Argentina y Bolivia. Ciertamente, el sistema público evita posibles prácticas que hagan del seguro un aporte preponderante del trabajador asegurado, como sucedió igualmente en la experiencia chilena o peruana, al suprimirse las aportaciones de los empresarios. Ello suponía ciertamente inobservar los estándares internacionales de la OIT, que señalan que los trabajadores asegurados no pueden cargar unas aportaciones que supere más de la mitad del importe total de las contribuciones sociales. Por ejemplo, Bolivia optó en un primer momento por no aplicar las aportaciones patronales, aunque posteriormente, siguiendo parámetros OIT volvió a incluir la contribución patronal. Ello mismo se acogió en Chile en virtud de las reformas de las pensiones operadas en 2015.

La ampliación de la cobertura es siempre una cuestión controvertida y un auténtico talón de Aquiles de cualquier reforma pensional. Además, en tiempos de pandemia, con una merma importante de los recursos públicos, resulta difícil asegurar este tipo de mejoras. Evidentemente, las mejoras de las prestaciones es un objetivo básico, puesto la pensión media en el ámbito de las SPP está en torno a 1000 soles al mes, lo que representa una cuantía de 280 dólares mensuales. Sin duda, la suficiencia de la protección es otro frente sustancial de intervención desde el punto de vista de la protección. Se debe seguir garantizando una pensión mínima en Perú a los sesenta y cinco años edad, teniendo en cuenta los períodos de carencia correspondientes, resumido en veinte años de aportaciones

ción individual a efectos de las pensiones (Li – Olivera Angulo, 2009, pp. 25-53).

entre el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y al Sistema Privado de Pensiones (SPP)[26]. Quizá a medio y largo plazo, desde el punto de vista de la evolución demográfica del país y como medida de aseguramiento de la viabilidad financiera del sistema, se debería revisar los períodos de carencia, así como la propia edad de jubilación. Estas fórmulas alternativas, siguiendo la experiencia europea, pueden suponer un importante estímulo al mantenimiento del sistema de pensiones desde el punto de vista de su capacidad y de la solvencia económica.

La propia ampliación de la protección social debe ser un objetivo consustancial y latente en la propia dinámica de los sistemas de Seguridad Social. Ciertamente, el objetivo no es otro que las personas que se encuentren en situación de vejez por encima de los sesenta y cinco años no se queden sin protección. El sistema no puede permitir que se genere exclusión social, de suerte que en torno a la mitad de la población en el Perú se encuentren sin acceso a una pensión. En cierto modo, se trata de una situación que en gran modo tiene una explicación en la propia presencia de la economía informal. El trabajo informal tiene un volumen ciertamente inasumible. Y desde la propia vida laboral se genera trabajo precario y exclusión social. Sin duda, este contexto inherente al propio mercado de trabajo peruano tiene posteriormente su reflejo a los efectos de la protección por vejez. Este modelo de cobertura parcial sobre el conjunto de la población protegida es igualmente una nota comúnmente extendida en América Latina y no se trata de una experiencia exclusivamente peruana[27]. Precisamente, las ratios de cobertura de la pensión se reproducen igualmente en países como Ecuador, Guatemala o República Dominicana, e incluso son mucho más profundos en países como Nicaragua o Paraguay. Con todo, igualmente podemos pensar en otras cuotas de protección más amplias en la región, como sucede en Chile o Uruguay. No cabe duda de que la promoción de

26 Con carácter general, destacamos en relación al análisis de ambos sistemas protección previsional el siguiente trabajo de investigación (Vega Centeno-Remenyi, 1996, pp. 291 y ss).

27 A efectos de un análisis comparativo entre los distintos sistemas de Seguridad Social en América Latina, con consideraciones desde el punto de vista comparado (Bernal, 2016).

la tasa de cobertura en la región es uno de los objetivos esenciales desde el punto de vista de la protección social.

IX. CONCLUSIONES

Primera.- La indudable centralidad del papel de la Seguridad Social en la garantía del modelo de pensiones. A pesar de las alarmas y de los debates pesimistas sobre el futuro de la Seguridad Social, no cabe duda de que la protección social y, en especial, el modelo de pensiones tiene una función esencial a desarrollar en los Estados Sociales. Esta tesis se plasma en la importancia de una presencia mayor de la intervención pública. El control público cobra cada vez más significado, especialmente en estos tiempos marcados por la incertidumbre y la desesperanza. Evidentemente, las previsiones y proyecciones pesimistas sobre el futuro de las pensiones han fracasado, puesto que estamos ante un modelo de distribución de la renta que asegura el desarrollo social, la inclusión y la contención de las cuotas de pobreza, especialmente alarmantes en América Latina. Y todo ello a pesar de las grandes incertidumbres que se ciernen sobre la evolución y la estabilidad de los mercados de trabajo. Pese a todo ello, la Seguridad Social se muestra como un sistema de reparto justo de la renta y de atención solidaria a las situaciones de necesidad en los denominados Estados Sociales.

Segunda.- La necesaria revisión del modelo de pensiones del Perú en clave de sistema pensional. Los tres niveles de protección no contentan en la práctica las aspiraciones de los ciudadanos peruanos de contar con un verdadero sistema de protección pensional. Precisamente, las denominadas AFP cuentan con un importante rechazo, centrado en su funcionamiento y gestión, especialmente por las comisiones cargadas en concepto administración de los fondos de los afiliados, así como por la determinación del rendimiento y evolución de los mismos fondos. Ciertamente, el principal problema que encuentran en la práctica los afilados es el acceso a sus ahorros previsionales, en el caso de no alcanzar un mínimo para conseguir una pensión. Sin duda, todo este debate ha sido plenamente alterado por la pandemia del coronavirus, que ciertamente va

a tener que considerar nuevos factores, hasta el momento inimaginables. Se trata de un contexto que finalmente va a condicionar el propio proceso de reformas de las pensiones.

Tercera.- El fomento de un proceso de reformas estructurales hacia un ambicioso sistema de pensiones. Se trata, pues, de acometer reformas estructurales que orienten el modelo de protección hacia un auténtico sistema de pensiones de forma ambiciosa, donde esté presente la gestión estatal a la hora de asegurar la protección y la suficiencia de las pensiones. Se necesita una reforma integral que tenga en cuenta las necesidades de la población en un momento especialmente sensible. El tema de fondo sigue siendo la necesidad de contar con ingresos mínimos que permitan a los ciudadanos atender sus necesidades. Efectivamente, todo ello presupone un paso más en la senda de la intervención pública del sistema y su gestión por parte de los poderes públicos. De ahí que el reto de futuro sea la configuración de una auténtica AFP pública, garantizando un sistema sostenible financieramente. Ciertamente, el momento no es el mejor desde el punto de vista financiero, ante los elevados costes que ha tenido que asumir el Estado ante la crisis provocada por el Covid-19. Sin embargo, igualmente esta situación extraordinaria y atípica requiere de una respuesta decidida por los Estados Sociales en clave de protección y reafirmación de los sistemas públicos previsionales. De igual modo, esta reafirmación hacía el ámbito público e institucional requiere paralelamente de una apuesta decidida por la obligatoriedad del sistema frente a los márgenes de voluntariedad en la afiliación presentes en el modelo actual de AFP.

Cuarta.- La conformación de un verdadero sistema de Seguridad Social como vía esencial de mejora de la protección. La reforma del sistema de pensiones es un tema siempre pendiente en el Perú y se presenta como una acción institucional básica desde la perspectiva del perfeccionamiento del sistema social de protección a las situaciones de necesidad de la ciudadanía. Ciertamente, estas reformas son esenciales para promover un verdadero sistema de Seguridad Social y con ello poder alcanzar este objetivo tuitivo que corresponde promover a los poderes públicas. Sin duda, estas reformas estructurales son la mejor manera de garantizar la eficacia de la Seguridad Social y con ello poder cumplir con los principios esenciales de la protección

social en Estado Social y Democrático de Derecho. En la Constitución del Perú se proclama a la Seguridad Social como un pilar básico del propio Estado. Se trata de estimular un modelo de Seguridad Publica basada en el reparto y que tenga como meta la extensión de la Seguridad Social. Es preciso, pues, procurar una extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la protección social, a fin de evitar situaciones de exclusión social. Junto a la ampliación de los sujetos protegidos, no cabe duda de que igualmente se necesita una intensificación de la protección, asegurando pensiones adecuadas y suficientes, sin olvidar la necesidad de mejorar en la gestión, especialmente reduciendo los costes administrativos y la mejor reorganización de los recursos administrativos. Y todas estas reformas sistemáticas no cabe duda de que requiere de un dialogo social decidido, amplio y sumamente solidario, orientado a decidir conjuntamente un nuevo contrato social relativo a la protección de las situaciones de necesidad en el Perú.

Quinta.- La apuesta por un mayor protagonismo de lo público en el modelo previsional. La presencia de lo público es capital, puesto que en tiempos de crisis cíclicas y persistentes los hechos demandan que los sistemas de aseguramiento social no dependan en exclusiva de los mercados. Dichos mercados financieros se muestran volátiles y tienen unos desarrollos inestables, lo que afectan sensiblemente a la expectativa del derecho a una pensión suficiente para cubrir las necesidades de retiro laboral, máxime cuando éstas se desarrollan bajo sistemas de ahorro individual privado. Efectivamente, resulta cardinal, antes, ahora y en el futuro, el tradicional brocado que consiste en afirmar que la garantía esencial aseguradora en un modelo de protección social es la que asegura el propio Estado. Sin embargo, y en función de las realidades de cada país y de sus posibilidades financieras, lo más factible actualmente quizá sea el mantenimiento de los sistemas públicos de reparto, con espacios de iniciativa privada y mecanismos de aseguramiento previsional complementarios, que pueden desarrollarse por la iniciativa privada. Las cuestiones financieras de la Seguridad Social y los presupuestos demográficos y económicos son esenciales a la hora de trazar la proyección de una reforma del modelo de pensiones.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abanto Revilla, C. (2014). "Un intento de adecuación de las bases de la seguridad social al sistema privado de pensiones en el Perú", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Vol. 2, núm. 3.

Alarcón Caracuel, M.R. (2005). *Los principios jurídicos de la Seguridad Social*, en AA.VV. Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social, Bomarzo, Albacete.

Calvo Vérgez, J. (2018). "Los planes de pensiones del sistema de empleo: situación actual a la luz de la reciente normativa comunitaria y perspectivas de futuro", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, (BIB 2018\14121).

Conde-Ruiz, J.I. (2014). *¿Qué será de mi pensión? Cómo hacer sostenible nuestro futuro como jubilados*, Editorial Península, Barcelona.

Desdentado Bonete, A. (2003). "Constitución y Seguridad Social: reflexiones para un aniversario", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5.

Fernández Cordón, J.A. – Planelles Romero, J. (2013). "El papel de la demografía en el futuro de la protección social", en *Documentación social*, núm. 167.

Guillén, J.B. – Mosqueda, R. (2013). "Pay as you Go System versus Fully Funded Pension in Peru", en *Ecos de Economía*, vol. 17, núm. 36.

Li, C.A. – Olivera Angulo, J. (2009). "Afiliación voluntaria al sistema de pensiones de cuentas individuales del Perú", en *Revista Internacional de Seguridad Social*, vol. 62, num. 3.

López Gandía, J. (2014). "La dimensión constitucional de la reforma de las pensiones", *Relaciones Laborales*, núm. 5.

Martínez Noval, L. Sáenz De Jubera Álvarez, P. (2009). "El futuro ya no es lo que era. Las proyecciones de la Seguridad Social", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 79.

Mesa Lago, C. (2016). "Sugerencias para la re-reforma de pensiones en el Perú", en *Apuntes: Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 43, núm. 78.

Monereo Pérez, J.L. (1996). *Público y privado en el sistema de pensiones*, Tecnos, Madrid.

Ojeda Avilés, A. (2005). "La Seguridad Social y su futuro: ¿ajuste o reconversión?", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59.

Olivera Angulo, J. (2016). "Evaluación de una propuesta de sistema de pensiones multipilar para Perú", en *Apuntes: Revista de Ciencias Sociales*, vol. 43, núm. 78.

Payet Puccio, J.A. – Serna Jordán, S. (2008). "Consideraciones respecto de la protección constitucional y legal de los Fondos Privados de Pensiones en el Perú", en *Advocatus*, núm. 19.

Petmesidou, M. – Glatzer, M. "The crisis imperative, reform dynamics and rescaling in Greece and Portugal", en *European Journal of Social Security*, vol. 17, núm. 2.

Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2008). "La configuración constitucional de la Seguridad Social", en *Relaciones Laborales*, núm. 6.

Rojas, J. (2014). *El sistema privado de pensiones en el Perú*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Catolica del Perú, Lima.

Suarez Corujo, B. (2015). "El nuevo modelo (in)constitucional de pensiones: sostenibilidad financiera versus sostenibilidad social", en *Trabajo y Derecho*, núm. 2.

Urranaga, R. (2002). "Copias o similitudes en las carteras de inversión de los fondos de pensiones privados de pensiones en Perú", en *EAWP: Documentos de trabajo en análisis económico = Economical Analysis Working Papers*, vol. 1, núm. 7.

Valdés Dal-Ré, F. (1994). "Estado Social y Seguridad Social (I) y (II)", en *Relaciones Laborales*, núm. 2.

Vega Centeno, M. – Remenyi, Mª.A. (1996). "El sistema previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones vs. Sistema Privado de Pensiones", en *Economía*, vol. 19, núm. 37-38.

Vega Zavala, D. (2018). "La necesaria reforma del sistema previsional en el Perú", en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 3, núm. 1.

TEMA 3

FACULTADES DEL EMPLEADOR Y EL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LAS RELACIONES LABORALES

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

PONENCIAS OFICIALES

EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE

Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de las Maestrías de Derecho Constitucional y de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la misma casa de estudios.

1. LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y SU EFECTO SOBRE LA SOCIEDAD

Aun cuando el fenómeno tiene sus orígenes en las décadas finales del siglo pasado, es en el siglo XXI cuando la revolución tecnológica conocida como la "cuarta revolución industrial" ha desplegado toda su potencialidad transformadora irrumpiendo en la vida de las personas, las empresas, las instituciones, y, en general, en los más variados aspectos, de la vida social, económica, política y cultural.

Intentando abarcar el conjunto de aspectos que son afectados por el intenso cambio tecnológico del que hoy somos testigos y protagonistas, se habla de la "sociedad de la información" como de una nueva forma de organización social que caracteriza la era que vivimos. Una "sociedad de la información" que puede ser tipificada a través del uso de cinco parámetros: i) tecnológico, ii) económico, iii) empleo, iv) tiempo-espacio, y v) cultural.

En el campo tecnológico se considera como "sociedad de la información" a "(…) cualquier conglomerado humano de cuyas acciones de supervivencia y desarrollo esté basado predominantemente en un intenso uso, distribución, almacenamiento y creación de recursos de información y conocimientos mediatizados por las nuevas tecnologías de información y comunicación"[1]. En lo que atañe al campo económico, se afirma que una "sociedad de la información" es aquella en la que más del 50% del PBI está generado por el sector de información o, al menos, cuando el PIB generado por este sector es superior a los demás sectores de la economía[2].

1 Ferreira Dos Santos, Vanda y Emilce Noemi Sena Correa, 2004, "Advenimiento de la sociedad de la información y su repercusión en ámbito laboral, cultural y económico". *Ciencias de la Información*. Volumen 35, número 1, p. 23.

2 Ídem, p. 24.

En la "sociedad de la información" la realidad del empleo sufre, también, un cambio profundo. En ella se produce "(…) la decadencia de los trabajos basados en la fuerza y en la habilidad manual, en favor de los que se basan en la creación y el manejo de la información (…)" ingresando así a "(…) un nuevo tipo de sociedad en el mercado laboral, en donde el conocimiento y la información se convierten en modos de producción no materiales"[3]. Otro aspecto que caracteriza a la "sociedad de la información" es la reducción significativa de los límites tradicionalmente establecidos por las dimensiones de tiempo y espacio. La informatización de la economía ha favorecido la globalización de la economía y la integración de las operaciones de las empresas, sin importar las distancias geográficas. Se ha producido el tránsito de la empresa multinacional a la empresa global debido a "(…) un intenso cambio en el modelo de empresa y una concentración de procesos en centros de servicios compartidos, automatizando procesos o externalizando actividades entre distintos países del mundo"[4].

Finalmente, el campo cultural tampoco es ajeno al influjo del cambio tecnológico. Por el contrario, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se han incorporado a la vida cotidiana de las personas y a través de aquellas éstas tienen acceso a cantidades inconmensurables de información que influyen en su visión del mundo, en sus valores, en sus creencias y en sus decisiones. Se está produciendo una globalización de la cultura que genera, en algunos, el temor a la pérdida de las características propias de las culturales nacionales y locales en aras de una cierta cultura global estandarizada[5].

---

3 Ídem, p. 25.

4 Cuatrecasas, Instituto de Estrategia Legal en RRHH, 2017. Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos. Madrid: Wolters Kluwer, p. 44. Agrega este informe que dicho fenómeno se materializa en el hecho de que "Son muchas las empresas multinacionales que en la última década han unificado la mayoría de las actividades administrativas y de soporte (RR.HH., IT, finanzas, administración, etc.) y que durante muchos años estaban replicadas y distribuidas en los países donde operan, y las han concentrado en determinados países bajo criterios de productividad, flexibilidad, coste y, especialmente, adecuación del marco jurídico" (Ibidem).

5 Según la UNESCO hay sectores que temen que con el uso de las Tics se pierdan los elementos esenciales de una cultura como la lengua, el folklore, la historia oral y la tradición

La rápida expansión de las Tics se ha traducido en dos efectos principales: la hiperinformación y la hiperconectividad.

La hiperinformación – Big Data- permite recoger, almacenar y disponer de grandes cantidades de información, no sólo de carácter científico o técnico, sino, incluso, la que se refiere a las personas, a sus características singulares y al desarrollo de su vida. De esta manera, los poseedores de esta información están en condiciones de usarlas para adoptar mejores decisiones, reduciendo al mínimo los márgenes de error; decisiones que, incluso, pueden ser adoptadas sin intervención humana mediante el empleo de algoritmos. Pero, al mismo tiempo, la posesión de tan vasta información puede conceder un poder inmenso, incluso desproporcionado, que no siempre va a ser utilizado para fines lícitos.

Por su lado, la hiperconectividad posibilita la comunicación directa e inmediata entre las personas, sin que las distancias geográficas representen obstáculo alguno, permitiendo operaciones de intercambio económico, la toma de decisiones de cualquier naturaleza, la impartición de órdenes e instrucciones, la coordinación de acciones, etc., todo ello en tiempo real, ahorrando así el tiempo que se empleaba en formas de comunicación previa como la correspondencia e, incluso, el teléfono fijo. Esta tecnología

> (...) permite -con unos niveles de precisión sin precedentes y en tiempo real- generar, almacenar procesar y comunicar datos, recibir instrucciones, e incluso colaborar entre sí sin intervención humana. Con ello, la digitalización ya no se limita a la representación, manipulación y transmisión de distintos tipos de información en formato digital, como ocurrió hasta los principios del milenio, sino que adquiere una nueva dimensión: la capacidad de conectar personas, dispositivos y activos materiales de forma casi instantánea, ubicua, gratuita y perfecta"[6].

Sin duda, la hiperconectividad, así como la hiperinformación, contribuye a la eficiencia de las personas, empresas e instituciones, pero, al

(Ferreira Dos Santos, Op. cit., p. 26).

6 Pérez García, Francisco (Director), 2020. *Cambios tecnológicos, trabajo y actividad empresarial: el impacto socio económico de la economía digital*. Madrid: Consejo Económico Social de España, p. 23.

mismo tiempo, conlleva el peligro de afectar el ámbito de la intimidad y la privacidad de las personas.

Estos dos aspectos están indisolublemente juntos: hiperinformación e hiperconectividad son las dos caras de Jano; ambos se necesitan y se retroalimentan y, a su vez, ambos son parte y factores esenciales de otro proceso: la globalización. De este modo, Perez-Luño sostiene que

> (...) ha sido la era de la informática y de la telemática la que más decisivamente ha contribuido a que se adquiriese la convicción de que el hábitat cívico de nuestro momento histórico es el de la "aldea global" o, más exactamente, "el hogar global"; en la medida en que con el acceso a Internet cada ciudadano puede establecer, sin salir de su domicilio, una conversación en tiempo real, sin límites, en el espacio ni en las personas"[7].

Destacando este mismo aspecto, también se afirma que "Las redes de información atraviesan el globo, operan a tiempo real y manejan enormes volúmenes de información a una velocidad pasmosa y sin precedentes"[8].

Pero, sin duda, es en el ámbito económico donde mayor impacto ha tenido la revolución tecnológica al punto que se habla ya de una "economía digital". La digitalización ha venido a consolidar y acelerar el proceso de globalización de la economía al facilitar los procesos de deslocalización productiva de las empresas y, al mismo tiempo, el manejo centralizado de éstas; la interconexión de los mercados y la velocidad de las transacciones comerciales que pueden realizarse en tiempo real y con pleno conocimiento de las condiciones de cada mercado. "La globalización – se afirma- incrementa el grado de complejidad de la gestión de las empresas, lo que requiere de la incorporación de todas las tecnologías disponibles para su manejo. Globalización y tecnología constituyen así un binomio que se refuerza y retroalimenta"[9].

---

7 Pérez Luño, Antonio Enrique. "Los derechos humanos ante las nuevas tecnologías". En *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, 2014. Antonio Enrique Perez Luño (Editor). Valencia: Tirant lo blanch, p. 16.

8 Ferreira Dos Santos, *et al,* Loc. cit.

9 Cuatrecasas, Op. cit., p. 43.

Por esta razón, la empresa, en tanto unidad económica básica de la economía de mercado, representa un ámbito privilegiado y pionero para el uso de las nuevas tecnologías. Estas influyen decisivamente es su forma de organización y de producción, en su localización geográfica, en las relaciones con sus trabajadores, en la clase de trabajadores que requiere, en su vinculación con clientes y proveedores, y en muchos otros aspectos, todo lo cual configura un cambio relevante del modelo de empresa antes conocido.

Un aspecto importante es el hecho de que la automatización significa la reducción de las actividades manuales y las repetitivas; también lo es, el hecho de que la ubicación geográfica de la empresa tenga cada vez menor importancia, ya sea para relacionarse con los proveedores y los clientes con quienes se puede interactuar sin necesidad de una proximidad física; de la misma manera, una buena parte de la labor se puede desarrollar fuera de las instalaciones de la empresa mediante el trabajo prestado desde el domicilio u otro lugar mediante el uso de recursos informáticas, lo que evita la clásica concentración del personal en un "centro de trabajo"; finalmente, todo ello determina, la supresión o sustitución de determinados servicios o actividades[10].

El efecto de estas transformaciones sobre la vida en sociedad es innegable: ellas representan un factor de progreso que permite a las sociedades mejorar sus niveles de productividad y eficiencia, obtener superiores niveles de ingreso, tener acceso a bienes y servicios de mejor calidad, en suma, proporcionar bienestar y satisfacción a las personas.

Sin embargo, no pueden ignorarse algunos aspectos que podrían poner en peligro determinados valores o derechos de las personas. Uno de los más relevantes es aquel que tiene que ver con el hecho de que la masa de información que se obtiene a través de los dispositivos digitales puede amenazar la intimidad y privacidad de las personas pues "(…) cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida, que afecta potencialmente incluso a los aspectos más

10 Cfr. Cuatrecasas, Op. cit., p. 55.

sensibles de su vida privada; aquellos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo control por su variedad y multiplicidad"[11]. Esta situación, según Pérez Luño, ha generado el denominado "síndrome del pez rojo" el cual consiste en "(…) la sensación de hallarse sometidos a mecanismos de control tecnológico capaces de perforar, de forma inadvertida, aspectos esenciales de su vida privada"[12].

No se trata sólo de la acumulación masiva de información: más relevante aún es el hecho de que los datos recogidos y almacenados, permiten obtener toda clase de información acerca de las personas: sus preferencias ideológicas y políticas, sus preferencias u opción sexual, así como datos relativos a su salud, sus afectos y otros aspectos íntimos, y, de la misma manera, conocer los hábitos y patrones del movimiento de la persona, todo lo cual hace posible trazar perfiles más o menos exactos de estas[13]. El uso de tan vasta información plantea, a no dudarlo, problemas éticos y jurídicos pues quienes acumulan y tratan esa información pueden usarla para sus propios fines los cuales pueden ser tan variados como incrementar las ventas de un producto, difundir ideologías o filosofías, difundir informaciones que interesan o convienen al emisor de estas, etc. [14].

Con lo relevante que resulta la posibilidad de que todos los datos referidos a una persona se encuentren almacenados en bancos de datos que pertenecen a otras personas o entidades, hay algo aún más preocupante y que consiste en el hecho de que a partir de la información acumulada "Es posible analizar y predecir comportamientos futuros de las personas mediante la utilización de complejos algoritmos. Con el Big Data se puede llegar a predecir determinadas conductas relacionadas con el com-

11 Pérez Luño, Op. cit., p. 18.

12 Ibidem.

13 Goñi Sein, José Luis. "Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016". *Revista de Derecho Social*, número 78, p. 2.

14 Garriga Domìnguez, Ana, 2014. "Algunas consideraciones sobre los derechos humanos en Internet. Su posible colisión con las medidas adoptadas para la protección de la propiedad intelectual". En *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, 2014. Antonio Enrique Perez Luño (Editor). Valencia: Tirant lo blanch, pp. 83-84.

portamiento del consumidor, la seguridad o la salud; esto es, descubrir e identificar una serie de patrones de conducta de los clientes, determinar la propensión a padecer enfermedades, o la posibilidad de delinquir; en definitiva, se pueden extraer conclusiones sobre individuos con posibilidad de influir en el futuro de las personas"[15]. Ello significa que basándose en esta información aquellos que las poseen pueden decidir sobre las conductas y el futuro de las personas configurando "(…) el más implacable fenómeno de control y manipulación social que pueda imaginarse"[16].

El enorme valor económico que representa el Big data ha generado la comercialización de los datos. Quien los posee no sólo puede utilizarlos para sus propios fines, sino que, asimismo, puede obtener un beneficio económico de su comercialización: "Los Big data han adquirido un valor económico; es la nueva minería, el oro negro, y se comercia con ellos. En la actualidad, el comercio con los datos a gran escala es un negocio floreciente"[17]

También las tecnologías de la video vigilancia y audio vigilancia, no obstante que en ocasiones son necesarias para garantizar la seguridad de las personas y los bienes públicos, son susceptibles de ser usadas como un mecanismo de control y observación aplicado para fines opuestos.

2. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS RELACIONES LABORALES

Los efectos del desarrollo de las TICs en el mundo de las relaciones laborales han sido profundos y están transformando radicalmente las formas tradicionales de organización del trabajo y, asimismo, el marco de las relaciones entre el empleador y los trabajadores.

El impacto de las nuevas tecnologías representa, según Cruz Villalón[18], una verdadera "irrupción transversal" sobre las relaciones de trabajo,

15 Goñi Sein, Op. cit. pp. 2-3.

16 Perez Luno, citado por Garriga Domìnguez, Op. cit., p. 84.

17 Goñi Sein, Op. cit. p. 3.

18 Cruz Villalon, Jesús, 2020. "El impacto de la digitalización sobre los derechos fun-

que se expresa en diferentes aspectos. En primer lugar, en el hecho de que aquellas se han incorporado de una forma acelerada e inmediata a este ámbito, en la medida en que las empresas se han adecuado rápidamente a los cambios; y no sólo las empresas, sino, en general la población y, entre ésta, la población ocupada. También considera este autor que un segundo rasgo del proceso de digitalización es el impacto universal que éste ha tenido, de modo tal que" (…) la digitalización se extiende como la espuma en todos los ámbitos y niveles que se puedan imaginar: economías desarrolladas o emergentes, sectores industriales o de servicios, incluida la agricultura, grandes o micro empresas, trabajos de mayo o menor profesionalidad, sector privado o público, ámbito urbano o rural, etc."

Un tercer aspecto que destaca Cruz Villalón[19], es que la digitalización se encuentra estrechamente asociada a otros dos fenómenos: la globalización y reorganización. Estos tres factores se influyen recíprocamente en el ámbito de la empresa y contribuyen a la transformación de las técnicas de gestión y organización de esta y de su forma de relacionarse con los trabajadores que le prestan servicios.

El último de los aspectos característicos de la "irrupción" de las TICs en el ámbito laboral es la forma en que ésta provocan un "efecto transversal sobre los elementos configuradores del mercado de trabajo y el desarrollo de las relaciones laborales. Señala al respecto, lo siguiente:

> Tales cambios derivados de la digitalización provocan nuevas formas de empleo, eliminación de profesiones y emergencia de otras nuevas, nuevos modos de desarrollo de las relaciones entre trabajadores y empresa, que necesariamente provocan retos decisivos sobre el conjunto del marco jurídico establecido para regular las relaciones laborales, tanto desde la perspectiva individual como desde la colectiva[20].

---

damentales laborales". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, pp. 36-37.

19 Ibidem.

20 Ídem, pp. 37-38.

Precisamente, en relación a los efectos de la digitalización sobre el empleo se ha señalado que ésta demandará nuevos conocimientos y nuevas profesiones que podrían ocupar a cientos de miles o millones de trabajadores en todas las ramas de la digitalización y de las nuevas tecnologías, y, también, en la transformación digital de las tecnologías tradicionales[21].

En el terreno de las relaciones laborales, la irrupción de las TICs ha generado varios efectos específicos:

a) La posibilidad de tener acceso directo a la información y de mantener comunicación en tiempo real, ha favorecido la deslocalización del trabajo, es decir, que este pueda ser prestado desde un lugar remoto, fuera de las instalaciones de la empresa, utilizando recursos informáticos. Se configura, de esta manera, el teletrabajo o trabajo remoto, que, si bien existe desde hace décadas, ha cobrado, en todo el mundo, inusitada importancia a raíz de la pandemia del Covid 19, que obliga a las personas a conservar la distancia social para prevenir el contagio, obligando a prestar el trabajo a distancia. De esta manera, se flexibiliza el tradicional modelo empresarial fordista al devenir factible que muchas o una gran parte de las operaciones de una empresa se lleven a cabo desde el domicilio de los trabajadores o, en todo caso desde lugares externos a la sede de empresa. Como lo señala el Informe conjunto OIT-Eurofound[22] "El trabajo de oficina actual y, en términos más amplios, el trabajo basado en el conocimiento, se fundamenta en gran medida en internet y se desarrolla prácticamente desde cualquier lugar y en cualquier momento".

21 Nieto Sainz, Joaquín, 2019. "Innovación social y transición justa para una revolución tecnológica disruptiva". En *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, p. 105.

22 Eurofound & Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2029. "Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral". Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 3.

b) Como consecuencia del uso generalizado e intensivo de la TICs, influye no sólo en la localización del trabajo sino, también, en el tiempo de trabajo. Al respecto se señala que "El hecho de que T/TICM se pueda realizar de manera flexible tiene efectos potenciales en la cantidad de horas de trabajadas. Los empleados no están atados a las dependencias del empleador como lugar de trabajo fijo, sino que pueden realizar sus tareas en cualquier lugar y a cualquier hora"[23]. Y ello se traduce, como regla general, en el hecho de que los trabajadores que trabajan a distancia trabajen una mayor cantidad de horas que los que lo hacen desde la sede de la empresa[24]. El trabajo mediante Tics afecta también la organización del trabajo, en la medida que quienes lo realizan tienen la flexibilidad de organizar su tiempo y acomodarlo a las exigencias de su vida personal y familiar, lo cual suele presentarse como un aspecto favorable de esta forma de trabajo. Sin embargo, por otro lado, el trabajo mediante las Tics, desde el domicilio, tiende a difuminar la separación entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, lo que se traduce en el hecho de que son muchos los trabajadores que laboran por la noche o en el fin de semana, lo cual, obviamente, afecta la vida personal y familiar.

c) Otro efecto a destacar es el fenómeno de la hiperconectividad entre el empleador y los trabajadores facilitadas por el uso de los dispositivos digitales: "La hiperconectividad que permiten la telefonía móvil, el correo electrónico y las redes sociales, difumina la barrera entre tiempo de trabajo y tiempo personal, generando una serie de nuevas problemáticas que deberían ser abordadas"[25]. Esta situación afecta no solo a los empleados que

23 Ídem. p. 21. El informe aclara el uso de la abreviatura T/TICM: El "T/TICM se puede definir como el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones -como teléfonos inteligentes, *tablets, laptops* y ordenadores de sobremesa – para trabajar fuera de las instalaciones del empleador" (Ídem, p. 3).

24 Ibidem.

25 Nieto Sáinz, Op. cit. p. 108.

realizan trabajo remoto sino, también, a los que laboran en las oficinas de la empresa pero que, en virtud de la hiperconectividad, realizan tareas o permanecen a disposición del empleador después de concluir su jornada de trabajo, es decir durante su tiempo de descanso. La OIT ha advertido del peligro que subyace a este uso de la Tics "La desaparición de las fronteras espaciales y temporales entre las esferas laboral y privada suscita inquietudes en diferentes ámbitos, y evoca formas de organización del trabajo del período preindustrial. Los procesos de cambio que permiten que el individuo pase más tiempo en su casa que en el trabajo, pero que también pase más tiempo trabajando en casa, podrían ser un arma de doble filo para algunos"[26].

d) La revolución digital ha hecho posible que mediante el empleo de algoritmos se adopten decisiones que afecten el trabajo y la vida de las personas. Afirma Pazos Pérez que "La inteligencia artificial, mediante algoritmos, se encarga de la compilación, almacenamiento y tratamiento automatizado de datos. Concretamente, se puede definir un algoritmo como el conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema"[27]. Al disponer de una masa de información suministrada por los bancos de datos, el empleador, mediante los algoritmos puede tomar decisiones automatizadas que incidan en diferentes aspectos de la vida laboral. Concretamente, el uso de algoritmos se viene utilizando en los procesos de intermediación laboral y de selección de personal, mediante el procesamiento de datos de postulantes, evaluación del currículum vitae, entrevistas por sistemas de inteligencia artificial, pruebas informatizadas, etc.; también se usan los algoritmos

26 Organización Internacional del Trabajo, 2015. "Informe I de la Conferencia Internacional del Trabajo". *Iniciativa del centenario relativo al futuro del trabajo, 104ª reunión*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 15.

27 Pazos Pèrez, 2020. "La reputación digital mediante algoritmos y los derechos fundamentales de los trabajadores". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 488.

para la promoción y ascenso de los trabajadores; igualmente sirven los algoritmos para el reparto de tareas, sobre todo en el caso de los trabajadores de plataformas, asignando aquellas en función de la demanda, distribución de horarios, control del trabajador; y, finalmente, para el cálculo y pago del salario[28]. Incluso, en el caso de las plataformas digitales tiene lugar el "despido automatizado" en el cual los algoritmos, teniendo en cuenta la no consecución de objetivos, la baja del rendimiento, la inasistencia o impuntualidad, el rechazo de tareas y las malas o escasas valoraciones de los clientes, proceden a "desvincular" al trabajador impidiéndole el acceso a la plataforma digital[29].

e) Las nuevas tecnologías hacen factible el control más estricto y permanente del trabajador en el desempeño de sus labores. Entre estas, destaca, en primer lugar, la de posicionamiento global-GPS *(Global Positioning System)*- o geolocalización, que permite seguir y conocer la ubicación exacta del vehículo que conduce el trabajador, lo cual, ciertamente, posibilita organizar y controlar mejor el trabajo de transporte de personas y de bienes, además de servir, en muchos casos, como medio de protección de la seguridad del conductor. No obstante, se ha afirmado que:

> La incorporación de esta tecnología interfiere claramente con el derecho a la intimidad del trabajador"[30]; aunque, también, se considera que, la geolocalización (...) representa una injerencia en la vida privada, pero de menor calado que otros medios de vigilancia visuales o acústicos, pues estos tienen aptitud para

28 Cfr. Fernández García, 2020. "Trabajo, algoritmos y discriminación". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, pp. 508-510.

29 Ídem, p. 510.

30 Poquet Català, Raquel, 2020. "Últimos perfiles del sistema de geolocalización como instrumento del empresario". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 170.

captar informaciones sobre conductas, opiniones o sentimientos que la geolocalización no tiene"[31].

Otra de las técnicas de monitorización es la conocida como la de Wearables, o tecnología vestible (*wearable technology*) que está "(…) integrada por una pluralidad de dispositivos electrónicos incorporados al vestido que captan, transfieren y procesan datos con multitud de utilidades"[32]. Se trata, entre otros, del uso de pulseras, relojes o videocámaras (*body-cams*) las cuales, son capaces de obtener y tratar datos sobre la salud (pulsaciones, tensión, ritmo respiratorio) o datos biométricos (la huella dactilar, el iris y otros). Un ejemplo de estas tecnologías lo constituye el "brazalete de Amazon" dispositivo que "(…) permite localizar y rastrear en tiempo real a los trabajadores de la empresa (controlando el tiempo empleado para retirar los productos de las estanterías e, inclusive, el tipo de movimientos que realizar, emitiendo sonidos en caso de posturas de la muñeca no adecuadas, a fin de controlar la rapidez y eficiencia de la prestación laboral, en aras de la productividad) (…)"[33]. Una experiencia más intrusiva aún es la que consiste en la implantación de microchips subcutáneos para el control de la actividad laboral[34]. Claro está que, como se ha puntualizado un chip subcutáneo no es un instrumento afín a un wearable, básicamente

31 Preciado Domènech, Carlos Hugo, 2020. Monitorizaciòn: GPS, Wearables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 227.

32 Ídem, p. 231. Puntualiza este autor que "La medicina, la productividad, el entretenimiento, son sectores en los que los dispositivos vestibles están abriéndose camino a una velocidad de vértigo" (Ibidem).

33 Igartua Miró, María Teresa, 2020. "Digitalización, monitorización y protección de la salud: más allá de la "fatiga informática". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, pp. 617-618.

34 Ídem, p. 618. Al respecto menciona "El caso de la empresa norteamericana (Three Square market)) que propone implantar microchips del tamaño de un grano de arroz en los dedos de los trabajadores (…)" (Ibidem, n. 16).

porque "(…) el usuario puede desprenderse de un dispositivo wearable en cualquier momento, a diferencia de lo que ocurre con el chip que una vez implantado bajo la piel no puede ser sustraído fácilmente (…)[35]

Todas estas tecnologías, además de servir de control suministran al empleador datos relevantes sobre la persona del trabajador, susceptible de afectar su esfera de intimidad y privacidad y, concurrentemente, pueden "(…) repercutir negativamente en el estado de salud del trabajador e incrementar los niveles de estrés"[36].

f) También, se ha hecho frecuente el uso de la biometría para el acceso a determinados lugares o, también – y a veces de forma conjunta- para el control de la jornada de trabajo del empleado. Se recurre, con mayor frecuencia, a la huella dactilar y, en menor medida, al iris. Por biometría se debe entender un sistema "(…) reconocedor de patrones que captura datos biométricos de un individuo, extrae un conjunto de características a partir de dichos datos y las compara con otros patrones previamente almacenados en el sistema"[37]. Los datos biométricos pueden ser fisiológicos o estar relacionados con la conducta de las personas. Entre los primeros se cuentan la huella dactilar, el iris, la geometría de la mano, la retina, los vasos sanguíneos de determinadas partes del cuerpo, la voz, el sudor, las orejas y el ADN. Los que se relacionan con el comportamiento de las personas son: la escritura, el ritmo cardiaco, el ritmo respiratorio, la firma, la utilización de un teclado, la forma de conducir o de andar o de moverse y la marcha. A estos, podrían añadirse los psicológicos

35 Alarcón Sevilla, Verónica, 2026. "Implantación del chip subcutáneo: protección de datos, intimidad y libertad religiosa". Revista Bioderecho.es. 2016, número 3, p. 4.

36 Igartua Miró, Loc. cit.

37 Fernàndez Orrico, 2020. "Límites a la biometría como medio de identificación y control de los trabajadores: necesidad de su regulación". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 303.

que suministran datos sobre la forma de reaccionar de la persona ante ciertas situaciones o pruebas[38]. Las características comunes que presentan los datos biométricos residen en que son i) universales pues los tienen todas las personas, ii) únicos ya que permiten distinguir a una persona de otra, y iii) permanentes, debido a son continuos en el tiempo para cada persona[39].

La utilización de sistemas biométricos plantea de una manera aún más enfática que los demás sistemas de vigilancia mediante cámaras o la monitorización por GPS o wearables, la cuestión de la afectación del ámbito de intimidad del trabajador pues si aquellos esta cuestión es ya de por sí relevante, en la utilización de sistemas biométricos adquiere una especial connotación "(…) pues resulta obvio que las características de huellas dactilares, ADN, voz, son, en lo físico, lo más íntimo que las personas pueden expresar hacia el exterior y obviamente requieren su consentimiento expreso" [40].

g) El poder de control del empleador se ve reforzado por las nuevas tecnologías, a través de los sistemas de videovigilancia y audio vigilancia. Estos permiten observar, de forma permanente y cercana, al trabajador durante su desempeño laboral registrando su imagen o su voz, o ambas, y acumular información directa sobre la conducta de aquel y el cumplimiento de sus obligaciones laborales. En efecto, la doctrina considera que el poder de control es una de las manifestaciones "(…) más relevantes y también más conflictivas del poder de dirección (…)"[41] y consiste en "(…) la facultad de emplear los medios necesarios para

38 Rodríguez-Piñero Royo, Miguel, 2020. "Registro de jornada mediante controles biométricos: un caso de incoherencia en el Derecho del Trabajo Digital". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 276.

39 Ibidem.

40 Ídem, p. 302.

41 Vida Soria, José; José Luís Monereo Pérez y Cristóbal Molina Navarrete, 2003. *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Editorial Comares, S.L., p. 488.

comprobar que el trabajador ha cumplido sus obligaciones."[42] Se le considera, por ello, como un instrumento del poder de dirección del empleador, un "(…) elemento inescindible del poder directivo empresarial (…)" dotado, por tanto, del mismo margen discrecional que se reconoce a éste[43].

Este aspecto del poder de dirección no es nuevo, desde el momento que nace con él y se configura como uno de sus instrumentos idóneos para lograr que el trabajador cumpla su prestación laboral. Sin embargo, en tiempos recientes, ha resultado perfeccionado o fortalecido por el surgimiento de tecnologías que, al hecho de otorgar un mayor grado de efectividad a la labor de control, agregan la posibilidad de una intervención de rasgos inquisitoriales que no parece conocer límites y que, por ello mismo, es susceptible de afectar al propio contrato de trabajo, evidenciando un verdadero "riesgo de corrupción" del mismo."[44] Se trata, en este caso, de "(…) las tecnologías informáticas y audiovisuales que, al ampliar notablemente las posibilidades de intromisión del empleador en la esfera personal de trabajador, reduce significativamente la vigencia de los derechos fundamentales, ej. privacidad o intimidad, propia imagen, dignidad, etc."[45].

3. EL PODER DE DIRECCIÓN Y CONTROL DEL EMPLEADOR

Como cualquier organización – sea productiva o no- la empresa requiere de una autoridad a la que corresponde organizar los factores productivos, planificar las tareas, disponer los recursos, y, en general, adoptar todas aquellas decisiones que resulten necesarias para lograr sus objetivos económicos. Por otro lado, mediante el contrato de trabajo, el

42 Martínez Fons, Daniel, 2020. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid: Consejo Económico y Social, p. 27.

43 Ídem, p. 28.

44 Cfr. Ídem. p. 32.

45 Vida Soria, *et al,* Op. cit., p. 489.

trabajador se subordina al empleador y, por ello, este tiene la facultad de dirigirlo, asignarle sus funciones y, en general, disponer de su tiempo y capacidades en la forma que considere más conveniente.

El poder de dirección tiene varios aspectos o facetas: i) la de normar el funcionamiento y organización de la empresa, así como la prestación laboral en ésta, ii) la de dirigir específicamente a los trabajadores asignando sus tareas e impartiéndoles instrucciones, y iii) la vigilancia y control sobre el cumplimiento de sus obligaciones laborales por el trabajador[46].

El poder de dirección se sustenta en la "libertad de empresa" que nuestra constitución reconoce en el artículo 59°, en la medida en que bajo su amparo el empleador despliega su iniciativa económica, organiza la empresa y la dirige para que alcance sus fines. Este poder encierra, como una de sus facultades esenciales, la de controlar y vigilar la actividad laboral de los trabajadores Para Goñi esta una facultad más de las que integran el poder de dirección, "(…) que sirve únicamente de nexo entre la facultad de ordenación y disposición del empresario y la facultad disciplinaria (presupuesto esencial para la imposición de sanciones)."[47]

El desarrollo de las nuevas tecnologías ha supuesto dotar al empleador no sólo de nuevos instrumentos y medios para organizar y dirigir la empresa sino, asimismo, para ejercer un control y vigilancia más intenso sobre los trabajadores. Muchas decisiones que atañen a la organización y ejecución del trabajo conllevan, al mismo tiempo la intensificación de la facultad de control del empleador, razón por la cual hemos optado por exponer de forma conjunta los aspectos conceptuales de la facultad de control con el poder de dirección en sentido estricto dado que, en la práctica, ambas manifestaciones del poder del empleador aparecen implicadas en los desafíos que plantean las Tics aplicadas al trabajo.

46 Poquet Catalá, Raquel, 2013. El actual poder de dirección y control del empresario. Pamplona: Editorial Aranzadi, pp. 31-32.

47 Goñi Sein, José Luís, 1998. *El Respeto a la Esfera Privada del Trabajador. Un estudio sobre los límites del Poder de Control Empresarial.* Madrid: Editorial Civitas S.A., pp. 11-12.

El poder de dirección, - y la facultad de control y vigilancia, en tanto que emanación o prolongación de aquel -, está sometido a límites internos y externos. Los "internos" se basan en los criterios de "funcionalidad" y de "razonabilidad". Como en otra ocasión hemos dicho

> (...) el poder de dirección, como todo poder, obedece a una necesidad social que, en este caso, consiste en el uso adecuado de la fuerza de trabajo, coordinando y dirigiendo sus actividades, de modo tal que ésta concurra, de la manera más eficiente, a obtener los resultados y beneficios que todo inversionista espera al crear una empresa. Fuera de este ámbito, dicho poder no existe, porque la relación laboral vincula a dos personas dotadas de libertad e igualdad jurídica que, como personas y ciudadanos, se encuentran relacionadas por vínculos de coordinación y no de subordinación ni de supraordenación[48].

En este sentido, el poder de dirección del empleador se ejerce dentro del ámbito y los límites que emanan del contrato de trabajo que lo vincula con el trabajador: "(…) el fundamento del poder para organizar y ordenar las prestaciones de los trabajadores es el propio contrato de trabajo que, sin duda, justifica tanto el poder de dirección y su alcance como sus propios límites"[49]. Ese poder, nace del hecho de que mediante el contrato de trabajo el trabajador se subordina al empleador para la prestación de sus servicios. Por eso, "(…) a esa posición dependiente le corresponde, en el mismo plano contractual, otra de mando que ostenta el empresario"[50]. De allí, que el poder de dirección del empleador encuentre límites "funcionales" en el propio contrato de trabajo por cuanto dicho poder "(…) se ejerce en un ámbito concreto, el de la relación de trabajo: lo que queda sometido a tal poder es, en lo que aquí más interesa, la prestación laboral del trabajador[51]. Por ello, el poder de dirección no es un poder sobre la

48 Blancas Bustamante, Carlos, 2007. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 106-107.

49 Palomeque López, Manuel Carlos y Manuel Alvarez De La Rosa, 2018. *Derecho del Trabajo.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 511.

50 Ibidem.

51 Martin Valverde, Antonio, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutierrez y Joaquín García Murcia, 2010. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos, p. 255.

persona del trabajador sino, tan solo, sobre su prestación laboral, correspondiendo al empleador determinar las tareas y funciones del trabajador, el lugar de trabajo y el tiempo del mismo, así como controlar y vigilar el cumplimiento de sus obligaciones. Todos estos aspectos, tienen un solo objetivo el cual consiste en que el trabajador brinde al empleador, de modo satisfactorio, el servicio para el que ha sido contratado.

El criterio de razonabilidad, por su parte, exige que el poder de dirección sea ejercido de forma tal que excluya la arbitrariedad y el abuso. Las decisiones del empleador deben obedecer a causas objetivas y razonables, y guardar el debido respeto a la persona del trabajador.

Estos mismos criterios informan, desde luego, el ejercicio de la facultad de control del empleador. Esta reconoce un límite "funcional" en cuanto el control tiene como ámbito y límite insuperable el contenido de la prestación comprometida por el trabajador. En tal sentido, debe rechazarse cualquier forma de control que vaya más allá de la estricta evaluación del cumplimiento de la obligación laboral y, de forma especial, aquellas que pudieran constituir "controles de actividad", esto es, los que se ejercen sobre el comportamiento de la persona del trabajador.[52] La importancia de este criterio es innegable, porque justifica descartar la legitimidad del control que se ejerce sobre las actividades extralaborales del trabajador o para indagar sus convicciones políticas, religiosas o cualquiera otra. Impide, igualmente, controlar las actividades del trabajador en el centro de trabajo y durante la jornada laboral, pero durante las pausas de ésta como el refrigerio, cambiarse de ropa o asistir a los servicios higiénicos, etc.

De la misma manera, el control debe ajustarse al criterio de "razonabilidad". La intensidad del control y los medios que se adopten para la función de control deben, ser, por esta razón, únicamente, los indispensables para vigilar la labor del trabajador, siendo vedado recurrir a procedimientos que excedan de dicha finalidad. Por tal motivo, el ejercicio irregular de

52 Cfr. Martínez Fons, Op. cit., p. 33. Precisa este autor que "Un control de tal naturaleza se considera, por su propia naturaleza, restrictivo de la dignidad y libertad del trabajador en el trabajo, en la medida en que opera una limitación física o psíquica en la esfera del trabajador" (Ibidem).

la facultad de control, cuando esta excede la prestación laboral o cuando se ejerce abusivamente legitima al trabajador para resistirse a la medida en que aquella consista. Al respecto, dice Goñi que "(…) el trabajador queda excusado de cumplimiento sin necesidad de acatar, impugnar o justificar la falta de sumisión."[53]

Por otro lado, el poder de dirección, incluyendo la facultad de control, reconoce la existencia de límites externos, esto es, ajenos o no provenientes del contrato de trabajo. Esta clase de límites, tienen su origen en el ordenamiento jurídico y, particularmente, en el enunciado de derechos fundamentales que éste contiene. En efecto, el contrato de trabajo es un contrato que se encuentra regulado por un conjunto de normas jurídicas que prevalecen sobre él y lo obligan a ajustarse a sus disposiciones: la constitución, las leyes laborales y las convenciones colectivas de trabajo. De estas fuentes emanan, respectivamente, derechos fundamentales, derechos legales y derechos convencionales que se aplican a las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Desde el punto de vista de su contenido, podemos diferenciar, especialmente en el caso de los derechos fundamentales, los derechos fundamentales laborales y los derechos fundamentales inespecífico o de la persona del trabajador. Precisamente, nuestra constitución, además de enumerar un conjunto de derechos fundamentales laborales puntualiza que *Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador* (art. 23, CP), norma ésta que alude a los derechos de la persona del trabajador, varios de los cuales poseen una relevancia particular en el ámbito de la relación de trabajo, como es el caso de la dignidad, la intimidad, la igualdad, el derecho a la imagen, y otros semejantes. De esta manera, es válido sostener que "(…) el límite del poder empresarial directivo son los derechos del trabajador, en cuanto persona y en cuanto asalariado"[54].

Desde esta perspectiva, la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador representan un límite infranqueable para la facultad de control y vigilancia del empleador, ya que la proyección de aquellos valores

53 Goñi Sein, "El respeto…" Op. cit., p. 113.

54 Palomeque López, *et al,* Op. cit., p. 512.

y derechos sobre ésta, "(…) permiten superar una visión patrimonialista de la relación, puesto que en el control la implicación de la persona lo es en grado primario o esencial casi inescindible de la propia actividad de control, sino que sitúa la actividad de control en sus justos términos."[55]

Es necesario, sin embargo, puntualizar que, en principio, la actividad de control del empleador es legítima, y que, por consiguiente, su ejercicio regular, no tiene por qué considerarse, *a priori,* lesivo de los derechos fundamentales del trabajador. La eventual ilegitimidad de este poder, deriva de las formas mediante las cuales se ejerce, las cuales pueden resultar contrarias a la dignidad y derechos del trabajador en cuyo caso "(...) si dicha actividad tropieza con los valores constitucionales de protección a la persona, el conflicto de intereses debe resolverse a favor de los intereses del trabajador."[56]

Por ello, la cuestión atinente a la legitimidad del poder de control del empleador respecto al respeto de los derechos fundamentales del trabajador, no puede dilucidarse en un plano abstracto, esto es, en el de la definición o concepto de dicho poder, sino en el terreno concreto que hace a su ejercicio y, específicamente, en el de los medios y procedimientos a través de los cuales se realiza. Precisamente, la relevante actualidad de esta cuestión deviene, directamente, del impresionante desarrollo de las tecnologías informáticas, audiovisuales y de comunicación, las cuales han colocado a disposición del empleador un elenco, muy amplio y sofisticado, de herramientas de vigilancia que contienen un potencial muy alto de lesividad a los derechos fundamentales de la persona del trabajador.

En particular, son los derechos relativos a la dignidad e intimidad del trabajador los que se tornan especialmente vulnerables cuando el poder de control se ejerce en forma ilimitada, en la medida que las nuevas tecnologías que se han puesto a su alcance, son capaces de efectuar intrusiones indebidas en la esfera privada de aquel. [57]

---

55 Martínez Fons, Op. cit., p. 54.

56 Goñi Sein, "El respeto…", Op. cit.,p. 114

57 "La incidencia de los avances tecnológicos en las relaciones laborales se aprecia especial-

De allí que resulta indispensable afirmar la eficacia ante el empleador (eficacia horizontal o inter-privatos) de aquellos derechos fundamentales que tienen por objeto tutelar la esfera privada, la vida personal del trabajador, como es el caso de los que están reconocidos en los numerales 6, 7, 10 y 18 del artículo 2º de la Constitución. Como más adelante se verá, la implicancia de éstos en la relación laboral es innegable, por lo cual resulta necesario garantizar su protección frente a cualquier conducta del empleador que conlleve su vulneración.

4. LAS FACULTADES DE DIRECCIÓN Y CONTROL EN RELACIÓN A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

4.1. El lugar y tiempo de trabajo

La implantación de las TIC ha supuesto la alteración de dos elementos tradicionales de la forma del trabajo: el lugar y el tiempo. Las TIC permiten hoy que el trabajo se preste desde cualquier lugar y en cualquier momento del día, sin necesidad de hacerlo desde las instalaciones u oficinas de una empresa y dentro de un horario establecido por ésta. Se ha señalado, por ello que "(…) las denominadas "nuevas TIC" como teléfonos inteligentes y computadoras-tablets han revolucionado el trabajo y la vida en el siglo XXI. Crucial para este desarrollo es la desvinculación del trabajo de los espacios de oficina tradicional. Los teléfonos inteligentes, las tablets y dispositivos similares permiten no solo las formas tradicionales de teletrabajo (trabajar desde casa o teletrabajo en casa) también facilitan el trabajo en

mente en dos ámbitos específicos: la forma de trabajar y los medios de control empresarial de dicho trabajo. En la actualidad la prestación de servicios se ve mediatizada por mecanismos telemáticos de comunicación (fax, correo electrónico, Internet); a su vez, el empresario tiene a su disposición una variada gama de instrumentos tecnológicos que le permiten ejercer más cómoda y eficazmente su poder de dirección y disciplina en la empresa (videocámaras, "rastros" informáticos en los ordenadores, etc.)." (Sempere Navarro, Antonio V, y Carolina San Martín Mazzucconi, 2005. "Vigilancia Electrónica vs Derecho a la Intimidad y a la Propia Imagen (A propósito de las nuevas tecnologías en el marco laboral)". En *Temas Actuales de Derecho Laboral.* Jorge Luís González Collantes (Coordinador). Trujillo: Editora Normas Legales S.A.C., p. 326).

movimiento (lo que este informe denomina trabajo móvil mediante TIC) y desde cualquier ubicación"[58].

Como se ha señalado en relación específicamente al teletrabajo, este se caracteriza por tres elementos: i) topográfico, ii) tecnológico y iii) organizativo. El topográfico supone que el trabajador ejecuta su prestación desde fuera de la empresa; el tecnológico indica que lo hace valiéndose de la informática y las TIC; y, finalmente, el organizativo se traduce en que el trabajador dispone de un amplio margen para organizar sus labores[59].

En cuanto al elemento "topográfico", se identifican tres variables en función al lugar desde el cual el trabajador presta su servicio. La forma más clásica es el teletrabajo a domicilio (electrónic home work), en la cual el trabajador sustituye el centro de trabajo por su hogar, desde el cual cumple sus labores; otra variable es que lo realice desde centros de teletrabajo o telecentros designados por la empresa, opción organizativa que estas adoptan para reducir costo; finalmente, existe el teletrabajo nómada o itinerante – "trabajo móvil" en el Informe de Eurofound y la OIT- también conocido como "mobile teleworking" en el cual el trabajador labora desde cualquier lugar en que se encuentre, caso de los auditores, consultores o agentes comerciales[60].

Desde el punto de vista tecnológico, el teletrabajo puede ser *Off line* o desconectado, supuesto en el cual el trabajador recibe las directrices o encargos del empleador para, luego, sin conexión con éste, realizarlo para finalmente, remitirle por medios convencionales el resultado de su labor; u, *On line*, en el cual está en conexión con el empleador para hacerle llegar, por medios informáticos, la labor realizada. Cuando la conexión con el empleador es permanente y se produce un intercambio constante de informaciones, en el marco de una red de comunicaciones, el teletrabajo

58 Eurofound & Oit, Op. cit., pp. 9-10.

59 Cfr. Pérez De Los Cobos, Francisco Javier y Javier Thibault Aranda, 2001. *El Teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 17.

60 Ídem, pp. 21-23.

es interactivo (*Two way line*), lo que va a permitir al empleador ejercer un control del trabajador en tiempo real[61].

La disociación entre sede de la empresa y lugar de trabajo, presenta determinadas ventajas para el trabajador, siendo las principales la posibilidad de conciliar la vida laboral y la vida personal/familiar y, asimismo, la flexibilidad de autoorganizar su propio trabajo con criterio flexible. Sin embargo, el efecto sobre los trabajadores del teletrabajo y trabajo móvil es ambiguo, porque, al mismo tiempo que presenta las ventajas antes indicadas, también incide negativamente sobre aquellos en la medida que se traduzca -como ocurre frecuentemente- en el incremento del tiempo de trabajo. Lo señala así el Informe de Eurofound&OIT[62]: "El hecho de que T/TICM se pueda realizar de manera flexible tiene efectos potenciales en la cantidad de horas trabajadas. Los empleados no están atados a las dependencias del empleador como lugar de trabajo fijo, sino que pueden realizar sus tareas en cualquier lugar y a cualquier hora. Esto ofrece la oportunidad de horas de trabajo más prolongadas y organizadas con mayor flexibilidad". De hecho, la investigación realizada por Eurofound y la OIT a determinados países concluye que "(…) se puede argüir que los trabajadores T/TICM tienden a trabajar más horas que los no T/TICM. Esto ocurre no sólo en Europa sino también en otras regiones del mundo"[63].

Como consecuencia de la extensión de la jornada efectiva de trabajo la pretendida ventaja consistente en la conciliación de la vida personal y la vida laboral desaparece y, por el contrario, se genera una desventaja consistente en que ambas- vida laboral y familiar- se mezclan y los límites entre ambas se difuminan: "(…) hay cierto riesgo de superposición entre vida laboral y personal o familiar -interferencia trabajo-hogar (y también interferencia hogar-trabajo) – debido a horas de trabajo más extensas y la combinación de obligaciones simultáneas, que pueden dar por resultado

61 Ídem, pp. 23-24.

62 Eurofound & Oit, Op. cit., p. 21.

63 Ibidem.

la confusión de los límites entre trabajo y vida personal y mayor conflicto entre trabajo y familia"[64].

De allí, la necesidad de que en el teletrabajo y el trabajo móvil se garantice el respeto al tiempo de trabajo, materializado en la norma constitucional relativa a la jornada máxima de trabajo (art. 25, CP). Al respecto, la Ley del Teletrabajo (Ley 30036), señala que *El teletrabajador tiene los mismos derechos y obligaciones establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada* (art.5) y el reglamento[65] de esta ley puntualiza que *La jornada ordinaria de trabajo o de servicio que se aplica al teletrabajo, se sujeta a los límites previstos en las normas sobre la materia* (art. 3), y asimismo señala que *Durante la jornada de trabajo o servicio, el teletrabajador deberá estar disponible para las coordinaciones con el empleador o entidad pública, en caso de ser necesario* (art. 7). La misma obligación se impone al trabajador en las normas legales sobre "trabajo remoto" adoptadas durante la pandemia del Covid 19[66]; y en las normas reglamentarias de éstas[67] se ha precisado que rige entre las partes la jornada de trabajo pactada antes de iniciar la modalidad de trabajo remoto o la reconvenida con ocasión del mismo, sin exceder la jornada máxima de trabajo de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales.

Desde luego, jornada de trabajo no es igual a horario de trabajo y en el caso del teletrabajo no es necesario que este coincida con el que aplica la empresa a los trabajadores que acuden a laborar a sus instalaciones. Al respecto, el DU.026-2020[68], establece que el empleador y el trabajador pueden pactar que éste *(…) distribuya libremente su jornada de trabajo en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, respetando siempre la jornada máxima (…)*. Esta distribución sólo se puede hacer hasta por el máximo de seis días a la semana.

64 Ídem, p. 33.

65 Aprobado por el Decreto Supremo N.° 017-2015-TR (03.11.2015).

66 Decreto de Urgencia N.° 026-2020 (15.03.2020), art. 18, 18.2.3.

67 Decreto Supremo N.° 010-2020-TR, art. 9, 9.1.

68 Decreto de Urgencia N.° 026-2020, art. 9, 9.3.

Precisamente, una de las virtudes que posee el teletrabajo es la flexibilidad que le permite al trabajador autoorganizar su trabajo y hacer el mejor uso posible de su tiempo. En función de la clase de labor a realizar, empleador y trabajador pueden convenir una mayor o menor flexibilidad en el horario de trabajo, respetando, en cualquier, caso la jornada máxima de trabajo que opera como un límite insuperable respecto del tiempo que el trabajador ha de dedicar al trabajo.

Desde luego, se plantean problemas prácticos respecto, por un lado, a la forma en que el empleador pueda vigilar que el trabajador trabaje el número de horas a que está obligado, y, por el otro, a la fiscalización que puedan hacer las autoridades de la Inspección del Trabajo para garantizar que el trabajador no labore más tiempo del permitido por el orden jurídico.

4.2. La hiperconectividad y el derecho a la desconexión digital

Uno de los aspectos más saltantes de las TICs, es que permiten la comunicación directa y en tiempo real entre las personas, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren. Ello representa una gran transformación en la vida social y, en particular, en las relaciones económicas al hacer posible trasmitir información, intercambiar opiniones, celebrar conferencias, adoptar decisiones en tiempo real, ahorrando el tiempo que supondría utilizar mecanismos convencionales. De esta manera, las decisiones y operaciones económicas, se hacen mucho más fluidas, directas e inmediatas todo lo cual se traduce en la dinamización de los procesos y actividades económicas.

Lo propio sucede en el ámbito de las relaciones laborales en las cuales la "(…) transformación digital está provocando la interconectividad digital continuada, que frecuentemente se identifica con disponibilidad permanente para realizar las diversas actividades, entre ellas, las profesionales"[69]. Uno de los posibles efectos de la hiperconectividad entre el empleador y

69 Miñarro Yanini, Margarita, 2020. "El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión digital". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 577.

los trabajadores consiste en lo que podría llamarse la "hiperdisponibilidad" del trabajador: "Las nuevas tecnologías incorporan la posibilidad de estar conectado a cualquier hora del día, lo que facilita el desarrollo del trabajo fuera incluso de la jornada y del lugar de trabajo. La disponibilidad permanente se ha instalado en la cultura laboral, y recibir instrucciones del jefe a cualquier hora y contestar con inmediatez sus mensajes es una práctica habitual"[70]. Ello es consecuencia, del hecho de que "(…) la conexión digital permanente elimina las fronteras entre lugares, tiempos vitales y ámbitos, confundiendo e incluso fundiendo las dimensiones laboral y extralaboral"[71].

Esta situación se presenta de forma muy marcada en las formas de trabajo a distancia o teletrabajo, pero, también, puede ocurrir con los trabajadores que realizan su trabajo de forma presencial cuando la conectividad con su empleador se prolonga más allá de los períodos habituales de trabajo.

De allí que una primera forma de afectación de los derechos de los trabajadores que se deriva de la hiperconectividad es la referida a su derecho al descanso, tanto el diario cuanto semanal o anual. Las investigaciones realizadas sobre los efectos de la aplicación de las TIC al medio laboral indican que, si bien el trabajo a distancia favorece la conciliación de la vida laboral y personal, los trabajadores que lo realizan corren más riesgo de trabajar durante su tiempo libre, lo cual significa un tiempo de trabajo no remunerado y, adicionalmente, representa el desdibujamiento de los límites entre el trabajo y los compromisos personales[72]. Y, como antes se ha visto, las mismas investigaciones arrojan que, en la mayoría de casos los trabajadores que laboran a distancia mediante TICs dedican al trabajo una mayor cantidad de horas que los que concurren al trabajo (Supra 4.1); y esta problemática alcanza, igualmente a los demás trabajadores, cuando una vez finalizada su jornada laboral deben permanecer conectados y disponibles para su empleador. Por ello, en sentido contrario a lo que suele

70 Goñi Sein, "Nuevas tecnologías…" Op. cit., p. 5.

71 Miñarro Yanini, Loc. cit.

72 Eurofound & Oit, Op. cit., p. 30.

presentarse como uno de los principales beneficios para el trabajador, se afirma que "La digitalización ha supuesto un paso atrás para la conciliación de la vida laboral y personal y para una mejor calidad de vida"[73].

Pero, además de trasgredir las normas -constitucionales, internacionales y legales- sobre la limitación del tiempo de trabajo y el derecho al descanso, la conectividad permanente del trabajador a la empresa, representa un riesgo para su salud. Investigaciones acerca de quienes trabajan en forma remota arrojan que estos trabajadores sufren problemas psicológicos vinculados a sentimientos de aislamiento, debido a la falta de interacción social y a la soledad; asimismo, presentan problemas de estrés en proporción mucho mayor a quienes trabajan en las dependencias de la empresa, en el caso específico de los que son trabajadores de elevada movilidad[74].

Ello conduce a que se deba considerar la hiperconectividad como un riesgo para la salud, que todo empleador debe tener la obligación de prevenir: "(…) si la continua conectividad, que supera límites de tiempo y espacio, implica mejoras de la eficiencia de gestión para las empresas, también conlleva riesgos de usos problemáticos, desde el punto de la salud y el bienestar, que necesariamente deben ser gestionados por la empresa (…)"[75].

El informe de Eurofound y la OIT señala que los aspectos que representan un riesgo para la salud y bienestar de los trabajadores son los siguientes "(…) más horas de trabajo; interferencia entre vida laboral y personal asociada con el desdibujamiento de límites entre el trabajo remunerado y la vida personal; intensificación del trabajo; aislamiento y agotamiento."[76].

---

73 Goñi Sein, Loc.cit.

74 Eurofound & Oit, Op. cit., p. 30. El informe señala que "(…) resulta evidente que los trabajadores T/TICM de elevada movilidad sufren más estrés que aquellos que trabajan siempre en las dependencias del empleador, pero los niveles de estrés de los teletrabajadores regulares en casa o trabajadores T/TICM ocasionales no difieren significativamente de quienes siempre trabajan en la oficina" (Ídem, pp. 38-39.

75 Minarro Yanini, Op. cit., pp. 579-580.

76 Eurofound & OIT, Op. cit., p. 41.

La generalizada e intensa introducción de estas tecnologías en la vida laboral ha conducido a lo que se denomina la "tecno-invasión" en la cual "(…) podríamos incluir tanto la hiperconectividad como la monitorización constante"[77]. Estos fenómenos conducen, inevitablemente, al tecno-estrés definido como "(…) un estado psicológico y social negativo, relacionado con el uso de las TIC o amenaza de su uso en un futuro, que viene condicionado por la percepción de un desajuste entre las demandas y los recursos relacionados con el uso de las TIC, que lleva a un alto nivel de activación psicofisiológica no placentera y al desarrollo de actitudes negativas hacia las mismas"[78].

Para garantizar a los trabajadores su derecho al descanso y proteger su salud, se ha planteado el reconocimiento de un "derecho a la desconexión digital", el cual "(…) puede definirse como el derecho y el deber del trabajador a no prestar servicios con medios digitales fuera del tiempo de trabajo, garantizado mediante el no acceso (o el acceso restringido) a tales medios[79]. En esta definición también destaca el hecho de que se considera la "desconexión digital" como un deber del trabajador debido a "(…) las consecuencias [80]negativas que puede tener su incumplimiento por voluntad de aquel para el empresario. Deber que, en la práctica, supone la obligación del trabajador de desconectarse de los dispositivos electrónicos de conexión a la red".

El antecedente más lejano de este derecho a la "desconexión digital" se encuentra en el acuerdo celebrado, el año 2011, entre el Comité de Empresa y la dirección de la empresa Volkswagen en virtud del cual ésta se obligó a no enviar a los trabajadores correos electrónicos ni mensajes de texto una vez finalizada su jornada de trabajo[81]. Este tipo de acuerdos

77 Igartua Miró, Op. cit., p. 620. Agrega esta investigadora que "Va de suyo que, con carácter más general, ambas encajarían también en lo que empieza a denominarse "tecnoservilismo", considerada la alienación del siglo XXI". (Ibidem).

78 Ídem, p. 625.

79 Cuatrecasas, Op. cit., p. 471.

80 Ibidem.

81 El Comercio, 2011. "VW prohíbe envío de correos fuera del horario laboral". *El Comercio*. 24 de diciembre, p. B8.

colectivos fueron, posteriormente, adoptados en empresas como Gie Réunica, Daimler, y BMW[82]. En España, el convenio colectivo de la empresa AXA del año 2017 adoptó el siguiente acuerdo: "(…) las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causas de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo"[83].

En el plano legislativo, el referido derecho ha empezado a obtener reconocimiento legal. Así, el artículo 55.12.° de la Ley 2016-1088 introdujo el apartado 7 en el artículo L.2242-8 del Código de Trabajo de Francia, el cual establece que en el marco de la negociación colectiva anual sobre la igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo incluirá: i) las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión digital, y ii) la puesta en marcha por la empresa de sistemas de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como su vida personal y familiar. De no existir acuerdo, la empresa, previa audiencia del comité de empresa o los delegados del personal, deberá elaborar una "política de actuación" sobre las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión. La norma en mención, es aplicable a las empresas de cualquier tamaño[84].

En Italia, el año 2017, se aprobó la Ley 81/2017 referida a las nuevas formas de trabajo conocidas como ágiles, flexibles o *Smart work,* equivalente a teletrabajo a tiempo parcial. Esta modalidad combina tiempo de trabajo en la empresa y tiempo de trabajo fuera de la misma, con el uso, en este caso, de instrumentos tecnológicos. El artículo 19.1 de esta ley dispone que el acuerdo para realizar el "trabajo ágil" debe establecer

82 Vid. Purcalla Bonilla, Miguel Ángel, 2018. "Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas, Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, 5, 95-110. https://doi.org/105565/rev/aiet.66

83 Ídem, p. 108.

84 Cuatrecasas, Op. cit., p. 472.

los tiempos de descanso, así como las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar la desconexión del trabajador de los instrumentos tecnológicos de trabajo"[85].

En el caso de España la figura del "derecho a la desconexión digital" se introduce a través de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDG) [86], la cual en el artículo 88, apdo.1, reconoce a los trabajadores y los empleados públicos el "(…) derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar". Esta norma se proyecta hacia el Estatuto de los Trabajadores el cual en su artículo 20 bis, establece que "Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización (…)".

4.3. Monitorización del trabajador: GPS y Wearables

Conforme antes se expuso, las nuevas tecnologías permiten al empleador monitorear al trabajador en el desempeño de sus labores, ejerciendo, de este modo, su poder de dirección y control de una forma intensa y permanente. En especial, el GPS opera como un medio eficiente para localizar al trabajador y conocer, en cada momento, donde se encuentra. El GPS puede colocarse en el vehículo que este conduce o, también, en el teléfono celular o una *tablet*, facilitados por la empresa.

Siendo evidente que la utilización de esta tecnología puede afectar el derecho a la intimidad del trabajador, será necesario establecer ciertos límites y pautas para su uso correcto por el empleador.

En este sentido, una primera cuestión es la atinente a la necesidad o justificación de su uso en función a la clase de actividad que realiza el

85 Purcalla Bonilla, Loc. cit.

86 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de 2008.

trabajador. Al respecto, se señala que "(…) debe exigirse una causa específica que legitime el dispositivo de geolocalización sin que resulte suficiente el mero interés genérico del control de la prestación o la mejora de productividad"[87]. Es obvio que ciertas actividades que comportan riesgos para el propio conductor o para terceros pueden justificar el uso de un sistema de geolocalización, como es el caso del transporte de caudales o de productos inflamables o explosivos, el transporte de pasajeros, servicios de emergencia, ambulancias y vehículos de bomberos y otros semejantes. En cambio, no podría reputarse como necesario establecer esta clase de control en el vehículo del vendedor comercial o del visitador médico o de quien durante el día visita a clientes para realizar cobranzas o captar clientes (agente de seguros, etc.) o en el que transporta correspondencia o mercadería, salvo que ésta última sea de gran valor, lo cual debería acreditarse en el caso concreto.

Un pronunciamiento de la Comisión Nacional de la Informática y las Libertades de Francia ha señalado que solo es admisible la implantación de GPS en los vehículos por razones de seguridad y salud de los trabajadores (transporte de mercancías, trabajo en condiciones de aislamiento, transporte de dinero, transporte de personas -escolar-, limpieza de carreteras y arcenes, patrullas policiales, máquinas quitanieves, control de la velocidad empleada (o por necesidad de localización del tipo prestación (servicio de urgencias, taxis, talleres móviles de reparaciones, etc.), pero el GPS no puede implantarse para controlar a empleados con libertad para fijar sus rutas (visitadores médicos, vendedores ambulantes, comerciales/representantes).[88]

En segundo lugar, hay que determinar si la instalación del GPS u otro sistema de geolocalización requiere consentimiento o solo conocimiento por el trabajador. El consentimiento individual en el marco de la relación laboral no parece ser una opción muy eficaz teniendo en cuenta la situación de subordinación en que se encuentra el trabajador, por lo que no será difícil para el empleador obtener su anuencia. En cambio, su

87 Poquet Catala, "Últimos perfiles…", Op. cit., p. 173.

88 Purcalla, Op. cit., p. 103.

derecho a ser previamente informado no debería discutirse. Así lo establece la legislación española sobre protección de datos personales, en el artículo 90, 2, de la LOPDGDG: "Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos".

En Italia, el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, exige acuerdo previo con los representantes sindicales o, a falta de éstos, autorización de la Inspección del Trabajo para implantar el GPS en vehículos o dispositivos móviles proporcionados por la empresa, cuando el motivo para ello sean medidas adicionales de seguridad en el trabajo o razones organizativas o productivas; por excepción, cuando medien razones de seguridad o disposiciones legales, bastará la información previa al trabajador, siendo, por ello, justificado el despido de un trabajador por ausentismo injustificado, rastreado a través del GPS[89].

Nuestra Ley de Protección de Datos Personales (Ley N.º 29733) (LPDP), establece que los datos personales *(…) solo pueden ser objeto de tratamiento con consentimiento de su titular, salvo ley autoritativa al respecto. El consentimiento debe ser previo, informado, expreso e inequívoco* (art.13, 13.5). Sin embargo, el *principio de consentimiento* (art.5), admite excepciones enumeradas en el artículo 14 LPDP, entre las cuales se menciona el caso en que los datos personales *(…) sean necesarios para la preparación, celebración, y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte o cuando se trate de datos personales que deriven de una relación científica o profesional del titular y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento*. De esta manera, en el ámbito de la relación laboral sólo será necesaria la información previa al trabajador cuando se justifique instalar el GPS en los vehículos que le suministre la empresa o en los dispositivos digitales que éste le entregue.

Otra cuestión relevante es la que se refiere a la finalidad estrictamente laboral que debe poseer el medio de geolocalización utilizado, de

89 Ibidem.

modo que sirva exclusivamente ya para garantizar la seguridad del propio trabajador, ya para asegurarse de que este cumpla adecuadamente su prestación laboral. Para ello, la conexión al GPS, sea del vehículo o de los dispositivos digitales, no puede ser ilimitada y debe restringirse al tiempo de la prestación laboral. En este sentido, la doctrina judicial española ha señalado que "(…) cuando finaliza la "jornada laboral" o acaba el tiempo de trabajo, dichas facultades empresariales desaparecen y el contrato de trabajo deja de constituir el vínculo entre las partes que ampara el poder de la demandada para imponer las medidas implantadas de captación y tratamiento de datos"[90]. Por esta razón, (…) en el caso que se quiere poder obtener datos mediante el dispositivo de GPS fuera de la jornada laboral, la empresa debe obligatoriamente contar con el consentimiento expreso de los trabajadores, no siendo suficiente para esta situación la comunicación a los mismos"[91]. También en Italia la jurisprudencia y las normas administrativas han precisado que no cabe la geolocalización permanente de los empleados, reconociendo el derecho de éstos a desconectarse al concluir su jornada laboral, salvo el caso de profesiones singulares[92]. En Francia se ha señalado que el GPS ubicado en el vehículo profesional de un trabajador debe poder desconectarse por éste mientras realiza funciones sindicales[93].

Conforme a nuestra LPDP, resulta válido que el trabajador, una vez concluida su jornada laboral, desconecte el dispositivo de geolocalización por cuanto, si bien según el artículo 5 de dicha ley, la información al trabajador de la implantación de ese sistema es suficiente para que esta sea legítima, ello está condicionado a los supuestos de *preparación, celebración y ejecución* de una relación contractual. Fuera de éstos, la geolocalización del trabajador es ilegítima y lesiva de sus derechos fundamentales.

Finalmente, la utilización del GPS y otros dispositivos de geolocalización, debe estar sujeta a control en razón a la finalidad para la cual se recurre a éstos, que no es otra que vigilar la actividad del trabajador,

90 Poquet Catala, Op. cit., p. 188.

91 Ibidem.

92 Purcalla, Loc. cit.

93 Ibidem.

razón por la cual sería ilícito, por representar una intrusión en el derecho a la intimidad del trabajador, recabar o tratar datos personales ajenos a la relación laboral. Una sentencia del Tribunal Superior de Madrid ha señalado que "(…) el posterior tratamiento de los datos obtenidos con una finalidad completamente distinta de la anunciada y, por ende, sin conocimiento del conductor, hacen que las conclusiones extraídas merced a este dispositivo tecnológico y su aportación como medio de prueba en sede judicial para demostrar un pretendido incumplimiento contractual constituyan un procedimiento que lesiona los derechos fundamentales"[94].

Volvemos a lo que establece la LPDP para recordar que, ésta en su artículo 6 enuncia el denominado *Principio de finalidad* conforme al cual *Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos personales no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca como tal al momento de su recopilación (…)*, y, asimismo, a lo que indica en el artículo 13, 13.1 en el sentido que *El tratamiento de datos personales debe realizarse con pleno respeto de los derechos fundamentales de sus titulares y de los derechos que esta Ley les confiere*.

Los mismos criterios que deben aplicarse para encuadrar dentro de límites razonables y proporcionales la utilización del GPS y los dispositivos móviles de geolocalización, deben extenderse cuando, con el mismo propósito, se recurre a los wearables o tecnología vestible (pulseras, relojes, etc.). Cumpliendo estos dispositivos la misma función que el GPS también se ubican dentro de las limitaciones que se derivan de los derechos fundamentales, las normas laborales y la LPDP.

4.4. Controles biométricos

El uso de controles biométricos en el ámbito de las relaciones laborales ofrece indudables ventajas para la gestión de las empresas, tales como seguridad, fiabilidad, celeridad en el control y comodidad. También se han mencionado las siguientes: reducción de costos de mantenimiento,

94 Preciado Doménech, Op. cit., pp. 224-225.

de los sistemas de autenticación; aumento de la eficiencia; control horario y mejora de la imagen corporativa[95]. Pero, al mismo, entraña riesgos para los trabajadores y para las propias empresas. Para los primeros, estos son: "(…) la intrusión en sus espacios de privacidad; la disolución de fronteras entre lo laboral y lo personal; la posibilidad de construir perfiles con los datos obtenidos; el acceso a información personal sensible, directa o indirectamente; la pérdida de anonimato"[96]. Para las empresas, el riesgo deriva del hecho de disponer de una gran cantidad de datos de sus trabajadores, muchos de ellos datos sensibles, que les imponen obligaciones severas respecto a su manejo, utilización, almacenamiento y comunicación[97].

La colisión entre el control biométrico y el derecho del trabajador a su intimidad – incluso, a su libertad – es una realidad que no se puede soslayar pues, como lo señala Rodríguez-Piñero Royo "Nos encontramos ante un control particularmente intrusivo, tanto en los datos que recoge como en la forma de obtenerlos. En muchos casos va a exigir contacto físico: puede dar acceso a datos especialmente sensibles. Este dato es fundamental, porque es uno que se tiene en cuenta a la hora de valorar la legitimidad de su uso"[98]. El mismo autor afirma que el grado de intrusión no es igual, sino que varía de acuerdo al mecanismo de control utilizado, no siendo lo mismo verificar el rostro de una persona (lo cual se hace a la distancia) que la huella digital, que exige un contacto físico con el equipo, o que el ADN o grupo sanguíneo que suponen la extracción de muestras biológicas. Además, el grado de intrusión va a depender de los datos que se tomen como referencia pues no es lo mismo verificar el rostro, que es un dato público y notorio, que el ADN o el ritmo cardiaco, que son datos ocultos los que, adicionalmente, puede proporcionar información sobre la salud o el origen genético de la persona[99].

95 Rodríguez-Piñero Royo, Op. cit., p. 279.

96 Ídem, p. 280.

97 Ibidem.

98 Rodriguez-Piñero Royo, Op. cit. p. 277.

99 Ídem.

La LPDP señala que son "datos sensibles" los *Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular: datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos: opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual*. (art. 2, 5). Como regla general para el tratamiento de los datos personales rige el *Principio de consentimiento* según el cual *Para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular*" (LPDP, art. 5). Y cuando se trata de datos sensibles, el consentimiento debe manifestarse por escrito (LPDP, art. 13, 13.6).

El P*rincipio de consentimiento* admite, sin embargo, diversas excepciones, entre las cuales la LPDP menciona el supuesto en el cual *(…) los datos personales sean necesarios para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte o cuando se trate de datos personales que deriven de una relación científica o profesional del titular y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento* (art. 14, 5).

De este modo, la existencia de una relación jurídica basada en el contrato de trabajo vendría a configurar uno de los supuestos de excepción a la exigencia de que el titular de los datos deba consentir expresamente para el tratamiento de éstos. No obstante, para hacer uso de esta excepción el "encargado de tratamiento"[100] (LPDP, art. 2,8), debe acreditar la existencia de ciertos requisitos.

En primer lugar, el requisito de "necesidad" de la utilización del tratamiento de los datos biométricos del trabajador. Recordemos que la LPDP (art. 14), al establecer la excepción al *principio de consentimiento*

100 El reglamento de la LPDP, establece que el "Encargado del tratamiento" *Es quien realiza el tratamiento de los datos personales, pudiendo ser el propio titular del banco de datos personales o el encargado del banco de datos personales u otra persona por encargo del titular del banco de datos personales en virtud de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación. Incluye a quien realice el tratamiento de datos personales por orden del responsable del tratamiento cuando este se realice sin la existencia de un banco de datos personales*. (D.S. 003-2013-JUS, art. 2, 10).

señala que el tratamiento de los datos personales debe ser "necesario" en el marco de una relación contractual de la que el titular de los datos es titular. Comentando el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, Preciado Doménech afirma que el artículo 9, 2b) de dicha norma "(…) es tajante, al exigir que el tratamiento **"sea necesario"** lo que excluye la mera conveniencia, comodidad o capricho a la hora de seleccionar este medio de control de puntualidad"[101]. Al respecto, la Agencia Española de Protección de Datos ha señalado que "(…) para implantar esta medida debería aplicarse el principio de minimización; es decir, debería limitarse a los supuestos en que se considere realmente necesario para que el control sea eficaz[102].

Para utilizar los controles biométricos, el empleador debe superar el "test de justificación": "Que debe ser necesario, considerando la finalidad perseguida con el mecanismo de control"[103]. El criterio de necesidad supone que "(…) la recopilación y el procesamiento posterior de datos biométricos solo deben llevarse a cabo cuando sea necesario para proteger los intereses legítimos de los empleadores, empleados o terceros, sólo si no hay otros medios menos intrusivos disponibles y solo si van acompañados de las garantías adecuadas"[104]. Por ello, criterios como el de reducción de costos o mejoría de la imagen corporativa no pueden, en modo alguno, justificar, la utilización de un sistema de control que pone en entredicho los derechos fundamentales de los trabajadores.

En segundo lugar, deberá respetarse el *Principio de finalidad* que la LPDP enuncia en la siguiente forma: *Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos personales no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca al momento de su recopilación (…)* (art. 6). A su turno, el Reglamento de la LPDP (DS.003-2013-JUS), puntualiza

101 Preciado Doménech, Op. cit., p. 236.

102 Ídem, pp. 237-237.

103 Rodriguez-Piñero Royo, Op. cit. pp. 282-283

104 Recomendación del Consejo de Ministros de la Unión Europea, citada por Fernández Torrico, Op. cit., p. 321.

que *(…) se considera que una finalidad está determinada cuando haya sido expresada con claridad, sin lugar a confusión y cuando de manera objetiva se especifica el objeto que tendrá el tratamiento de datos personales* (R-LPDP, art.8). El mismo precepto indica que *Tratándose de bancos de datos personales que contengan datos sensibles, su creación solo puede justificarse si su finalidad además de ser legítima, es concreta y acorde con las actividades o fines explícitos del titular del banco de datos personales*.

En tercer lugar, debe observarse el Principio *de proporcionalidad* con arreglo al cual *Todo tratamiento de datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados* (LPDP, art. 7). El P*rincipio de proporcionalidad* debe garantizar *(…) un equilibrio entre la finalidad legítima perseguida y el impacto sobre los derechos fundamentales de los trabajadores*[105].

Finalmente, resulta especialmente relevante el *Principio de seguridad* el cual reclama que *El titular del banco de datos personales y el encargado de su tratamiento deben adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales. Las medidas de seguridad deben ser apropiadas y acordes con el tratamiento que se vaya a efectuar y con la categoría de datos personales de que se trate* (LPDP, art. 9). La especial incidencia sobre los derechos fundamentales del trabajador que tiene el tratamiento de sus datos sensibles impone al empleador el deber de garantizar la seguridad e inviolabilidad de esos datos.

De acuerdo a estos criterios habrá que descartar aquellos controles biométricos que resulten intensamente intrusivos en el ámbito de la intimidad y la libertad misma del trabajador. En este sentido, en el caso específico del control de la jornada y horario de trabajo, así como del acceso a instalaciones o zonas dotadas de una seguridad especial, parece susceptible de ser utilizado el control mediante la huella dactilar mientras que sobran argumentos para rechazar el control mediante el iris del trabajador.

105 Rodríguez-Piñero Royo, Op. cit., p. 283.

En el primer caso, la jurisprudencia española ha legitimado el uso del control mediante la huella dactilar señalando, en primer lugar, que "un mecanismo de lectura biométrica de la mano mediante un escáner que utiliza rayos infrarrojos y que es inocuo para la salud no puede considerarse lesivo para el derecho a la integridad física y moral". Señala, asimismo, que con la aplicación de este control no se persigue la humillación o el propósito de envilecer a otros seres humanos ni se afecta la intimidad personal por cuanto no supone una intromisión ilegítima en la esfera privada. Agrega, también, que su finalidad es legítima al permitir el control del cumplimiento del horario de trabajo de los empleados públicos[106]. Sin embargo, este criterio no se encuentra pacíficamente aceptado por todos los organismos vinculados a la protección de datos personales de ese país, algunos de los cuales consideran que su aplicación debe estar condicionada a una evaluación del impacto que tiene sobre la protección de datos, lo cual debe hacerse en cada situación concreta[107]. Ello lleva a concluir que "La necesidad del tratamiento de datos biométricos **no puede ampararse en una necesidad general** de controlar la jornada laboral, o cumplir el contrato, **sino en la necesidad del caso concreto**, que habrá de conllevar la acreditación de que no existen medios igualmente idóneos y menos injerentes en el derecho a la protección de datos de las personas interesadas"[108].

Debiendo acreditarse la "necesidad" en el "caso concreto" del uso de controles biométricos, para lo cual deberá evaluarse el impacto de dicha medida sobre los derechos fundamentales del trabajador, cabe preguntar

106 Fernández Orrico, Op. cit., pp. 308-309.

107 La Agencia Catalana de Protección de Datos en el Dictamen CNS 63/2028, de 14 de febrero de 2019, señala lo siguiente: "La inclusión de los datos biométricos, entre ellas las de la huella dactilar (…) no permite concluir de manera automática que la implantación de un sistema de control horario basado en la recogida de este tipo de datos pueda considerarse proporcionado, y, por tanto, conforme con el principio de minimización. Hay que hacer una evaluación del impacto sobre la protección de datos a la vista de las circunstancias concretas en que se lleve a cabo el tratamiento para determinar su legitimidad y la proporcionalidad, incluido el análisis de la existencia de alternativas menos intrusivas, y establecer las garantías adecuadas" (Vid. Preciado Doménech, Op. cit, p. 238).

108 Ídem, p. 236.

si el poder de dirección resulta suficiente para legitimar esa decisión, esto es, si en virtud de la sola decisión del empleador se pueden implantar formas de control de los trabajadores que representan una grave amenaza al ejercicio de sus derechos fundamentales. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa. Ya hemos visto que el poder de dirección no es un poder omnímodo, sino que tiene límites internos o funcionales y límites externos que derivan del ordenamiento legal aplicable a la relación laboral, y que dentro de estos últimos ocupan el primer lugar los derechos fundamentales. La grave amenaza a los derechos fundamentales que puede derivarse de la utilización de medios de control biométricos no consiente que el mero interés empresarial, expresado en la decisión del empleador, resulte suficiente para justificar esa decisión, pues difícilmente esta tendrá un carácter objetivo. Es preciso por ello, que sea la autoridad de trabajo la que autorice al empleador la implantación de esta clase de controles en base a la evaluación de su impacto sobre los derechos fundamentales que efectúe la Autoridad Nacional de Protección de Datos.

Desde luego que en caso que el control a establecer sea el del iris la situación es muy diferente en razón de que como se afirma "(…) la primera fase de recogida y tratamiento de los datos biométricos podría hacer peligrar los derechos fundamentales de los trabajadores al suponer riesgos para su vida privada, así, por ejemplo, el iris puede revelar el consumo de drogas y de alcohol o el padecimiento de enfermedades como hipertensión o diabetes"[109]. La mera posibilidad de obtener datos atinentes a la salud del trabajador, con la evidente intrusión en su vida privada que ello supone, convierte a esta clase de control no en una simple amenaza sino en una vulneración concreta de su derecho a la intimidad y, asimismo, a la igualdad de oportunidades y no discriminación pues resulta obvio que el conocimiento que el empleador tenga acerca de la salud del trabajador puede llevarlo a adoptar decisiones que contengan un sesgo discriminatorio.

Ni siquiera sería suficiente, para poder aplicar este control biométrico, obtener el consentimiento expreso y escrito del trabajador, pues es

109 Fernández Orrico, Op. cit., p. 312.

bien sabido que teniendo éste una situación de subordinación respecto del empleador, la manifestación de su voluntad se revela insuficiente para justificar una medida lesiva de derechos fundamentales. Tampoco se podría justificar en la supuesta "necesidad" de la medida en el marco de una relación contractual pues, de un lado, es evidente que existen muchas otras – incluso el propio control mediante la huella dactilar- que resultan menos gravosas para los derechos fundamentales del trabajador, y, por otro lado, ninguna "necesidad" de la empresa (siempre basadas en criterios de eficiencia o ahorro de costos), puede justificar la vulneración de aquellos derechos. Recordemos que el artículo 23 de la Constitución señala que *Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*. Ello significa que aun cuando en virtud del contrato de trabajo el trabajador reconozca al empleador el poder de dirección, que comprende la facultad de vigilar su actividad, "(…) el consentimiento otorgado al celebrar el contrato de trabajo, si bien convierte al trabajador en sujeto pasible de ese control, no convierte *a priori* las medidas de control en legítimas, porque éstas han de realizarse necesariamente, respetando su dignidad e intimidad, la cual solo se puede medir en situaciones concretas y ponderando las circunstancias y los medios utilizados"[110].

4.5. Gestión mediante algoritmos

Se arguye a favor del uso por los empleadores de los algoritmos para adoptar decisiones la rapidez, economía y objetividad de las mismas[111]; se señala, también, que facilita y automatiza la toma de decisiones empresariales en base al gran volumen de información obtenido gracias a la videovigilancia, la geolocalización, los wearables y los sistemas *on line* de evaluación del empleado[112].

110 Pacheco Zerga, Luz, 2007. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., p. 261.

111 Pazos Pérez, Op. cit., p. 488.

112 Fernández García, Op. cit., p. 507.

Sin embargo, no deja de cuestionarse la presunta objetividad y neutralidad de estas decisiones pues la programación inicial de los algoritmos es hecha por humanos los cuales pueden incorporar parámetros que reflejen los criterios subjetivos de estos. En efecto "(…) la programación del algoritmo puede condicionar su presunta objetividad, según quién y cómo almacene esos datos, pudiendo dar lugar, de forma voluntaria o involuntaria, a discriminaciones y vulneraciones de derechos fundamentales de los trabajadores"[113]. De esta manera, aunque se prohíba utilizar datos referentes a afiliación sindical, religión, sexo, orientación sexual o discapacidad, es posible que los algoritmos obtengan estos datos a través de otros datos[114]. Por esta razón, la OIT advierte que "(…) los algoritmos utilizados para la asignación de puestos de trabajo pueden reproducir sesgos y prejuicios históricos"[115].

El uso de los algoritmos con los "sesgos y prejuicios" a que se refiere la OIT, conlleva al fenómeno que se ha denominado "discriminación algorítmica"[116]. Esta se puede producir por varias razones, que apunta Fernández García[117] y que exponemos a continuación. En primer lugar, el algoritmo puede inferir determinadas características personales basándose en datos como los registros digitales de la conducta humana como es el caso de la navegación en Internet o publicaciones en redes sociales, a partir de las cuales puede obtener información sobre cuestiones tales como afiliación sindical, religión, sexo, orientación sexual, discapacidad y otras, pese a que esté prohibido recopilar esos datos. En segundo lugar, para la construcción del algoritmo se necesitan datos que pueden estar influidos por criterios discriminatorios, pues el algoritmo al tomar la realidad como criterio de aprendizaje al momento de procesar los datos obtendrá resul-

113 Pazos Pérez, Loc. cit.

114 Ibidem.

115 Organización Internacional del Trabajo, 2019. *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 46.

116 Fernández García, Op. cit., p. 512.

117 Ídem, pp. 513-514.

tados que perpetúen sesgos existentes en la sociedad.[118] En tercer lugar, como la ciencia de la estadística concede mayor valor a las decisiones que se toman con la mayor cantidad de información disponible, lo cual supone que habrá menos datos al alcance respecto de las minorías de la sociedad (raza, religión, orientación sexual) ello implicará que el algoritmo se incline o por tomar una decisión a favor del colectivo mayoritario o por elevar las exigencias para inclinarse por el minoritario.

El algoritmo no sólo es capaz de discriminar -mediante una decisión automatizada- sino, también de favorecer la discriminación cuando es una persona humana quien adopta la decisión basándose en un análisis automatizado. Al respecto la doctrina considera que "cuando la intervención humana se limita a aplicar la decisión tomada por el algoritmo seguimos encontrándonos ante una decisión tomada únicamente por el sistema automatizado"[119].

En España, aunque las normas del derecho comunitario europeo no obstante prohibir en general la toma de decisiones, la autorizan cuando sea necesaria para la celebración o ejecución del contrato de trabajo, la doctrina imperante conceptúa que solo puede usarse en las etapas iniciales de un proceso de selección cuando hay muchos postulantes pero no en aquellas decisiones en las que pueda actuar un ser humano de forma significativa como es el caso de un despido, un ascenso o un bono salarial aplicable a pequeño grupo de trabajadores[120].

Ante esta problemática, la OIT demanda "(…) elaborar una reglamentación que regule el uso de los datos y la responsabilidad exigible en cuanto a la utilización de los algoritmos en el mundo del trabajo"[121].

118 "Un ejemplo patente es el análisis de los "casos de éxito" (identificación de las características principales de los mejores en un ámbito) de una profesión concreta muy masculinizada, cuyos datos inevitablemente responderán al perfil del varón, pudiendo inducir al algoritmo a pensar que para ser exitoso es necesario ser de ese sexo o comportarse como ese género" (Ídem, p. 513).

119 Todoli Signes, Adrian, citado por Fernández García, Op. cit., p. 514.

120 Ibidem.

121 OIT, Loc. cit.

Afirma, asimismo: (…) nos adherimos a un enfoque de la inteligencia artificial "bajo control humano" que garantice que las decisiones finales que afectan al trabajo sean tomadas por seres humanos y no por algoritmos. El ejercicio de la gestión, vigilancia y control a través de algoritmos, mediante sensores, dispositivos corporales y otras formas de control, debe ser regulado para proteger la dignidad de los trabajadores. El trabajo no es una mercancía; así como tampoco el trabajador es un robot"[122].

4.6. El control a distancia por medios audiovisuales

Las nuevas tecnologías han puesto a disposición del empleador nuevos instrumentos para controlar y vigilar su ambiente de trabajo y a los trabajadores, sin necesidad de hacerlo de una manera presencial. Una forma de vigilancia, especialmente sensible en relación al respeto de la dignidad e intimidad del trabajador que se realiza no mediante personas – supervisores, agentes de seguridad y vigilancia, espías y confidentes- es la que se efectúa mediante equipos o aparatos capaces de captar o grabar la imagen y sonido, de modo que los movimientos, gestos, actitudes y expresiones del trabajador puedan ser vistos y oídos, sin conocimiento de éste. Se trata de un "control a distancia", cuyo potencial lesivo de la dignidad e intimidad del trabajador es muy elevado. Goñi considera, por ello, que "La instalación de una telecámara que controle todos los movimientos y actos del trabajador constituye uno de esos procedimientos odiosos que comporta en sí una agresión intolerable a la vida del trabajador" [123] y Sala opina que salvo casos extremos de necesidad por razones de seguridad, como las "cajas negras" en los aviones, "(…) la instalación de aparatos auditivos (micrófonos, sistemas de grabación de imagen y sonido, escuchas de teléfono, etc.) atenta gravemente contra el derecho de intimidad del trabajador."[124]

---

122 Ibidem.

123 Goñi Sein, "El respeto… " Op. cit., p. 146.

124 Sala Franco, Tomás, 1999. "El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral". En *Trabajo y Libertades Públicas*. Efraín Borrajo Dacruz (Director). Madrid: La Ley-Actualidad S.A. p.p. 220-221.

Sin embargo, no siempre la instalación de un equipo de grabación podrá considerarse lesiva de la intimidad del trabajador. Ello dependerá de la finalidad para la cual se emplee dicho equipo, pues en ocasiones esta no será la vigilancia del trabajador sino garantizar la seguridad de la empresa o la de los propios trabajadores, aunque indirectamente estos resulten observados. Al respecto, es necesario distinguir, por un lado, entre las zonas o áreas de la empresa que pueden ser vigiladas y, de otro, entre los distintos momentos que se suceden durante la jornada laboral, en que puede ejercerse dicha observación.

Respecto a lo primero, es necesario establecer, en todo centro de trabajo, una primera gran distinción entre las áreas o zonas en que los trabajadores realizan su labor y aquellas otras en que realizan actividades ajenas a ésta, de índole personal o, incluso, íntimo. En el caso de éstas últimas, parece indiscutible, por injustificado, que resulta ilegitimo colocar telecámaras o equipos de grabación del sonido, por no estar destinadas al trabajo, sino a actividades privadas del trabajador, como ingerir sus alimentos (comedores), cambiarse de ropa (vestuarios), descansar (áreas de esparcimiento), realizar sus necesidades fisiológicas (baños) y otras semejantes.[125] También las actividades sindicales, que se realicen en la sede l sindical que estuviera ubicada dentro de la empresa, debe quedar excluida de esta clase de vigilancia que, por añadidura, sería lesiva de la libertad sindical.[126]

Respecto a las áreas en que se realiza el trabajo, es factible realizar una segunda distinción, en este caso entre aquellas en que la labor se realiza en contacto directo con el público o que están abiertas a éste, así como,

125 Cf. Goñi Sein, "El respeto…" Op. cit., pp. 325-326. Concluye, este autor que *"En definitiva el trabajador, al igual que cualquier otro ciudadano, tiene derecho a un espacio reservado de intimidad en el lugar de trabajo."* (Ibidem)

126 El Comité de Libertad Sindical de la OIT señala que *"El derecho de las organizaciones profesionales a celebrar reuniones en sus locales para examinar cuestiones profesionales, sin autorización previa y sin injerencia de las autoridades, constituye un elemento fundamental de la libertad de asociación (...)."* **(Oficina Internacional del Trabajo, "La Libertad Sindical"** Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta Edición (revisada), 2006, Ginebra, p. 31, núm. 130.)

también aquellas, que sin permitir el acceso del público albergan operaciones de peligro, de aquellas otras en que la labor se lleva a cabo en zonas internas, sin acceso ni contacto personal del trabajador con los usuarios o consumidores. Respecto a las áreas internas de trabajo, es innegable que la exigencia de respeto de la dignidad e intimidad del trabajador lleva a rechazar la utilización de esta forma de vigilancia, de modo tal que "Todo conocimiento (...) subrepticiamente alcanzado por el empresario mediante la utilización de aparatos audiovisuales clandestinamente colocados con el fin de sorprender al trabajador, amén de constituir un abuso incompatible con el respeto de la dignidad e intimidad, debe considerarse ilegítimo." [127]

Esta es la posición que adopta la ley laboral italiana que prohíbe "(…) el uso de instalaciones audiovisuales y de otros aparatos con finalidades de control a distancia de la actividad de los trabajadores." [128] Es evidente que la utilización de estos equipos en dichas zonas sólo puede tener como finalidad la de ejercer un control, a distancia y oculto, sobre la actividad de los trabajadores. Por esta razón, se ha puntualizado que "En tal caso estamos ante un control denominado "intencional", pues su único objetivo es llevar a cabo un control absolutamente prohibido por la norma, esto es, de la actividad de los trabajadores." [129] La jurisprudencia española señala que aparte de las áreas en que el trabajador realiza actividades privadas o íntimas, las formas de vigilancia a distancia deben excluir las zonas de

127 Goñi Sein, "El respeto…", Op. cit., p. 149. "(...) *hay que tener en cuenta - afirma este autor- que el trabajador tiene derecho a unos márgenes irreductibles e inderogables de intimidad en el lugar de trabajo. En el desempeño de su actividad, el trabajador realiza en la seguridad de no ser observado una serie de actos que forman parte de su vida privada y que muy probablemente no los realizaría si tuviera conocimiento de su observancia clandestina."* (Ibidem)

128 Statuo dei lavoratori, artículo 4.1.

129 Fernández Sánchez, Sonia,2005. "Variaciones sobre el poder de control a distancia: el espejo de la madrastra". En *El Poder de Dirección del Empresario: Nuevas Perspectivas.* Ricardo Escudero Rodríguez (Coordinador). Madrid: La ley-Actualidad S.A., p. 87. Goñi agregará que *"La absoluta prohibición de este tipo de controles emana del propio derecho subjetivo de la persona a la intimidad. Los trabajadores uti singuli son portadores como cualquier ciudadano del derecho a no ser fiscalizados ilegítimamente en la vida privada y al respeto de su imagen en los momentos de su vida privada y fuera de ellos (...)."* (Goñi Sein, Op. cit.,p. 148)

trabajo habitual porque aun cuando la actividad que el trabajador realiza no pertenecen estrictamente a su esfera privada "(…) es factible en ocasiones, acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador (…) que pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad personal protegido por el artículo 18.1 CE"[130].

Distinta situación es la que se presenta en las áreas de la empresa a las que tiene acceso el público o en que se realizan labores que conllevan peligro, en las cuales la protección de los propios trabajadores, de los clientes y de los bienes de la empresa justifica medidas especiales de vigilancia. En este sentido, la ley italiana admite el control mediante esos equipos pero únicamente por exigencias organizativas y productivas o de seguridad.[131] Se destaca, por ello, que en este caso el control que se ejerce es "preterintencional" porque su legitimidad deviene de que el control tolerado por la norma "(…) no se refiere a la prestación ni al comportamiento del trabajador, sino que viene destinada a la tutela del patrimonio empresarial y de seguridad en el trabajo, traducido - a la inversa - en una necesidad de protección y seguridad del trabajador." [132] Es el caso, por ejemplo, de las áreas de atención al público, en bancos, aeropuertos, terminales marítimos y terrestres, o en una joyería, y, en general, en los establecimientos comerciales de grandes dimensiones o, para el caso de los equipos de audición, los centros de llamadas (*call centres*); pero también, en zonas de

130 Camas Roda, Ferrán. "La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral". En *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*. 2004. Alarcón Caracuel, Manuel Ramón y Ricardo Esteban Legarreta (Coordinadores). Alicante: Editorial Bomarzo, p. 166.

131 El artículo 4.2 del Statuto dei lavoratori, dice lo siguiente. "Las instalaciones y los aparatos de control requeridos por exigencias organizativas y productivas o bien por la seguridad del trabajo, pero de los que derive también la posibilidad del control a distancia de la actividad de los trabajadores, pueden ser instalados solamente previo acuerdo con las representaciones sindicales de empresa o bien, a falta de ésta, con la comisión interna. En defecto de acuerdo, a instancia del empleador, provee la Inspección de Trabajo, estableciendo cuando sea necesario, las modalidades para el uso de tales instalaciones."

132 Fernández Sánchez, Op. cit., p. 88

labor ajenas al contacto con el público que realizan actividades peligrosas para la integridad física.[133]

Tutelar la seguridad de personas y bienes, así como prevenir y perseguir la violencia o el delito es la finalidad que se atribuye a la videovigilancia en el Decreto Legislativo No 1218 que regula el uso de las cámaras de videovigilancia. Este obliga a instalar estos sistemas en los bienes de dominio público, vehículos de servicio de transporte público de pasajeros y establecimientos comerciales abiertos al público con un aforo de cincuenta personas o más (D. Leg 1218, art. 1). De manera específica, la norma mencionada obliga a los propietarios privados de centros comerciales, tiendas por departamentos, entidades financieras, instituciones educativas o culturales, institutos superiores, universidades, establecimientos de salud, entre otros, destacando que la instalación de cámaras de videovigilancia se realiza *(…) acorde con la finalidad de garantizar la seguridad de los consumidores y prevención e investigación del delito* (D. Leg. 1218, art, 9)[134].

La instalación de estos equipos en las áreas indicadas, no obstante, debe estar sujeta a dos límites: el conocimiento previo por los trabajadores y la limitación de su uso para los fines de seguridad ya mencionados, lo que conlleva, en el primer caso, a no admitir la colocación clandestina de esos equipos y, en el segundo, a que "(…) los datos obtenidos de instalaciones que entren dentro del campo de aplicación del control "preterintencional" podrán ser utilizados sólo para satisfacer exigencias productivas, organizativas, o relativas a la seguridad, que son aquellas que legitiman el uso de tales medios (...)."[135] En este sentido, el control mediante estos equipos,

133 "El control de una máquina particularmente peligrosa o de un horno que desprende un fuerte calor o exhalaciones nocivas y peligrosas, o de algunos sectores de actividad de fabricación de explosivos, puede útilmente efectuarse a distancia mediante instalaciones de telecámaras en los puntos más peligrosos en los que el trabajador se encuentra expuesto a graves peligros." (Goñi Sein, "El respeto…" Op. cit., pp. 141-142).

134 No quedan exceptuados de esta obligación las entidades privadas cuando administren o tengan en concesión bienes de dominio público como puede ser el caso de playas, infraestructura vial, escuelas, hospitales, estadios, espacios culturales, cementerios, puertos y aeropuertos, conforme lo estipula el artículo 7 del D. Leg. 1218.

135 Fernández Sánchez, Op. cit., p. 89.

debe ser efectuado de una manera "correcta y leal", de tal modo que la eventual afectación de la intimidad del trabajador "(…) no represente más que un "efecto meramente accidental", nunca un producto primario buscado de forma encubierta."[136]

En cambio, en las zonas de trabajo de la empresa, sin acceso del público o no expuestas a situaciones especialmente peligrosas para la vida, salud o integridad de los propios trabajadores, ni siquiera con conocimiento de estos puede aceptarse la colocación de aparatos audiovisuales de grabación, porque esta modalidad de control,es susceptible de generar en el trabajador un "(...) estado de tensión continuo por la autocensura en las micropausas (presentes en toda prestación de servicios; no se olvide que el trabajo del hombre es ante todo humano) que debe imponerse", se transforma en un medio instrumentalizador del ser humano."[137]

En cuanto a la oportunidad en que puede realizarse el control durante la jornada de trabajo, es necesario, también, diferenciar entre aquellos destinados a la prestación del servicio y los que el trabajador dedica a actividades privadas. El respeto a la dignidad e intimidad del trabajador, impide que el empleador someta al trabajador a una vigilancia permanente que abarque, incluso, aquellos momentos en que éste interrumpe su labor para realizar una actividad privada, como es el caso del cambio de ropa, satisfacer sus necesidades fisiológicas, ingerir sus alimentos o disfrutar de una pausa de esparcimiento, así como, igualmente, participar en una reunión de trabajadores o asamblea sindical.[138] Al respecto, el D. Leg. 1218 puntualiza que *Las cámaras de videovigilancia no deben captar*

136 Goñi Sein, "El respeto…" Op. cit., p. 144.

137 Ídem, pp. 26-27.

138 "Cabría suponer una violación de la dignidad cuando la actividad de control aplicada con fines técnicos llegara a anular todo margen de intimidad del trabajador en la empresa, esto es, cuando el trabajador fuera observado constantemente, "también en los momentos de distracción y de inactividad que están naturalmente presentes en cualquier trabajo y que deben tolerarse porque la misma producción debe adecuarse a estos límites, que son los límites de aplicación del trabajo humano." (Ídem, p. 144).

o grabar imágenes, videos o audios de espacios que vulneren la privacidad o intimidad de las personas (art. 10)[139].

4.7. El control sobre los dispositivos digitales proporcionados al trabajador

El uso habitual y generalizado de dispositivos digitales como medio de trabajo, que la empresa pone a disposición del trabajador, plantea la cuestión de hasta dónde puede llegar la facultad de control del empleador sin afectar los derechos fundamentales del trabajador. Resulta indudable que le asiste al empleador la facultad de controlar que los equipos informáticos que proporciona al trabajador sean usados para la finalidad a que están destinados, esto es, a facilitar la realización de las labores encomendadas al trabajador; pero también es innegable que en la medida en que a través de esos dispositivos el trabajador puede efectuar comunicaciones de carácter personal al acceso por parte del empleador a éstas puede conllevar la vulneración de sus derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Un aspecto estrechamente ligado al derecho a la intimidad es el que se refiere a las comunicaciones privadas del trabajador en el centro de trabajo con otros trabajadores o desde el centro del trabajo hacia personas ajenas a éste. En nuestro ordenamiento constitucional, el secreto de las comunicaciones privadas se encuentra protegido por el derecho específico de toda persona "Al secreto y la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados." enumerado en el numeral 10 del artículo 2º CP, mientras que al derecho a la intimidad personal y familiar se refiere el numeral 7 del mismo precepto. No obstante, con los matices que la doctrina expone al respecto, no puede negarse que existe una innegable conexión entre la protección de la intimidad personal y el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

139 El Reglamento del Decreto Legislativo 1218 y de la Ley 30120,aprobado por el Decreto Supremo N.º 007-2020-IN, dispone en el artículo 5,, 5.1, que *Las cámaras de videovigilancia no deben captar o grabar imágenes, videos o audios del interior de viviendas, baños, espacios de aseo, vestuarios, vestidores, zonas de descanso, ambientes donde se realiza la atención de salud de las personas, entre otros espacios protegidos por el derecho a la intimidad personal y determinados por la norma de la materia*.

Este derecho fundamental puede resultar afectado cuando los procedimientos de control conduzcan a algún grado de interceptación de las comunicaciones del trabajador o permitan conocer, *a posteriori*, el contenido de éstas.

En opinión de Martínez Fons la vulneración de este derecho no necesariamente supondrá la del derecho a la intimidad pues, como lo señala, el derecho del secreto a las comunicaciones posee un "carácter formal", esto que la tutela que dispensa es independiente del contenido material del mensaje, por lo que "Toda comunicación es, de este modo, secreta, aunque sólo algunas, como es obvio, serán íntimas."[140] A la inversa, en el supuesto de un levantamiento del secreto, dispuesto judicialmente, o con consentimiento del trabajador, si el contenido de la comunicación reviste un carácter íntimo, el empleador o quien lo conozca no puede revelarlo o divulgarlo porque continúa perteneciendo a la esfera íntima de los comunicantes.[141]

De otro lado, el elegir un determinado sistema de comunicación, sobre todo aquellos que permiten la comunicación directa y personal entre los sujetos, excluyendo a los terceros, aquellos ejercen una opción destinada a dotar de reserva y confidencialidad su comunicación, aunque esta no se refiera a aspectos íntimos de aquellos y, con mayor razón, si se refiere a éstos. Esta expectativa de confidencialidad y secreto es la que resulta protegida por el artículo 2.10 CP.

Como es natural, no todas las comunicaciones que se producen en el centro de trabajo o desde este hacia el exterior están referidas a la actividad laboral en sentido estricto. También existen comunicaciones privadas

140 Martínez Fons, Op. cit., p. 135.

141 Ídem., pp. 178-179. Precisa Martínez Fons lo siguiente: "En otras palabras, la ampliación del ámbito subjetivo de difusión de los elementos integrantes del proceso comunicativo no representa consentir la difusión incontrolada de las informaciones dominadas por los sujetos intervinientes en la comunicación. Consiguientemente, resultará proscrita la revelación, así como cualquier utilización de lo conocido gracias al levantamiento del secreto de las comunicaciones. El consentimiento, en este sentido, únicamente viene referido a la comunicación y a su contenido en relación con el supuesto concreto." (Ibidem)

que se desarrollan entre los trabajadores o entre éstos y personas ajenas al centro de trabajo, como familiares o amigos.

Por ello, es importante distinguir entre comunicaciones personales, o privadas, y comunicaciones comerciales. La diferencia entre unas y otras radica en su contenido. Las primeras son aquellas que, por su contenido, son ajenas a la prestación laboral del trabajador y las segundas aquellas que este debe realizar para cumplir su prestación laboral.[142] Hoy en día, son cada vez más intensas las comunicaciones que los trabajadores realizan en nombre de la empresa como parte de su actividad laboral, y en muchas ocasiones ésta consiste, principal o exclusivamente, en realizar comunicaciones.

Parece evidente que las primeras, son ajenas al poder de control del empleador, por lo cual en ejercicio de éste el empleador no puede interceptarlas ni interferir en ellas, salvo cuando el objeto de su control no sea, estrictamente, su contenido, sino detectar el eventual uso indebido por el trabajador de los equipos de comunicación de la empresa o el mal uso del tiempo que aquel debía dedicar a sus labores para realizar conversaciones personales.

Por ello, la hipótesis de que las medidas de control puedan lesionar la intimidad del trabajador y el secreto de sus comunicaciones, sólo emerge cuando aquellas al incidir sobre las comunicaciones comerciales o el uso que el trabajador hace de los equipos de comunicación puestos a su disposición para trabajar, constituyan una injerencia en las comunicaciones personales de éste.

---

142 Martínez Fons, las define así: "(...) comunicaciones personales" son todas aquéllas que, con independencia de que se revelen secretos relativos a la intimidad de los comunicantes u opiniones políticas sindicales, no tengan por objeto, ya sea directa o indirectamente, el cumplimiento de las obligaciones laborales. Por consiguiente, gozan de tal carácter las comunicaciones entabladas entre los trabajadores de la empresa durante la jornada de trabajo y cuyo contenido esté desconectado del cumplimiento de la prestación. A *sensu* contrario, deberá adjudicárseles la naturaleza de comunicaciones comerciales a todas aquellas que razonablemente aparezcan relacionadas con el objeto de la prestación del trabajador." (Ídem., p. 179.)

Esta circunstancia es especialmente compleja hoy día con el gran desarrollo de la informática, en razón del cual gran parte de los trabajadores usan permanentemente o, cuando menos, durante una gran parte de su jornada laboral, computadoras personales, que les posibilitan la navegación en Internet y el correo electrónico, que son los dos aspectos de esta forma de comunicación a los que vamos a referirnos.

Respecto a la navegación en Internet, para obtener datos e información útil que está disponible en la red, se plantea el hecho de que el trabajador puede acceder durante la jornada de trabajo, a páginas web ajenas a su actividad laboral, con el objeto de obtener información de utilidad personal o familiar o simplemente entretenerse, o por cualquier otra razón. En principio parece lícito que el empleador pueda implementar un mecanismo de control destinado a conocer si al navegar en la red el trabajador lo está haciendo como parte de su actividad laboral o para facilitarla con la obtención de la información que esta requiere, o si, por el contrario, lo hace con fines distintos, de carácter personal, y de esta forma, verificar el uso real del instrumento que se le proporciona para trabajar, así como el empleo del tiempo que debe destinar a su labor. Sin embargo, se estima que una forma de control que permita al empleador acceder al conocimiento de las páginas visitadas podría afectar la intimidad del trabajador al revelar el contenido de éstas, por lo que será necesario recurrir a procedimientos que permitan tutelar el interés del empleador, sin necesidad de afectar la intimidad del trabajador.[143]

En el ámbito de las comunicaciones, la otra cuestión relevante es la que se refiere al control del uso del correo electrónico, a través del cual se producen las comunicaciones de la empresa con el exterior (clientes, proveedores, etc.) y al interior (entre trabajadores de la empresa). Al res-

143 "Gracias a las nuevas tecnologías que hoy disponemos es posible llevar a cabo un control sobre la navegación de los propios dependientes en la red, sin necesidad de lesionar la intimidad ni la libertad de los trabajadores y satisfaciendo el interés empresarial. Así, por ejemplo, se pueden utilizar dispositivos que reflejen el número de horas de conexión durante el tiempo de trabajo y las páginas web visitadas no relacionadas con la actividad laboral, sin necesidad de conocer el carácter de las mismas, hecho que respeta la intimidad del trabajador." (Fernández Sánchez, Op. cit., p. 94.)

pecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia No 1058-2004-AA/TC, estableció sostuvo que "(...) aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado." [144]

A criterio del TC, del hecho de que la empresa sea propietaria del sistema de comunicación utilizado por el trabajador, no se puede concluir que este no se encuentra amparado por el secreto de sus comunicaciones, previsto en el artículo 2.10 CP, pues

> Aunque, ciertamente puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.[145]

En tal sentido, la llamada "monitorización" o auditoría interna del correo electrónico, sin presencia de terceros, se considera ilegítima.[146] En

144 STC del 18 de agosto de 2004, Expediente N.º 1058-2004-AA/TC, FJ.17). El proceso de amparo que motiva la referida sentencia, está referido al despido de un trabajador a quien se acusa de haber utilizado la computadora puesta a su servicio para enviar mensajes de contenido pornográfico a otro trabajador de la misma empresa.

145 Ibid., FJ. 18).

146 Cfr. Molina Navarrete, Cristóbal, 2005. "La protección de los derechos de la personalidad en los lugares de trabajo y nuevas formas de dominación en la era de la globalización". En *Temas Actuales de Derecho Laboral*. Jorge Luís Collantes González ((Coordinador). Trujillo, Editora Normas Legales S.A.C., p. 276. Apoya este autor dicha afirmación

la STC antes mencionada, el hecho de que las autoridades de la empresa hubieran procedido a revisar la computadora del trabajador despedido, sin presencia de éste, a quien se le impidió ingresar a la empresa, fue considerado lesivo de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, pues, a su juicio, "(...) si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución."[147]

Este criterio ha sido modificado en la 412/2020, la que, de forma expresa señala que "(…) una aplicación de la actual línea jurisprudencial seguida por este Tribunal conllevaría que el empleador no cuente con la posibilidad de controlar el contenido de las comunicaciones del correo electrónico institucional. Dicho con otras palabras, no tendría posibilidad alguna de monitorear si es que existe alguna filtración de información confidencial que pueda generar grandes perjuicios a la empresa" (STC 412/2020, FJ. 22).

La mencionada sentencia, pasa revista, glosa y asume explícitamente los criterios establecidos por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso Barbulescu vs Rumanía y, también por el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 170/2013, y en función a estos antecedentes establece que se "(…) debe reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa"

---

en sentencias de los tribunales españoles.

147 STC de 18.08.2004, Op. cit., FJ. 21). En este mismo fundamento, la sentencia agrega: "La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva sólo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley."

(STC 412/2020, FJ. 29). Agrega que la intervención del empleador debe respetar ciertos criterios relacionados con "(…) el respeto del principio de proporcionalidad entre el fin que se persigue lograr con dicha intervención y la intensidad de la eventual vulneración o amenaza de violación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones" (STC 412/2020, FJ. 30).

En la sentencia del caso Barbulescu II vs Rumanía, el TEDH, preciso las condiciones en las cuales debe efectuarse el control del empleador sobre las comunicaciones realizadas por el trabajador en el equipo informático institucional, las cuales son:

a) El trabajador debe ser informado sobre la posibilidad de que el empleador tome medidas para revisar su correspondencia y comunicaciones en general. La advertencia debe ser clara y previa a cualquier acto de supervisión[148]. El hecho de que exista en la empresa una prohibición general de uso de los dispositivos digitales para fines personales, no exime al empleador del deber de informar al trabajador sobre la posibilidad del control de sus comunicaciones, pues la sentencia del caso Barbulescu II puntualiza que "(…) es una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones vigilar los mensajes enviados por un trabajador mediante medios propios de la empresa y acceder al contenido de los mismo, si no ha sido previamente informado de esta posibilidad, incluso si existían normas en la empresa que prohíban su utilización con fines personales"[149].

b) Debe tenerse en cuenta el alcance de la supervisión y el grado de intrusión de ésta en la vida privada del trabajador. El TEDH afirma al respecto que debe evaluarse si la acción de control

148 Taléns Visconti, Eduardo Enrique, 2020. Incidencia de las Redes Sociales en el ámbito laboral y en la práctica procesal. Madrid: Lefevre-El Derecho S.A. p. 46.

149 Luque Parra, Manuel, 2020. Acceso a dispositivos digitales del trabajador facilitados por la empresa. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 359.

de las comunicaciones del trabajador se ha realizado "sobre la totalidad o solo una parte de ellas y si ha sido o no limitado en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados"[150].

c) Para que la supervisión proceda el empleador debe tener fundadas sospechas o argumentos legítimos para iniciar el control. No se trata, por ende, de un control habitual o rutinario, sino que deben existir "(…) razones legítimas para justificar la supervisión y el alcance de la misma. Cuanto más intrusivo sea el monitoreo, más importante será la justificación que se requiera"[151].

d) Si se ha aplicado el juicio de necesidad a efecto de determinar si existían medios menos intrusivos para obtener el resultado deseado, "(…) es decir que la conducta pueda acreditarse sin la necesidad de leer la correspondencia electrónica y entrar en el ordenador (…)" [152].

e) Las consecuencias que tiene para el trabajador la supervisión de sus comunicaciones. "Debe tenerse en cuenta, en particular, el uso que haga el empleador de los resultados del seguimiento y si dichos resultados se han utilizado para alcanzar el objetivo declarado de la medida"[153].

f) Finalmente, se señala que "(…) cabe efectuar un **control de proporcionalidad** en sentido estricto, ofreciendo al trabajador todas las garantías de que se ha actuado de la forma menos intrusiva posible en la esfera de su intimidad"[154]. Tales garantías "(…) podrán consistir entre otras cosas, en informar a los trabajadores afectados o a los representantes del personal sobre la instalación y el alcance de la supervisión, en una declaración de

150 Tálens Visconti, Loc cit

151 Luque Parra, Op. cit., p. 390.

152 Taléns Visconti, Loc. cit

153 Luque Parra, Loc. cit.

154 Talens Visconti, Loc. cit.

tal medida a un organismo independiente o en la posibilidad de presentar una reclamación"[155].

Contrasta la enjundia del pronunciamiento de la Gran Sala del TEDH en el caso Barbulescu II, con la parquedad de la reciente sentencia 412/2020 de nuestro TC la cual se limita a condicionar la validez del control ejercido por el empleador sobre los equipos informáticos a la información previa al trabajador y al respeto del principio de proporcionalidad, sin precisar si también adopta el conjunto de criterios y garantías que dicha sentencia europea establece y que son glosados, de forma incompleta, en el fundamento 25 de la sentencia 412/2020.

En la sentencia 1058-2004-AA/TC, se estableció la necesidad de la intervención judicial para acceder a las comunicaciones del trabajador contenidas en la computadora con la que trabajaba, exigencia que parece haber sido dejada de lado con la STC 412/2020, pero esta no lo afirma explícitamente. Se limita a glosar una sentencia del Tribunal Constitucional Español en la que éste señala que el control empresarial debe realizarse con garantías, como por ejemplo la intervención de perito informático y notario, pero se inhibe de señalar si adopta expresamente estos criterios, es decir si, en lo sucesivo, será suficiente el control que efectúe el empleador en presencia de un perito informático, un notario u otro profesional o, acaso, una autoridad.

Como lo puntualiza el TEDH "(…) es una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones vigilar los mensajes enviados por un trabajador mediante medios propios de la empresa y acceder al contenido de los mismos (…); y lo reitera nuestro tribunal constitucional al señalar que "(…) debe considerarse que cualquier intervención en las conversaciones privadas representa una vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (STC, 412/2020, FJ. 33), razones por lo que la facultad de control del empleador de las comunicaciones del trabajador debe ejercerse dentro de límites estrictos, estar rodeada de las máximas garantías y ser, a su vez, objeto de control,

155 Luque Parra, Loc. Cit.

incluso concurrente mediante la presencia de la inspección de trabajo en el acto mismo de control. No se puede dejar al criterio discrecional del empleador hacer uso de esta facultad en una materia en la que la lesión de derechos fundamentales es una posibilidad latente. La tutela de la dignidad del trabajador y de sus derechos fundamentales requiere que rijan parámetros estrictos, claros y mecanismos de control efectivos.

Lima, octubre de 2020.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Sevilla, Verónica, 2026. "Implantación del chip subcutáneo: protección de datos, intimidad y libertad religiosa". Revista Bioderecho.es. 2016, número 3.

Blancas Bustamante, Carlos, 2007. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Camas Roda, Ferrán. "La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral". En *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*. 2004. Alarcón Caracuel, Manuel Ramón y Ricardo Esteban Legarreta (Coordinadores). Alicante: Editorial Bomarzo,

Cruz Villalon, Jesús, 2020. "El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.

Cuatrecasas, Instituto de Estrategia Legal en RRHH, 2017. Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos. Madrid: Wolters Kluwer

Eurofound & Organización Internacional Del Trabajo (OIT), 2029. "Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral". Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Fernàndez Garcìa, 2020. "Trabajo, algoritmos y discriminación". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodrí-

guez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.

Fernàndez Orrico, 2020. "Límites a la biometría como medio de identificación y control de los trabajadores: necesidad de su regulación". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.

Fernández Sánchez, Sonia,2005. "Variaciones sobre el poder de control a distancia: el espejo de la madrastra". En *El Poder de Dirección del Empresario: Nuevas Perspectivas.* Ricardo Escudero Rodríguez (Coordinador). Madrid: La ley-Actualidad S.A.

Ferreira Dos Santos, Vanda y Emilce Noemi Sena Correa, 2004, "Advenimiento de la sociedad de la información y su repercusión en ámbito laboral, cultural y económico". *Ciencias de la Información*. Volumen 35, número 1

Garriga Domìnguez, Ana, 2014. "Algunas consideraciones sobre los derechos humanos en Internet. Su posible colisión con las medidas adoptadas para la protección de la propiedad intelectual". En *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, 2014. Antonio Enrique Perez Luño (Editor). Valencia: Tirant lo blanch

Goñi Sein, José Luís, 1998. *El Respeto a la Esfera Privada del Trabajador. Un estudio sobre los límites del Poder de Control Empresarial.* Madrid: Editorial Civitas S.A.

Goñi Sein, José Luis, 2017. "Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016". *Revista de Derecho Social*, número 78, p. 2.

Igartua Miró, María Teresa, 2020. "Digitalización, monitorización y protección de la salud: más allá de la "fatiga informática". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.

Luque Parra, Manuel, 2020. Acceso a dispositivos digitales del trabajador facilitados por la empresa. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi

Martin Valverde, Antonio, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutierrez y Joaquín García Murcia, 2010. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos,

Martínez Fons, Daniel, 2020. El poder de control del empresario en la relación laboral. Madrid: Consejo Económico y Social.

Miñarro Yanini, Margarita, 2020. "El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión digital". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.

Molina Navarrete, Cristóbal, 2005. "La protección de los derechos de la personalidad en los lugares de trabajo y nuevas formas de dominación en la era de la globalización". En *Temas Actuales de Derecho Laboral*. Jorge Luís Collantes González (Coordinador). Trujillo, Editora Normas Legales S.A.C.

Nieto Sainz, Joaquín, 2019. "Innovación social y transición justa para una revolución tecnológica disruptiva". En *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,

Organización Internacional del Trabajo, 2006. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Quinta Edición (revisada). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo, 2015. "Informe I de la Conferencia Internacional del Trabajo". *Iniciativa del centenario relativo al futuro del trabajo, 104ª reunión*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo, 2019. *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo

Pacheco Zerga, Luz, 2007. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A.

Palomeque López, Manuel Carlos y Manuel Alvarez De La Rosa, 2018. *Derecho del Trabajo.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Pazos Pèrez, 2020. "La reputación digital mediante algoritmos y los derechos fundamentales de los trabajadores". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.

Pérez De Los Cobos, Francisco Javier y Javier Thibault Aranda, 2001. *El Teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Pérez García, Francisco (Director), 2020. *Cambios tecnológicos, trabajo y actividad empresarial: el impacto socio económico de la economía digital*. Madrid: Consejo Económico Social de España.

Pérez Luño, Antonio Enrique. "Los derechos humanos ante las nuevas tecnologías". En *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, 2014. Antonio Enrique Perez Luño (Editor). Valencia: Tirant lo blanch,

Poquet Catalá, Raquel, 2013. El actual poder de dirección y control del empresario. Pamplona: Editorial Aranzadi.

Poquet Catalá, Raquel, 2020. "Últimos perfiles del sistema de geolocalización como instrumento del empresario". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.

Preciado Domènech, Carlos Hugo, 2020. Monitorizaciòn: GPS, Wearables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.

Purcalla Bonilla, Miguel Ángel, 2018. "Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas, Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, 5, 95-110. https://doi.org/105565/rev/aiet.66

Rodríguez-Piñero Royo, Miguel, 2020. "Registro de jornada mediante controles biométricos: un caso de incoherencia en el Derecho del Trabajo Digital". En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.

Sala Franco, Tomás, 1999. "El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral". En *Trabajo y Libertades Públicas*. Efraín Borrajo Dacruz (Director). Madrid: La Ley-Actualidad S.A.

Sempere Navarro, Antonio V, y Carolina San Martín Mazzucconi, 2005. "Vigilancia Electrónica vs Derecho a la Intimidad y a la Propia Imagen (A propósito de las nuevas tecnologías en el marco laboral)". En *Temas Actuales de Derecho Laboral*. Jorge Luís González Collantes (Coordinador). Trujillo: Editora Normas Legales S.A.C

Taléns Visconti, Eduardo Enrique, 2020. Incidencia de las Redes Sociales en el ámbito laboral y en la práctica procesal. Madrid: Lefevre-El Derecho S.A.

Vida Soria, José; José Luís Monereo Pérez y Cristóbal Molina Navarrete, 2003. *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Editorial Comares, S.L.

FACULTADES DEL EMPLEADOR Y EL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LAS RELACIONES LABORALES

Aspectos procesales

DANIEL ULLOA MILLARES

Doctor en Derecho por la Universidad Castilla-La Mancha, España.
Profesor de derecho laboral en las universidades PUCP, ESAN y UNMSM. Socio del estudio De Las Casas y Ulloa (www.dyu.pe)

1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quiero agradecer al Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y a la Comisión Organizadora del presente congreso por la invitación a participar en este evento tan especial, así como felicitarlos por el intenso trabajo realizado para que, a pesar del virus, este encuentro haya mantenido su convocatoria y periodicidad bienal.

En segundo lugar, quiero remitir un afectuoso saludo a todas las personas que han podido acompañarnos en este evento y desearles que todo les marche bien. Y a la vez quiero recordar a las personas que lamentable e injustificadamente han dejado este mundo por la pandemia, en especial a quien fuera el profesor Julio Gamero Requena, que en paz descanse.

2. EL TRABAJO

Paso a explicar el motivo de mi presencia hoy. Delimitado el objeto de mi intervención a los aspectos procesales del uso de la tecnología en las relaciones laborales podemos confirmar que la norma vigente, la ley N.º 29497, todavía llamada Nueva Ley Procesal del Trabajo a pesar que ya tiene varios años de vigencia, permite a cada parte la presentación de todo tipo de pruebas (testigos, peritos, documentos) siempre que se ofrezcan en la oportunidad pertinente (con la demanda o con la contestación) y que ellos se actúen en la audiencia respectiva, siendo sancionable ofrecer medios probatorios inexistentes.

Este precepto sigue el principio básico de que uno debe probar los hechos que afirma, en especial cuando se invoca alguna nulidad u hostilidad, así como la existencia de un daño. La carga de la prueba, en estricto, tal como lo afirma el profesor Paúl Paredes, "*no es sino la necesidad de*

probar para vencer explicitada en la necesidad de ofrecer medios probatorios y aportar argumentos de prueba que no aseguran ventajas pero que tienden a superar el riesgo que significaría no lograr la formación de convicción respecto a los hechos que sustentan la pretensión en el órgano jurisdiccional."[1]

De ahí que una primera conclusión que podemos postular es que cada parte puede presentar cualquier prueba en el proceso, salvo las inexistentes. Y en cualquier momento, pues si bien la norma fija la oportunidad en que ello debe ocurrir, en la práctica los jueces deciden admitir muchas veces una prueba presentada extemporáneamente a pesar de que no sea de conocimiento o creación nueva, lo cual ha relajado la aplicación de la disposición citada.

En consecuencia, las pruebas relacionadas con las facultades del empleador y el uso de las tecnologías son, por mencionar las más conocidas las siguientes:

- Correos electrónicos.
- Sistemas de comunicación interna.
- Conversaciones de *Whatsapp* (antes el Yahoo! Messenger).
- Historial de visitas de páginas web en internet.
- Audios.
- Reportes de GPS.
- Cuentas de Facebook, Instagram, etc.

Normalmente estas pruebas se guardan o archivan en los teléfonos móviles (celulares), la computadora personal, la red de la empresa o en el internet, todas ellas protegidas por los derechos constitucionales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y documentos privados previsto en los numerales 7 y 19 del artículo 2. Así, en una antigua discusión generada por algunas sentencias emitidas por nuestro Tribunal Constitucional, en adelante "el TC", (caso Serpost, sentencia de fecha 18 de agosto del 2004,

1 Paredes Palacios, Paúl, *Prueba y presunciones en el proceso laboral*, Ara editores, Lima, 1997, p. 352.

expediente N.° 1058-2004; casos Telefónica, sentencias de fecha 10 de enero del 2012, expediente N.° 3599-2010 y expediente N.° 114-2011), la doctrina nacional reaccionó de manera dividida avalando o no la revisión del contenido de estos medios e inclusive los elementos externos de estos elementos (el historial). Recientemente, en la sentencia de fecha 14 de julio del 2020 emitida en el expediente N.° 943-2016-PA/TC, tres miembros del citado Tribunal han relajado su posición frente a esta revisión, permitiéndola siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos. Empero, este enunciado, tal como han señalado varios comentaristas, no constituye la sentencia del caso[2] pues la demanda fue declarada improcedente por la decisión de los cuatro miembros restantes. Este hecho debería reiterar nuestra atención y seguir puliendo nuestra comprensión lectora para evitar seguir titulares engañosos o arribar a conclusiones erradas.

Entonces, si entendemos sin mayor discusión que cada parte podrá presentar cualquier elemento que haya existido en su relación laboral, incluyendo con ello todos los arriba citados, analizaremos a continuación la problemática que genera cada uno, empezando por los más usuales. Y así pensaremos en el impacto que conlleva este desarrollo de la tecnología en el modelo que tenemos de proceso, de prueba y en general del derecho a un debido proceso.

No descartemos que estamos esencialmente ante documentos o pruebas de declaraciones. Si bien se señaló años atrás que el nuevo proceso laboral fue diseñado para que los medios probatorios de actuación estelar sean las declaraciones, principalmente de las partes[3], y que la mayor dosis de oralidad vendría dada en la actuación probatoria[4], lo cierto es que el proceso laboral (inclusive post covid) sigue siendo en materia de prueba esencialmente do-

2 La sentencia se puede ver aquí: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00943-2016-AA.pdf Última visita: 1 de octubre del 2020.

3 Quispe Montesinos, Carlos, "La oralidad como sustento de la reforma procesal en el Perú", ponencia oficial presentada en el V congreso nacional SPDTSS, octubre del 2012, p. 419.

4 Paredes Palacios, Paúl, "La oralidad como herramienta para el acceso a la justicia en el nuevo proceso laboral peruano", ponencia oficial presentada en el V Congreso Nacional SPDTSS, octubre del 2012, p. 457.

cumental, dado que generalmente se buscan satisfacciones económicas (pago de remuneraciones, beneficios o indemnizaciones) las cuales se sustentan en alguna prueba documental a cargo del trabajador para sustentar su reclamo y del empleador para acreditar su cumplimiento. Resolver un caso solamente en base a testigos parecería bastante irreal en nuestra realidad, en especial por la poca confianza a este tipo de manifestaciones.

Entonces, como escribió Ricardo Palma, *carta canta*, esto es, para poder decidir una discusión, ganará quien acredita su derecho mediante la misiva pertinente[5]. O como se dijo recientemente, "papelito manda".

Pero ¿y si no existen documentos? Años atrás el profesor Sandro Nuñez se preguntaba "*¿qué ocurre si se presentan como medios probatorios un video, un audio y un facsímil?*" para luego responderse que "*el juez debe proceder a leer, escuchar o visualizar la parte pertinente del documento materia de actuación, consultando para tal efecto al oferente*" logrando con ello "oralizar el documento" dejando constancia de ello en la grabación de la audiencia[6], acción esta que supone para el citado autor un acto similar a la actuación de una prueba testimonial o una declaración de parte. Volver oral la prueba documental es, según Nuñez, conocer directamente el contenido del documento.

Veamos entonces estas pruebas, cómo podrían presentarse y *oralizarse*:

3. LAS PRUEBAS

• El correo electrónico y los sistemas de comunicación interna

Si la parte que presenta el mensaje ha participado de la conversación registrada en ella (sea como emisor o como receptor) no hay dudas que

5 La tradición "Carta canta" es la quinta de la tercera serie de la recopilación de las Tradiciones Peruanas. Se puede revisar en este enlace: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/tradiciones-peruanas-tercera-serie--0/html/01559788-82b2-11df-acc7-002185ce6064_4.html. Última visita28 de setiembre del 2020.

6 Nuñez Paz, Sandro "La oralización de la prueba documental en la audiencia de juzgamiento", ponencia libre presentada en el V Congreso Nacional SPDTSS, octubre del 2012, pp. 563-564.

pueda presentar la impresión de la misma. Los problemas surgen cuando se presenta el contenido de correos en los cuales no ha participado la parte que los ofrece.

Queda claro que el empleador no puede usar o imprimir los correos que existen en su sistema, si bien en la práctica tiene acceso a leer todo lo que figura en su servidor o dominio. El hecho que en la última sentencia del TC antes citada los miembros del tribunal que elaboraron el voto no acogido hayan reconocido la facultad de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional, ello lo aprueban siempre que haya sido previamente advertido al trabajador y que debe ser proporcional entre el fin que se busca lograr y la intensidad de la vulneración o amenaza al derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones[7]. No es, por tanto, una posición que permita la revisión descontrolada de estos mensajes, que en realidad constituyen la modernización de las cartas manuscritas en papel: es simplemente entender que el correo es una herramienta más que exige por parte del dueño el debido respeto a su contenido (como ocurre con los casilleros o los cajones de un escritorio). Y su intervención debe contar con un respaldo laboral claro.

Claro está que nos referimos a los aspectos internos de esta comunicación (el contenido) porque creemos que todos los elementos externos (ver más adelante nuestro comentario al uso de la computadora) si serían pasibles de ser expuestos como documentos sin autorización de los usuarios.

Lo mismo podríamos decir de los mensajes incluidos en las herramientas de comunicación interna, las cuales viajan y existen por cables antes que en un papel. Los chats de zoom, de Google meet, de blackboard, de intranet, todo puede ser susceptible de grabación y exhibición por lo que el usuario de las mismas no debería esperar la misma privacidad que le puede generar una conversación oral directa o el uso de alguna plataforma privada. Su ejercicio de la libertad de expresión debe ser pensado, adecuado y razonable, dado que no está utilizando bienes personales ni se encuentra en su tiempo libre. Alegar su derecho a la privacidad o a la

7 Numeral 29 de la ponencia del juez Espinoza en el exp. N.º 943-2016.

intimidad durante el desempeño de su relación laboral no debería generar una defensa absoluta sino que dependerá del caso concreto (por ejemplo, atender una urgencia en casa) y de la existencia de ciertos elementos (por ejemplo, el aviso anticipado). Esto no significa que aceptemos que el empleador puede revisar todo: él también debe comportarse de manera objetiva y razonable. Lo que llaman *ponderación.*

Por ejemplo, en un caso en el que se discutió el uso de la extinta aplicación de mensajería instantánea Yahoo! Messenger[8], la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió con sentencia de fecha 5 de setiembre del 2017, que un empleador no podía invadir ni intervenir, sin aviso, en este sistema de comunicación utilizado a su pedido por un trabajador y que debía buscar métodos menos invasivos o perjudiciales al derecho de intimidad del mismo. Esta posición, poco a poco fue cambiada por el citado tribunal, como veremos más adelante.

- **El teléfono celular**

Complejo aparato que nació siendo solamente teléfono y paulatinamente, cual navaja multiusos suiza, empezó a incluir otros servicios tales como:

- Notas de voz.
- Mensajes.
- Agenda.
- Radio y televisión.
- Apps de comunicación, como *WhatsApp* o We Chat.
- Cámara fotográfica y de video grabación.
- Plataforma de juegos.

8 Demanda N.° 61496/08, Sr. Barbulescu contra Rumania. Se puede ver en el siguiente enlace: http://portal.ugt.org/actualidad/2017/NEG_COL_NUM_31/S5.pdf Última visita: 29 de setiembre del 2020.

Ello sin perjuicio de no depender de un sitio fijo sino solamente de una señal de conexión. En todos estos casos la prueba supone una manifestación concreta, sea un audio grabado, una conversación grabada (al estilo de un espía), una foto, un "pantallazo", todo lo que físicamente se pueda evidenciar para que un tercero que no forma parte de la comunicación pueda conocer estos hechos.

No parece generar muchos inconvenientes aceptar este tipo de pruebas, como se indicó antes, si uno participa de la conversación. Sin perjuicio de la facilidad de falsificar estas pruebas, lo cual veremos más adelante, ser el dueño del teléfono no permite al empleador entrometerse en las conversaciones que se den con él. Y lo manifestado en estos medios genera sin mayor problema efectos jurídicos.

El profesor uruguayo Federico Rosenbaum comenta un caso resuelto mediante sentencia de fecha 11 de setiembre del 2019 por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Uruguay en la cual se analizaba si una conversación por *WhatsApp* podía sustentar una renuncia por esa vía. Tal como lo describe en su página web[9] la discusión no se basó en la admisión de la prueba sino en si ella era real, aspecto que fue confirmado por la emisora del mensaje, pues en el acta de constatación de la conversación no figuraba el número del abonado del que provenían los mensajes.

Y es que, como veremos más adelante, podría resultar sencillo recrear conversaciones por *WhatsApp* poniendo el nombre y la foto de la persona que queramos comprometer. De ahí que la presentación de estas pruebas debería ir junto con algunos elementos que acrediten al autor del mensaje.

- **La computadora personal**

Sobre este punto consideramos que el empleador puede presentar en un proceso y sin autorización del usuario todo tipo de información

9 https://federicorosenbaum.blogspot.com/2020/01/el-*whatsapp*-como-prueba-en-el-proceso.html Última visita: 29 de setiembre del 2020.

relacionada a los elementos externos del uso de la computadora que ha entregado a un trabajador, a saber:

- Días y horas de uso.
- Páginas web que se visitaron (historial).
- Relación con el nombre de todas las descargas de imágenes, videos o documentos realizadas, así como su peso.
- Tiempo de conexión al servidor de la empresa.
- Dirección de los correos electrónicos que le escribieron y a los cuales ha escrito (sin entrar al contenido).

En el entendido que la computadora se otorga como herramienta de trabajo y no para fines personales, el trabajador no puede pretender que su uso sea indiscriminado o como si fuera un bien privado. Por tanto, y sin necesidad de aviso previo, creemos que en virtud del principio de buena fe contractual nos llevaría a entender que el uso de este bien está destinado para fines laborales y no para fines de recreación o personales.

El empleador, por tanto, puede obtener los reportes de estos elementos externos de su sistema, mejor aún con el aval de un notario público, para alejar cualquier duda sobre su contenido y del usuario que realizó dichas conductas. De ahí la importancia de que todo acceso se realice con una clave personal del trabajador, la misma que no debería ser pasible de compartirse, para así vincular al usuario de la computadora con el trabajador, situación que no siempre podría ocurrir.

- **Cámaras de video vigilancia**

Antes eran los supervisores quienes con sus testimonios podían determinar los hechos que ocurrían en un lugar de trabajo. Hoy son las cámaras las que nos pueden ofrecer dicha información.

Como un ejemplo de esa vieja práctica, nuestro TC resolvió mediante sentencia de fecha 22 de octubre del 2012[10] una demanda de hábeas

10 Expediente N.º 3955-2012-PHC/TC que se puede ver en https://tc.gob.pe/jurispru-

corpus presentada por un sindicato de trabajadores contra su empleador para que esta retire, deje sin efecto y cese la vigilancia efectuada por veinte policías y vigilantes luego de la huelga de ocho días que realizaron. El sindicato alegó que con ello se "militarizaba" el centro de trabajo para así amedrentar y vigilar los movimientos de los afiliados. Como la empresa mantuvo su posición, el sindicato la discutió judicialmente.

El TC señaló sin mayor detalle que la conducta anotada es una medida regular establecida para "*brindar seguridad al interior del referido centro del trabajo, lo cual no tiene incidencia directa a la libertad individual*" y por ello declaró improcedente la demanda. En la sentencia, de dos hojas, no se señalan los motivos por los cuales la presencia de estos vigilantes podría resultar intimidante.

Reemplazados los humanos por las máquinas, tal como analiza Harari sobre el desarrollo tecnológico en el trabajo[11], la discusión sobre la presencia de cámaras en los centros de trabajo se viene resolviendo por algunos tribunales con los inconcretos conceptos de racionabilidad y proporcionalidad, los cuales permitirán o no la existencia de estas herramientas de vigilancia según cada caso.

Algunos años atrás, en un país cercano, en la sentencia T 768 de fecha 31 de julio del 2008[12], la sala novena de revisión de la Corte Constitucional de Colombia decidió negar la tutela presentada por un trabajador de un banco que consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la intimidad, a la dignidad humana, al debido proceso y al trabajo en condiciones dignas y justas cuando cuestionó la grabación realizada mediante una cámara oculta en su hora de almuerzo cuando besaba a una compañera de trabajo. Anteriormente a este hecho, el trabajador había tapado algunas cámaras del trabajo y por ello la empresa colocó esta cámara adicional que sirvió para conocer el afecto del trabajador.

---

dencia /2013/03955-2012-HC%20Resolucion.pdf Última visita: 4 de octubre del 2020.

11 Harari, Yuval Noah, "21 lecciones para el siglo XXI", Debate, 2018, pp. 38-64.

12 La sentencia citada se puede revisar en el siguiente enlace: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-768-08.htm Última visita: 4 de octubre del 2020.

La Corte estableció que "*no es desproporcionado que se hubieran instalado cámaras de video en el lugar donde el actor desarrollaba sus tareas, más aún cuando este ejercía sus funciones en el Departamento de Sistemas",* inclusive hacerlo "*de manera subrepticia no resulta ilegítima o desproporcionada, pues no fue instalada con fin distintos a los de determinar la razón de la obstrucción de las cámaras de monitoreo conocidas por el actor a fin de garantizar la seguridad y el control del lugar de trabajo del actor, resultando idónea y necesaria para dicho fin. Cabe recordar, que la instalación de la misma, de manera subrepticia, obedeció a la sospecha de la concreción de irregularidades que se encontraban razonadas con el objeto de verificar el comportamiento laboral del actor, en la medida en que éste, según el banco, tapaba la cámara conocida."*

Es más, la Corte aceptó la validez de la grabación ocurrida en su hora de descanso porque ello ocurrió "*en su lugar de trabajo",* circunstancia que en nuestra opinión podría ser discutible dado que el horario de refrigerio no forma parte de la jornada de trabajo. Empero, al no salir del centro de trabajo, la conducta del trabajador no estaría exenta de ser vigilada ni tampoco exonerada su obligación de comportarse adecuadamente.

Otro ejemplo lo encontramos en la sentencia de fecha 28 de noviembre del 2017 emitida por la segunda sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Antovic y Mirkovic contra Montenegro[13], en la cual se prohibió introducir cámaras de vigilancia en los salones de clase, inclusive con aviso previo, para supervisar el trabajo de los docentes universitarios, por más que se hayan alegado razones de seguridad.

Pero al año siguiente, en otro caso en el que se utilizaron cámaras de vigilancia ocultas para probar conductas deshonestas de los trabajadores[14],

13 Demanda N.° 70838/13. Se puede revisar (en inglés) en el siguiente enlace: https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-178904%22]} Última revisión: 29 de setiembre del 2020.

14 Casos N.° 1874/13 y 8567/13, Lopez Ribalda y otros contra España. La nota de prensa (en inglés) se puede ver en el siguiente enlace: https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/TribunalEconomicoDerechosHumanos.pdf. Última visita: 29 de setiembre del 2020.

la Gran Sala del citado tribunal europeo declaró válido el uso de cámaras de seguridad encubiertas, las mismas que consideró no violaban los derechos de privacidad de los trabajadores. En este caso ponderaron los derechos de ambas partes para evaluar la justificación de la videovigilancia oculta, la sospecha razonable de mala conducta y las pérdidas que sufría el empleador por la conducta de sus trabajadores (varios de los que robaron, que fueron 14, conciliaron reconociendo su participación en los robos).

Nuestro TC y la Corte Suprema utilizan muchas veces estos conceptos de racionabilidad y proporcionalidad para aceptar o no el uso de estas herramientas de control. Su pertinencia dependerá, como siempre, de las circunstancias de cada caso, a pesar de que muchas veces los supuestos puedan ser parecidos. En un país con un pasado reciente de violencia y con un presente de inseguridad, las cámaras se han aceptado como parte habitual de un centro de trabajo, en especial en las áreas de atención al público o de uso de dinero (cajas).

En este tema conviene recordar la reciente directiva N.° 1-2020-JUS/DGTAIPD[15] que regula en su numeral 7.9 en adelante el tratamiento de datos personales mediante sistemas de videovigilancia en ámbitos distintos a los fines de seguridad, en este caso para el control laboral y al cual pueden acceder los trabajadores imputados en algún incumplimiento (numeral 7.22.). En esta norma se faculta al empleador a realizar este tipo de controles (numeral 7.9.), solo para fines de control y supervisión de la prestación laboral (numeral 7.11.) para lo cual debe informar de su existencia a través de carteles, avisos informativos o de manera individual (numeral 7.10.) y cumpliendo con ser pertinente, adecuado y no excesivo (numeral 7.13.). Por tanto, en ningún caso se admite la instalación de sistemas de grabación en los lugares destinados al descanso o esparcimiento como vestuarios, servicios higiénicos, comedores o análogos (numeral 7.15.). Esto último puede resultar complicado pues crea "zonas liberadas" de control por video, siendo necesario de ser el caso el control personal

15 Aprobada por Resolución Directoral N.° 2-2020-JUS/DGTAIPD de fecha 10 de enero del 2020 y publicada el 16 de enero del mismo año.

en esos ambientes. De existir esta norma en Colombia la posición de su Corte no podría haber sido emitida como se ha descrito.

La directiva prohíbe el uso de las imágenes obtenidas para fines comerciales o publicitarios (numeral 7.17.), estableciendo un plazo máximo de conservación de 60 días (numeral 7.18.) salvo que exista un interés legítimo en la conservación (numeral 7.20.). Si la imagen deja constancia de la comisión de presuntas infracciones laborales o accidentes de trabajo, el plazo de conservación será de 120 días (numeral 7.21.).

Pero también las cámaras ocultas pueden ser usadas por los trabajadores y para fines no tan razonables. Por ejemplo, en un caso recientemente difundido en España[16], un bombero había colocado a fines de setiembre del 2015 una cámara oculta en el vestuario femenino del parque de bomberos de Barcelona en San Andreu, donde trabajaban cuatro de sus compañeras. Era un lápiz de memoria que tenía una cámara donde se habían grabado las actividades en las duchas durante tres meses y cuyo autor se descubrió porque su cara aparecía en una grabación mientras colocaba la cámara, quien ante esto aceptó su responsabilidad y fue condenado penalmente en primera instancia a cuatro meses y 15 días de prisión y la suspensión de su empleo por ese tiempo.

La memoria, con cámara incluida, fue considerada como una prueba de actuación como cualquier otra y, evidentemente, base de la decisión tomada.

Por tanto, los videos que registre el empleador (o de repente, algún trabajador, ahora que los teléfonos también son video grabadoras) pueden ser válidamente utilizadas como pruebas, siendo importante que incluyan en ellas la fecha y hora de grabación para no crearnos una falsa actualidad.

16 Se puede ver en: https://elpais.com/espana/catalunya/2020-08-12/al-bombero-que-me-grabo-desnuda-en-el-vestuario-solo-le-han-caido-cuatro-meses-de-carcel-es-humillante.html Última visita: 4 de octubre del 2020.

- **El GPS (Global Positioning System o sistema de posicionamiento global)**

Tal como ocurre con su inclusión en cualquier teléfono celular, la jurisprudencia comparada ha entendido que el uso de este sistema de navegación por satélite en los vehículos, disponible sin costo para uso civil desde fines del siglo pasado, es válido para supervisar las prestaciones laborales siempre que de ello haya sido advertido al trabajador.

Años atrás, la sala 9 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina resolvió mediante decisión de fecha 10 de julio del 2015 el caso Pavolotzki Claudio y otros c/ Fischer Argentina S.A. estableciendo que es válido que el empleador controle la labor desplegada por sus trabajadores, pero siempre que dicho ejercicio no deje de lado su dignidad e intimidad. Ello no permitió entonces que en ese caso los viajantes de comercio, que no tienen jornada fija ni eran exclusivos, estén expuestos con un software incluido en sus celulares (“*show position”)*, dado que con ello la empresa podía conocer en todo momento y en tiempo real la ubicación geográfica de los trabajadores, violando con ello también las disposiciones sobre la protección de datos personales. La Cámara permite el uso de este sistema de control solamente durante la jornada laboral y con conocimiento de la forma en que funciona por parte del trabajador.

En otro país latinoamericano, el Ministerio de Trabajo de Colombia ha señalado en un informe de noviembre del 2019[17] que la activación de los GPS en los teléfonos celulares de los trabajadores es válida siempre que dicha conducta respete “*la honra, dignidad y la vida privada de sus trabajadores, lo que nos lleva a concluir que no es aceptable la implementación de las disposiciones que desconozcan estos derechos.”* En otras palabras, la activación es permitida “*siempre y cuando se encuentre fundada sobre la base del respeto a la dignidad de la persona y siempre que no se viole el derecho a la intimidad y la privacidad del trabajador.”* No es una respuesta clara o contundente pues todo dependerá de cada caso y de las circunstancias utilizadas por el empleador.

17 La noticia se puede revisar acá: https://accounter.co/laboral/activacion-de-gps-en-celulares-de-trabajadores-concepto-49742-mintrabajo-de-2019.html Última visita: 4 de octubre del 2020.

Aquí en Perú un sindicato de trabajadores de cobranza reclamó retirar el GPS de los teléfonos celulares de sus afiliados por considerarlo invasivo. Como la empresa no lo hizo, simplemente los apagaban, sin que puedan ser supervisados en su trabajo.

Finalmente, en España se viene entendiendo sin mayor discusión que es válido usar un GPS en el coche de la empresa, siempre que ello se comunique al trabajador y pueda ser deshabilitado una vez finalizada la relación laboral. Ello fue señalado por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias mediante decisión de fecha 27 de diciembre del 2017[18], resultando coherente con lo resuelto años atrás por otro tribunal superior, esta vez de Madrid, mediante decisión de fecha 21 de marzo del 2014[19], el cual declaró nulo un despido porque el empleador no había informado al trabajador del uso que hacía con las mediciones del dispositivo.

Por su parte, la instancia superior, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha validado los despidos que se basan en los datos del GPS de los vehículos de trabajo siempre que cumplan los requisitos antes indicados: ser comunicados con anticipación y usados para controlar la actividad laboral. Ello puede verse en el auto de fecha 19 de julio del 2018[20] y en la comunicación del Poder Judicial de fecha 5 de octubre del 2020[21] por

18 Esta decisión, sentencia 3058/2017 se puede ver en https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzMDY1NjJRK0stKs7Mz7Mty0xPzStJBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKTivNzSktSQ4sybUOKSlMBRPr-hEUAAAA=WKE Última visita: 4 de octubre del 2020.

19 Sentencia 260/2014, recurso 1952/2013 que se puede ver en el siguiente enlace: https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAAEAMtMSbH1CjUwMDA1MDMyNzFSK0stKs7Mz7Mty0xPzStJBfEz 0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKTivNzSktSQ4sybUOKSlMBvneFTkUAAAA=WKE Última visita: 4 de octubre del 2020.

20 Se puede revisar acá: https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzNDM1MrBUK0stKs7Mz7Mty0xPzStJBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKTivNzSktSQ4sybUOKSlMBAv-UBEUAAAA=WKE Última visita: 5 de octubre del 2020.

21 http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-considera-licitos-los-datos-del-geolocalizador-GPS-en-un-vehiculo-de-empresa-si-el-trabajador-esta-informado-de-su-instalacion Última visita: 5 de octubre del 2020.

la cual se comenta la decisión de la Sala IV del citado tribunal por la cual ha considerado lícito el uso de los datos obtenidos por un geolocalizador GPS si se cumplen los requisitos antes indicados.

Según se señala en el comunicado:

> *"El Supremo estima el recurso de una empresa dedicada al comercio al por menor de equipos de telecomunicaciones y considera procedente el despido disciplinario de una supervisora, acordado por la compañía ante la "utilización intensa" del coche de empresa que tenía asignado en un periodo en que ella estaba de baja médica y el fin de semana inmediatamente anterior, pese a la prohibición del uso del vehículo para fines ajenos a la actividad laboral. Dicho uso fue registrado por el sistema de localización por GPS del coche, de cuya instalación fue informada en su día la trabajadora.*
> *En sentencia de la que ha sido ponente la magistrada María Lourdes Arastey, el Supremo destaca que "la trabajadora conocía que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada laboral y, junto a ello, que el mismo estaba localizable a través del receptor GPS. De ahí que no apreciamos ninguna invasión en sus derechos fundamentales con la constatación de los datos de geolocalización que permiten ver que el indicado vehículo es utilizado desobedeciendo las instrucciones de la empresa en momentos en que no existía prestación de servicios", subraya."*

Para sustentar su reclamo:

> *"La empresa presentó un recurso de unificación de doctrina contra la decisión del TSJ andaluz planteando como sentencia contradictoria una dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que consideró procedente el despido de una trabajadora de Cruz Roja cuya función consistía en la observación y tratamiento de tuberculosis y VIH, para lo cual se desplazaba en una unidad móvil de la empresa a atender a los usuarios asignados en distintos puntos de la Comunidad de Madrid. El vehículo estaba dotado con GPS, lo que la trabajadora conocía. La empresa detectó que el mismo se hallaba detenido durante la jornada laboral y ello sirve de justificación a la decisión extintiva por razones disciplinarias.*
> *La Sala de Madrid valoró también la licitud de ese medio de prueba y, a continuación, señaló que no estaba afectado el derecho a*

> *la intimidad de la trabajadora, dado que conocía la permanente transmisión de datos sobre su posición en las rutas de trabajo y limitándose ese dato a constatar únicamente cuándo arrancaba y se detenía el vehículo así como cuál era su localización."*

Vemos entonces que no se cuestiona el uso de esta forma de control durante el horario de trabajo y siempre que sea advertido el trabajador. Su presentación en un proceso supondrá acompañar el registro respectivo lo cual debería contar con una explicación del sistema. Esto es, no creemos que sea suficiente presentar una hoja impresa o un Excel con los datos a probar sino que ello debe contar con un reporte técnico debidamente elaborado. Y cuya política de registro haya sido previamente conocida por el trabajador.

De ahí la importancia de que todas estas formas de control sean objeto de una política específica realizada por el empleador.

4. LA VERACIDAD DE LAS PRUEBAS

A pesar de trabajar con toda esta tecnología, no deberíamos creer de inmediato lo que se nos muestra dada los numerosos programas de modificación de datos existentes. En tiempos de inesperadas ficciones y recreaciones de casos como exponen las series *black mirror* o *los simuladores* (o para citar un ejemplo local reciente, los supuestos mensajes por *WhatsApp* de la periodista Paola Ugaz difundidos por Expreso el domingo 4 de octubre del 2020[22] y cuestionados con mucha evidencia en Twitter) debemos ir de manera cautelosa cuando nos presentan pruebas de este tipo. Y lo primero que debería hacer quien quiera creer en estas pruebas es lograr la constatación de su veracidad, por ejemplo, con una revisión exhaustiva y, de ser necesario, con un perito, para que así podamos estar seguros de que nos encontramos con una prueba real y no con una prueba fabricada.

22 La noticia se puede ver aquí: https://www.expreso.com.pe/politica/otro-chat-de-paola-ugaz-desaparece-todo-lo-mio-por-favor/ Última visita: 5 de octubre del 2020.

El ya citado profesor Rosenbaum nos presenta la discusión de esta problemática en una reciente entrada de su blog[23] referida a la prueba de trabajo en sobretiempo, al comentar una sentencia emitida por un juzgado de trabajo uruguayo. Expone el caso de una trabajadora que laboraba en régimen semi presencial que reclamó, entre otros conceptos, el pago de horas extras, para lo cual la demandada incorporó como prueba para acreditar la inexistencia de ese concepto un reporte obtenido del sistema Google Analytics por el usuario de la trabajadora, con el cual se registraron las visitas y los tiempos en página de los usuarios del campo virtual, reporte agregado mediante acta de constatación notarial y confirmado por testigos.

Por tanto, un destinatario de un correo, el texto del mismo, un pantallazo de un número, una foto, una grabación, todo puede ser falsificado dada la facilidad de editar estos elementos, no siempre con la misma pulcritud evidentemente. Y ante ello presentamos algunos elementos que sugerimos deberían considerarse en cada caso para verificar la autenticidad del documento:

- De un correo electrónico: fecha de emisión (o recepción), existencia de diálogo en los correos (intercambio de mensajes) porque un solo mensaje o parte del mismo podría ser pre fabricado, verificación notarial de la emisión o recepción del correo mediante el sistema de la empresa, esto es, elementos que acrediten que la copia que se presenta sea real.
- De un *WhatsApp*: fecha de emisión (o recepción), existencia de diálogo en los mensajes, veracidad del número emisor (cualquiera puede cambiar los datos), verificación notarial de la emisión o recepción de los mensajes o del número receptor. En todo caso, lo mejor será presentar el teléfono con el diálogo abierto, para que el juez pueda revisar el número del receptor y también el número del emisor. Y tema importante, registro del número o el teléfono de la persona a quien se le imputa el mensaje.

23 https://federicorosenbaum.blogspot.com/2020/09/la-prueba-del-tiempo-de-trabajo-en-el.html Última visita: 29 de setiembre del 2020.

- De un audio: claridad de la grabación, que esté sin cortes o editado, y con hora y día de recepción del mismo. Mientras más largo, mejor para compararlo. Y si se puede, opinión de un perito sobre la posibilidad de que la voz escuchada sea la del imputado.
- De un video: que sea claro y evidente. Manipular un video es más difícil aunque no complicado si se tienen los elementos. Por ejemplo, recientemente se emitió una noticia en la cual se presenta la "resurrección" en video de un joven asesinado en 2018 en Parkland, Florida, para hacer campaña política en Estados Unidos y pedir a la gente que vote[24]. Al igual que en los casos anteriores, será mucho mejor para la veracidad del video si contiene la hora y la fecha de grabación.
- De una foto o una publicación en Facebook o Instagram: la fecha de publicación. Mucho mejor si tiene comentarios o respuestas, porque ello probaría su difusión o existencia. Ya son conocidos muchos comentarios realizados (y hasta investigaciones políticas) por los denominados *memes*.

Para evitar suplantaciones (por ejemplo, para el registro de asistencia, en el cual los trabajadores se prestan sus contraseñas o pases) aunque ello pueda suponer una invasión intolerable a la intimidad, es mejor utilizar medios de identificación biométrica, tal como ha iniciado Amazon en algunas de sus tiendas para proceder a los pagos, solicitando solamente la exposición de la palma de la mano del cliente[25] y ya no la presión de la huella digital, presente en algunos registros de asistencia, conducta

24 Mediante la actuación de una persona y la técnica *deepfake* ("ultra falsa") recrearon la voz e imágenes de Joaquin Oliver, asesinado a sus 17 años. La noticia (en inglés) con el video se puede revisar en el siguiente enlace: https://miami.cbslocal.com/2020/10/02/parents-parkland-shooting-joaquin-oliver-digitally-new-voting-initiative/ Última visita: 4 de octubre del 2020.

25 "Amazon quiere ahora que pagues con la palma de tu mano", noticia publicada en la edición web del diario El País el 29 de setiembre del 2020. Se puede ver en https://elpais.com/tecnologia/2020-09-29/amazon-quiere-ahora-que-pagues-con-la-palma-de-tu-mano-y-a-los-expertos-no-les-hace-mucha-gracia.html Última visita: 30 de setiembre del 2019.

que la pandemia ha limitado temporalmente. Habrá que ver si ello se va generalizando.

5. CONCLUSIÓN

En un país donde la credibilidad es una virtud escasa y donde se presentan demandas sin mayor estudio del caso, resulta una labor esencial del juez realzar su protagonismo en el proceso y poder exigir a la parte que presente cualesquiera de estas pruebas que las acompañe con todos los elementos pertinentes para descartar alguna manipulación. Y, de repente, contar con peritos o con capacitaciones específicas para determinar la veracidad de estos medios. Caso contrario, podremos ingresar a un universo bastante complicado que nos lleve a generar o promover sentencias injustas, algo que siempre deberíamos evitar pues, y en esto coincidimos con Sócrates, el mayor de los males es cometer injusticias antes que sufrirlas[26].

Lima, octubre del 2020

26 Platón, Gorgias, p. 170. Se puede encontrar en http://www.filosofia.org/cla/pla/img/azf05115.pdf Última visita: 8 de octubre del 2020.

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y PODER DE DIRECCIÓN: LA FISCALIZACIÓN LABORAL EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL*

LIDIA VILCHEZ GARCÉS

Docente de la Maestría de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada Principal de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría Abogados.

* La autora agradece el apoyo en la investigación para la elaboración del presente Trabajo a Luz Limachi y Sebastián Brain, estudiantes de derecho y practicantes pre-profesionales en Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría.

INTRODUCCIÓN

A causa de la Pandemia ocasionada por el Covid-19, nos encontramos atravesando – *qué duda cabe* – la crisis sanitaria y económica más retadora de, cuando menos, el último siglo. Si bien, antes del inicio de la pandemia, percibíamos que los cambios tecnológicos venían revolucionando la realidad como la conocíamos, este contexto extraordinario trajo una nueva revolución, que ha remecido todas nuestras estructuras, en todos los niveles y sin ninguna excepción. Así, se entiende ahora, con meridiana claridad, que recién estamos descubriendo, en su real dimensión, la velocidad transformadora de la tecnología y cómo es que ella irá impactando en todas nuestras relaciones personales y profesionales. Si algo está claro, es que la tecnología y la innovación continuarán transmutando la realidad para siempre a una velocidad insospechada a través, por ejemplo, de la aun desconcertante inteligencia artificial.

No se debe soslayar que, gracias a la innovación, muchas industrias y actividades han hallado la forma de seguir adelante con su actividad, reinventándose en un entorno desafiante, no solo en búsqueda de sostenibilidad, sino de supervivencia. Por citar un ejemplo, los diversos mecanismos informáticos y tecnológicos han viabilizado el trabajo remoto, logrando que muchos trabajadores hayan podido continuar laborando, mediante las computadoras, el uso de internet (y su infinidad de alternativas de comunicación), telefonía, entre otras herramientas. Por su parte, la inteligencia artificial ha permitido sistematizar data valiosa, a efectos de predecir —por ejemplo— el comportamiento de consumo de millones de usuarios, viabilizando la toma de infinidad de decisiones comerciales a nivel global.

Esta realidad nos lleva indudablemente a reflexionar sobre distintos aspectos vinculados al desarrollo de la relación laboral y a la disrupción

que han venido trayendo, de manera incansable, las nuevas tecnologías. De este modo, si bien tenemos más preguntas que certezas, en el presente trabajo abordaremos, entre otras inquietudes y a través de situaciones concretas, cuáles son los parámetros y límites dentro de los cuales se enmarca ahora el poder de dirección del empleador y cuáles son los derechos que le confieren al trabajador la posibilidad de delimitar dicho poder, en un entorno en cual la línea entre la esfera personal y la profesional es, cuando menos, tenue.

Para resolver estas interrogantes, debemos analizarlas desde la perspectiva que nos dan las instituciones jurídicas que conocemos, procurando hallar en ellas, algunas respuestas.

Finalmente, es necesario incorporar en el análisis, nuestro enfoque respecto de cuál es el rol que debe cumplir, en este contexto de cambio constante, la inspección laboral, como instrumento de verificación del cumplimiento de la normativa laboral, y poniendo de relieve cuáles son los retos que afrontan los inspectores, en su labor de fiscalización ante una realidad que nunca más será la misma.

I. EL CONTRATO DE TRABAJO Y LAS FACULTADES DEL EMPLEADOR DESDE UNA MIRADA TRADICIONAL

1. El repaso inevitable: Los elementos esenciales de la relación de trabajo

Umberto Romagnoli sostiene, con enorme lucidez, que el derecho del trabajo, tal y como lo conocimos en el siglo XX, no existe más y que, en esa medida, urge seguir repensando y replanteando su reconstrucción, como quien reconstruye cimientos luego de un terremoto, considerando el escenario actual: el siglo XXI y los desafíos que él plantea. Su idea parte por reconocer la imposibilidad de una reconstrucción del derecho del trabajo *"donde y como era"*: "*[e]l "dónde" no puede ser ya el de la época en la que el pueblo de los hombres de mono azul y manos callosas transitó desde la condición de súbditos a la de ciudadanos. No puede serlo porque la globalización de la economía ha desterritorializado el sistema de sus fuentes de producción. (…) No es más realista la propuesta de reconstruir el derecho del trabajo tal como era*." (Romagnoli, 2006)

Sin embargo, esta reconstrucción y replanteo, no nos aleja (¿o sí?) de las nociones que aun a la fecha, nos permiten definir, con mayor o menor claridad, la existencia de una relación de trabajo. En esta línea, desde el surgimiento del derecho del trabajo, como disciplina autónoma del derecho civil, se han mantenido sin objeciones, pero ciertamente varios matices, determinadas nociones. La principal siempre fue la necesaria existencia de una prestación personal, subordinada y remunerada, para definir si nos encontramos o no ante una relación laboral. Al ser nociones determinantes, que al día de hoy mantienen vigencia, será importante detenernos brevemente en ellas y en sus principales alcances.

1.1. Trabajo personal

Para empezar, el trabajo —al menos, como lo conocemos hoy— es siempre y necesariamente prestado por una persona natural, quien desarrolla directamente la labor, por cuenta de un tercero, sea una persona natural o jurídica[1]. En este sentido, Neves precisa —con la claridad que lo caracteriza— que "*esa personal concreta debe ejecutar la prestación comprometida, sin asistirse por dependientes a su cargo, ni —menos aún— transferirla en todo o en parte a un tercero. Así lo establece la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 5, que solo admite por excepción, reservada a ciertos supuestos, la colaboración de familiares directos dependientes*" (Neves, 2018).

1.2. Trabajo remunerado

El segundo elemento que configura tradicionalmente una relación laboral es la percepción de una remuneración, a cambio de la prestación personal y subordinada de servicios por parte del trabajador a favor del empleador. Esta remuneración, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se otorga como contraprestación

1 No es objeto de nuestra investigación, el (¿preocupante?) impacto que tendrán en las relaciones laborales, las tan temidas automatizaciones ante el desarrollo imparable de la inteligencia artificial y cómo ello podría desdibujar en alguna medida, la definición tradicional de trabajo personal dependiente (Opperheimer, 2018).

por los servicios, es de libre disposición del trabajador y se puede otorgar tanto en dinero como en especie, sujetándose, este último supuesto, a ciertas reglas que no afecten la libre disponibilidad.

1.3. Trabajo subordinado como manifestación del poder de dirección

El tercer y más complejo elemento esencial de la relación laboral, y en el cual debemos detenernos por un momento, es la subordinación. El trabajo ha de ser subordinado; es decir, se reconoce en el empleador, la facultad de dirigir o conducir las actividades enmarcadas en una relación laboral. Esta facultad, traducida en el poder de dirección, forma parte del derecho constitucional a la libertad de empresa, el cual *"es un derecho fundamental económico que protege la autodeterminación de cualquier persona de desarrollar, en sus variadas formas, actividad empresarial"* (Landa, 2017).

Dicho derecho, regulado en el artículo 59 de la Constitución, comprende —de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional (Exp. 01405-2010-PA/TC, 2010)— lo que se transcribe a continuación:

> "De este modo, cuando el artículo 59º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa, está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino *también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa)* en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.
>
> En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa."
>
> (Énfasis añadido).

Dicho en palabras de Landa, la libertad de empresa comprende la libertad de "*organización y gestión de la empresa, que implica el derecho de decidir (…) el giro del negocio a realizar, la organización del proceso productivo y la toma de decisiones que incidan en la gestión de la empresa, tanto hacia dentro de la propia organización como hacia el mercado*." (Landa, 2017)

Es como consecuencia de la existencia del derecho constitucional a la empresa, que *"[e]l empleador* (se encuentra facultado para dirigir) *la labor de sus trabajadores en favor de los fines que, como titular de la empresa se ha planteado. A partir de esta premisa se construye la idea relativa al poder de dirección del empleador (…)*" (Toyama, 2020).

Así, el poder de dirección *"permite al empleador dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador. El empleador puede, pues, impartir instrucciones, tanto de forma genérica, mediante reglas válidas para toda o parte de la empresa (...), como de manera específica, destinadas a un trabajador concreto; verificar si se cumplen adecuadamente o no; y, en caso de constatar su inobservancia imputable al trabajador, sancionarlo por ello*" (Neves, 2018). En línea con lo anterior, Ferro precisa que *"[e]l empleador tiene la facultad de vigilar el adecuado cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores. Por ende, de verificar algún incumplimiento, tiene la potestad de aplicar medidas disciplinarias para corregir la inconducta del personal, valiéndose de amonestaciones verbales o escritas, suspensiones y, de ser el caso, el despido*" (Ferro, 2019).

Dentro de las facultades que detenta el empleador, en tanto titular del poder de dirección, tenemos principalmente las siguientes:

- Definir los parámetros de selección y reclutamiento para la contratación de nuevos trabajadores y para implementar ascensos o promociones.
- Organizar las labores, estableciendo la forma en que ellas serán ejecutadas, cómo se asignarán las distintas actividades entre los trabajadores y procesos productivos, así como el lugar en el cuál, tales labores serán desarrolladas.

- Reglamentar las labores, tanto verbalmente como de manera escrita, fijando pautas, reglamentaciones internas, políticas de gestión, descriptivos de puestos, determinación de horarios, jornadas y turnos de trabajo, entre otros.
- Supervisar la adecuada ejecución de las labores por parte del personal.
- Sancionar aquellas conductas que constituyan incumplimientos a las obligaciones de trabajo, mediante la imposición de medidas disciplinarias en atención a la gravedad de las faltas cometidas (amonestaciones, suspensiones y despido).

Evidentemente, este poder de dirección no constituye un poder absoluto. En cambio, se encuentra sujeto a una serie de límites, conforme detallamos seguidamente.

2. LÍMITES AL PODER EMPRESARIAL DE DIRECCIÓN: DERECHOS ESPECÍFICOS E INESPECÍFICOS

No puede perderse de vista que el poder de dirección, como manifestación del derecho fundamental a la libertad de empresa, debe estar circunscrito *a la actividad* del trabajador dependiente, enmarcándose exclusivamente en el desarrollo de su relación laboral. Es decir, como primer límite es claro que no existe un deber de sujeción *de la persona* del trabajador, sino únicamente del servicio o labor para la cual fue contratado y de los hechos que se vinculen directamente a ellos.

Es por ello que, se consideran incumplimientos, aquellos producidos dentro del centro de trabajo, y aún fuera de él, siempre que se trate de hechos que deriven de la relación laboral[2]. En sentido contrario, en caso los hechos no guarden vinculación con la relación laboral, el poder de dirección se desvanece, toda vez que no es la persona quien se encuentra

2 Así, de acuerdo al ordenamiento peruano, se consideran faltas graves que justifican el despido, los actos de grave indisciplina, violencia o injuria, ocurridos inclusive fuera del centro de trabajo, siempre que los hechos se deriven directamente de la relación laboral.

sujeta a la subordinación del empleador, sino que lo es, reiteramos, la actividad para la cual fue contratado.

En línea con ello, una segunda limitación natural de la facultad de dirección del empleador será tanto el respeto irrestricto de los derechos fundamentales específicos de los trabajadores, como el de los derechos fundamentales inespecíficos.

En cuanto al primer grupo de derechos, nos referimos a aquellos derechos inherentes a la relación laboral, que surgen de la necesidad de introducir un equilibrio entre el trabajo y la producción. Estos derechos, incluyen, entre muchos otros, los derechos colectivos a la sindicalización, negociación colectiva y huelga, a la proscripción del trabajo forzoso y trabajo infantil, a un trabajo en condiciones de seguridad y salud, al respeto por una jornada máxima de trabajo y al descanso remunerado, a una remuneración mínima, entre otros. Así, el empleador tiene como primer sub-límite, el respeto del elenco de derechos que recaen en los trabajadores por su condición de tales.

En cuanto al segundo grupo de derechos, se trata de derechos que son inherentes a la persona humana, por su condición de tal y no en virtud a la condición de trabajador. Son, pues, aquellos que reconocen la *"titularidad de un conjunto de derechos fundamentales en tanto persona y ciudadano"*, derechos de los que uno *"no se desprende, como es obvio, como consecuencia de la celebración de un contrato de trabajo y que, por tanto, han de acompañarlo a lo largo de su ejecución."* (Sanguineti, 2013). Entre estos derechos fundamentales inespecíficos se encuentran, por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la libertad de opinión y expresión, al honor y la buena reputación, a la igualdad ante la ley, entre otros.

Repasadas brevemente las nociones esenciales, corresponde analizar cómo es que este poder de dirección, limitado en caso de colisionar con los derechos fundamentales antes mencionados, se articula con una realidad en constante evolución, como la que vivimos en el marco de la irrupción de las nuevas tecnologías en las relaciones de trabajo.

II. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y PODER DE DIRECCIÓN: LA SUBORDINACIÓN EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

1. Definiciones necesarias: nuevas tecnologías, inteligencia artificial y redes sociales

Quien lea este trabajo, probablemente lo hará desde un ordenador portátil, haciendo uso de una señal wifi, tras haber tenido una videollamada de trabajo o de estudios a través de una de las múltiples y eficientes plataformas virtuales, para luego responder algunos emails y *WhatsApp*, finalizando el día con alguna serie o documental mediante *streaming* o interactuando a través de redes sociales. Así, la noción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC), está en prácticamente cada movimiento cotidiano, aun cuando no lo percibimos de manera consciente.

1.1. Definición de nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC)

Es importante, pese a que todos tenemos claridad práctica sobre sus alcances, definir a qué nos referimos, para efectos laborales, cuando hablamos de NTIC. En primer lugar, debemos tener claro que el término se emplea *"al referirse a diferentes instrumentos técnicos como el ordenador, las redes, la realidad virtual… que giran en torno de las telecomunicaciones, la informática y los audiovisuales de forma interactiva"* (Meneses, 2007). Es interesante y sumamente acertado el enfoque que aporta al análisis Darío, quien puntualiza que *"[l]a expresión nuevas tecnologías nos dice que existieron otras que ya quedaron en el recuerdo, pero también que es una visión actual de ciertas herramientas que han surgido con la explosión de la comunicación cibernética sabiendo que, en un futuro próximo o lejano, estas mismas pueden quedar antiguas al aparecer otras mucho más sofisticadas."* (Darío, 2017). Es decir, la noción misma de NTIC trae implícito el dinamismo y cambio constante. Hoy más que nunca, se encuentra en un proceso de transformación ininterrumpida a una velocidad desconcertante. Así pues, lo que hoy es tecnología de vanguardia, en unos pocos meses o años, quedará indefectiblemente obsoleto o desactualizado.

Meneses afirma que, pese a la multiplicidad de definiciones, inclusive discordantes que existen en torno a las nuevas tecnologías, existen dos elementos comunes: "*la relación de los diferentes avances tecnológicos implicados en las NTIC y la descripción de las aplicaciones que estos avances han generado*." (Meneses, 2007)

Los elementos que distinguen, en nuestros días, a las nuevas tecnologías, siguiendo el propio desarrollo de Darío, son los siguientes (Darío, 2007):

- Novedad en lo cuantitativo: la cantidad de información que se puede procesar hoy es muy superior a lo conocido hasta hace muy poco.
- Velocidad en el procesamiento de la información: *"lo que sucede en un lugar es conocido al momento que acontece"*.
- El nivel de accesibilidad permite que se encuentren en todos los ámbitos de la vida cotidiana.
- La virtualidad: *"el entorno ya no es lo real, sino lo virtual"*.

Teniendo clara la definición y los elementos que hoy integran las NTIC, es importante anotar que nuestro análisis —efectuado desde el enfoque de las facultades del empleador y sus límites— procurará abordar tanto aquellas tecnologías con las que ya hemos aprendido a convivir e interactuar y respecto de las cuales existen ya ciertos criterios claros de aplicación y resolución de controversias (como lo son el correo electrónico y el uso de medios biométricos para supervisar las labores), como aquellas nuevas tecnologías que actualmente abren un enorme desafío, incluso para comprender sus alcances, para todos: ciudadanos, administración pública (inspectiva y judicial), trabajadores y empleadores.

1.2. Web 2.0 y la inteligencia artificial

En este contexto, cabe preguntarse en qué consisten *hoy*, transcurridos 20 años desde el inicio del nuevo milenio, las NTIC. Actualmente nos encontramos en medio de una realidad interesante y retadora: la Web 2.0, la inteligencia artificial (IA) y el continuo trastorno de la forma en

que las personas nos comunicamos e interactuamos. Si bien, el término de Web 2.0 fue acuñado en 2004, la noción contiene presupuestos tan potentes que, pese al entorno dinámico en que nos encontramos, mantiene actualidad hoy más que nunca.

La Web 2.0 contiene un conjunto de recursos tecnológicos que permiten, de manera sumamente sencilla, que una cantidad abundante de información, en constante retroalimentación colectiva interconectada, esté permanentemente disponible mediante internet. La Web 2.0 nos permite interactuar simultáneamente, generando contenidos accesibles a millones de usuarios, disponibles en fracciones de segundos, desde cualquier parte del mundo. Es decir, son los propios usuarios quienes generamos contenidos y alimentamos la web de manera ininterrumpida, brindando —al hacerlo— información relevante sobre cada uno de nosotros. La definición de la tesis doctoral de Reis de Araujo resulta precisa y gráfica, al señalar que *[l]a denominación "Web 2.0" hace referencia "a una serie de aplicaciones y páginas de Internet que, a través de sistemas de inteligencia colectiva, proporcionan servicios interactivos en red y que en su conjunto integran la segunda generación de la World Wide Web".* (Reis de Araujo, 2017) "

Estas nuevas tecnologías permiten el desarrollo, cada vez más sofisticado, de lo que se conoce como Big Data (datos a gran escala, macro data o datos masivos). Esta denominación no contiene una definición unívoca, si bien, *"su centro gravitacional está en el tratamiento automatizado de datos a gran escala y a gran velocidad. Este concepto hace referencia a la acumulación masiva de datos y a los procedimientos usados para identificar patrones recurrentes dentro de esos datos que superan los límites y capacidades de ser tratados de manera convencional"* (Reis de Araujo, 2017). Así, *"como concepto se refiere al análisis de información en cantidades industriales (…). Según Kenneth Cukier, autor del libro 'Big Data. La Revolución de los Datos Masivos', "se trata de hacer cosas a partir del análisis de inmensas cantidades de información, que simplemente no son posibles con volúmenes más pequeños"* (Alvárez, 2016). La información que es procesada proviene de medios digitales, principalmente de redes sociales, *feeds* de noticias, blogs, páginas web, foros de opinión, entre otros.

El análisis y procesamiento constante de esta inmensa cantidad de información, requiere necesariamente automatizar el proceso para su recopilación, el cual es efectuado a través de Inteligencia Artificial (IA). Pero ¿qué es, en términos sencillos, la inteligencia artificial? La IA es una rama de la ciencia informática en virtud de la cual las computadoras, funcionan y realizan tareas de una sofisticación tal que se tornan en equivalentes al funcionamiento de una mente humana, mediante acciones tales como aprender o razonar, percibir el significado del lenguaje escrito o hablado, reconocer la identidad de las personas, así como sus expresiones faciales (Hewlett Packard Enterprise, 2020). Además, es preciso reconocer que —dado que estamos ante computadoras y no seres humanos— el procesamiento de la información, se realiza con una velocidad y capacidad cuyos límites aun no conocemos.

La IA es pues "*la tecnología que permite que aparatos electrónicos posean una inteligencia asimilable a la humana; sin embargo, al hablar de una máquina y no de una persona, la capacidad de almacenamiento y procesamiento es altamente mayor y el tiempo que demora en hacerlo es abismalmente menor. En consecuencia, podemos afirmar que ambos términos están estrechamente relacionados, ya que, ante la existencia de exponenciales cantidades de datos, se requiere de tecnologías capaces de gestionarlos y optimizarlos para luego sacarles el máximo provecho a través de la obtención de proyecciones que le permitan tomar decisiones eficientes. Es decir, big data presupone la IA"* (Toyama & Rodríguez, *Algoritmos laborales: Big Data e Inteligencia artificial*, 2019).

Es precisamente este aprendizaje o razonamiento, lo que hace viable que las computadoras procesen la información y, a través de ella, puedan ir identificando patrones de conducta, que – mediante el desarrollo de algoritmos cada vez más y más complejos – permiten predecir comportamientos futuros y, por tanto, aprenden a "tomar decisiones" en distintos ámbitos.

Así, la IA identifica patrones de comportamiento, de consumo de bienes y servicios, con un nivel de detalle tal que, al utilizar motores de búsqueda como Google, por ejemplo, los resultados que se obtengan variarán entre *persona y persona* en función a su comportamiento anterior en

la web, inclusive tratándose de personas de edades similares, mismo sexo, lugar de residencia, nivel socio económico, entre otras variables tradicionales de diferenciación. La información valiosa que permite obtener, por tanto, ha revolucionado la forma cómo se comporta el mercado y cómo se toman las decisiones de consumo.

Todos estos conceptos revisten gran interés y actualidad, pero nos llevan a formularnos nuevas preguntas, cuyas respuestas seguirán en desarrollo en los siguientes años. En lo que se refiere al alcance del presente trabajo, nos lleva a cuestionarnos respecto de cómo es que esta nueva realidad se vincula con el derecho laboral y sus distintas instituciones. ¿Es, acaso, posible identificar puntos de conexión claros entre la Web 20, la Big Data, la inteligencia artificial y el desarrollo de una relación de trabajo? Como no podría ser de otra manera, la respuesta es que sí, y, en esa medida, debemos detenernos a analizar cómo se vincula, cuál es el impacto y cuáles podrían las consecuencias de esta nueva realidad.

3. Impacto de las nuevas tecnologías en el desarrollo de la relación de trabajo y en el ejercicio de las facultades del empleador

Como anticipamos, nos interesa abordar el tema de las facultades del empleador, repasando simultáneamente, dos elencos de nuevas tecnologías que actualmente coexisten: las nuevas tecnologías "tradicionales" (valga la aparente contradicción interna) y las nuevas tecnologías "disruptivas" (nos permitimos la redundancia).

Cuando hablamos del primer elenco, nos estamos refiriendo al desarrollo de las nuevas tecnologías que permitieron la incorporación del correo electrónico y la mensajería instantánea, como formas de comunicación en la relación de trabajo, así como el uso del GPS (*Global Positioning System* o Sistema de Posicionamiento Global) y mecanismos de control biométrico (mediante el uso de datos que, en sí mismos, permiten identificar a su titular[3], tales como huellas digitales, iris, retina, voz o identificación

3 Los datos biométricos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 inciso 5) de la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 29733), constituyen datos sensibles protegidos por

facial) para supervisar el cumplimiento de las labores y de la jornada de trabajo. Estas tecnologías, si bien continúan vigentes y lo harán, imaginamos, por mucho tiempo más, ya han sido sometidas a distintos niveles de análisis incluso administrativos y judiciales, por lo que tenemos ciertas pautas sobre sus alcances y limitaciones. Por tanto, es más sencillo aportar algunas premisas y conclusiones puntuales.

El segundo elenco de nuevas tecnologías está, como se puede anticipar, vinculado al impacto de la Big Data, la IA y a cómo ellas pueden influir en la toma de decisiones durante la relación de trabajo. Estas NTIC tienen todavía un amplio espacio para la discusión y la reglamentación, especialmente en un contexto como el peruano, en el cual la realidad se encuentra permanentemente muy por delante de las normas que la regulan.

En el caso de ambos tipos de NTIC, nos enfrentamos al mismo reto para el análisis: cómo se materializa hoy el poder de dirección y las facultades de selección, organización, supervisión y sanción del empleador y cuáles son los límites que, en todos los casos, deben ser respetados.

Las NTIC han abierto un espacio necesario para el control, la medición de resultados, obtención de indicadores de productividad y desempeño, entre otras herramientas clave en la gestión para contribuir al uso eficiente de los recursos y presupuestos del empleador, además de simplificar, en muchísimos casos, el desarrollo de la labor por parte del trabajador. Así, por ejemplo, nadie podría negar el enorme valor que ha aportado en la ejecución de las labores administrativas, el uso del correo electrónico, la telefonía celular, las videollamadas, el uso de mensajería por redes sociales, los sistemas remotos de facturación y cobranzas, de soporte informático, entre otros, que ahora —más que nunca, en un contexto de enorme transformación a causa de la Pandemia[4]— han permitido la continuidad de las labores. Asimismo, estas tecnologías han permitido a millones de personas a nivel global, estudiar —incluso carreras universi-

dicha Ley.

4 Pandemia por el brote de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) que fue notificado por primera vez en Wuhan (China) el 31 de diciembre del 2019.

tarias— y capacitarse íntegramente de manera remota, así como acceder a prestaciones de salud (mediante consultas por videollamada, por ejemplo), lo cual hubiera sido impensable hasta hace unos pocos años o incluso meses.

Por tanto, no sería correcto ni justo, tomar como premisa que el impacto de las NTIC es —a priori y en todos los casos— negativo o adverso, pues ha contribuido y continúa contribuyendo en distintos niveles, al bienestar y desarrollo de sociedades enteras.

Sin embargo, y pese a la suma de ventajas que aportan, no podemos soslayar que también traen consigo un grave peligro en cuanto a las relaciones laborales. Las NTIC han abierto la posibilidad ininterrumpida de tener información y control sobre el tiempo de trabajo del personal, sus patrones de comportamiento y consumo en internet, materializándose incluso la invasión del empleador en los distintos ámbitos no solo del desarrollo de la labor del trabajador, sino también de su esfera privada, lo cual ciertamente, debe controlarse y restringirse, según sea cada caso.

3.1. Retos y oportunidades de las NTIC en la fase inicial de la relación de trabajo: selección, formación y capacitación

El primer momento en el cual nos enfrentamos a los retos de las NTIC durante la relación de trabajo es en la fase previa al surgimiento mismo de una relación de trabajo; a saber, en la fase de reclutamiento y selección de candidatos para ser contratados en una posición laboral.

Tradicionalmente, todo el proceso de selección era realizado a través de trabajadores del área de Gestión Humana de las empresas, especialistas en procesos de reclutamiento. Para realizar la selección de la persona que cubriría los puestos vacantes, se solicitaban hojas de vida, se filtraban los candidatos con —aparentemente— las mejores aptitudes profesionales y/o académicas, y se coordinaban entrevistas que permitieran conocer a los candidatos personalmente. Como parte de la progresión de estos procesos, se realizaban también evaluaciones —siempre presenciales— que incluían la toma de pruebas sobre conocimientos diversos, así como evaluaciones psicológicas. Poco a poco, dada la sofisticación de los requerimientos

mismos de personal, estas actividades de selección fueron siendo asumidas por empresas especializadas.

La IA ha revolucionado para siempre estos procesos de selección, toda vez que hoy es posible, sin la intervención siquiera de un ser humano, filtrar a los postulantes de manera "inteligente", en base a la información respecto de cada uno y del perfil requerido por el puesto. La primera interrogante surge respecto a qué es lo que la IA considerará como un perfil adecuado y qué variables tomará en cuenta para ello.

No podemos olvidar que el Big Data se nutre de información que los propios usuarios generamos y compartimos. Asimismo, que el criterio de búsqueda dependerá de cuáles son los elementos que se han programado para la selección. Es decir, será un ser humano quien disponga la búsqueda (y fije los factores a considerar y criterios para aceptar o descartar postulaciones) y será la computadora inteligente quien la realice.

Es decir, aun siendo un proceso automatizado, no está exento de los sesgos, conscientes o inconscientes, de quien busca al candidato. Esto plantea la necesidad de introducir mecanismos de control que no lleven a que la selección traiga consigo vicios de discriminación contra personas que tienen cargas familiares (mujeres, en su mayoría, a cargo de la crianza de los hijos), grupos vulnerables (como trabajadores que presentan alguna discapacidad o de edad avanzada), u otros colectivos, lo que podría ocurrir, por ejemplo, en caso la búsqueda descarte a candidatos que no acepten trasladarse geográficamente o que no tengan disponibilidad permanente a trabajar en días domingo o en sobretiempo diario. De este modo, puede ocurrir "*que las predicciones realizadas por las computadoras no sean del todo objetivas, sino que estén fundadas en información discriminatoria no necesariamente certera y, en consecuencia, vulnere derechos fundamentales de los postulantes*" (Toyama & Rodríguez, *Algoritmos laborales: Big Data e Inteligencia artificial*, 2019).

En este caso, la limitación a la facultad de selección del empleador será, qué duda cabe, la garantía por el derecho constitucional a la igualdad y no discriminación. Así, "*el derecho a no ser discriminado se aplica tanto a*

las decisiones extintivas, como al propio acceso al trabajo, habida cuenta que —la cursiva es de este autor— «si ello es así en el ámbito de decisiones que inicialmente pueden aparecer como amparadas en la libertad de contratación del empresario, dada "la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo" (STC 90/1997, de 6/ Mayo, FJ 5)" (De Castro, 2017).

Lamentablemente, la verificación o demostración de una conducta antijurídica o discriminatoria, pasible de una sanción administrativa o judicial, será sumamente difícil, en tanto que los procesos son, aparentemente, imparciales, al ser conducidos a través de algoritmos creados por IA. La dificultad se incrementa, si consideramos que la ley peruana (Ley 26772), se limita a los canales tradicionales de ofertas de empleo, y no a aquellos conducidos por motores de búsqueda virtuales.

Adicionalmente, como segundo aspecto a considerar, tenemos que el Big Data facilita cantidades de información respecto de los postulantes, incluyendo inclusive aquella que fluye de su comportamiento en redes sociales. Es decir, cuando un candidato se presenta a un puesto de trabajo, debe saber que su perfil en redes sociales, el lenguaje que utiliza, las imágenes que comparte y las tendencias ideológicas que puede expresar, serán tenidas en cuenta por sus potenciales empleadores.

Existe incluso estadística interesante que revela la importancia que tiene la evaluación del comportamiento de los postulantes en las redes sociales. Así, "*casi el noventa por ciento de las empresas ya utiliza en España las redes sociales como apoyo o complemento en sus procesos de selección de candidatos, fundamentalmente, para consultar la actividad de éstos en Internet antes de llamarles a una entrevista personal*"[5] (De Castro, 2017).

Más aún, este mismo trabajo, el cual tomó como referencia estadística de una de las grandes empresas reclutadoras del mundo, revela lo siguiente:

5 Encuesta extraída del *"4to Informe Infoempleo-Adecco Redes Sociales y Mercado de Trabajo"* www.adecco.es/_data/NotasPrensa/pdf/642.pdf

> *"[e]l veintiocho por ciento de las empresas han descartado a aspirantes por su actividad en redes sociales; por el contrario, el veintitrés afirma haberlo elegido precisamente por ella; mientras que el treinta y uno por ciento de las compañías asegura tener en cuenta siempre la reputación online de un candidato a la hora de contratarle (...). De hecho, los rechazos a aspirantes a un puesto de trabajo por parte de los reclutadores se produce por lo que ven en sus perfiles en redes sociales, bien porque han hecho apología de la violencia (el setenta y tres por ciento), por publicar contenidos que promuevan el consumo de drogas o alcohol (sesenta y seis por ciento), por compartir imágenes de contenido sexual o inapropiadas (sesenta y dos por ciento), por hacer comentarios negativos de otros compañeros de trabajo o empleadores (cuarenta y nueve por ciento) o porque mientan sobre su perfil al advertir discrepancias entre el currículo presentado y lo que reconoce en las redes sociales (cuarenta y ocho por ciento)"* (DE CASTRO, 2017).

Cabe preguntarse si esta revisión del comportamiento de las redes sociales para definir la contratación o no de un postulante, constituye o no una intromisión en la esfera privada del trabajador y si, por tanto, constituye una violación a sus derechos fundamentales a la intimidad, a la libertad de opinión, de expresión u otros. Al respecto, entendemos que no se configura en este escenario, ninguna lesión de tales derechos pues, si bien lo expresado en redes sociales puede formar parte de la identidad del trabajador (al compartir aspectos sobre su ideología, por ejemplo), no forman parte de una esfera íntima protegida, al haber sido información que es desplegada de manera pública y voluntaria por cada persona, conociendo que no existe, en las redes sociales, una verdadera expectativa de privacidad ni intimidad.

En este sentido, coincidimos con DE CASTRO, quien —al reflexionar sobre la información que, sobre cada individuo obra en las redes sociales— concluye que *"[l]a cuestión es que toda esa información habrá sida proporcionada voluntariamente por el empleado, cierto que no en un ámbito profesional la mayoría de las veces, más se trata de datos que con una simple pesquisa son fácilmente accesibles y, lo más importante, han sido compartidos públicamente por el usuario, lo que elude la principal oposición frente a su*

uso empresarial: la intimidad; habida cuenta que aquél ha renunciado a ella. (De Castro, 2017)"

Por ello, en este caso, la facultad del empleador de conducir un proceso de selección que incluya la revisión de la información pública de los postulantes, contenida en redes sociales, es legítima y no colisiona con los derechos mencionados anteriormente.

3.2. Retos y oportunidades de las NTIC durante el desarrollo de la relación laboral

Entrando ya a la fase de desarrollo mismo de la relación de trabajo, se abre un universo de situaciones en las cuales pueden presentarse tanto oportunidades, como conflictos entre las facultades y derechos del empleador y los derechos de los trabajadores. Hay, por cierto, grandes temas para estudiar, como la evaluación de desempeño a través de mecanismos de procesamiento de Big Data, el uso de mecanismos biométricos y del GPS para controlar el trabajo del personal, o el uso de correo electrónico y redes sociales y su vinculación con la relación de trabajo.

Sin embargo y como es evidente, no es posible referirnos a cada una de tales situaciones en detalle, por lo que daremos una mirada sucinta a los primeros dos temas, para luego detenernos con mayor profundidad, en los límites para el control sobre el uso del correo electrónico y de las redes sociales.

3.2.1. Evaluaciones de desempeño a través de mecanismos de procesamiento de Big Data

Las evaluaciones de desempeño son una herramienta necesaria en el marco del ejercicio del poder de dirección del empleador, que permite contar con información valiosa respecto del comportamiento, aptitudes y actitudes de los trabajadores durante la relación laboral. Las variables que se deben considerar sin excepción incluyen tanto habilidades duras (conocimientos técnicos para el puesto), como blandas (vinculadas a la inteligencia emocional, a la capacidad de interactuar con los compañeros

de trabajo, al liderazgo, la proactividad), así como las especiales características de determinados colectivos: personas con responsabilidad familiar, grupos vulnerables, u otros supuestos. Será, sobre la base de una adecuada evaluación integral, que se definan las promociones, incrementos de salario, e incluso la continuidad o no de la relación de trabajo.

Las NTIC aportan la posibilidad de automatizar este proceso, incorporando en el sistema informático, los criterios de la evaluación, los puntajes asignados a cada uno y obteniendo resultados – aparentemente – impecables en un intervalo corto de tiempo. Sin embargo, en la medida en que esta información es procesada mediante IA, el riesgo que se genera radica en que, en la medida en que las habilidades blandas tienen un altísimo componente de subjetividad y matices, será difícil para cualquier algoritmo, al menos hoy en día, medirlos con precisión.

Por ello, podría ocurrir que en el resultado de la evaluación de desempeño se coloque en primer lugar, a trabajadores con sólidas habilidades duras, pero mínimas habilidades blandas y, en cambio, a los trabajadores con mayores dotes de liderazgo y proactividad se les evalúe de manera adversa. Del mismo modo, el algoritmo podría penalizar a personas que por sus especiales condiciones (cargas familiares, discapacidad, ejercicio de cargos de representación en la Empresa, por ejemplo), laboran en jornadas de trabajo más cortas, lo que los podría presentar como menos productivos.

Si bien la facultad del empleador de evaluar al personal es, sin lugar a duda, legítima, es indispensable matizar o ponderar estos resultados automatizados y darles el tratamiento de preliminares, para que sean los funcionarios responsables, quienes determinen los resultados finales. De este modo, no se perderán de vista elementos importantes y no se generarán cuestionamientos, pues "*aun cuando la utilización de tecnologías como la IA son positivas para la eficiencia dentro de una organización, la automatización total de las decisiones organizacionales puede generar supuestos en los que los derechos de los trabajadores se vean afectados"* (Toyama & Rodríguez, *Algoritmos laborales: Big Data e Inteligencia artificial,* 2019).

3.2.2. El uso de mecanismos biométricos y del GPS para controlar el trabajo del personal

El uso de mecanismos de control a través de datos biométricos de los trabajadores exige la adopción de determinadas acciones por parte del empleador para su validez. De acuerdo con la Ley de Protección de Datos Personales peruana, los datos personales biométricos son información sensible, en la medida en que son datos que identifican plenamente a las personas (huellas dactilares, reconocimiento facial, iris, retina, pulsaciones, latidos, entre otros).

Los datos biométricos tienen, en la relación laboral, una variedad de usos, muchos de los cuales no revisten mayor objeción, tales como la firma ológrafa o la huella digital para marcar asistencia al centro de trabajo. Sin embargo, sí plantea cierta discusión por presentarse como una invasión en la esfera más privada del individuo, cuando ellos son utilizados para controlar el trabajo efectivo. Así, por ejemplo, en algunos casos ello se realiza a través de sensores biométricos colocados en unidades de transporte que monitorean al trabajador (para garantizar que permanezca con los ojos abiertos durante la labor de conducción). Si bien en este ejemplo, se puede sostener que la finalidad es válida y que su utilización constituye una manifestación legítima del poder de dirección (pues lo que se busca es garantizar la seguridad y salud del trabajador), no es menos cierto que sí resultan invasivos. Por ello, para su implementación se debería cumplir con los siguientes parámetros:

i) Que el empleador cuente con la autorización expresa de cada trabajador para recopilar, usar y almacenar sus datos biométricos con fines laborales. Esta autorización puede incluirse en el contrato de trabajo o en un documento complementario.

ii) Que el uso de mecanismos biométricos de control no genere ningún riesgo para la salud de los trabajadores.

iii) Que el trabajador sea previamente informado por escrito acerca de la necesidad de la utilización de estos mecanismos.

iv) Que la medida empleada guarde debida proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Por su parte, el GPS (o sistema global de posicionamiento), como mecanismo de control laboral, permite conocer la ubicación exacta y en tiempo real de los trabajadores. Este sistema reviste especial utilidad en el caso de las actividades que se realizan fuera del centro de trabajo (ventas, impulso comercial, conducción de vehículos, entre otros), no solo con miras a controlar efectivamente el trabajo del personal, sino también para obtener información que permita generar eficiencias en términos de rutas, mejores horarios comerciales (alta y baja demanda), entre otros. Asimismo, conocer la ubicación en tiempo real, permite brindar auxilio inmediato en caso de accidentes o atentados.

Al igual que en el caso anterior, el uso del GPS no constituye una extralimitación del poder de dirección del empleador, ni una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador. En cualquier caso, para que su implementación sea válida, debe cumplir con los mismos parámetros descritos en cuanto a los mecanismos biométricos de control, en cuanto resulta aplicable (información previa, necesidad y proporcionalidad). En esa medida, *"para evitar contingencias futuras con aquellos trabajadores que puedan alegar que dicho mecanismo de fiscalización vulnera su intimidad, es preciso que, antes de su implementación, los trabajadores conozcan la forma en la que los datos serán recopilados. Y el GPS solo podrá ser usado durante la jornada de trabajo, no antes ni después, ni tampoco en la hora del refrigerio.* (Matallana, 2019)*"*

3.2.3. Control empresarial sobre el uso del correo electrónico y de las redes sociales

Como apuntamos anteriormente, un tema importante en lo que respecta a la comunicación en la era de la Web 2.0 es que constantemente generamos y compartimos información a través de internet, la cual permanecerá en ella y será posiblemente accesible de manera ilimitada, salvo en aquellos casos en los cuales dicha información sea generada o compartida de manera privada. Este dato no es menor y nos lleva a efectuar el siguiente análisis: ¿puede o no el empleador fiscalizar o adoptar medidas disciplinarias en base a la información difundida mediante los correos electrónicos o a través de redes sociales?

La respuesta, como en casi todo en la vida, será que depende. En cuanto al primer tema, en caso el correo electrónico hubiera sido proporcionado por el empleador para fines estrictamente laborales, será posible el control sin entender que se trata de una violación del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

- Que el empleador hubiera explicado, por escrito, de manera clara y directa, que el correo electrónico es para uso exclusivamente laboral.
- Que el empleador hubiera advertido previamente y con la misma claridad, la facultad de efectuar controles y vigilancia sobre su uso adecuado.
- Que el ejercicio de la vigilancia o control garantice el principio de proporcionalidad, guardando una adecuada relación entre la finalidad perseguida y los medios empleados para ella.

Así, en el más reciente pronunciamiento de la Sala Plena del Tribunal Constitucional (Pleno Sentencia 412/2020, 2020), tres de los magistrados analizaron en detalle el tema de la posibilidad de supervisar el contenido de los correos electrónicos y redes sociales en la relación de trabajo. Respecto del primero de los temas, consideraron lo siguiente:

> *"29. Por lo tanto, este Tribunal debe reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa.*
>
> *30. Asimismo, este Tribunal debe precisar que dicha intervención debe respetar ciertos criterios, los cuales se encuentran relacionados con el respeto del principio de proporcionalidad entre el fin que se persigue lograr con dicha intervención y la intensidad de la eventual vulneración o amenaza de violación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones."*

Este desarrollo coincide con el pronunciamiento emitido en 2017, por el Supremo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) en

el caso de Barbulescu contra Rumanía (Caso de Barbulescu vs. Rumania, 2017), en el cual se fijaron, acertadamente, ciertas pautas que hubieran habilitado intervenir legalmente en el correo electrónico de los trabajadores:

> *"Dicho esto, parece que los tribunales nacionales no determinaron, en particular, si el demandante había recibido una notificación previa de su empresa sobre la posibilidad de que sus comunicaciones en Yahoo Messenger pudieran ser monitorizadas; tampoco tuvieron en cuenta el hecho de que no había sido informado de la naturaleza o el alcance de la supervisión, o el grado de intrusión en su vida privada y correspondencia. Además, no pudieron determinar, en primer lugar, las razones específicas que justifican la introducción de las medidas de monitorización; en segundo lugar, si el empresario podría haber utilizado medidas que menos invasivas de la vida privada y la correspondencia del demandante; y en tercer lugar, si se pudo haber accedido a las comunicaciones sin su conocimiento"*

Así, es claro que sí será una facultad legítima del empleador, restringir el uso, para fines netamente laborales, del correo electrónico proporcionado por aquél, siempre que se hubiera cumplido previamente y de manera clara, con informar por escrito, acerca de la posibilidad de vigilar dicha herramienta de trabajo. En cualquier caso, la intervención específica para fines disciplinarios debe ajustarse al principio de proporcionalidad (de acuerdo con el cual "*el sacrificio de un derecho fundamental, sea este de titularidad del trabajador o del empleador – solo resulta admisible desde el punto de vista constitucional en le medida en que pueda ser considerado imprescindible para la satisfacción de otros derecho fundamental que resulte prevalente de acuerdo con el sistema de valores consagrado por la Constitución y las circunstancias del caso concreto*" (Sanguineti, 2013)), a efectos de no incurrir en una intromisión innecesaria o injustificada en la esfera personal del trabajador. Cabe puntualizar que la conclusión recaída en el caso del correo electrónico corporativo es equiparable cuando estamos ante mensajería instantánea corporativa o redes sociales internas; es decir, aquellas que permiten la comunicación, interacción e intercambio de información exclusivamente entre trabajadores de una misma organización.

En cuanto al correo electrónico personal, el control empresarial sobre el contenido se encuentra absolutamente restringido, siendo que una intromisión constituirá una violación al derecho al secreto de las comunicaciones. En todo caso, para evitar que el uso del correo personal afecte la productividad en el trabajo o interfiera en la ejecución de las labores, podrían establecerse mecanismos de limitación al acceso durante la jornada de trabajo, respetando los criterios de necesidad y proporcionalidad.

En el caso del uso de las redes sociales públicas (*WhatsApp*, Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn, TikTok, Pinterest, entre otras) el análisis varía, pues en este caso —salvo en el caso de comunicaciones privadas realizadas mediante los mecanismos de mensajería de las propias redes sociales— no existe una expectativa razonable de privacidad respecto de su contenido. Así, lo que se discute es hasta dónde se extiende la esfera de control disciplinario del empleador en cuanto al contenido de las redes sociales de sus trabajadores, y qué es lo que se debe proteger ante una colisión entre ambos derechos.

Es importante anotar un dato relevante: desde siempre, las personas se han comunicado entre ellas, en espacios sociales privados. En ellos, sin duda se han expuesto comentarios, quizás inapropiados respecto de la figura del *jefe*, de la organización o de compañeros de trabajo. Es decir, el agravio hacia la figura patronal, consciente o no, no es algo nuevo ni mucho menos es derivado de la época de las NTIC. En tanto tales comunicaciones se hubieran efectuado fuera del centro laboral, no serían pasibles de control por parte del empleador. El efecto de tales comunicaciones estaba circunscrito al entorno en el cual se emitían y, por tanto, no trascendían.

De este modo, el alcance de los comentarios a causa de las redes sociales se ha "*ampliado exponencialmente (…), porque éstos se pueden haber hecho desde casa, de vacaciones o, incluso, mientras se espera un avión. Esto supone que actos que inicialmente podrían enmarcarse dentro de la vida privada del empleado —un comentario en una reunión de amigos— van a tener incidencia en su ámbito profesional y podrían llegar a ser utilizados para la imposición de alguna medida disciplinaria, máxime cuando dichos comentarios pueden ser archivados, copiados y trasladados a otros foros.*" (De

Castro) Así pues, en la era de la Web 2.0, el problema surge porque esos comentarios son emitidos de manera abierta y a merced de los millones de usuarios de internet.

Dicho a través de un ejemplo, si un trabajador le dice a un amigo, mientras toman un café, que su jefe es "*un cretino miserable*", hay sin duda una afectación concreta, pero casi imposible de ser advertida. Si ese amigo, lo comenta con otros amigos, presumiblemente la afectación sería mayor, pero una vez más, no habría cómo probarla. Trasladando el ejemplo, a la realidad de las redes sociales, ocurrirá que ese mismo mensaje, colocado como un comentario, en el *muro* de un amigo en una red social, tendrá un triple efecto: (i) será de potencial conocimiento de muchas personas, más allá de quién haya sido el receptor inicial del comentario; (ii) habrá indudablemente una evidencia física: aun cuando fuera luego borrado, alguien podría haber efectuado una captura de pantalla y haberla reenviado, una y muchas veces; y (iii) el daño que podrá ocasionar será potencialmente mucho mayor.

Así, la magnificación del alcance de los comentarios o publicaciones a causa de las redes sociales disminuye la tutela del derecho a la privacidad, por el efecto expansivo que tienen tales formas de comunicación a través de ellas. Al respecto, apunta Toyama en el texto que transcribimos seguidamente:

> *"[u]n primer tema es la "privacidad" de los comentarios realizados a través de una red social. En este caso, la privacidad resulta de menor tutela en tanto que voluntariamente el trabajador realizó sus comentarios en una red social pública y la empresa o la persona afectada por sus comentarios tuvo un acceso legítimo a los comentarios bajo las "reglas de juego" que están en estas redes sociales. Un segundo aspecto se relaciona con el fondo, la posibilidad de realizar comentarios a través de estas redes públicas y dinámicas. Los comentarios de las personas pueden ser triviales o relevantes, íntimos o no, pero también pueden afectar a terceros, incluyendo a las empresas y los jefes."* (Toyama, El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico, 2020).

Debemos hacer aquí un necesario paréntesis: al igual que los trabajadores son titulares indiscutidos de derechos fundamentales, específicos e inespecíficos (libertad de expresión e intimidad, por ejemplo), los empleadores, sean personas jurídicas o naturales, poseen igualmente derechos protegidos por la Constitución. Así, todo empleador goza también, por ejemplo, de los derechos a la libertad de empresa, al honor y buena reputación, entre otros. En este sentido, no será siempre claro a quién debe proteger el ordenamiento jurídico, pues habrá situaciones en las que estemos potencialmente, ante dos derechos fundamentales contrapuestos respecto de los cuales realizar el test de proporcionalidad para definir a cuál deberemos tutelar.

Las respuestas siempre dependerán de las particularidades de cada caso concreto, pero como pautas generales, entendemos que el ejercicio del poder de dirección del empleador respecto del uso inapropiado de las redes sociales por parte de los trabajadores se encontrará justificado en los siguientes casos:

i) Cuando los comentarios impacten negativamente en lo laboral o lesionen derechos fundamentales del empleador de manera injustificada, y;

ii) Cuando no quede duda que el uso inapropiado recae indudablemente en la persona del trabajador; es decir, cuando es posible identificar indubitablemente la titularidad de determinada publicación o comentario.

Existen múltiples supuestos en los cuales las redes sociales han servido como evidencia de incumplimientos laborales. Si un trabajador, haciendo uso de la licencia por fallecimiento de familiar pactada en convenio colectivo, se ausenta por una semana del centro de trabajo, y se verifica – de la sola revisión de sus fotografías de Facebook que estuvo, toda esa semana, de viaje familiar en una playa, se justificará la investigación previa al despido por violación al deber de buena fe y lealtad que deben informar la relación de trabajo y por proporcionar información falsa al empleador con la finalidad de obtener una ventaja. Similar consecuencia aplicará, cuando a través del comportamiento en redes sociales, sea posible identificar

que un grupo de trabajadores está incurriendo en competencia desleal en agravio del empleador. Por su parte, si una trabajadora se ausenta alegando enfermedad y ese mismo día comparte en sus historias de Instagram, fotografías de ese mismo día, en el estadio alentando a su equipo de fútbol, la consecuencia disciplinaria será clara, si bien corresponderá – como en todos los casos – conducir una investigación y, luego de ella, ponderar cuál sería la sanción a aplicarse, de verificarse que la información era falsa.

Problema distinto surge cuando las redes sociales son utilizadas, conscientemente, como mecanismos de violación de derechos del empleador. Es decir, cuando se usan tales plataformas públicas, con la intención clara y directa, de difamar o injuriar al empleador, sus representantes o compañeros de trabajo. En este caso, está claro que, en el conflicto de derechos, el que merecerá tutela será el derecho al honor y buena reputación del empleador, pues el ordenamiento no ampara el abuso de derecho.

Al respecto, García Perrote, precisa – en base a la jurisprudencia constitucional española, que *"[l] la libertad de expresión no incluye el derecho al insulto, ni el uso de expresiones injuriosas u ofensivas, ni tampoco, en fin, el uso de expresiones por completo innecesarias para lo que se quiere transmitir (la ofensa "gratuita")"* (García Perrote, 2018).

En este orden, es indudable que "*la libertad de expresión de los trabajadores en las redes sociales, se reconoce, pero está sometida a los mismos límites que cualquier otra manifestación de las ideas, que, además, sea de público conocimiento, porque, si bien aquella libertad permite la expresión de vivencias, ideas, pensamientos, reflexiones, etc., no habilita a menospreciar, insultar, humillar o vejar a ningún otro, entre los cuales está —naturalmente— su empresario y sus compañeros de trabajo*". (De Castro).

Por otro lado, habrá, ciertamente, situaciones grises en las cuales la respuesta no será tan clara ni categórica. Así, existe una mayor tolerancia del ordenamiento, cuando las expresiones agraviantes hacia la figura del empleador se enmarcan en un conflicto colectivo de trabajo. De este modo, como parte de una negociación colectiva confrontacional, no es extraño que los dirigentes sindicales utilicen las redes sociales para informar del

avance a sus afiliados y puede ocurrir que, como parte de esta información, se produzcan extralimitaciones en el lenguaje.

Habiendo una concurrencia de derechos fundamentales del trabajador (no solo la libertad de expresión del individuo, sino la libertad sindical en su dimensión plural[6]), esto será tolerado por el ordenamiento siempre y cuando estos agravios estén directamente vinculados al conflicto mismo (por ejemplo, criticar con adjetivos la falta de propuestas económicas o la dilación injustificada en la negociación), más no en caso de ataques o insultos injustificados contra el empleador o sus representantes.

Como anticipamos, al ser el derecho del trabajo, la más humana de las disciplinas, las respuestas no pueden ser unívocas, debiendo evaluar cada caso con sus particularidades para así, de manera ponderada, definir en quién recaerá la protección del ordenamiento.

III. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO ANTE LAS NTIC EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

Por otro lado, es preciso reconocer que el derecho siempre se ha encontrado varios pasos (o kilómetros, para ser más precisos) detrás de la realidad que pretende regular. En eso no hay ninguna duda. Así, históricamente se han presentado fenómenos que han retado las estructuras del derecho del trabajo como lo conocemos, si bien sus instituciones jurídicas tradicionales se han mantenido invariables, dificultando así, la defensa de los derechos que pretende tutelar. Es por ello que, no solo en nuestro país, sino en toda la región iberoamericana cuando menos, es la jurisprudencia, judicial, constitucional y administrativa, quien ha procurado ir llenando los distintos vacíos que la realidad hace surgir.

6 "La libertad sindical en su dimensión plural también protege la autonomía sindical; esto es, la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos" (Sentencia Exp. 3311-2005-PA/TC, 2006).

Más allá de la incuestionable disonancia *realidad – derecho*, es indudable que, uno de los principales retos que enfrenta nuestra disciplina –es precisamente la *fiscalización* del cumplimiento de la normativa existente, incluso en ese contexto. En 1947 se aprobó el Convenio OIT 81 relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio (ratificado por el Perú en 1960)[7], el cual reguló la obligatoriedad de mantener un sistema de inspección de trabajo con la finalidad de "*velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores, (…) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales",* entre otras. Cómo se sabe, desde su concepción, la finalidad fue la vigilancia de las normas legales, pero ¿qué ocurre si, como mencionamos anteriormente, la realidad trasciende largamente en sus alcances a la norma legal vigente? ¿Es posible fiscalizar cuando las normas no regulan con especificidad o precisión los nuevos retos que cada día surgen ante el desarrollo de las nuevas tecnologías? Ese es, pues, precisamente el planteamiento que interesa analizar.

Se reconoce en la inspección, una clara ventaja respecto de la tutela judicial de los derechos laborales: tradicionalmente, el inspector tiene la facultad de ingresar al centro de trabajo, constatar el cumplimiento o incumplimiento con sus propios ojos y oídos: podrá generar registros, tomar fotografías y videos, conducir entrevistas, entre otros y así, formarse convicción de manera directa y personalísima respecto de los hechos ocurridos.

La inmediación supone, pues, una ventaja y una gran oportunidad. Así, *"la ventaja que un inspector de trabajo tiene frente a un órgano judicial, es que el primero puede apreciar por sí mismo in situ, con sus propios sentidos, el hecho en cuestión (por ejemplo, que un menor de edad está realizando trabajo nocturno), lo que está lejos de ocurrir con el segundo, a quien se tendrá que convencer y ante quien habrá que probar la realidad de ese hecho."* (García Perrote, 2018).

7 Si bien Perú no ratificó el Convenio OIT 129 sobre la inspección de trabajo (agricultura, 1969).

Es importante anotar que, en el marco de las dificultades de prueba que pueden presentarse ante determinadas situaciones o contextos, la Ley General de Inspección del Trabajo (LGIT), confiere a los hechos constatados por los inspectores, una presunción iuris tantum de veracidad, que únicamente podrá ser rebatida mediante prueba en contrario. Así pues, la responsabilidad que tienen los inspectores de trabajo en cuanto a la verificación de conductas infractoras es enorme pues la sanción o exculpación del empleador, dependerá —en gran medida— de su sola constatación personal.

1. El reto de la tipicidad para la fiscalización de la relación laboral enmarcada en las NTIC

Si analizamos de manera específica la regulación de la inspección en el Perú, tenemos que en nuestro país, la actuación inspectiva ha tenido como finalidad, vigilar el cumplimiento de las siguientes instituciones del derecho laboral: (i) la ordenación del trabajo y relaciones sindicales (derechos fundamentales en el trabajo, normas en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, normas sobre protección, derechos y garantías de los representantes de los trabajadores en las empresas.); (ii) la prevención de riesgos laborales; (iii) el empleo y las migraciones; (iv) la promoción del empleo y formación para el trabajo; (v) el empleo infantil; (vi) los sistemas previsionales; (vii) el trabajo de personas con discapacidad, y *"cualesquiera otras normas cuya vigilancia se encomiende específicamente a la inspección del trabajo"* (art. 3 LGIT).

Por su parte, en cuanto al ámbito geográfico o territorial, la labor inspectiva se ha desplegado en las empresas o centros de trabajo, entendiéndose como tales a *"las empresas, los centros de trabajo y, en general, los lugares en que se ejecute la prestación laboral"*; se incluyen, asimismo, a los vehículos y medios de transporte en los que se preste trabajo y *"los domicilios en los que presten servicios los trabajadores del hogar, con las limitaciones a la facultad de entrada libre de los inspectores, cuando se trate del domicilio del empleador."* (artículo 4 LGIT).

Asimismo, en lo que respecta a la facultad de proponer e imponer sanciones, una restricción se presenta en el principio de tipicidad en la

potestad sancionadora, recogido en el artículo 246 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), el cual señala lo siguiente:

> *"Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria."*

En esta medida, los inspectores de trabajo no podrán proponer sanciones cuando los incumplimientos no se encuentren previstos en la ley o en el reglamento, pues ello constituirá una conducta nula, de conformidad con la normativa nacional (artículo 10.1 LPAG). Por ello, si la LGIT y su Reglamento no contemplan determinada conducta como una infracción, no sería posible proponer sanciones ni imponer multas.

Como es de esperarse, el elenco de conductas sancionables como infracciones leves, graves y muy graves está alineado con la vigilancia de los derechos enunciados al inicio del presente Acápite y, por tanto, no abordan – cuando menos de manera directa – muchos de los desafíos al modelo laboral tradicional que nos proponen las NTIC.

En este contexto, cabe preguntarse si la actuación inspectiva debe mantenerse o no al margen de la realidad actual y del sinnúmero de nuevas situaciones que se presentan durante la relación de trabajo. Como no podría ser de otra manera, coincidimos con Mortola y Mendoza, en el sentido de que "*[l]a Administración del Trabajo no puede permanecer inactiva frente al incumplimiento de la legislación laboral sin que, con ello, traicione la finalidad tutelar que el derecho del trabajo le asigna (…)"* (Mortola & Mendoza, 2019).

Por ello, siendo claro que la realidad siempre superará a la normativa vigente, debería evaluarse una solución desde uno de los dos enfoques siguientes:

i) Identificar si es que algunos de los problemas que plantean las NTIC en las relaciones de trabajo se pueden subsumir en el ordenamiento sustantivo e inspectivo vigente, o;

ii) Evaluar si fuera conveniente proponer una modificación de la LGIT que reconozca expresamente la existencia de una nueva problemática, tanto en cuánto a cuál es el ámbito subjetivo y geográfico (a quién y dónde fiscalizar) y la determinación de cuáles son los derechos tutelados.

En cuanto al primero de los enfoques, hallamos una primera limitación en la propia redacción de las conductas que son considerados incumplimientos. El elenco de conductas infractoras, en su mayoría, está sumamente delimitado por la legislación actual en relación, básicamente a remuneraciones, beneficios, tiempo de trabajo, actividad sindical, seguridad, salud y condiciones de empleo. Ello, como es evidente, reta la posibilidad de extender sus alcances, incorporando nuevos significados.

Sin embargo, sí existen dos disposiciones específicas lo suficientemente amplias como para permitir subsumir en ellas, más de una conducta infractora vinculada a los temas bajo análisis en el presente trabajo. Así, tenemos que el artículo 25.14 del RLGIT establece, como infracción muy grave *"[L]os actos de hostilidad y el hostigamiento sexual, así como cualquier otro acto que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de sus derechos constitucionales."* Por su parte, el inciso 17 del mismo artículo 25, también considera infracción muy grave, *"[L]a discriminación del trabajador, directa o indirecta, en materia de empleo u ocupación, como las referidas a la contratación, retribución, jornada, formación, promoción y demás condiciones, por motivo de origen, raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, portar el virus HIV o de cualquiera otra índole*."

Como es evidente, estas disposiciones, albergan un amplísimo contenido, en tanto que permiten la remisión directa a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y, por norma constitucional expresa, también a aquellos con reconocimiento supranacional (contenido en tratados y convenios internacionales).

En esa medida, con base únicamente en esos dos incisos podrían conducirse inspecciones en las cuales lo que se encuentre en colisión con la facultad de dirección del empleador, sean derechos fundamentales de los trabajadores. Dentro de estas situaciones, se puede encauzar la fiscalización respecto del adecuado uso del GPS como mecanismo de control del tiempo de trabajo, o respecto del uso de datos biométricos para distintos aspectos de la relación laboral (por ejemplo, el sensor biométrico de control de retina o iris en los vehículos de transporte, desarrollado anteriormente).

Del mismo modo, si durante un proceso automatizado de evaluación de desempeño a través de IA se identificara que la metodología empleada ha implicado un supuesto de discriminación (por ejemplo, en contra de dirigentes sindicales, de madres embarazadas o en periodo de lactancia) o de violación de otros derechos fundamentales, la inspección podrá intervenir a efectos de detener, corregir y/o sancionar la conducta infractora.

Por su parte, si se produjeran cuestionamientos sobre el control respecto del uso del correo electrónico profesional o redes sociales, que implique un potencial impacto respecto de los derechos fundamentales a la intimidad, secreto de las comunicaciones, o libertad de expresión y opinión, también podría efectuarse una ponderación de derechos y determinar si las pautas previstas por el empleador para dicho control son o no razonables y si se enmarcan en el principio de proporcionalidad.

Consecuentemente, tenemos que, desde lo normativo, sí encontramos caminos para fiscalizar adecuadamente situaciones producidas en el marco de las NTIC, por lo que no sería necesario ni recomendable, introducir una modificación legislativa que deba abordar en detalle, cada una de las nuevas situaciones. El motivo es sencillo: la tecnología se mueve a tal velocidad que, aun en el hipotético caso que se lograse modificar la LGIT, cuando ello ocurra (de ocurrir), seguramente habrá ya nuevos retos y nuevas problemáticas que hoy no existen ni somos capaces de predecir, corriendo – nuevamente el riesgo – de resultar, la legislación, insuficiente. Por ello, la existencia de disposiciones con contenido amplio vinculado al reconocimiento de los derechos fundamentales, permitirán garantizar, de mejor modo, su eficacia.

2. El despliegue de la actividad probatoria en la inspección: un gran desafío ante las NTIC

Fue superada ya la primera limitación que identificamos al concluir que, por un tema de tipicidad, la Autoridad Inspectiva sí tiene capacidad de fiscalizar las situaciones que se presentan como consecuencia de la aplicación de las NTIC en la relación de trabajo.

Ahora surge un reto complementario: cuáles son los mecanismos idóneos para recabar la prueba, especialmente en contextos cuando el lugar de la prestación de los servicios o la forma en que se materializa la infracción no son siempre identificables o visibles.

A manera de ejemplo, nos preguntamos: ¿cómo podría formarse convicción un inspector de trabajo, respecto de que el GPS activado en los teléfonos móviles de un grupo de vendedores es monitoreado únicamente durante la jornada de trabajo o que la información que aporta no es empleada para controlar los movimientos de los dirigentes de un sindicato en formación? En este ejemplo, los trabajadores que se consideren afectados por una ilegal intromisión en su intimidad y en su libertad sindical podrían interponer una denuncia alegando el incumplimiento referido en los artículos 25.14 y 25.17 del RLGIT antes transcritos. Por su parte, el empleador podría negar los hechos, alegar que los registros del GPS —al ser información proporcionada por un proveedor informático externo— únicamente se conservan por un intervalo corto de tiempo y que luego son eliminados, o que sencillamente, la alegación de seguimiento a los dirigentes es imposible de probar. De este modo, se tendrá base legal clara, pero lo que no habrá, será posibilidad de formarse convicción respecto del incumplimiento.

Para resolver esta limitación, los inspectores deberán, hoy más que nunca —pero sin apartarse de los principios y reglas que regulan la actuación inspectiva— desplegar una actividad de investigación más sofisticada y creativa y, en la medida de lo posible, conectar indicios o *coincidencias*. Por ejemplo, en el caso anterior, podrían contrastar los registros de las llamadas realizadas por representantes de la empresa a los dirigentes del sindicato en formación, en horas del día en las cuales son monitoreados por el GPS,

para identificar si existe una coincidencia o un patrón de seguimiento (días u horas). Podrían identificar si la Empresa exige el retorno al centro de trabajo o programa trabajo en sobretiempo, cuando está prevista alguna reunión de coordinación gremial. Del mismo modo, podrían verificar si, en el tiempo, se producen recomposiciones injustificadas de equipos de trabajo con miras a desarticular una incipiente organización sindical.

Un ejemplo adicional se identifica en el contexto actual, en cuyo marco, un importante número de trabajadores de labores administrativas se encuentra prestando servicios de manera remota, sin que exista un control efectivo del cumplimiento de la jornada de trabajo, por lo que podrán presentarse denuncias al respecto. En este contexto, evidentemente, la verificación de la realización de trabajo en sobretiempo no remunerado no podrá satisfacerse mediante registros físicos tradicionales (registro de marcación de asistencia o constataciones en el centro de trabajo). En cambio, será necesario que la fiscalización incluya el registro de envíos de correos electrónicos (en los que figura el registro de fecha y hora de envío), de capturas de pantalla de mensajes de *WhatsApp* o de las redes sociales internas de la Empresa, de llamadas telefónicas o participación en videollamadas, entre otros, que permitan generar evidencia de que el trabajador laboró fuera del horario de trabajo. Estos mecanismos de fiscalización, como no podría ser de otra manera, necesariamente deben velar por no lesionar derechos del empleador, tales como a la reserva de sus comunicaciones, al secreto profesional, o la confidencialidad, por lo cual deberán limitarse a lo indispensable para identificar la prestación o no de servicios fuera de la jornada.

Así, es claro que si bien la normativa sí habilita a los inspectores a conducir actuaciones de vigilancia ante supuestos como el planteado, será necesario ir creando nuevos mecanismos de obtención de evidencia, más allá de los tradicionales, para que la finalidad de protección no pierda eficacia. En este sentido, serán múltiples los supuestos novedosos que se vayan presentando y la labor inspectiva deberá adecuarse a nuevas formas de fiscalizar, dado que la constatación personal, la visita al centro de trabajo, las comparecencias en las oficinas de la autoridad y la presentación

de documentos estandarizados permitirán resolver, cada vez con menor consistencia, los nuevos retos.

3. El invaluable esfuerzo por la modernización de las actuaciones inspectivas

Como hemos podido apreciar hasta ahora, el principal reto que identificamos para la inspección ante las nuevas tecnologías será "localizar" los incumplimientos y probarlos. Si bien aquel es un reto en constante desarrollo y que exigirá, como anticipamos, que los inspectores piensen *fuera de la caja* para hallar respuestas, no es menos importante reconocer el esfuerzo que, durante el último tiempo, ha efectuado la autoridad de fiscalización por simplificar sus actuaciones inspectivas. Así, hasta hace muy poco, ellas se efectuaron mediante mecanismos tradicionales de requerimientos personales, con firmas manuales, requerimientos de información en medios físicos y con comparecencias presenciales, que dificultaban las actuaciones no solo para los denunciantes y empleadores, sino para los propios inspectores de trabajo.

Así, en los últimos dos años, hemos apreciado una orientación valiosa hacia la digitalización de la labor inspectiva. Así, en setiembre del 2018, mediante Decreto Legislativo N.° 1383, se modificó la LGIT para incluir una cuarta modalidad de actuación inspectiva de investigación: el requerimiento de información por medios de comunicación electrónica.

Por su parte, en enero del 2020, incluso antes del inicio de la Pandemia se creó, mediante Decreto Supremo N.° 003-2020-TR, el Sistema Informático de Notificación Electrónica, con el objetivo de implementar progresivamente el uso obligatorio de la casilla electrónica para las notificaciones de procedimientos administrativos y actuaciones de la entidad fiscalizadora.

En julio del 2020, ya durante la fase de propagación de la Pandemia, mediante Resolución de Superintendencia N.° 103-2020-SUNAFIL, se publicó la más reciente versión del protocolo sobre inspección de trabajo durante la Emergencia Sanitaria. En este se señala, entre otros aspectos, lo siguiente: (i) la inspección se ejerce privilegiando el uso de las NTIC,

tales como llamadas telefónicas, correos electrónicos, *WhatsApp*, grabación de videoconferencias, cartas, entre otros; (ii) las comparecencias pueden llevarse a cabo mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación, y; (iii) las visitas inspectivas pueden realizarse mediante plataformas virtuales, pudiendo el inspector exigir al empleador que, a través de una videollamada, efectúe un recorrido por las instalaciones del centro de trabajo. Es decir, será posible, por ejemplo, que un inspector se reúna por videollamada con el empleador y con el trabajador en simultáneo, cada uno en un lugar distinto y así, verificar las condiciones de la prestación laboral. La inmediación e inmediatez que ello permite es invalorable.

Si bien esta implementación tiene su origen en el contexto de la emergencia del 2020, lo cierto es que es probable que —comprobada su eficacia— su vigencia de mantenga una vez que la crisis sanitaria sea superada. Esto implica, qué duda cabe, un enorme avance hacia la modernización de la inspección en el país, en beneficio tanto de trabajadores como empleadores, quienes tendrán la posibilidad de recibir orientación y vigilancia, de manera mucho más célere, sin las limitaciones propias de la fiscalización tradicional. Asimismo, al admitir como legítimas estas alternativas, sin duda se producirá un fenómeno de apertura, que dará lugar a que la inspección pueda continuar sofisticando sus mecanismos de vigilancia, teniendo por supuesto y siempre, como límite el respeto por los derechos fundamentales de ambas partes de la relación laboral.

CONCLUSIONES

Como anticipamos al inicio del presente trabajo, son pocas las certezas que tenemos actualmente. Una de ellas es que los rasgos esenciales que definen el contrato del trabajo no han cambiado: la relación personal, subordinada y remunerada será lo que diferencie nuestra disciplina de cualquier otra.

Sin embargo y, pese a esta primera gran certeza, no es menos cierto que el derecho del trabajo no es el mismo hoy que el que era hace veinte

años, ni mucho menos el mismo del siglo pasado. Así, al ser una disciplina que abarca relaciones interpersonales, mutará a la misma velocidad a la que se transforme el mundo.

Somos testigos, hoy más que nunca y, sin duda, mañana más que hoy, que la transformación ocurre a una velocidad que trasciende la capacidad reguladora de nuestros operadores e incluso nuestra propia capacidad de comprenderla. Las nuevas tecnologías han abierto paso a realidades antes impensables, como el desarrollo cada vez más sofisticado de la IA que, poco a poco, viene reemplazando la forma en que nos desenvolvemos en muchos ámbitos, incluyendo el laboral (en los procesos de selección y los procesos de evaluación de desempeño, por citar solo dos ejemplos).

Asimismo, el desarrollo de la ciencia permite realizar monitoreos mediante sistemas de geolocalización en tiempo real e inclusive reconociendo nuestros datos biométricos (huellas, iris, retina, pulsaciones, entre otros). Todo ello incrementa la potencia con la cual se ejerce el poder de dirección y lleva a evaluar cuáles son sus límites.

Pese a la aparente incertidumbre, la segunda certeza que tenemos es que la protección de los derechos fundamentales no se transforma ni se relativiza, al ser parte estructural del Pacto Social Universal que nos rige como sociedad global.

En tal medida, el respeto de los derechos fundamentales plantea límites infranqueables, en este caso, para el ejercicio del poder de dirección. Por ello, la necesidad de aplicar el test de proporcionalidad en caso de conflictos entre estos derechos también mantiene absoluta vigencia. En virtud de ello, por mucho que las NTIC trastornen la forma en que nos relacionamos en el marco de un contrato de trabajo, los límites son hoy, los mismos que ayer. La dignidad, la no discriminación, la intimidad, y otros derechos constitucionales, siempre deberán ser ponderados ante un conflicto con los derechos del empleador y eso, afortunadamente, no lo transforman las nuevas tecnologías.

Por último y, en línea con lo anterior, la tercera certeza que tenemos es la absoluta necesidad de mantener vigente el Sistema de Inspección

de Trabajo como un contralor legitimado y eficiente. La normativa actual, desde lo sustantivo sí permite su acción, al proscribir expresamente conductas que lesionen los derechos fundamentales. Lo que corresponde ahora es renovar los procesos de actuación y fiscalización, de manera tal que las posibilidades de probar el cumplimiento o no de las normas, se ajusten a la nueva forma en que se desarrolla hoy el contrato de trabajo, con toda la disrupción que ello implica. Esfuerzos importantes ya se vienen haciendo, pero esperamos que ellos continúen, se fortalezcan y se extiendan, garantizando el respeto de los derechos y de las normas laborales, a favor de un universo cada vez más amplio de trabajadores y empleadores, reconociendo que el modelo tradicional cambió para siempre y que los recursos del sistema de inspección siguen siendo hoy, insuficientes.

PONENCIAS LIBRES

DERECHOS DIGITALES, PROTECCIÓN DE DATOS Y CONTROL EMPRESARIAL EN ESPAÑA

MARÍA ELISA CUADROS GARRIDO

Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia (España).

1. ENFOQUE CONFLICTIVISTA

Las Tecnologías de la información y de la Comunicación (TICs) han puesto en un primer plano la necesidad de que en el desarrollo del contrato de trabajo se respeten los derechos fundamentales de dignidad e intimidad del trabajador y asimismo su derecho a la autodeterminación informativa. Las nuevas tecnologías generan profundas transformaciones en la organización de las empresas y cambios de principios en la práctica laboral, y asimismo llevan a los jueces a adoptar nuevos cánones, gestados y madurados extramuros de las salas en las que los pleitos se convierten en *litis.*

El debate judicial se centra en el conflicto entre los diversos derechos constitucionales del empleado que pueden quedar afectados por el uso de las nuevas tecnologías y que, en su mayoría, pertenecen a la primera generación de derechos fundamentales, que quedó plasmada en las manifestaciones más incipientes del constitucionalismo europeo moderno, aparecidas a lo largo del siglo XIX, como derechos que se caracterizan por reunir el doble requisito de ser de la persona o de la personalidad. Por una parte, pertenecen al trabajador en su condición de tal, aun cuando se ejerzan en el marco del contrato de trabajo, y de otra por ser derechos de libertad, ya que su objeto consiste en la expectativa de la ausencia de intromisiones o interferencias.

Y en el lado contrapuesto, por parte del empleador se encuentran el derecho a la libertad de empresa y el derecho de propiedad, de aparición más tardía, pues surgen ya en el siglo XX a resultas del nuevo pacto social que refundó las relaciones entre Estado y Sociedad.

Los equilibrios y limitaciones que conlleva el contrato de trabajo, para el empresario y el trabajador, suponen que las facultades organizativas

empresariales se encuentran restringidas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando el empleador obligado a respetarlos.

Partiendo de la prevalencia de los derechos del trabajador, los límites que quiera poner la empresa. Solo se pueden derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho; de tal forma que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso de sustento a la producción de resultados inconstitucionales. Y ello porque los derechos constitucionales de cualquier ciudadano *acompañan al trabajador durante toda la vida de la relación laboral, como un veto ínsito a las prerrogativas empresariales*. Por este motivo, el Tribunal Constitucional destaca la necesidad de que las resoluciones judiciales preserven *el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito modulado de su libertad constitucional*.

En igual sentido, se incide en que precisamente allí donde se plantea una *fuerte tensión dialéctica* es en el lugar de fricción entre los derechos constitucionales del empresario y los fundamentales del trabajador, que disfrutan de una dimensión constitucional diferente.

La doctrina más autorizada señala que el efecto más relevante de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales consiste en haber abierto un nuevo escenario conflictivo, en el que las partes siguen siendo los litigantes de siempre, trabajador y empresario, pero la controversia ya no suscita un problema de legalidad o de contractualidad, sino de colisión entre dos categorías de derechos constitucionales (Valdés Dal-Ré, 2009).

A este escenario conflictivo se puede llegar por dos vías, una, por el control que la empresa realiza del uso de las TICs por parte del trabajador, y otra, por el recurso a los adelantos tecnológicos por parte del empleador para controlar al personal contratado (Cuadros Garrido, 2018).

2. DERECHOS DIGITALES

2.1. Normativa

La nueva era digital protagonizada por *Internet de las Cosas* ha supuesto la creación de unos derechos nuevos, que encuentran en parte su fundamento en el derecho preexistente a la protección de datos de la Constitución Española[1] (CE) ubicado en su art. 18.4, pero que implican una adaptación de construcciones clásicas a los requerimientos del avance de la tecnología (Cobacho López, 2019, 226-ss).

Frente al nulo desarrollo que la normativa de protección datos experimentó en el ámbito laboral en España, a nivel europeo el Reglamento General sobre Protección de Datos[2] (RGPD) abrió la posibilidad de intervenir en ese ámbito hasta esa fecha ignorado por la normativa estatal.

El RGPD establece una normativa única, válida en toda la UE y aplicable al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no. El RGPD impuso a los Estados de la UE que adaptaran su normativa a este con la fecha máxima de su entrada en vigor, a saber, en el año 2018.

De este modo, el RGPD incorpora nuevas reglas sobre extraterritorialidad de las normas y se aplicará fuera de la Unión Europea cuando el tratamiento de datos personales de interesados residentes en la Unión se efectúe por responsables o encargados del tratamiento no establecidos en la Unión y las actividades de tratamiento estén relacionadas con dos escenarios:

1 BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

2 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOCE 4 mayo de 2016, núm. 119.

1) La oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si se requiere un pago por parte del interesado.
2) El control de su conducta, en la medida en que esta tenga lugar en la Unión Europea.

En el ámbito laboral, los aspectos más relevantes del RGPD son los siguientes:

1. El tratamiento de datos está prohibido cuando revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida o la orientación sexuales de una persona física.
2. El Reglamento da la posibilidad a los Estados miembros de establecer normas más específicas, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral.
3. Las normas que establezcan los Estados deben incluir medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas

a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo.

4. La figura del *Delegado de Protección de Datos* fue altamente debatida en todo el proceso regulatorio. Al final, el RGPD ha optado por una solución intermedia, que es la obligatoriedad en la designación de dicha figura, pero sólo para determinados casos concretos, como Administraciones Públicas, entidades cuya principal actividad lleve aparejada la monitorización de datos personales o el tratamiento de datos personales a gran escala y entidades cuya principal actividad lleve aparejado el tratamiento de datos especialmente protegidos a gran escala, así como de antecedentes penales.

Respondiendo al mandato europeo, la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales[3] (LO 3/2018) introdujo en el ordenamiento jurídico español un sistema de garantías de los derechos digitales que, en algunos casos, ya habían sido perfilados por la jurisprudencia europea. Mientras no exista una reforma de la Constitución Española que los eleve a rango constitucional, los derechos digitales quedan recogidos en los arts. 79 a 97 de la LO 3/2018, sin la especial protección que se otorga a los derechos fundamentales[4].

---

3 BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. La aprobación de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales supuso una novedad respecto a la anterior normativa ya que extiende su ámbito material a las relaciones de trabajo. En esta regulación tal y como se establece en sus artículos 87 a 91 dentro del capítulo X, Garantía de los Derechos Digitales, se vienen a considerar lícitos los medios de control empresarial a través de las TICs siempre que respeten los derechos constitucionales superando determinados requisitos.

4 De acuerdo con su ubicación en la Constitución Española de 1978, podemos diferenciar: derechos fundamentales, derechos ordinarios de los ciudadanos y principios económicos y sociales. Tanto los derechos fundamentales como los ordinarios (arts. 30 a 38) son susceptibles de aplicación directa, sin necesidad de desarrollo legal previo, mientras que los principios económicos y sociales (arts. 39 a 52) requieren una regulación previa. Por su parte, los derechos fundamentales son los reconocidos en el Título I, Capítulo II, Sección I de la Constitución Española, todos los cuales están amparados por el máximo nivel de protección constitucional, artículos 14 a 29.

2.2. Derechos digitales

Los derechos digitales, podemos definirlos como derechos y libertades reconocidos a todos los ciudadanos predicables al entorno de Internet, tal tenor literal es la definición de la Exposición de Motivos de la referida LO (Sánchez Trigueros y Cuadros Garrido, 2019, 100-103). Pero tal definición, se nos deviene insuficiente porque el hecho cierto, es que estos nuevos derechos forman un elenco heterogéneo no solo relacionado con la Web.

Gran parte de los derechos digitales carecen de una relación directa con la autodeterminación informativa y se conectan más bien con otros derechos fundamentales de las personas de nuestra Carta Magna, como la dignidad del art. 10 (neutralidad de Internet, acceso universal a la Web[5], seguridad digital[6], educación digital[7], y actualización de informaciones[8]), como la igualdad y no discriminación del art. 14, como los del art. 18.1 la intimidad, el honor o como la libertad de expresión del art. 20 (rectificación en internet[9]) e incluso fuera del texto constitucional, relacionado

5 Art. 81 LO 3/2018. De modo que todos tienen derecho a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica, y que los poderes públicos quedan obligados a ofrecer un acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para toda la población, procurando superar tanto la brecha de género en el ámbito personal y laboral, como brecha generacional mediante acciones dirigidas a la formación y el acceso a las personas mayores, y ofreciendo posibilidades reales en entornos rurales y para las personas que cuenten con necesidades especiales.

6 Art. 82 LO 3/2018. Que implica en esencia seguridad de las comunicaciones que se transmitan y reciban a través de Internet, con el consiguiente deber de los proveedores de servicios de Internet de informar a los usuarios de sus derechos.

7 Art. 83 LO 3/2018. En el sentido de que el sistema educativo deberá garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales.

8 Art. 85 LO 3/2018. Es un derecho respecto a los medios de comunicación digitales, por el que toda persona tiene derecho a solicitar motivadamente de los medios de comunicación digitales la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible junto a las noticias que le conciernan cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias que hubieran tenido lugar después de la publicación, causándole un perjuicio.

9 Art. 84 LO 3/2018. Los responsables de redes sociales y servicios equivalentes deberán

con conceptos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional como la privacidad[10] (derecho a la desconexión digital[11]). Si bien otros derechos digitales, forman parte del núcleo duro del derecho a la protección de datos, mereciendo destacarse entre ellos el derecho al olvido en búsquedas de internet[12], derecho al olvido en redes sociales y servicios equivalentes[13], el

---

adoptar protocolos adecuados para posibilitar el ejercicio del derecho de rectificación ante los usuarios que difundan contenidos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz.

10 STC 12/2012, de 30 de enero. Según el TC reside en derivar los contornos mismos del derecho fundamental a la intimidad del entorno de la privacidad, en su configuración material, es un derecho de exclusión que todo ciudadano tiene de hacerlo valer, frente a los poderes públicos o al resto de la sociedad.

11 La desconexión digital laboral o el derecho a la desconexión laboral es la facultad de los trabajadores a desconectar del trabajo por medios digitales una vez finalizada la jornada laboral convenida. Como precedentes destacables, poner de manifiesto que la figura se encontraba ya regulada en el Derecho francés desde 2016. Fue el supuesto de derechos digitales más mediático, a pesar de que es una norma abierta, pues remite a la negociación colectiva y en todo caso a la autorregulación del empleador, por ello se ha calificado como un derecho formalmente novedoso. Respecto a la aplicabilidad, se extiende a cualquier forma de trabajo incluido el teletrabajo. Son varios los factores que motivan la existencia de este derecho, por un lado, la conciliación de la vida personal y la familiar, por otro lado, la dicotomía entre tiempo de trabajo y de descanso y, finalmente, la prevención del tecnoestrés.

12 Desde que se publicó la conocida STJUE de 13 de mayo de 2014 (Caso Google Spain S.L contra Agencia Española de Protección de Datos) se ha ido configurando el *derecho al olvido*. En dicha sentencia se estimaba la pretensión de un ciudadano español que pedía la cancelación de resultados obtenidos al buscar su nombre en Google, pues mostraba una información desactualizada, en el sentido de *desindexación*; alude al derecho de la persona a dejar de tener un perfil *on line*, es decir, a eliminar de la Red su huella digital. y se ha ido concretado su ejercicio. Art. 93 LO 3/2018. "Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información. Del mismo modo deberá procederse cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet".

13 Art. 94 LO 3/2018. "Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, así como a la

derecho de portabilidad[14], o el derecho al testamento digital[15] como de los más relevantes (Sánchez Trigueros y Cuadros Garrido, 2019, 104).

Por lo anterior, la doctrina considera más que plausible un desacuerdo al encaje de esta mezcla de derechos digitales dentro de una Ley Orgánica dedicada a la protección de datos; y aún más criticable es, precisamente,

---

supresión de los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información".

14 El art. 17 de la LO 3 /2018 recoge lo siguiente: "El derecho a la portabilidad se ejercerá de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del Reglamento (UE) 2016/679". Este reconocimiento a la portabilidad de los datos supuso una gran novedad del Reglamento Europeo que se recoge en su artículo 20.1:
"El interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitad".
Este derecho se aplica cuando el interesado haya facilitado los datos personales dando su consentimiento o cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato.

15 El art. 96.1 de la LO 3/2019 tiene el siguiente tenor literal:" 1. El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas: a) Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto. b) El albacea testamentario, así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones. c) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado".

mezclar cuestiones laborales relativas a la intimidad de los trabajadores en el entorno digital, con cuestiones relativas al derecho de acceso a Internet, la seguridad digital, el derecho a la educación digital, el derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y equivalentes, o el derecho al testamento digital, materias todas ellas tratadas en el Título X de la LO 3/2018. El único nexo en común que fuerza el legislador es, precisamente, que los derechos y libertades de la Constitución son plenamente aplicables en Internet, de tal modo que, pudiendo afectar las nuevas tecnologías digitales a derechos consagrados constitucionalmente, en especial a la intimidad reconocida en el artículo 18.4 de nuestra Constitución, su encaje de regulación parece un tanto forzado (Quilez Moreno, 2019).

Por otro lado, cabe aludir que el catálogo de derechos digitales laborales implica en sí mismo una regulación *ex novo* de la dicción del artículo 20.3[16] Estatuto de los Trabajadores[17] (ET), la cual se ve además reforzada por la adición de un artículo *20 bis*[18] al texto estatutario, el cual remite de forma íntegra, a la LO 3/18 (Sánchez Quiñonez, 2019).

---

16 Autoriza al empresario a adoptar *las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad de los trabajadores disminuidos.* Ya en la propia dicción de la norma del 20.3 ET, se apunta la íntima relación existente entre las genéricas facultades empresariales de dirección y de organización que permiten adoptar medidas de supervisión o vigilancia de la actividad laboral al empresario, y la atribución de tales facultades sobre el trabajador; lo que se justifica en las potestades derivadas del contrato de trabajo, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 CE.

17 Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores**.** Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

18 "Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales". Si bien con una simple lectura de dicho artículo resultará difícil saber en qué se concreta exactamente el contenido de cada uno de los derechos allí recogidos. La remisión a la normativa sobre protección de datos pone finalmente algo de luz a estas cuestiones de ámbito laboral, que tantas dudas había generado, otorgándose una mayor seguridad jurídica.

2.3. El derecho a la protección de datos

La autodeterminación informativa, protección de datos o libertad informática, como ya se ha aludido, constituye un derecho fundamental reconocido en el art. 18.4[19] de la Constitución Española pero que, en el año 2000, fue *rebautizado* por el Tribunal Constitucional evitando así la obsolescencia del texto constitucional (Sempere Navarro, 2020), en este sentido, el TC ha declarado la libertad informática tiene por objeto especifico garantizar a las personas la potestad de control sobre el uso de los datos propios[20].

El tratamiento automatizado de datos de carácter personal constituye una cuestión objeto de estudio en España y en otros países europeos y a la que las diferentes cortes constitucionales, deben otorgar una respuesta sobre la base de un material normativo que son los preceptos constitucionales respectivos. Desde esta óptica, es sencillo comprender que en ninguna otra rama del Derecho sea el comparatismo tan hacedero (Pérez de los Cobos, 2019).

---

19 Con el siguiente tenor literal: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

20 En el inicio del siglo XXI, el proceso de reconocimiento del derecho a la protección de datos como autónomo, marca un precedente importante, con las SSTC 290/2000 y 292/2000. Por un lado, la STC 290/2000, 30 de noviembre se pronunció sobre la constitucionalidad de la ya entonces derogada Ley Orgánica Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal de 1992 (LORTAD). Aunque no aborda cuestiones sustantivas sobre el derecho, es muy interesante el voto particular del Magistrado Jiménez de Parga, en el que se expresan las razones por las cuales, a su juicio, *debió afirmarse de modo explícito, en la argumentación de ella, que nuestro Tribunal reconoce y protege ahora un derecho fundamental, el derecho de libertad informática, que no figura en la Tabla del texto de 1978.*
Por su parte la STC 292/2000, de 4 de enero, parte del reconocimiento de un derecho fundamental específico, derecho a la protección de datos o libertad informática, que coexiste con otros derechos. Para el Tribunal Constitucional *la garantía de la vida privada y de la reputación tiene hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad*. Y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona.

La cobertura legal de la protección de datos reviste un perfil muy formalista[21], ya que garantiza a la persona el control activo de las informaciones que le afectan, el derecho a no ser instrumentalizada a través del conocimiento adquirido de aspectos de nuestra personalidad, en la medida en que supone ser informada de quién posee sus datos personales, a qué uso se están sometiendo y la facultad de ejercer los tradicionales derechos ARCO (acceso, rectificación[22], cancelación[23] y oposición[24]) que junto con los nuevos derechos de la LO3/2018 a la portabilidad, al olvido, y a la limitación al tratamiento configuran con los derechos ARCOPOL. Por tanto, el derecho a la protección de datos consta de dos elementos, por un lado, el derecho a decidir y consentir sobre la obtención y uso de los datos, y por otro, el derecho a obtener información puntual y exacta acerca de su tratamiento y trayectoria (García Murcia y Rodríguez Cardo, 2019).

En un entorno globalizado como el tecnológico, la aplicación extraterritorial de las normas constituye un verdadero desafío, pues no tendría demasiado sentido limitarlas a un determinado espacio, por el principio de aplicación territorial de la Ley, o a un concreto conjunto de personas, por imperativo del principio de personalidad. Frente al escaso desarrollo que la normativa de protección datos había experimentado[25], a nivel europeo

21 De modo que una intromisión empresarial, por ejemplo, puede no vulnerar ni la intimidad del trabajador ni el secreto de las comunicaciones, pero, puede estar quebrando su derecho a la protección de datos personales.

22 Art. 14. LO 3 /2018.Tiene el siguiente contenido:" Al ejercer el derecho de rectificación reconocido en el artículo 16 del Reglamento (UE) 2016/679, el afectado deberá indicar en su solicitud a qué datos se refiere y la corrección que haya de realizarse. Deberá acompañar, cuando sea preciso, la documentación justificativa de la inexactitud o carácter incompleto de los datos objeto de tratamiento".

23 Art. 15. LO 3 /2018. Con el tenor literal de a continuación: "1. El derecho de supresión se ejercerá de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679".

24 Art. 18. LO 3 /2018. El derecho de oposición, así como los derechos relacionados con las decisiones individuales automatizadas, incluida la realización de perfiles, se ejercerán de acuerdo con lo establecido, respectivamente, en los artículos 21 y 22 del Reglamento (UE) 2016/679.

25 Como antecedentes destacables, el art. 8 del Convenio de Roma protege, en general, el derecho al respeto de la vida privada, pero no contiene referencia alguna a la protección de datos de carácter personal, lo que no puede extrañar si se tiene en cuenta que este

el RGPD se abrió la posibilidad de intervenir en este ámbito hasta ahora ignorado por la normativa estatal española.

3. CONTROL EMPRESARIAL

3.1. Delimitación

Abordando la problemática desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, uno de los riesgos del tratamiento de los datos de los empleados por parte del titular de la relación laboral, supone la posible creación de perfiles virtuales con datos subjetivos o bien la utilización de la información para una finalidad distinta de la que se recogió (Rodríguez Escanciano, 2015). En este sentido los datos y la información que el empresario obtiene pueden ser usados con fines legítimos de control de la prestación laboral o bien con intenciones ilegítimas lo que provoca discriminación y un ataque directo a la dignidad de la persona trabajadora (Sierra Hernáiz. 2020).

El derecho a la protección de datos personales que asiste al trabajador, y que conecta en buena medida con su derecho a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad como persona (art. 4.2[26] ET), debe

instrumento fue adoptado en 1950. Sin embargo, otros documentos internacionales de ámbito regional europeo se refieren específicamente a la protección de los datos personales. Por su parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE 30 marzo 2010, núm. 83.) que en su art. 8 consagra el derecho de toda persona "a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan", muy ligado por lo demás al derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en su art. 7.

26 En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

a) A la ocupación efectiva.

b) A la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.

c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

d) A su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales.

conectarse con los poderes del empresario y, particularmente, con sus facultades de control y vigilancia (art. 20.3 ET).

Para efectuar la pertinente ponderación entre ambos extremos los tribunales españoles e internacionales habitualmente manejan el principio de proporcionalidad, que es un criterio metodológico que cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales. Sirve para controlar cualesquiera actos que inciden sobre los intereses de los particulares.

En las alusiones jurisprudenciales más representativas, este principio aparece articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno expresa determinada exigencia que toda intervención en derechos fundamentales debe cumplir:

- Que la intervención sea adecuada para alcanzar el fin que se propone.
- Que sea necesaria, en cuanto que no quepa una medida alternativa, menos gravosa para el interesado.
- Que sea proporcionada en sentido estricto; que en ningún caso suponga un sacrificio excesivo del derecho. Este último requisito significa que aun cuando la medida sea adecuada y necesaria, deberá considerarse inválida si implica el vaciamiento del derecho en juego.

3.2. El consentimiento

El primer aspecto que procede analizar es el del consentimiento ya que la obtención de este por parte de sujeto del afectado constituye una

---

e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.
f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.
g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.
h) A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo.

de las piezas fundamentales en el régimen del tratamiento de los datos de carácter personal. La regulación general se encuentra en el art. 6 LO 3/2018 [27]

En el apartado 2 del art.6 afirma el consentimiento ha de ser otorgado de manera expresa tantas veces como finalidades distintas tenga el tratamiento de datos[28].

Pero en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, como regla general a un segundo plano, pues se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes (Quilez Moreno, 2019).

Por tanto, la prestación del empleado se ejecuta en un entorno físico, la captación de los datos de carácter personal del trabajador deja de constituir un presupuesto indispensable para la ejecución del contrato de trabajo, lo que supone una excepción a la regla general que recoge la normativa en protección de datos (Villalba Sánchez, 2019).

La base jurídica del tratamiento de datos en el trabajo no reside en el consentimiento de los trabajadores[29] debido a la naturaleza de la relación entre empresario y trabajador, basada en la dependencia y la subordinación, que hacen que el consentimiento no pueda calificarse como libre (Preciado Doménech, 2019).

---

27 Que lo define en su apartado 1 de la siguiente manera:"(…) toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen".

28 2. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas. 3. No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual.

29 Art. 6a RGPD.

Una circunstancia importante que debemos tener presente es que en el tratamiento de datos existen una serie de ellos que por su contenido se consideran especiales, son aquellos datos que revelen el origen étnico o racial, ideología política, convicciones sociales, orientación sexual, datos genéticos, datos biométricos, datos relativos a la salud, etc.

Este tipo de datos requieren un tratamiento más cuidadoso por su especial sensibilidad. Por este motivo en la relación laboral se debe justificar su tratamiento por parte del responsable[30] (Ortega Jiménez, 2019).

El criterio de los órganos de la jurisdicción social ha sido restrictivo en materia de obtención del consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los trabajadores, cediendo exclusivamente en aquellos aspectos vinculados al ejercicio de la potestad disciplinaria basada en el art. 20.3 ET (Sánchez Quiñonez, 2019).

En términos generales el criterio a seguir por parte de la empresa recomendaría valorar una íntima conexión entre los datos solicitados y el ejercicio de las acciones derivadas del contrato de trabajo, siguiendo un criterio restrictivo y eminentemente actualizado, evitando la solicitud de datos que no guardan relación en el momento actual con el desempeño del trabajo o con las necesidades inmediatas organizativas y/o productivas de la empresa (Sánchez Quiñonez, 2019).

Recordemos la doctrina al respecto de la STC 98/2000, de 10 de abril, la grabación del sonido constituye una intromisión *en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo*[31] quizás sirva para interpretar el precepto.

---

30 En este sentido si la empresa necesita obtener datos especiales de sus trabajadores podrá recabarlos sin necesidad del consentimiento de los trabajadores únicamente cuando: 1) El tratamiento sea necesario para proteger intereses vitales del trabajador. 2) Sea necesario para el cumplimiento de obligaciones del responsable en ámbito del Derecho laboral y de la seguridad social. 3) Para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral de trabajador, diagnóstico médico, etc. En el resto de los supuestos se requiere el consentimiento del trabajador.

31 En el caso de las grabaciones del Casino de la Toja, el TC consideró que tal grabación suponía una *intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad,* pues la empresa con el sistema de audición y grabación captaba comentarios privados de los clientes y de los trabajadores, que eran ajenos al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la pers-

3.3. Información previa

3.3.1. Panorámica general

El uso de dispositivos digitales facilitados por el empresario a los trabajadores supone la obligación patronal de información previa sobre el uso privado permitidos de los mismos (tiempo y forma de utilización), pudiendo ser legítimo el control de estos a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos (Purcalla Bonilla, 2019).

El correo electrónico e Internet y otros recursos tecnológicos que la empresa pone a disposición del trabajador (como son también el ordenador personal, *smartphone*, *tablets,* etc.) cabe caracterizarlos, por un lado, como herramientas de trabajo habituales y básicas de la mayoría de las empresas, que agilizan y mejoran los servicios a sus clientes; por otro lado, como instrumentos de comunicación, y como tales, susceptibles de un uso social.

A menudo, los medios tecnológicos son utilizados por los empleados para buscar o transmitir información con fines particulares, ajenos a los intereses de la empresa. En caso de ausencia de norma expresa, se parte del reconocimiento tácito por parte del empresario del derecho a un uso social de los medios informáticos a favor del trabajador, concibiéndose esta conducta como inocua.

La STS 28 de junio de 2006 fue la primera sentencia del Alto Tribunal que abordó el problema del uso de las herramientas informáticas para fines particulares. Marcó un antes y un después, al hilo de una progresiva evolución del ámbito de la intimidad del trabajador en el marco de las nuevas tecnologías. La referida sentencia, asumió la posición de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, que partía de un razonamiento según el cual *la falta de prohibición específica* por parte de la empresa respecto a un

pectiva de control de las obligaciones laborales. La actividad que se pretendía controlar por parte de la empresa declaró el TC, se encontraba en lo que ha denominado la *propia esfera de desenvolvimiento del individuo* por lo cual se rebasan las funciones de control en la prestación laboral, que legalmente le concede el ET.

uso privado de las herramientas informáticas equivalía a *autorización*, y la carga de la prueba de la existencia de una prohibición la tenía el empresario.

Este derecho al uso social tolerable de la Red, no obstante, podría ser limitado o casi eliminado mediante una regulación unilateral o bilateral, en su caso. Por lo que mientras que no haya una orden o una regulación empresarial, o no se demuestre que exista, ni existe incumplimiento por el mero uso de las tecnologías, ni el empresario puede acceder sin más a los datos del correo y los archivos temporales de Internet del trabajador, ya que estos quedan protegidos por el derecho a la intimidad, como consecuencia de la doctrina europea.

Es una circunstancia para tener en cuenta la existencia de la generalización de una cierta tolerancia con respecto al uso moderado de los medios de la empresa. El art. 3 del Código Civil[32] afirma que las normas deben interpretarse desde la realidad social del tiempo en que son aplicadas; en este sentido la doctrina viene admitiendo cierta tolerancia social sobre el uso de estas herramientas de trabajo, incluso de manera extralaboral.

Incluso, por las dificultades prácticas de establecer una prohibición absoluta, es recomendable no establecerla; piénsese, por ejemplo, en el acceso a Internet desde el teléfono particular del trabajador, lo que llevaría, al emplear la videovigilancia para verificar el cumplimiento de las órdenes, dada la imposibilidad de fiscalizar el móvil particular.

La doctrina constitucional española, ha reconocido reiteradamente que la garantía del derecho a la intimidad personal y a la protección de datos impone, como regla general un deber de información respecto al trabajador que protege frente a intromisiones ilegítimas del empresario. Este deber es más relevante si cabe en el derecho a la protección de la autodeterminación informativa, al formar parte de su núcleo esencial el derecho del afectado a ser informado de quien posee los datos personales y con qué fin (Cuadros Garrido, 2019).

32 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

3.3.2. Información previa sobre el uso de dispositivos digitales

La LO 3/2018, reconoce expresamente el derecho de los trabajadores a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por la empresa. Restringe el acceso del empleador a sus contenidos a los solos efectos de controlar obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de los dispositivos. Establece el mandato al empleador de fijar los criterios de uso de los dispositivos con la participación de los representantes de los trabajadores, siendo los trabajadores informados de esos criterios.

Como aspecto positivo, hay que destacar la correcta elección del término dispositivo digital, cuya amplitud hace referencia a que se entienden incluidos en el mismo tanto los dispositivos digitales actuales en uso (ordenadores, teléfonos móviles, tablets, etc.), como los posibles futuros.

Como primer punto crítico, hay que apuntar que no se recogen de manera expresa los derechos fundamentales del art. 18.3 y del 18.4 CE, como derechos de especial protección dado que también potencialmente junto al 18.1 CE pueden resultar vulnerados. Como segunda objeción, se han dejado fuera de regulación los dispositivos propiedad del trabajador que cada vez se llevan más al trabajo son usados con fines laborales, de acuerdo con tendencia anglosajona BYOD[33].

Con respecto al uso de estos dispositivos merece apuntarse la doctrina aplicable que emana de la STEDH de 5 de septiembre de 2017, conocida como *Barbulescu II, en ella* el TEDH reflexiona sobre varios aspectos para resolver sobre si se ha vulnerado o no el art 8 del Convenio de Roma, con las siguientes cuestiones:

33 Siglas de *Bring Your Own Device* (Trae tu propio dispositivo). Con este acrónimo, se describe una nueva tendencia tecnológica en la que la política empresarial permite a los trabajadores utilizar sus propios dispositivos personales para usos profesionales. Asimismo, cuando el empleado además utiliza y comparte aplicaciones y tratamientos poniéndolos a *trabajar* en las funciones de su actividad en la empresa el término se amplia y se habla de BYOT que abarca programas, aplicaciones, plataformas propias o compartidas en el concepto de utilización en común, etc.

- ¿Se ha informado al empleado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para controlar su correspondencia y otras comunicaciones, así como de la aplicación de esas medidas? La información debe en principio ser clara en cuanto a la naturaleza de la vigilancia y anterior a su puesta en práctica y en el supuesto enjuiciado no lo ha sido (Cuadros Garrido, 2017).
- ¿Cuál fue el alcance de la vigilancia llevada a cabo por el empleador y el grado de intromisión en la vida privada del trabajador? No se detalla, si el empresario hubiera podido valerse de medios menos intrusivos de fiscalización de la cuenta del trabajador, pues se afirma que existen varios tipos de control, unos muy intrusivos sobre el contenido de las comunicaciones electrónicas y otros menos invasores que analizan el tráfico generado sobre el número de las comunicaciones. No se justifica por qué se opta por la vigilancia más intrusiva y no se explica si al mismo resultado de hubiera podido llegar con otros métodos menos invasivos. No se especifica tampoco durante cuánto tiempo se ha llevado a cabo la vigilancia y cuántas personas han podido acceder al contenido de tales informaciones (Cuadros Garrido, 2019).
- ¿Han existido motivos legítimos, debidamente acreditados por el empleador, para justificar la vigilancia y el acceso a los contenidos de las comunicaciones? Se afirma que no se justifica cuáles son las razones concretas que determinan la fiscalización y monitorización de la cuenta del trabajador, por otro lado tampoco y, en fin, si el acceso al contenido de las comunicaciones hubiera sido posible sin su conocimiento (Cuadros Garrido, 2019).

Se concluye por el TEDH que los tribunales nacionales no verificaron si el trabajador había sido advertido con anterioridad de la vigilancia que iba a llevarse a cabo de sus comunicaciones electrónicas efectuadas desde la cuenta profesional, ni tampoco hasta qué punto se ha producido una intromisión en la vida privada del trabajador en el ámbito de la relación

de trabajo que hubiera podido alcanzarse por vías menos invasivas. Se considera que no se ha protegido de manera adecuada el derecho del trabajador al respeto de su vida privada, y desde ese momento, no han realizado una ponderación justa de los intereses en juego y han vulnerado la normativa en protección datos.

3.3.3. Información previa sobre el uso de dispositivos de videovigilancia permanente

El art. 89.1 LO 3/18 regula sobre videovigilancia permanente respecto a la que se exige información previa expresa, clara e inequívoca. El legislador español considera lícito el uso de la videovigilancia fundamentando el procesamiento de imágenes en el control de la prestación por parte del empresario para verificar su efectivo cumplimiento (art. 20.3 ET), como hasta entonces había venido entendiendo la jurisprudencia.

Si acaso, anotemos que la doctrina aplicable de la STC 29/2013, de 11 febrero[34], caso del empleado de la Universidad de Sevilla marcó el cénit de la protección constitucional, negando la posibilidad de que el empleador utilizara imágenes grabadas por las cámaras de seguridad existentes en sus instalaciones cuando previamente no lo ha advertido. Se afirma que el

34 El Tribunal Constitucional anuló las sanciones impuestas a un subdirector técnico sancionado por una institución universitaria tras ser controlado con cámaras de videovigilancia para conocer si cumplía con su jornada laboral. La Sala consideró lesionado su derecho a la protección de datos. Afirmó que la actuación de la Universidad no podía justificarse por el hecho de que hubiera distintivos para advertir de la instalación de cámaras, sino que era necesario que se informase a los trabajadores de forma previa, precisa y clara de las grabaciones y de su objetivo. En la base de su fundamentación aparece el siguiente relato: *En el caso enjuiciado, las cámaras de videovigilancia instaladas en el recinto universitario reprodujeron la imagen del recurrente y permitieron el control de su jornada de trabajo; captaron, por tanto, su imagen, que constituye un dato de carácter personal, y se emplearon para el seguimiento del cumplimiento de su contrato. De los hechos probados se desprende que la persona jurídica titular del establecimiento donde se encuentran instaladas las videocámaras es la Universidad de Sevilla y que ella fue quien utilizó al fin descrito las grabaciones, siendo la responsable del tratamiento de los datos sin haber informado al trabajador sobre esa utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen. Vulneró, de esa manera, el art. 18.4 CE* (FJ 8.º).Se establece además que la información a los trabajadores había de ser previa y expresa sobre la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida.

poder de control sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin: por ello se precisa una *información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca (...) de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida*.

La STC 29/2013, de 11 de febrero, constituyó un hito por dos motivos fundamentales; el primero, porque estableció un canon de control de constitucionalidad más rígido que el que la jurisprudencia constitucional venía aplicando respecto al otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad; como segundo motivo, porque rechazó la existencia de norma legal en las relaciones laborales que autorizara restricciones del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales, no considerando hábil a tal fin el art. 20. 3 ET. Desde esta máxima, por tanto, negada la validez constitucional de restricciones al derecho fundamental de los trabajadores *ex* art. 18.4 CE, quedaba en consecuencia impedida la ponderación de la medida empresarial.

3.3.4. Información previa en relación con dispositivos de grabación del sonido

La utilización de sistemas de grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admite únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará en el plazo máximo de un mes como regla general, en los términos del art. 22.3 LOPD.

La norma no determina qué se entiende por tal riesgo, quizás el legislador podía haber concretado especificando qué determinadas actividades son de riesgo, piénsese en determinadas zonas restringidas de una central nuclear, por ejemplo.

3.3.5. Ausencia de información previa sobre el uso de dispositivos de videovigilancia oculta

El art. 89.1 LO 3/18 regula la videovigilancia encubierta[35] que se permite únicamente en los supuestos de flagrante delito y cuya obligación de información es prácticamente inexistente.

La doctrina aplicable y más reciente al respecto emana de la STEDH de 17 de octubre de 2019[36] conocida como *López Ribalda II,* valida la

35 En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el cartel informativo conforme a la instrucción núm.1/2006 de la AEPD. Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. «BOE» núm. 296, de 12 de diciembre de 2006.

36 STEDH de 17 de octubre de 2019 (JUR 2019, 289974). El caso López Ribalda y otras contra el Reino de España, resuelve sobre una pretendida vulneración del art. 8 CEDH por lesionar la prueba videográfica el derecho a la privacidad de las cinco demandantes, antiguas empleadas de MERCADONA, en su día despedidas, por haber cometido diversos hurtos. Los hechos transcurren del siguiente modo: en un supermercado de la cadena antes mencionada, se realizó una auditoría de los últimos meses de facturación que desprendió un importante descuadre contable. Para detectar el origen de las anomalías, se decidió instalar varias cámaras de vigilancia oculta en la línea de caja, para fiscalizar la actividad de los empleados, que junto que a las cámaras permanentes en el área de entrada y de cuya existencia conocían los trabajadores, fiscalizaron la totalidad de la actividad de la plantilla. En el Juzgado de lo Social y en la Sala del TSJ Cataluña se consideraron los despidos como procedentes y la prueba videográfica que no era nula. El TS inadmitió los recursos unificación doctrina e igual respuesta dio el TC a través de auto de inadmisión. Agotada la vía judicial en España, las demandantes acudieron al TEDH, basaron su postulación en una infracción del art. 6 por no haberse garantizado el derecho a un juicio justo y 8 CEDH por vulneración del derecho a la privacidad. Interesante resulta en este caso el voto particular del magistrado Dedov. El citado magistrado considera que con la instalación de las cámaras ocultas no se había producido merma de derecho fundamental alguno y ello habida cuenta de que: 1) las cámaras se encontraban situadas en espacios públicos y no privados por lo que la "expectativa razonable de privacidad" debía ser considerada menor, 2) porque aun cuando los empleados no habían sido informados expresamente de la instalación de las cámaras, el hecho de que algunas de ellas se encontraban explícitamente visibles hacía evidente la instalación de un sistema de seguridad, y 3) porque aunque no existían sospechas concretas contra una persona determinada (como ocurría, por ejemplo, en el caso Kopke vs Alemania) es indudable que dada cuenta del enorme montante de perdidas ocurridas en el establecimiento, resultaba razonable para el empresario considerar que era más de una persona el autor del ilícito lo que, consecuentemente, justificaba la adopción de la medida de seguridad considerada

videovigilancia oculta arbitrada por la empleadora, al considerar que la medida interpuesta por la empresa estaba justificada por la necesidad al haberse producido irregularidades en la actuación profesional de las demandantes. Al efecto, y en función de la doctrina actual de Estrasburgo, son decisivos como factores a tener en cuenta los siguientes:

a) El grado de intromisión del empresario.

b) La concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización.

c) La inexistencia o existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo.

d) El destino dado por la empresa al resultado del control.

e) La previsión de garantías para la persona trabajadora

La cuestión especialmente crucial es la ausencia de información de la existencia de cámaras ocultas el Tribunal europeo incide en que el suministro de información exacta sobre la colocación de las cámaras hubiera frustrado la finalidad de estas. Aunque es cierto que no se cumplieron totalmente las exigencias derivadas del deber de información pues no se notificó la colocación exacta de cada cámara de seguridad, también lo es que se proporcionó una cierta información (existía un distintivo conforme

---

"indiscriminada" por el Tribunal. Finalmente, el magistrado realiza unas muy relevantes consideraciones sobre la protección que el derecho a la intimidad ha de tener respecto a aquellos que se prevalecen de la misma para la comisión de hechos delictivos.
Una primera STEDH 9 de enero de 2018 *López Ribalda I* (TEDH 2018, 1) estimó lesionado el derecho a la privacidad de las demandantes por incumplimiento de la normativa nacional, puesto el derecho al respeto a la vida privada y familiar, implica un conocimiento previo de la fiscalización de la actividad de las trabajadoras a través de la videovigilancia, y respecto de las cámaras instaladas *ad hoc*, no existía pues no se había facilitado información previa. La segunda sentencia dictada en Gran Sala, estima el recurso del abogado del Estado en nombre de España y considera que no se ha vulnerado el derecho a la privacidad de las demandantes, la medida estaba justificada por un objetivo legítimo que no podía lograrse con otras medidas, dado que se parte de unas sospechas de irregularidades fundadas en unas importantes pérdidas que llevan a la empresa a arbitrar cámaras ocultas en los puestos de caja lugares en los que se insiste que eran de acceso público y a mayor abundamiento, únicamente se grabó durante diez días, en consecuencia, la intrusión muy está limitada en el tiempo.

a la Instrucción núm.1/2006) por lo que la existencia de dicho sistema de seguridad no pasaba desapercibida para los trabajadores.

En base a ello, considera el TEDH que aunque el derecho a la información tiene naturaleza fundamental, dicha exigencia constituye solo un criterio a tener en cuenta más para evaluar la proporcionalidad de la adopción de la medida de control por lo que, en el presente caso, y teniendo en cuenta tanto las circunstancias anteriormente expuestas, así como el incontestable hecho de que se había aportado una información general sobra la existencia de videocámaras de seguridad, no puede entenderse que se haya producido una injerencia ilegitima y desproporcionada en la intimidad de los trabajadores afectados y, consecuentemente, debía considerarse la medida adoptada plenamente válida. De ello cabe deducir que la obligación de información previa no es un requisito sobre el que calibre, únicamente, la determinación de si una prueba puede ser utilizada, o no, en el ámbito de un procedimiento judicial, sino, al contrario, un criterio más a valorar sobre la proporcionalidad de la medida (Zaragoza Tejada, 2020).

3.3.6. Información previa sobre el uso de dispositivos de geolocalización

Se establece un deber de información previo a la fiscalización del GPS, que detalle de manera expresa, clara e inequívoca. Se reconocen los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión. El derecho que resulta más afectado aquí es la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE), por su relación instrumental con el derecho a la intimidad este segundo derecho (art. 18.1 CE) también es objeto de protección, pero no de una manera colateral por lo que la redacción del precepto no es del todo afortunada.

4. LA PROTAGONISTA AUSENTE: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La regulación por parte de la LO 3/2018 en materia laboral con los arts. 97 a 91, supone un gran avance significativo, pero no ha respondido a las expectativas (. El papel de la negociación colectiva en esta materia

adquiere el rol de protagonista[37], pero las tareas encomendadas por el momento no se están realizando, (Sánchez Trigueros y Cuadros Garrido, 2019, 124-127) el nivel de inclusión en los textos convencionales es del todo escaso (Pérez de los Cobos, 2019).

La ley propone que el contenido de la negociación colectiva se concentre en definir *garantías adicionales* a las que la norma ha previsto en la definición del tratamiento de datos y los derechos digitales en las relaciones de trabajo, recordando implícitamente que no es posible la disponibilidad colectiva de estos derechos fundamentales individuales (Baylos Grau, 2019).

Es casi unánime en la doctrina la crítica al legislador español que ha relegado el papel de la negociación a este ámbito tan reducido de acotar los límites al poder de control y vigilancia empresarial e implementar los derechos digitales de la parte trabajadora con respecto a las TICs (Llorens Espada, 2020). En este sentido se apunta que los márgenes que el precepto europeo reconoce a la legislación y negociaciones colectiva internas son amplísimos, por ello resulta incongruente el parco artículo de la Ley española. Las normas más específicas podrían haber abarcado cualquier secuencia en el tiempo de la relación laboral, desde la contratación hasta la extinción del contrato y desde la perspectiva de contenido, medidas que preserven la dignidad humana, los derechos fundamentales e intereses legítimos de los trabajadores (Pérez de los Cobos, 2019).

La actuación de la negociación colectiva está condicionada por el enfoque que escoge la regulación de estos derechos digitales en la LO[38].

---

37 El art. 91 LO 3/2018, prescribe que "los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral". Este precepto incluso por algunos autores se considera innecesario ya que pese a su enfática rúbrica recoge una obviedad. Por ello debe de integrarse con en el art. 88 del RGPD que contempla una visión más amplia a desempeñar por la negociación colectiva en este ámbito.

38 El legislador considera los sistemas tecnológicos como instrumentos de vigilancia y control al servicio del poder de dirección del empresario y por consiguiente los ha encajado en la amplísima definición que de esta facultad efectúa el art. 20.3 ET y que se reitera

En este lugar el empleador es el sujeto determinante por lo que se impide que el punto de vista normativo se sitúe en la primacía de los derechos fundamentales del trabajador a su intimidad y a la protección de datos en la valoración del perímetro de licitud dentro del cual se debe contener el poder de control tecnológico del empresario, como debería ser lo correcto. Este será el contexto en el que tiene que actuar la negociación colectiva en los tres aspectos fundamentales: control de las comunicaciones electrónicas del trabajador, vigilancia a distancia por cámaras, grabación de sonidos y dispositivos GPS y derecho de desconexión digital (Baylos Grau, 2019).

El primer interrogante por tanto se refiere a si la negociación colectiva puede cambiar este enfoque prioritariamente asentado sobre una suerte de presunción de intromisión legítima del empleador en la confidencialidad de los datos y en la esfera privada de los trabajadores, e invertir por tanto los actuales criterios derivados de una jurisprudencia permisiva (Baylos Grau, 2019).

Tiene más relevancia, el papel de la negociación colectiva en el desarrollo del derecho de desconexión digital y es, es lo más sugerente de los derechos digitales en el ámbito laboral. Las condiciones de ejercicio de este derecho se enuncian de manera genérica y se trata por tanto de un derecho cuya realización está plenamente condicionada a su desarrollo en convenio colectivo o acuerdo informal de empresa. Aunque se remite el desarrollo de este tema a una *política interna* de empresa que debe simplemente consultarse con los representantes de los trabajadores, es evidente que el convenio colectivo debe abordar *las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática*, y en particular, ha de preservar *el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas* (Baylos Grau, 2019).

explícitamente en los casos de videovigilancia y geolocalización.

5. REFLEXIONES FINALES

Primera.- A punto de cumplir dos años la LO 3/2018 cabe observar que la negociación colectiva en esta materia ha sido nula, produciéndose la misma situación que antes de ella, la labor de fiscalización a través de las TICs por parte del empresario es sometida como última ratio al control judicial, otorgándose al magistrado de lo Social un papel cuasilegislativa que no es su función propia.

Segundo.- Respecto al terreno legislativo en materia de TICs y control laboral, cabe vaticinar que siempre va a ser *movedizo*, ante un avance de la realidad tecnológica a pasos de gigante, que ha hecho emerger el derecho a la protección de datos como protagonista autónoma en las relaciones laborales en España desde la STC 29/2013, con tan solo siete años, a lejos de alcanzar la mayoría de edad, podríamos afirmar que sus perfiles son difusos y quedan perfilados por la doctrina europea como observamos con la doctrina López Ribalda, pero no se encuentran limitados, por lo que afirmamos que estamos ante un derecho emergente o en alza.

Tercero.- Cabe proponer una reforma de la Constitución Española que introduzca a los Derechos Digitales en su texto, pues algunos precisan de protección preferente y todos han de ser redefinidos pues la situación es confusa, distinguiendo dentro de ellos dos categorías de derechos algunos que deberían tener protección constitucional como derechos fundamentales (el derecho al olvido y el derecho a la desconexión digital) y otros como ordinarios.

BIBLIOGRAFÍA

Baylos Grau, Antonio: "Los derechos digitales y la negociación colectiva", *Diario La Ley*, núm. 9331, 2019.

Cobacho López, Ángel: "Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital", *Revista de Derecho Político*, núm. 104, 2019.

Cuadros Garrido, María Elisa:

- La protección de los derechos fundamentales de la persona trabajadora ante la utilización de GPS ¿reformulación o continuidad?" *Lan harremanakRevista de relaciones laborales*, núm. 42, 2019.
- *Trabajadores Tecnológicos y Empresas Digitales*, Aranzadi, 2018.

  "La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2017.

García Murcia, Joaquín y Rodríguez Cardo, Iván: "La protección de datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019.

Llorens Espada, Julen: "Los derechos digitales en la negociación colectiva", *Trabajo y Derecho*, núm. 11, 2020.

Sánchez Quiñonez, Luis: "El marco legislativo de la protección de datos en el ámbito laboral. Especial referencia al consentimiento del trabajador", *Diario La Ley,* núm. 9377, 2019.

Sánchez Trigueros Maria Del Carmen y Cuadros Garrido, María Elisa: "Autodeterminación informativa: un derecho en alza", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 8. 2018.

Quilez Moreno, Jose María: La garantía de Derechos Digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 217, 2019.

Ortega Jiménez, Alfonso: Cuestiones prácticas laborales *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 216, 2019.

Pérez De Los Cobos Orihuel, Francisco:

- "Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 59. 2019.
- "La interpretación de la Constitución", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 169, 2014.

Preciado Doménech, Carlos Hugo: *Los Derechos Digitales de las Personas Trabajadoras*, Aranzadi, 2019.

Purcalla Bonilla, Miguel Ángel: "Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: Notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre", *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 218, 2019.

Rodríguez Escanciano, Susana: *El derecho a la protección de los datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas,* Ed. Bomarzo, 2009.

Sierra Hernáiz, Elisa: "Protección de datos y derechos de maternidad en el ámbito laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 228, 2020.

Sempere Navarro, Antonio Vicente y San Martin Mazzucconi, Carolina: *Las TIC's en el ámbito laboral*, Dykynson, 2015.

Sempere Navarro, Antonio Vicente: "Un apunte sobre la grabación mediante cámaras al hilo de la STS-VI 600/2019 de 7 de noviembre)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2020.

Villalba Sánchez, Ana: "El principio de transparencia en la ejecución automatizada del contrato de trabajo: una aproximación jurídica a la tecnología "blockchain" y a la inteligencia artificial", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 224, 2019.

Zaragoza Tejada, Javier Ignacio: "La prueba obtenida por videocámaras de seguridad tras la STEDH del 17 de octubre del 2019. Caso López Ribalda vs España" *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 2, 2020.

LA VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO LABORAL

CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS
Socio Senior del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera, Abogados

1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: LAS TIC EN EL MUNDO DEL TRABAJO

Resulta una verdad de perogrullo sostener que las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC)[1] se han introducido en las relaciones laborales. En efecto, vemos una gran presencia de la tecnología en todo ámbito de las mismas, desde el uso de herramientas para facilitar la actividad laboral como las computadoras, los teléfonos inteligentes, el internet, hasta la nueva configuración de las relaciones de trabajo a través del teletrabajo o de las plataformas de servicios, o la presencia de la Inteligencia Artificial (AI)[2] en el análisis de entrevistas de trabajo o en la ejecución del mismo prescindiendo de los seres humanos mediante los *cobots*[3] y el *chatbot*[4], entre otros.

---

1 De acuerdo con Ayala (2015), *"las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) es un término que contempla toda forma de tecnología usada para: crear, almacenar, intercambiar y procesar información en sus varias formas, tales como: datos, conversaciones de voz, imágenes fijas o en movimiento, presentaciones multimedia y otras formas, incluyendo aquéllas aún no concebidas. Su objetivo principal es la mejora y el soporte a los procesos de operación y negocios para incrementar la competitividad y productividad de las personas y organizaciones en el tratamiento de cualquier tipo de información"* (p. 28).

2 Véase Moore (s.a., pp. 3-14).

3 Los cobots son robots diseñados para trabajar con personas, pudiendo interactuar con ellas y programarse previamente o en tiempo real de una forma muy sencilla, sin necesidad de una alta cualificación o formación previa. Gracias a una interfaz muy intuitiva, tras la integración del robot colaborativo cualquier operario puede enseñarle los pasos a seguir en solo unos minutos.
Además, tienen un diseño ligero y compacto, con varios ejes articulados y una gran flexibilidad, que permite su fácil integración en talleres, almacenes y laboratorios, incluso en espacios reducidos. Definición tomada de https://cadecobots.com/que-es-un-cobot/. Fecha de acceso 14 de setiembre de 2020.

4 El chatbot una herramienta tecnológica capaz de resolver un elevado porcentaje de consultas básicas propias de los servicios de atención al cliente.

A nivel legal, conforme a lo establecido por el literal f) del artículo III del Título Preliminar del Decreto Supremo N.º 017-2015-TR, se define como TIC al conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información como: voz, datos, texto, vídeo e imágenes.

Estas nuevas formas de organización del trabajo tienen múltiples ventajas tanto para el trabajador como para el empleador. Por ejemplo, el teletrabajo permite que los trabajadores se integren de mejor manera con su núcleo familiar, ahorro de tiempo y costos de transporte, aumento de la calidad de vida, reducción de la fatiga, viabilizando también que el empleador reduzca gastos, infraestructura, mejora de oportunidades de selección de personal, entre otros.

Inclusive, en una situación tan difícil como la que estamos pasando en el país, en razón al impacto de la pandemia del coronavirus (COVID-19) a nivel mundial y a las medidas restrictivas dictadas por el Gobierno para evitar su propagación, muchas empresas, para seguir funcionando, han optado por modificar el lugar de prestación, pasando de la actividad presencial al trabajo remoto. Con la reactivación progresiva de las actividades económicas, que exige la implementación de una serie de medidas sanitarias en los centros de trabajo, seguramente resultará conveniente que gran parte de las labores, dependiendo de la naturaleza de la actividad, continúen siendo realizadas bajo dicha modalidad. En ese sentido, el trabajo a distancia requerirá del uso de las tecnologías de información y la comunicación, siendo responsabilidad del empleador brindar las facilidades para su puesta en marcha y delimitar los mecanismos de supervisión y reporte de las labores para ejercer un correcto control durante la jornada laboral.

Alfredo Sánchez-Castañeda (2010) incide en la vinculación entre el trabajo moderno y la tecnología, al señalar que "*el trabajo como fenómeno moderno no se puede entender sin la tecnología. El trabajo asalariado clásico no es otra cosa que una expresión o consecuencia de la tecnología, en sus primeras manifestaciones: el maquinismo y la Revolución Industrial. Hoy*

en día, las nuevas relaciones de trabajo, caracterizadas por la precariedad de las condiciones de empleo, y las nuevas relaciones laborales (teletrabajo, subcontratación, entre otras manifestaciones de nuestro siglo), son nuevamente manifestaciones de la influencia de la tecnología en el trabajo" (pp. 227-254).

Sin embargo, las TIC también se emplean para facilitar el ejercicio del poder de dirección empresarial, en particular lo relativo a la vigilancia y control empresarial, generando el riesgo de una posible extralimitación de las facultades del empleador que tenga como efecto la invasión de espacios de privacidad del trabajador hasta hacerlo totalmente "transparente" (Correo, 2019, p. 69).

Pacheco Zerga (2006), en relación con esta potenciación de la capacidad de control empresarial, sostiene que, *"(…) el contar con mayores recursos, no le faculta a desconocer el espacio de privacidad que ha de tener el trabajador en el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas (…)"* (pp. 19-56).

Como lo afirma la doctrina, la inserción de las TIC en el mundo del trabajo supone una paradoja, pues por un lado se amplía la autonomía del trabajador para organizarse y desarrollarse de mejor modo, pero otro lado, *"(…) se asiste a nuevas herramientas de control a disposición del empleador, que ponen frente a nuevos riesgos en el plano del ejercicio de sus derechos fundamentales, como la intimidad o la vida privada (…)"* (Ugarte, 2011, p. 176).

En esa medida, si bien el establecimiento de estas herramientas para optimizar la organización empresarial y cumplir con las medidas sanitarias respectivas es sin duda alguna muy provechosa para fines de productividad y evitar en la actualidad mayores situaciones de contagio del COVID-19, la necesidad de control por parte del empleador, propia de su poder directivo, puede ocasionar implicancias de índole constitucional-laboral, como las que analizaremos en el presente trabajo, en lo relativo a la videovigilancia laboral y sus límites frente al ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores.

2. EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

2.1. Alcances del poder de dirección

Existe una permanente tensión entre el poder de dirección del empleador y las facultades que le son inherentes, y los derechos fundamentales de titularidad del trabajador.

Como lo entiende la doctrina y la jurisprudencia laboral, el contrato de trabajo es ''aquel acuerdo por el que una persona (trabajador) presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica (empleador o empresario). No cabe duda de que el contrato de trabajo compromete al trabajador, mediante remuneración, a poner durante un tiempo cierto sus servicios a la disposición y bajo dirección de otra, el empresario (Palomeque y Álvarez, 1999, p. 618) ". Nos encontramos ante un acto jurídico bilateral de carácter oneroso, en el cual, frente a la puesta a disposición de los servicios del trabajador (prestación), el empleador se encuentra obligado a abonar la remuneración correspondiente, generalmente en dinero (contraprestación).

De esta definición de contrato de trabajo, advertimos la existencia de tres elementos esenciales para la configuración de una prestación de servicios que se ubica bajo la égida del Derecho del Trabajo, (i) la prestación personal de los mismos, (ii) el pago de una contraprestación que en esta instancia recibe la denominación de remuneración, y (iii) la subordinación. La prestación personal de servicios[5] es entendida por Sanguineti (2000, p. 107 y ss.), como la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa (*operae*) la cual es inseparable

5 El artículo 5° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 003-97-TR (en adelante "LPCL"), al respecto señala que: "(...) *Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores."*

de su personalidad. La remuneración es la contraprestación exigible al empleador a cambio de la puesta a disposición de sus servicios[6], mientras que la subordinación es el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor del trabajo, en virtud del cual el deudor (trabajador) ofrece su actividad poniéndose a disposición del acreedor (empleador), confiriéndole el poder de dirigirla. *"Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto"* (Neves, 2018, p. 35).

Luque Parra (1999) indica que el poder de dirección es *"un poder privado derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva"* (p. 30).

Por su parte, Manuel Alonso Olea y Emilia Casas Baamonde (2001, p. 1255) establece que el poder de dirección es la facultad, que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo.

De esta forma, a partir de la libertad de empresa, reconocida constitucionalmente en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú, el empleador cuenta con las facultades que le permiten regular, reglamentar, dirigir, modificar, adecuar, complementar, reemplazar y extinguir las condiciones de trabajo dentro de determinados límites que suelen contraerse en derechos adquiridos por los trabajadores o prohibiciones establecidas en normas legales.

La Corte Suprema señala al respecto que, "(…) en tal virtud le corresponde al empleador organizar y dirigir su empresa a fin de lograr sus

6 Conforme al artículo 6° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, "*constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto*".

objetivos y para ello goza del poder de dirección, que incluye la de organización del trabajo e impartir órdenes necesarias para ello (…)[7]"

En otras palabras, por el poder de dirección el empleador puede definir en buena medida el modo, la forma y el lugar de la prestación de servicios de los trabajadores.

Dentro de las principales características de este poder, tenemos a las siguientes:

- **Es indelegable,** es decir, *intuito personae.* El único caso regulado normativamente sobre una delegación sería el previsto para los mecanismos de intermediación laboral – cooperativas de trabajadores y empresas de servicios especiales o "services" – ya que la empresa usuaria en la práctica ejerce el poder de dirección.
- **Es complejo**, dependiendo de un sinnúmero de factores relacionados con la empresa y el puesto de trabajo que ocupa el trabajador, tales como la categoría laboral, la previsibilidad, la razonabilidad, las necesidades de la empresa, etc., se materializaría el poder de dirección del empleador.

  Esta es una facultad elástica que supone una concreción en función a las características particulares que se presentan en cada caso.
- **Es un poder jurídico** que no requiere de una especialización por parte de la persona que lo ejerce. Bastará con el sólo mérito de la prestación de servicios en relación de ajenidad para determinar que nos encontramos ante un empleador con plenas facultades para dirigir la prestación de tales servicios.

Como atributo del empleador, teniendo en cuenta el tema que nos ocupa, el poder de dirección se manifiesta en la potestad del empleador de supervisar (vigilar) la forma de ejecución de la actividad laboral por parte del trabajador. El empleador podrá fiscalizar la prestación de ser-

7 Casación Laboral N.º 17148-2016-Sullana.

vicios de su personal a efectos de determinar si la misma resulta acorde con sus directivas.

El ejercicio de esta facultad respecto a la ejecución de servicios del trabajador es válido a la luz del elemento de subordinación propio de la relación laboral, es más, es perfectamente lógico que el dueño del negocio fiscalice si sus subordinados están laborando como él lo había indicado, para lo cual solicitará reportes sobre el rendimiento de sus trabajadores, programará visitas a las distintas áreas de trabajo, o inclusive podrá colocar cámaras de vigilancia en el centro de trabajo.

El empleo de las cámaras de vigilancia constituye entonces una manifestación del poder directriz del empleador. La pregunta evidente es si dicha manifestación se sujeta a algún límite.

2.2. Derechos fundamentales en el seno de la relación laboral

Los derechos fundamentales son aquellos elementos esenciales del ordenamiento jurídico que derivándose de los valores superiores que nacen de la dignidad del ser humano, lo fundamentan, lo orientan y lo determinan; configurándose como derechos subjetivos de los sujetos de derecho y elementos objetivos, los primeros otorgan a sus titulares el poder de ejercerlos, de ser respetados y de ser protegidos frente al Estado y frente a particulares, mientras que los segundos que otorgan a estos derechos fuerza normativa de la mayor jerarquía (Bustamante, 2001, p. 90).

Son de vital importancia para cada uno de nosotros como individuos y para todo aquel Estado que tenga el título de democrático, estos derechos tienen su base en la propia dignidad del ser humano, que es esencia de la naturaleza humana, como fuente de todos los derechos y de donde fluye el principio de libertad que nos permite formular nuestro propio proyecto de vida.

La dignidad humana es la razón de ser, fin y límite de los derechos fundamentales, operando como un derecho individual y también como un derecho objetivo, sirviendo de límite a los derechos fundamentales, lo

cual se traduce en el deber general de respetar derechos ajenos y propios (Alegre, 1996). Así, la dignidad humana es un valor, fuente de todos los derechos independientemente de su naturaleza, que provienen de esa dignidad inherente a todo ser humano (Fernández, 1996, p. 33).

El vínculo contractual laboral no supone exclusivamente el disfrute de unos derechos amparados por la constitucionalidad cuya significación y actuación se desarrolla en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo (derechos específicos laborales), sino también otros derechos, de naturaleza también constitucional propios de la condición de persona del trabajador (derechos inespecíficos laborales).

Justamente la actuación de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral es producto de dos fenómenos jurídicos normativos, la constitucionalización de los derechos laborales, cuyo objeto es proteger al trabajador en tanto parte débil de la relación laboral. Como ejemplos en nuestro ordenamiento tenemos al pago prioritario de la remuneración sobre otras acreencias que posea el empleador (artículo 24 de la Constitución Política del Perú), el ejercicio de la libertad sindical (artículo 28 de la misma), la huelga (artículo 28), protección contra el despido (artículo 27), etc. Por otro lado, se encuentra la laboralización de los derechos fundamentales, los cuales operan como instrumento de defensa del ciudadano que actúa como trabajador, como el derecho a la intimidad, libertad de expresión, imagen, debido proceso, entre otros.

Como lo señala Arce (1999) el trabajador al entrar a formar parte de la relación laboral no pierde su calidad de persona, por el contrario, la mantiene junto con sus derechos inherentes como tal. Estos derechos se suman o se condensan con los propios de la relación laboral, limitando más el poder omnímodo del empleador.

El respeto a los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral es recogido por nuestra Constitución Política en su artículo 23 al señalar *que "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*". Este precepto constitucional se refiere a los derechos fundamentales que

el trabajador posee como persona y ciudadano, aquellos que la relación laboral no puede limitar en su ejercicio (Blancas, 2011, p. 351).

Lo anterior ha sido recogido por el Tribunal Constitucional (TC) al sostener que las facultades del empleador no pueden anteponerse al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador:

> *"19) Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23° de nuestra norma fundamental contempla expresamente que "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador". Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.*
>
> *20) Queda claro, empero, que cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen (...)"*[8].

Entonces, los derechos fundamentales no son absolutos, pues siempre presentarán límites, tanto internos como externos, pero la situación particular de la relación laboral cierra aún más el límite propio de este derecho dado que se contrapone con la libertad de empresa que es también

8 STC 1058-2004-AA/TC, FJ. 19 y 20.

fundamentada y reconocida constitucionalmente, lo cual se tendría que salvar a través de una conciliación de intereses, sin atentar contra el contenido esencial de ningún derecho fundamental (Arce, 1999, p. 93 y ss.).

Conviene señalar que los "derechos fundamentales inespecíficos" del trabajador son aquellos que, con una intensidad mayor o menor pueden verse afectados por el ejercicio del poder de dirección empresarial, pudiendo mencionar a la igualdad y no discriminación, a la libertad de expresión, intimidad personal, honor, a la propia imagen y el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, a la libertad religiosa, a la dignidad e integridad moral y psíquica del trabajador, al libre desarrollo de la personalidad (Blancas, 2011, p. 356)[9].

En efecto, cualquier medida que el empleador ejercite en la relación laboral basándose en la libertad de empresa, estará sujeta al escrutinio constitucional derivado del ejercicio de los derechos fundamentales de titularidad del trabajador.

Siendo así, el ejercicio del poder directriz del empleador, en lo relativo a la supervisión de la actividad laboral mediante el empleo de cámaras de vigilancia, o la llamada videovigilancia laboral, se encontrará limitado por los derechos fundamentales laborales. Lo que sigue es analizar el alcance de dicha limitación.

3. LAS CÁMARAS DE VIGILANCIA EN LA RELACIÓN LABORAL. CONSTITUCIONALIDAD DE SU EMPLEO.

3.1. El control (vigilancia) empresarial y sus límites

No es menos cierto que las cámaras de vigilancia invaden los derechos de la personalidad del trabajador con intensidad distinta. Una menor intensidad se advierte cuando las imágenes se envían a una pantalla sin posibilidad de transmisión o almacenamiento. Si es viable esto último, el empleador podrá aprovechar las imágenes durante más tiempo. Asimismo,

9 En la misma línea Toyama (1998, pp. 186-200).

es conveniente tener en cuenta que la tecnología digital permite transmitir imágenes a larga distancia sin cable incrementando las posibilidades de observación frente a la analógica. Para autores como Gude (2014), "(…) cuanto más completo sea el equipamiento electrónico más grave será el ataque a los derechos de la persona observada, sin perjuicio de que a través de un software adecuado se podrá limitar de forma automática la vigilancia o dejar ocultos ciertos espacios de la empresa (…)" (p. 48).

Partiendo entonces de la premisa de la validez del ejercicio del poder de control del empleador en aplicación del derecho constitucional a la libertad de empresa, debemos reiterar que dicha facultad de control no resulta ilimitada, teniendo como consideración el límite dado por los derechos fundamentales de los que goza el trabajador en el seno de la relación laboral.

Dicho poder de control (vigilancia) empresarial se sujeta tanto a límites internos como externos, obedeciendo los primeros a criterios de funcionalidad y razonabilidad, objetándose la vigilancia durante los momentos de interrupción de la jornada laboral como el tiempo de refrigerio, cambio de vestimenta, asistencia a servicios higiénicos, entre otros (Blancas, 2007, p. 198). La razonabilidad supone la interdicción de la arbitrariedad del empleador, debiendo ser la medida exclusivamente necesaria para vigilar la labor del trabajador (Blancas, 2007, p. 199).

La Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que "(…) el principio de razonabilidad (…) se entiende como aquel criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho, el cual se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones se tomen en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias; es decir, que debe hallarse una relación razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida (…)[10]"

10 Casación Laboral N.º 3090-2015-CUSCO.

Los límites externos por su parte se refieren al reconocimiento de la titularidad del trabajador de derechos fundamentales, sin soslayar que la actividad de control empresarial no puede presumirse ilegítima. Dicha ilegitimidad se presentará ante determinadas formas de control que afecten la dignidad del trabajador y el ejercicio de sus derechos fundamentales[11].

Respecto a los limites internos, la legislación laboral dispone en el artículo 9 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, norma que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que, *"(…) Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador (…)*". Esta norma impone el límite de razonabilidad a la actuación del empleador, entendiéndose también limitada su facultad de vigilar o supervisar a su personal.

En cuanto a los límites externos, consideramos que la videovigilancia laboral puede afectar los derechos a la intimidad, imagen y protección de datos personales del trabajador (Valdes Dal Re, 2017, p. 16), por lo que los mismos se erigen como límites al ejercicio del poder directriz del empleador. Sin llegar a impedir la videovigilancia, exigen analizar la medida de control a efectos de determinar si su ejercicio no vacía de contenido al derecho fundamental.

Para ello deberá verificarse si la medida de videovigilancia es proporcional a su impacto en los derechos fundamentales del trabajador, lo cual supone, a decir del Tribunal Constitucional, determinar si la intervención en los mismos es "proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción[12]". El test a aplicar está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

11 Idem.

12 Sentencia recaída en el expediente N.º 1209-2006-PA/TC. FJ- 55.

El subprincipio o juicio de idoneidad supone que la restricción al derecho fundamental permita alcanzar una finalidad legítima. En este caso la conducta del empleador debe satisfacer una finalidad respaldada constitucionalmente.

El juicio de necesidad implica que la restricción del derecho fundamental sea indispensable para obtener la finalidad legítima, no existiendo una medida menos gravosa para ello. Ugarte (2011, p. 77) en este punto recuerda el caso del "deshuesador de jamones" en España, en el cual el trabajador dedicado a cortar y trozar jamones ibéricos fue despedido por haberse negado a que su empleador grabara y difundiera su trabajo por televisión, medida considerada como lesiva a su derecho a la imagen por innecesaria.

Luego se analiza la medida del empleador a la luz del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que implica que la adopción de la medida restrictiva del derecho laboral por parte del empleador genera mayores beneficios que la restricción al derecho fundamental. Se trata de un desplazamiento de un derecho (intimidad, imagen protección de datos personales) por el otro (libertad de empresa), por lo que debe analizarse el nivel de intervención o restricción y si este se justifica.

La instalación de cámaras de videovigilancia, en nuestra opinión es idónea para alcanzar la finalidad de control de la ejecución de la actividad laboral a efectos de proteger los bienes del empleador, validar el cumplimiento de las reglas en materia de seguridad y salud en el trabajo, entre otras, desde luego con los requisitos y matices que se señalan más adelante. También es necesaria para dicho fin.

La proporcionalidad en sentido estricto exigirá analizar el caso concreto pues no es lo mismo instalar una cámara de vigilancia fija sobre un trabajador que hacerlo de manera panorámica en el ambiente de trabajo, por ejemplo, informar al trabajador, salvo lo señalado más adelante sobre la videovigilancia oculta, no hacerlo en áreas de esparcimiento o de descanso del personal ni tampoco en lugares donde no se trabaja[13]. Desde

13 Ibid. p. 84.

luego este examen es distinto atendiendo a cada caso concreto, pues una vigilancia mediante cámaras directamente instaladas sobre el trabajador y que inclusive habiliten el audio sería razonable si se trata de una persona que trabaja en casa cuidando niños ya que entran en juego además los derechos de aquellos (vida, integridad, entre otros).

Seguidamente pasamos revista a los derechos fundamentales laborales que podrían verse afectados por la videovigilancia laboral, debiendo entender que el principio de proporcionalidad deberá aplicarse para determinar, como sostuvimos, que su restricción sea constitucionalmente legítima.

3.2. Derecho a la intimidad

Sobre el derecho a la intimidad, recogido en el artículo 2 inciso 7 de nuestra Constitución Política[14], Rubio Correa (1999) sostiene que este "tiene que ver con aspectos de la vida humana que tienen importancia para el sujeto y que él prefiere dejar o mejor aún se supone que prefiere que pueden fuera del conocimiento de los demás (…) (p. 251)". La Convención Interamericana de Derechos Humanos lo enuncia de la forma siguiente: "(…) 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación (…)".

En el seno de la relación laboral, la intimidad constituye un importante límite a la discreción del empleador (Goñi, 1988, p. 21), reconociéndose en esa medida el derecho del trabajador a que su esfera íntima sea tutelada sin que esta pueda ser objeto de restricción más allá de lo indispensable para la vigilancia de la ejecución de la prestación laboral a su cargo (Blancas, 2007, p. 199).

Sin duda, el respeto al derecho a la intimidad no puede ser alegado como argumento para eliminar el ejercicio de la facultad de videovigilancia laboral, en tanto esta deriva legítimamente del poder de dirección empresarial, sin embargo, las conversaciones entre compañeros de trabajo,

14 Toda persona tiene derecho: "Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz e imagen propias".

el cambio de ropa en vestuarios, la ingesta de alimentos durante el tiempo de refrigerio, el ingreso a los servicios higiénicos, las llamadas telefónicas con el exterior, entre otras, constituyen manifestaciones del derecho a la intimidad del trabajador. *"En todas estas actividades que tienen lugar en el centro de trabajo durante la jornada laboral, el trabajador tiene derecho a la protección de su intimidad frente a las intrusiones indebidas del empleador (…)*" (Blancas, 2007, p. 202).

3.3. Derecho a la imagen

El derecho a la imagen del trabajador, reconocido constitucionalmente en el numeral 7 del artículo 2 de nuestra Constitución Política[15] constituye también un límite a la facultad de videovigilancia laboral.

Al respecto, Rubio (1999) señala "(…) la imagen es el aspecto físico de la persona o la representación de él. Nótese que no es sólo el aspecto físico sino cualquier reelaboración o representación a través de las cuales la persona pueda ser identificada (…)" (p. 255). Añade el autor que, "(…) la persona debe tener el control de su difusión dentro del ámbito de su intimidad (…)" (p. 255).

En relación con el derecho a la imagen, el Código Civil Peruano en su artículo 15 dispone que, "(…) la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden. Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden (..)".

15 Toda persona tiene derecho: "Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz e imagen propias".

En cuanto a la posible afectación de este derecho a través de los sistemas de videovigilancia, debemos advertir que los mismos registran imágenes de los trabajadores, lo cual supone una relajación de la aplicación del derecho de imagen a favor de la facultad empresarial de control, en tanto el objetivo de la grabación consista en la supervisión de la relación laboral, no existiendo un medio que cumpla dicha finalidad generando un perjuicio menor al trabajador.

El derecho a la imagen también es abordado en la regulación sobre protección de datos personales a la que nos referimos seguidamente.

3.4. Derecho a la protección de datos personales

El derecho fundamental a la protección de datos personales, recogido en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú[16], ha sido desarrollado por la Ley No. 29733 y su Reglamento, el Decreto Supremo N.º 003-2013-JUS.

La Ley de Protección de Datos Personales (LPD) define en su artículo 2 a los datos personales como "*toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados*".

Justamente, las imágenes y las voces de un trabajador que pueden ser captados a través de sistemas de videovigilancia constituyen datos personales, pues permiten identificar o hacer identificable al trabajador.

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

16 Toda persona tiene derecho: "A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar".

Es importante comentar que la captación de imágenes del trabajador, a través del sistema de videovigilancia no requiere el consentimiento de este último, tal y como lo dispone el numeral 5 del artículo 14 de la LPD[17].

A inicios del año 2020, por Resolución Directoral No. 02-2020-JUS/DGTAIPD, la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de la Dirección de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia, aprobó la Directiva denominada "Tratamiento de Datos Personales mediante sistemas de videovigilancia", cuyo objetivo es establecer disposiciones para el tratamiento de datos personales captados a través de sistemas de videovigilancia con fines de seguridad, control laboral y otros, de conformidad con lo establecido en la LPD y su reglamento.

La mencionada Directiva resulta de aplicación a toda persona natural y jurídica que realice tratamiento de datos personales a través de sistemas de videovigilancia y, en general, mediante cualquier dispositivo que permita el tratamiento de datos para dicho fin. Las entidades de la Administración Pública señaladas en el artículo I de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se sujetarán a aquellas disposiciones de la directiva que resulten aplicables conforme a las normas comunes de derecho público.

En lo que al control laboral se refiere, la Directiva reconoce la facultad del empleador para hacer controles o tomar medidas para vigilar el ejercicio de las actividades laborales de sus trabajadores, entre las que se encuentra la captación y/o tratamiento de datos mediante sistemas de videovigilancia.

17 "Artículo 14. Limitaciones al consentimiento para el tratamiento de datos personales
No se requiere el consentimiento del titular de datos personales, para los efectos de su tratamiento, en los siguientes casos: (…) 5. Cuando los datos personales sean necesarios para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte, o cuando se trate de datos personales que deriven de una relación científica o profesional del titular y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento".

Añade, con acierto, que la finalidad de la medida es supervisar la prestación laboral, no pudiendo utilizarse para fines distintos, salvo que se encuentre con el consentimiento del trabajador, o su uso sea necesario para la ejecución de la relación laboral. Son fines legítimos, sostiene la directiva, la protección de bienes y recursos del empleador, la verificación de la adopción de medidas de seguridad en el trabajo y aquellos otros que la legislación laboral contemple. Esto último, por ejemplo, habilita al uso del sistema de videovigilancia para evaluar el desempeño del trabajador.

La directiva obliga al empleador a informar a sus trabajadores sobre los controles videovigilados, mediante carteles, en defecto de los avisos informativos citados en la directiva, sin perjuicio de hacerlo de manera individualizada a cada trabajador si se considera pertinente.

Se establece que el tratamiento de los datos de los trabajadores se limita a las finalidades propias del control y supervisión de la prestación laboral, de tal forma que no pueden utilizarse los medios o el sistema de videovigilancia para fines distintos, salvo que se cuente con el consentimiento del trabajador o se trate de alguna de las excepciones señaladas en el artículo 14 de LPD. Constituyen fines legítimos para el control y la supervisión de la prestación laboral, la protección de bienes y recursos del empleador; la verificación de la adopción de medidas de seguridad en el trabajo; y, aquellos otros que la legislación laboral y sectorial prevea.

Se indica que el control laboral por medio de estos sistemas solo se realiza cuando sea pertinente y adecuado, y no excesivo, para el cumplimiento de la mencionada finalidad. Asimismo, en cuanto a la ubicación de las cámaras, la directiva señala que su ámbito de captación debe restringirse a los espacios indispensables para satisfacer las finalidades de control laboral. En ningún caso se admite la instalación de sistemas de grabación o captación de sonido ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores, como vestuario, servicios higiénicos, comedores o análogos.

La grabación videovigilada con sonido en el lugar de trabajo, indica la directiva, solo se admitirá cuando resultan relevantes los riesgos para la

seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad y finalidad. En otras palabras, la videovigilancia que implemente el empleador debe limitarse a imágenes, salvo que se presente alguno de los supuestos señalados.

Las imágenes captadas por estos medios no pueden ser usados con fines comerciales o publicitarios, salvo que se cuente con el consentimiento de los trabajadores. Se indica también que el trabajador podrá solicitar el acceso a las grabaciones o a una copia digital de estas que contengan data sobre un incumplimiento laboral que se le hubiera imputado, pudiendo utilizar esta grabación como medio de prueba.

En esa medida, si el empleador emplea las imágenes como prueba en caso de un despido por falta grave, deberá adjuntar copia de la grabación a la carta de imputación de faltas graves o al menos poner a disposición del trabajador el video en las instalaciones de la empresa, con ello se garantizará el ejercicio de su derecho de defensa.

En este punto la Directiva confirma dicha posibilidad, señalando que en caso de que el empleador decida imputar una falta grave a un trabajador, contando con lo captado por los sistemas de videovigilancia como insumo, deberá proceder de conformidad con lo establecido en las normas laborales. Asimismo, el empleador deberá resguardar el derecho de terceros que puedan aparecer en los registros captados.

La Directiva dispone que las imágenes y/o voces grabadas se almacenan por un plazo de treinta (30) días y hasta un plazo máximo de sesenta (60) días, salvo disposición distinta en las normas laborales. No existe disposición distinta en la normativa laboral por lo que el plazo será el señalado.

Durante ese plazo, el titular del banco de datos o encargado del tratamiento debe cuidar que la información sea accesible sólo ante las personas que tengan legítimo derecho a su conocimiento y manteniendo así la reserva necesaria respecto a las imágenes y/o voces. Transcurrido el mencionado plazo y no habiendo requerimiento de alguna autoridad

competente para entregar o visualizar el contenido de la grabación, se deben eliminar los archivos en el plazo máximo de dos (02) días hábiles.

El plazo indicado no será aplicable cuando exista alguna finalidad o interés legítimo que justifique su conservación, así como la concurrencia de alguna contingencia de orden técnico que justifique razonablemente el aplazamiento de la eliminación de la misma por un período determinado o determinable.

Las imágenes y/o voces sin editar que den cuenta de la comisión de presuntas infracciones laborales y/o accidentes de trabajo deben ser conservadas por el plazo de ciento veinte (120) días, contados a partir de su conocimiento, salvo la existencia de alguna finalidad que justifique su conservación o de interés legítimo, tiempo dentro del cual el empleador podrá iniciar las acciones legales pertinentes.

El trabajador podrá solicitar el acceso a las grabaciones o a una copia digital de las mismas que contengan información sobre una inconducta o incumplimiento laboral que se le haya imputado, pudiendo utilizar esta grabación como medio de prueba.

El empleador deberá resguardar el derecho de terceros que, sin estar involucrados con la inconducta o incumplimiento, de manera directa o indirecta, puedan aparecer en registros captados; ello se hará adoptando las medidas técnicas necesarias para difuminar su imagen e impedir su identificación.

Finalmente, se señala que los trabajadores deben estar informados sobre el procedimiento implementado por el empleador para ejercer sus derechos de acceso, cancelación y oposición[18]. Adicionalmente, si el em-

18 La Directiva considera ciertas características singulares para el ejercicio del derecho de acceso por parte del trabajador, señalando que podrá escoger entre algunas alternativas para ello, como el acceso mediante un escrito, entrega de imágenes, videos o audios o la visualización en sitio. Podrá ejercer los derechos de cancelación y oposición. La oposición, según el artículo 22 de la LPD opera cuando existan motivos fundados y legítimos, relativos a una concreta situación personal que lo justifiquen. La cancelación operará si las grabaciones efectuadas por el empleador han dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hayan sido recopilados.

pleador debe transferir los datos personales de sus trabajadores captados mediante videovigilancia a un tercero por motivos no laborales, debe informar de ello a los trabajadores, conforme a las normas sobre protección de datos personales.

3.5. Instalación de cámaras ocultas

La directiva comentada en el acápite previo no regula la facultad del empleador de instalar, en forma excepcional, una cámara oculta ante indicios de irregularidades del trabajador en la empresa.

Este aspecto reviste sin duda la mayor relevancia en tanto la instalación puede resultar necesaria con la finalidad de confirmar la comisión de una falta.

En Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha emitido un pronunciamiento en el caso López Ribalda II, por el cual la Gran Sala del TEDH señaló que el empleador se encuentra habilitado a efectuar la videovigilancia oculta de su personal por existir acreditadas sospechas razonables de irregularidades por parte de aquél, que estaban generando pérdidas al empleador.

En términos sencillos, se trató de un supermercado que despidió a varios de sus trabajadores tras comprobar que venían robando sistemáticamente las mercancías, lo que originó un desajuste entre el inventario de las mismas y el reporte de ventas efectivamente realizadas. Para la obtención de pruebas, se decidió instalar cámaras visibles y ocultas, comunicándose únicamente la instalación de las primeras.

La Gran Sala validó el proceder del supermercado en lo relativo a la instalación de cámaras ocultas.

Como lo señala Goñi (2018, p. 6), la videovigilancia oculta, para que sea válida, deberá poseer una finalidad defensiva, es decir, las razones que la justifiquen deben relacionarse con conductas de los trabajadores que lesionan bienes de relevancia constitucional.

En esa medida, la prueba de la imagen grabada será válida si existen acreditados indicios de irregularidad del trabajador. Desde luego, la instalación es puntual, proporcionada y delimitada a quien comete los actos ilícitos, temporal y con la duración menor posible.

Sobre el particular, resultan oportunas las siguientes recomendaciones formuladas por Monereo y Ortega Lozano (2019), quienes en principio señalan que debe informarse al personal que será grabado mediante notificaciones individuales a cada trabajador, avisándoles de que la videovigilancia puede emplearse para justificar incumplimientos laborales.

Si no se informa al personal sobre la grabación, los Jueces determinarán en cada caso concreto si la medida supera el análisis de proporcionalidad. Para ello, sugieren:

1. Que la cámara esté instalada durante el tiempo necesario para confirmar la sospecha de irregularidad del personal.
2. La cámara deberá de enfocar solo el puesto de trabajo de la persona de la que se sospecha.
3. La instalación de la cámara la debería realizar una empresa externa y de prestigio para que pueda certificar lo señalado.
4. La grabación deberá de tener la finalidad de detectar el incumplimiento o la irregularidad que se pretende evitar y de la que se tiene sospechas razonables. Los autores reiteran que no caben meras sospechas o intuiciones, pues es evidente que dichas justificaciones no superarían el juicio de proporcionalidad.
5. La grabación o videovigilancia también deberá ser necesaria. Esto significa que no haya sido posible adoptar cualquier otra medida que fuera menos lesiva para la intimidad del trabajador.

CONCLUSIONES

El empleador, en ejercicio del poder de dirección se encuentra constitucionalmente habilitado a vigilar, a través de cámaras, el ejercicio de la actividad laboral de su personal, para lo cual deberá cumplir con ciertas

reglas como alertar la existencia del sistema de vigilancia, la ubicación de las cámaras y abstenerse de grabar en lugares en los que no se desarrolla la actividad laboral (baños, vestuarios, comedor), como se ha desarrollado en la presente ponencia. Ello en razón a que el poder directriz no resulta ilimitado, erigiéndose los derechos fundamentales de titularidad del trabajador como un límite importante al mismo.

Inclusive, en ocasiones excepcionales, el empleador se encuentra habilitado para realizar la vigilancia oculta de su personal, siempre y cuando existan indicios de irregularidades, tal y como se ha señalado en jurisprudencia europea de primer orden.

La jurisprudencia comparada valida la videovigilancia laboral, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español en la sentencia N.º 39/2016 del 3 de marzo de 2016 sostuvo que el empleador se encuentra facultado a adoptar medidas de vigilancia y control que permitan verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de su personal.

El Tribunal Supremo Español se ha pronunciado a favor de la videovigilancia laboral en la Sentencia N.º 630/2016 de 7 de julio 2016, N.º 77/2017 de 31 de enero de 2017.

Nuestra jurisprudencia se pronunció tímidamente sobre la videovigilancia laboral, habiendo la Corte Suprema señalado que el hecho que un trabajador cubra una cámara de videovigilancia no califica como falta grave sancionable con el despido, salvo que se hubiera acreditado que ocasionó daños a la misma[19]. En las Casaciones N.º 5409-2016- Junín, N.º 21439-2017-Lima, consideró como válidas las grabaciones efectuadas por el empleador para analizar la ocurrencia de una falta laboral. No ha existido análisis sobre la validez de este mecanismo de control empresarial por parte de la Corte Suprema.

El Tribunal Constitucional por su parte ha venido reflexionando sobre la potestad del empleador para controlar a su personal mediante el uso de la tecnología y recientemente se ha pronunciado sobre la videovigilancia

19 Casación 6047-2016-Lima.

laboral. El Colegiado ha actualizado su punto de vista flexibilizando un rígido criterio que exigía la autorización judicial para el acceso al correo electrónico laboral proporcionado por el empleador a su personal.

En efecto, el TC en el proceso de amparo seguido por Marco Antonio Paucarcaja Mercado contra Emapa Huaral S.A[20] sostuvo que es imposible prohibir de manera absoluta al empleador el ejercicio de su rol fiscalizador del contenido de las comunicaciones del trabajador efectuadas mediante el empleo de un medio tecnológico proporcionado por aquél como lo es el correo electrónico institucional. El Tribunal reconoce la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional (laboral) si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad del monitoreo de dichas comunicaciones, así como las condiciones de uso del correo electrónico permitido por el empleador.

En cuanto a la videovigilancia laboral, el TC ha reconocido la validez del empleo de mecanismos idóneos por parte del empleador para el desempeño de las facultades que la ley le reconoce. En este sentido, sostiene el Colegiado, se debe considerar que el empleador, como parte de su poder de dirección, puede optar por los mecanismos que estime necesarios para la supervisión de la prestación laboral (poder fiscalizador), siempre que ello no vulnere los derechos de los trabajadores[21].

En esa línea, y según lo expuesto en esta ponencia, en tanto la videovigilancia, cumpla con las garantías que permitan el ejercicio de los derechos a la intimidad, imagen y protección de datos personales del trabajador, será constitucionalmente legítima.

BIBLIOGRAFÍA

Alegre Martínez, M. (1996). *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. Universidad de León. Citado por: Landa Arroyo, César (2000, noviembre). Dignidad de

20 Sentencia recaída en el Expediente N.º 00943-2016-PA/TC.

21 Sentencia recaída en el Expediente N.º 02208-2017-PA/TC.

la persona humana. En: *Ius et Veritas*. Revista Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año X, N.º 21.

Arce Ortiz, E. (1999). *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ayala Ñiquen, E. y Gonzales Sánchez, S. (2015, agosto). Tecnologías de la información y la comunicación. En: *Cuadernos/ Informática.* Fondo Editorial de la UIGV. Lima.

Blancas Bustamante, C. (2011). *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Blancas Bustamante, C. (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Bustamante Alarcón, R. (2001, mayo). *Los Derechos Fundamentales y Proceso Justo.* Lima, Ara Editores.

Correa Castro, M. (2019, junio) *El derecho del trabajo y los retos planteados por la globalización y digitalización de la economía.* Albacete. Editorial Bomarzo.

Fernández Segado, F. (1996, diciembre). La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. En: *Revista Derecho PUCP*. N.º 50.

Goñi Sein, J. (2018). Vídeo vigilancia empresarial mediante cámaras ocultas su excepcional validez como control defensivo «ex post». En: *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborale*s, N.º 47.

Goñi Sein, J. (1988). *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Madrid: Civitas.

Gude Fernández, A. (2014). La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal. En: *Revista de Derecho Político,* N.º 91.

Landa Arroyo, C. (2000, noviembre). Dignidad de la persona humana. En: *Ius et Veritas.* Revista Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año X, N.º 21.

Luque Parra, M. (1999). *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Barcelona: Bosch.

Moore, P. (s.a.) Inteligencia artificial en el entorno laboral. Desafíos para los trabajadores. En: BBVA OPENMIND. *El trabajo en la era de los datos*, pp. 3-14. Recuperado el 14 de setiembre de 2020 de: <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2019/11/BBVA-OpenMind-Phoebe-V-Moore-Inteligencia-artificial-en-entorno-laboral-Desafios-para-trabajadores.pdf>.

Monereo Perez, J. y Ortega Lozano, P. (2019) Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. En: Revista de Jurisprudencia Laboral No. 8. Recuperado el 28 de setiembre de 2020 de: <https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=L_2019_REVISTA_DE_JURISPRUDENCIA_LABORAL>.

Neves Mujica, J. (2018) *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Olea, M. y Casas Baamonde, E. (2001). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas

Pacheco Zerga, L. (2006). El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado. *Laborem: Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

Palomeque Lopez, M. y Alvarez De La Rosa, M. (1999). *Derecho del trabajo*. 7ma. ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sánchez-Castañeda, A. (2010, julio-diciembre). Trabajo y tecnología: cambios y desafíos para la seguridad social. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 11.

Sanguineti Raymond, W. (2000). *El contrato de locación de servicios*. Lima: Gaceta Jurídica.

Toyama Miyagusuku, J. (1998). Los empleadores ideológicos y las libertades inespecíficas de los trabajadores. En: *Ius et Veritas,* N.° 16.

Ugarte Cataldo, J. (2011). El *nuevo derecho del trabajo*. Santiago. Legal Publishing.

Ugarte Cataldo, J. (2011). *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. Santiago: Legal Publishing.

Valdes Dal Re, F. (2017). Doctrina Constitucional en materia de videovigilancia Y utilización del ordenador por el personal de la empresa, En: *Revista de Derecho Social*, N.º 79, Editorial Bomarzo, Albacete.

VIDEOVIGILANCIA COMO FUENTE DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL: REFLEXIÓN ACERCA DE SU ADMISIÓN PROBATORIA

MARIA STEPHANY SOTO ZEVALLOS
Juez de Paz Letrado Laboral de la Corte Superior
de Justicia de Lima Este

-Yo les entiendo, ¿nunca has querido que alguien te mire?
-Que te miren, vale, pero que te espíen es muy distinto.
-A mí no me parece tan distinto –dijo el chico–.

Belén Gopegui

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el mundo del trabajo están teniendo lugar profundas transformaciones, a raíz de la innovación tecnológica, la evolución demográfica, el cambio climático y la mundialización; y en merito a ello la OIT ha señalado que el futuro del trabajo debe estar centrado en el ser humano, sobre todo en el respeto de su dignidad y de sus derechos fundamentales.

Si bien el avance constante de la tecnología aporta beneficios por una parte, pero por otra implica necesariamente una masiva vulneración de derechos fundamentales[1], como: el secreto de las comunicaciones, inviolabilidad de domicilio, derechos a la intimidad, protección de datos, entre otros, justificándose aquella en la tan anhelada "seguridad ciudadana"; afectación que no solo se materializaría en el espacio público sino también en el privado, incluido el lugar donde se desarrolla las actividades laborales so pretexto del poder de dirección del empleador.

Esto último - vigilancia laboral - conocido desde hace varios quinquenios, ha generado la publicación de novelas, series y películas, siendo "La Mano Invisible" (2011)[2] de Isaac Rosa, la que desencadenó un constante

1 Los nuevos modos telemáticos de comunicación tienen un doble efecto, señalado hasta la saciedad: otorgan libertad a los ciudadanos por un lado, y se la quitan por otro. "Vivir en un entorno de información", escribe Derrick de Kerckhove, "significa al menos dos cosas. La primera, que todos nos estamos convirtiendo en faros de información. La segunda, que es tanto lo que puede saberse y lo que puede hacerse público, que no hay lugar donde esconderse".

2 En la novela de Rosa, los protagonistas aceptan trabajar en una nave industrial en la

interrogatorio personal, sobre si en el Perú existe una adecuada respuesta del Derecho Laboral, del Derecho Procesal Laboral, incluida la posición del Juez Laboral, ante la vigilancia de las actividades laborales por parte del empleador.

Bajo dicho contexto, conviene citar lo señalado por Javier de Lucas "*como tantas otras creaciones humanas el Derecho tiene dos caras: De un lado, puede alzarse como barrera para defender a quienes no tienen voz, a los más débiles. Puede ser así un formidable escudo frente a la crueldad, la violencia, la discriminación, la humillación, la dominación. Incluso, una poderosa palanca para poner en pie la autonomía, la emancipación: La mayor libertad e igualdad de todos los seres humanos. Pero la historia nos enseña que muchas otras veces el derecho ha sido y es utilizado sobre todo como espada que impone la dominación y la desigualdad: no sólo por parte del Estado, que dice ostentar su monopolio, sino por parte de los poderes que disputan eficazmente al Estado la dominación*[3]. A criterio de la suscrita, uno de esos poderes es el que ejerce el empleador dentro de la relación laboral, al tratarse de una relación vertical con dimensión social; poder que el legislador peruano, como se verá más adelante, no ha sido capaz de limitar y/o regular eficazmente, dejando aquello al arbitrio de los empleadores y, como forma de contención, en manos de los Tribunales de Justicia Laboral.

BASES SUSTANCIALES Y RACIONALES:

Planteado el problema, debemos precisar que el presente texto ofrecerá algunas reflexiones preliminares sobre la admisibilidad de la evidencia obtenida mediante videovigilancia para el control de la actividad del

---

que saben que van a ser observados, e incluso grabados trabajando. Ignorantes acerca de si su actividad forma parte de algún tipo de experimento, obra de arte o fenómeno puntual, todos los diversos trabajadores tienen una especial relación con el hecho de ser mirados. Los trabajadores son vigilados por un informático, que diseña un programa para controlar a distancia el rendimiento laboral de las personas; el nombre del programa, es "Panoptic"

3 De Lucas, Javier (18.02.2020) "El Derecho, contra los Derechos". España. Diario LEVANTE, el Mercantil Valenciano.
https://www.levante-emv.com/opinion/2020/02/18/derecho-derechos/1979598.html

trabajador (capacidad y/o conducta), desde una perspectiva garantista del "deber ser" procesal laboral, sin pretender agotar un tema tan vasto y de tan extrema complejidad.

La hipótesis principal que tratare de probar sostiene que la única forma legítima, en un Estado Social de Derecho, para realizar la tarea de control de la actividad laboral del trabajador, mediante el uso de la videovigilancia, como fundamento para la aplicación de sanción disciplinaria, es el respeto irrestricto del derecho fundamental de aquel (protección de datos personales relacionados con su intimidad y dignidad), cuyo incumplimiento la traduce en inconstitucional, por lo que la evidencia que pueda proporcionar no será lícita.

La averiguación del incumplimiento de las obligaciones laborales, relacionadas a la capacidad y/o conducta del trabajador, no puede ser obtenida a cualquier precio – soslayando el consentimiento del trabajador para el uso de nueva tecnología de la información y comunicación (en adelante NTIC) en el control de su actividad laboral y/o el deber de información, previo y preciso; así como el criterio de necesidad de su utilización en la ejecución de la relación laboral -. Hacerlo, por un lado, probablemente generaría la introducción de una verdad en el procedimiento disciplinario y proceso laboral - ¿Se dudaría de las imágenes captadas por un sistema de video cerrado o abierto? Aunque reservo mi opinión sobre el grado de su fiabilidad para su análisis en otro trabajo -; pero, por otro lado, se trataría de una verdad (considerando fiable la fuente) que deslegitima el fundamento propio de un Estado Social de Derecho, debido a que en una democracia constitucional legítima no todo vale[4].

Si bien en un Estado de Derecho como forma de regulación de las sociedades contemporáneas, legaliza el ejercicio del poder de dirección empresarial. Esta legalización pretende la consecución de dos fines principales:

a) garantizar la libertad de empresa, y,

4 **Constitución Política del Perú.**
Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

b) garantizar que no se vulnere los derechos fundamentales del trabajador-ciudadano y del ciudadano-trabajador.

Bajo dicho contexto, sentamos las bases sustanciales y racionales que servirán de derrotero en el presente trabajo:

1. El empleador solo puede utilizar la videovigilancia laboral como forma de control y supervisión de la conducta y/o capacidad del trabajador, cuando medie consentimiento y/o información individual previa sobre su finalidad, salvo que aquella se encuentre relacionada con los fines legítimos taxativamente señalados en la Directiva N.° 01-2020/DGTAIPD - punto 7.12-.
2. La relación laboral debe respetar el carácter irrenunciable de los derechos constitucionales, y no debe limitar el ejercicio de los mismos - dentro de los cuales se encuentra el derecho a la protección de datos personales - en el uso de la videovigilancia como forma de control de la actividad laboral del trabajador.

Para la comprensión de lo planteado, hablaremos sobre el impacto de las NTIC en el ámbito laboral, como facilitadora de la facultad de fiscalización del empleador, diferenciando el control de la actividad y el control de la productividad del trabajador. Luego de ello se abordará el tema central en el ámbito pre procesal y procesal; respecto al primero sobre la regulación de la videovigilancia laboral, y, en relación al segundo, sobre la regulación de admisión de pruebas y la necesidad de recurrir al principio de proporcionalidad a efectos de verificar la constitucionalidad de la videovigilancia como fuente de prueba.

IMPACTO DE LA NUEVA TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (NTIC) EN EL ÁMBITO LABORAL

Expuesto lo anterior, resulta necesario dar una mirada global a toda aquella NTIC que se encuentra vigente en el tiempo y que impacta en el ámbito laboral, a efectos de reforzar de que el contenido esencial del derecho a la protección de datos del trabajador, relacionado con su derecho a la intimidad y su derecho a la dignidad, se encuentra circunscrito al

deber de información del empleador y/o consentimiento del trabajador; cuya vulneración conllevaría a que en el proceso laboral se invalide la sanción impuesta al trabajador que se sustente en evidencia cuya fuente es una NTIC.

La NTIC ha revolucionado el mundo laboral, lo que ha generado la aparición de nuevas formas de contratación, gestión y organización; que por un lado benefician tanto al empleador como al trabajador, cuando el primero ve reducidos sus costes de producción, y el segundo disfruta de mejores condiciones a la hora de conciliar su vida profesional con la personal; y, por otro puede tornarse perverso, al no encontrar un justo equilibrio ni en la legislación y la jurisprudencia, al punto de vulnerar los derechos fundamentales del trabajador, como la protección de datos personales (estrechamente vinculado con la intimidad y dignidad del trabajador).

Si bien el futuro del empleo no puede concebirse sin la influencia de la tecnología, pues así lo ha reconocido la OIT en la "Declaración del Centenario para el Futuro del Trabajo", donde señala que ésta *debe orientar sus esfuerzos a: (…); aprovechar todo el potencial del progreso tecnológico y el crecimiento de la productividad, inclusive mediante el diálogo social, para lograr trabajo decente y desarrollo sostenible y asegurar así la dignidad, la realización personal y una distribución equitativa para todos; (…)";* también cierto es que la citada influencia debe generar *condiciones de trabajo seguras y saludables pues son fundamentales para el trabajo decente*.

En este último sentido la OIT ha exhortado a todos los países miembros *a seguir desarrollando su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, mediante: (…) B. El fortalecimiento de las instituciones del trabajo a fin de ofrecer una protección adecuada a todos los trabajadores y la reafirmación de la continua pertinencia de la relación de trabajo como medio para proporcionar seguridad y protección jurídica a los trabajadores, (…). Todos los trabajadores deberían disfrutar de una protección adecuada (…), teniendo en cuenta: i) el respeto de sus derechos fundamentales*.

Siguiendo lo expuesto por la OIT, el uso de la NTIC puede observarse desde dos vertientes, que a nuestra consideración han de ser complementarias:

a) Como facilitadora de la facultad de fiscalización del empleador; y
b) Como generadora de equilibrio entre los derechos y expectativas de privacidad del trabajador, y los intereses del empleador

Como facilitadora de la facultad de fiscalización del empleador.- Considero que este extremo es donde se genera el conflicto que motivan estas líneas, pues en la actualidad la mayoría de las empresas hacen de todo en nombre de la productividad, y a medida que la tecnología avanza, surgen oportunidades sin precedente para controlar la actividad del trabajador; lo que despierta fundados temores sobre violaciones a los derechos fundamentales de aquellos.

En ese sentido, De Las Casas señala, respecto al uso de la videovigilancia como control de la actividad del trabajador, *"primero, que sea plenamente justificado; en segundo lugar, que no exista otra alternativa de fiscalización y, finalmente, que en principio se ponga en conocimiento de los trabajadores. (…)"*[5]. Ello en razón a que "*las inmensas posibilidades de control que ofrecen las nuevas tecnologías superan con mucho las que ofrecían los tradicionales métodos de supervisión basados en la observación directa por parte del empresario o de la persona en la cual aquel delegara esta facultad"*, toda vez que "*no cabe duda alguna acerca de su utilidad, habida cuenta de la sutileza de su actuación y de su potencial a la hora de recabar datos susceptibles de acreditar el incumplimiento de la prestación del trabajador"*[6].

Para mejor análisis debemos diferenciar qué se entiende por control de la actividad y por control de la productividad del trabajador, a efectos de identificar donde surge los mayores conflictos.

5 De las Casas de la Torre Ugarte, O. Ob. Cit. pp. 70.

6 Villalba Sánchez, Alicia (2016). Ob. Cit. pp. 06.

El control de la actividad y de la productividad del trabajador.- Toda productividad del trabajador es entendida como actividad laboral, pero no toda actividad de aquel está relacionada con la productividad. Ejemplo de ello, es el uso que hace el trabajador del correo institucional o corporativo, de la conexión a internet de la empresa, y/o de las redes sociales durante la jornada laboral, que no está relacionada con su productividad u objeto de contrato (me limitaré al primer ejemplo para la exposición de las siguientes ideas)

Estos espacios (actividades del trabajador sin fines productivos) pueden ser objeto de fiscalización utilizando la NTIC; fiscalización que probablemente arribará en alguna sanción disciplinaria, la cual será válida siempre y cuando:

a) se encuentre justificado el uso de la NTIC;

b) se haya informado al trabajador sobre la citada forma de control (consentimiento o mera información);

c) la sanción se derive de una falta previamente tipificada en el reglamento interno de trabajo; y,

d) se haya garantizado un debido proceso disciplinario.

En ese sentido, Gemma Fabregat Monfort señala que "*cualquier sistema de control y vigilancia que el empresario puede adoptar en el ejercicio ordinario y regular de la dirección y organización diaria de la empresa, no puede ser comparable, en cuanto a intensidad, concurrencia de indicios o requisitos, a la adopción de esos otros medidas de control y vigilancia que se adoptan de forma extraordinaria, para verificar si son ciertos o no los indicios de incumplimiento de las obligaciones laborales de un concreto trabajador. Este último es un poder fiscalizador que trata de verificar un incumplimiento en concreto, y, en función de este, de la concurrencia de ciertos indicios de ese incumplimiento, se fija una medida de control, de vigilancia en concreto*"[7].

7 Fabregat Monfort, Gemma. (2016). *Nuevas Perspectivas del Poder de Dirección y Control del Empleador*. España. Editorial Bomarzo. p. 21.

Siendo ello así, siguiendo lo señalado: *el poder de control del empleador presenta una doble manifestación* (dos caras de una moneda), *esto es, puede ejercerse desde la normalidad laboral* (control de la productividad del trabajador)[8] *o con una finalidad fiscalizadora* (control de la actividad del trabajador)*;* precisando que en ambos supuestos no se soslaya el deber de información por parte del empleador, solo se minimiza en uno y se maximiza en otro, hasta el punto de requerir el consentimiento del trabajador.

Dicho esto, nos centraremos en la segunda manifestación: El poder de control del empleador con una finalidad fiscalizadora, que haciendo uso de la NTIC, como la videovigilancia, vulnera derechos fundamentales del trabajador, como la protección de datos personales relacionada con su intimidad y/o dignidad.

En atención a lo anterior, se puede afirmar que de entrada queda permitido al empleador, en mérito a su poder de fiscalización, hacer uso de la NTIC para controlar la actividad del trabajador, existiendo actualmente diferentes formas de control:

a) Videovigilancia, sistema de monitoreo y captación de imágenes, videos o audios de lugares, personas u objetos.

b) Sensores en los escritorios que recogen el calor del cuerpo, permitiendo que las organizaciones sepan cuándo los empleados están en un escritorio, y la frecuencia con la que la gente se levante y se mueve

c) Programas espía que registran todas las páginas web que visita el trabajador y las etiquetan como de trabajo o de ocio;

d) Sillas de oficina que tienen un sensor pegado a la parte baja del asiento que permite saber el tiempo que esa silla está ocupada y envía la información a una base de datos, así la empresa puede

8 Según Fabregat, el primer sistema de control y vigilancia es el que puede implantarse en el ejercicio ordinario del poder de dirección del empleador, y simplemente debe tener por finalidad verificar de manera regular y ordinaria que las órdenes normales se cumplen sin incidentes; es decir que la empresa funciona con normalidad. Ob. Cit. pp. 22.

saber cuántas veces va a al baño el trabajador, si sale a fumar o cuánto tiempo se pasa en la máquina de café;

e) Tarjetas de identificación con pequeños sensores o identificación con radio frecuencia, que registran desde movimientos e interaccione dentro de la oficina, hasta el tono de conversaciones de los trabajadores;

f) Gestión telefónica informatizada, donde los propios programas de productividad miden cuánto tiempo el trabajador pasa al teléfono y si la llamada ha sido por motivos laborales o no;

g) Móviles inteligentes o smartphones proporcionados al trabajador, que tienen aplicaciones disponibles (NCard, Aryon, etc…) para controlar el gasto por parte de las empresas y el propio usuario (trabajador), así como la ubicación del trabajador (Geolocalizador);

h) Microchips que permiten a los trabajadores abrir puertas de seguridad, iniciar sesión de sus ordenadores y realizar pagos en las máquinas de la compañía. Este microchips puede ser combinado con el GPS del teléfono, lo que permite rastrear la ubicación del implante a toda hora todos los días del año;

i) Cascos y sombreros con sensores, que permiten examinar las ondas cerebrales de los trabajadores y detectar fatiga, estrés y emociones como la ira

j) Pulseras que rastrean las ubicaciones de los trabajadores en el almacén, implementado por Amazon.

Formas que se traducen en un tipo de vigilancia y que también funcionan como herramientas para evaluar al trabajador en términos del riesgo que podrían representar para la empresa[9].

9 Phoebe Moore, profesora de Economía Política y Tecnología en la Universidad de Leicester en Reino Unido, señala que "un gran objetivo de la recopilación de datos es hacer "predicciones sobre cuánto tiempo permanecerá un empleado en el puesto, lo cual puede influir en la contratación, despido o retención de personal". Adicional a ello indica que "la recopilación de datos está "cambiando las relaciones de empleo, la forma en que las personas trabajan y cuáles pueden ser las expectativas".

En este contexto, considero que el juicio de proporcionalidad debe ingresar como pauta para determinar la validez de la sanción aplicada al trabajador, derivado del poder de fiscalización mediante la utilización de videovigilancia, tanto en el ámbito pre procesal (evaluación efectuada por el empleador) como en el procesal (evaluación efectuada por el Juez Laboral); ello en función a la respuesta de estas dos preguntas:

¿Es relevante que se justifique el fin de la utilización de la videovigilancia como forma de control de la actividad del trabajador, para para determinar la validez de la sanción disciplinaria impuesta?

¿Es relevante que se informe al trabajador y/o que brinde su consentimiento sobre la utilización de la videovigilancia como forma de control de su actividad, para determinar la validez de la sanción disciplinaria impuesta?

Las cuales se relacionan con la admisibilidad o valoración de la evidencia cuya fuente es la videovigilancia laboral[10].

REGULACIÓN DE LA VIDEOVIGILANCIA LABORAL EN EL PERÚ

Debemos iniciar la respuesta a las preguntas planteadas, hablando sobre la regulación de la videovigilancia en nuestro país.

Hasta antes del 10 de enero del 2020 no existía regulación expresa sobre el uso de la videovigilancia laboral, tan solo circulaba una **Opinión**

10 Al respecto, cabe precisar que el nacimiento de las normas laborales fue producto de la condición de la explotación de la actividad industrial, es decir aquellas surgieron para garantizar derechos de los trabajadores más no para hacer efectiva la producción de los empleadores. La videovigilancia sin justificación razonada puede ser estimada como condición de explotación del siglo XXI. Fiscalizar 8 horas al día la actividad del trabajador puede generar ansiedad, estrés; verificar cuantas veces se levanta de su sitio, cuantas veces habla con sus compañeros, cuantas veces bosteza, etc. Es decir, seria regresionar a la era del Taylorismo donde el trabajador tenía la condición de fungible (perfectamente intercambiable por otro, si no cumple las expectativas subjetivas no relacionadas objetivamente al trabajo encomendado: conversa mucho, se distrae con facilidad, etc; puesto que si está vigilado todo el tiempo de su actividad laboral sin justificación razonable, aquel desconocería que aspectos se están monitoreado o controlado)

Consultiva N.° 049-2018-JUS/DGTAIPD de fecha 11 de setiembre del 2018, emitida por la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Público y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, donde se afirmó: **"Primero**, *en razón del poder de dirección empresarial el empleador se encuentra facultado a realizar controles y a tomar medidas para vigilar el ejercicio de las actividades laborales a sus trabajadores sin su consentimiento, entre las que puede encontrarse la captación y/o tratamiento de imágenes a través de un sistema de video vigilancia, toda vez que la Ley de Protección de Datos señala que no se requiere consentimiento del titular de datos personales, cuando los datos personales sean necesarios para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte.* **Segundo**, *que el titular de datos personales quedará informado sobre el tratamiento de sus datos personales captados mediante sistemas de video vigilancia, tan solo con la colocación de carteles informativos. Y,* **Tercero** *que si a través de los sistemas de video vigilancia, el empleador capta algún incumplimiento laboral, es posible que el registro de tal captación pueda ser usado como medio de prueba para imputar faltas de carácter disciplinario a los trabajadores o, de ser el caso, utilizarse para tales fines en un proceso judicial laboral".* Opinión que en su momento sentó las bases de la razón de este trabajo.

Tiempo después, el 10 de enero del 2020, se emitió la Directiva N.° 01-2020-JUS/DGTAIPD "Tratamiento de Datos Personales mediante sistema de videovigilancia"[11]. Según la cual el empleador se encontraría legitimado para el tratamiento de datos personales del trabajador mediante el uso de videovigilancia, en mérito a su poder de dirección, que incluye el de fiscalización, no requiriendo su consentimiento por aplicación de lo dispuesto en el inciso 5) del artículo 14° de la Ley N.° 29733, debiendo solo informar al trabajador sobre los controles de videovigilancia a través de carteles, y de considerarlo necesario – facultativo - el informar en forma individualizada a cada trabajador. Es decir, mediante la citada Directiva:

11 Resolución Directoral N.° 02-2020-JUS-DGTAIPD de fecha 10 de enero del 2020. Léase la Directiva N.° 01-2020-JUS/DGTAIPD en https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/01/Directiva-N%C2%B0-01-2020-DGTAIPD-1.pdf.

a) Se impone al empleador el cumplimiento del deber de información general al trabajador a través del uso de carteles, siendo una excepción (facultativa del empleador) informar al trabajador en forma individualizada. Excepción que ha nuestra consideración debería ser la regla, como mínima forma de garantizar el contenido esencial del derecho a la protección de datos del trabajador.

b) Se establece como fin legítimo para el control y supervisión de la prestación laboral: la protección de bienes y recursos del empleador[12], la verificación de adopción de medidas de seguridad en el trabajo, y aquellos otros que la legislación laboral y sectorial prevea.

c) Se establece que la videovigilancia debe cumplir con ser pertinente, adecuada y no excesiva para el cumplimiento de los fines señalados; encontrándose habilitada solo para los espacios indispensable para la satisfacción de las finalidades de control laboral, excluyendo los espacios destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores. Es decir, se establece la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito pre-procesal.

d) Se permite la captación de videovigilancia con sonido en zonas diferentes a los espacios de descanso o esparcimiento de los trabajadores, cuando resulte relevante el riesgo para la seguridad de las instalaciones, bienes o personas derivadas de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo, respetando el principio de proporcionalidad y finalidad.

Bajo el escenario planteado por la propia norma, se legaliza a la videovigilancia - con y sin sonido – como fuente de prueba, tanto en un procedimiento disciplinario como en el proceso laboral. Ante esto también

12 Los recursos empresariales son la esencia misma de toda corporación, engloban desde los recursos materiales, tangibles y agotables, hasta aquellos de difícil percepción como el valor de marca o la productividad de los colaboradores. Se puede hablar de recursos materiales, recursos financieros, recursos trabajo y recursos intangibles. Para mayor detalle se puede ver https://www.sinnaps.com/blog-gestion-proyectos/recursos-empresariales

nos preguntamos ¿toda evidencia que derive de la videovigilancia laboral será lícita? ¿en qué supuestos o escenarios la videovigilancia laboral se torna en inconstitucional, afectando su posición como fuente de prueba lícita? Para tratar estas interrogantes debemos transcurrir sobre la admisibilidad probatoria en el proceso laboral y su posibilidad de exclusión de prueba aplicando el juicio de proporcionalidad.

Criterio de admisibilidad probatoria.- En principio, en todo Proceso Laboral, el Juez debe admitir la prueba relacionada con los hechos necesitados de actuación probatoria, cuya característica principal ha de ser la relevancia; la cual, una vez admitida, puede ser objeto de cuestionamiento procesal por cualquiera de las partes. Es decir la admisión probatoria de toda evidencia – lícita o ilícita - es entendida como regla general, pues cualquier cuestionamiento procesal sobre su admisión se presenta en etapa posterior; incluso, habiéndose cuestionado la prueba admitida, ésta debe ser actuada por el Juez Laboral, quien al momento de "valorar la prueba" (sentencia) decide sobre las cuestiones probatorias y cualquier otra articulación procesal.

Este criterio guarda relación con el sistema de libre valoración de la prueba que circunscribe al Proceso Civil, y por aplicación supletoria al Proceso Laboral; ello en razón a lo dispuesto en forma concordada por los siguientes artículos 188°, 190°, 191° y 197° del Código Procesal Civil, que respectivamente señalan: *"Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez"; "Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones*"; *"Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el Artículo 188"; y, "Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada*. (…)". Los cuales complementan lo dispuesto en el artículo 46° de la Ley Procesal Laboral, señalada en el cuadro adjunto.

Bajo dicho contexto, se puede afirmar que en el proceso civil como en el laboral no se ha regulado a la ilicitud como causal de inadmisibilidad de los medios probatorios; pudiendo dar cuenta de aquella en la etapa de valoración, declarándola ineficaz. Esto último ha sido mal denominado como valoración negativa de la prueba, "diseñada para evitar valorar en el juicio pruebas que, a pesar de haber sido admitidas por el juez, han sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; lo cual no es otra cosa que una forma rebuscada de exclusión de la prueba ilícita". Al respecto, según lo expone Cortés-Monroy Fernández, aplicar correctamente la citada valoración "parte de modificar la proposición fáctica objeto de la actividad probatoria: ya no se trataría de probar la ocurrencia de los hechos operativos de la norma jurídica, sino de probar los hechos constitutivos de la infracción de derechos fundamentales"[13], sólo así podría valorarse la prueba actuada, y de ser el caso declararla ineficaz;.

Citado lo anterior ¿el juez laboral, de oficio, podría declarar inadmisible una prueba, si advierte que para su obtención se ha vulnerado un derecho fundamental? En teoría, como consecuencia de lo establecido en el artículo III del Título Preliminar de la Ley Procesal Laboral y aunado a lo señalado por el Tribunal Constitucional - caso Quimper –, pese a la inexistencia de regulación procesal específica sobre este extremo, sí podría hacerlo en mérito a su rol protagónico[14]; empero considero que su ejecu-

13 Cortés-Monroy Fernández, Jorge. (2018). "La Valoración negativa como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral". Revista Ius Et Praxis N.° 24. Universidad del Talca. Chile. pp. 661-692. http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/13802.pdf. Para el autor esta forma rebuscada de exclusión de la prueba ilícita "desvirtúa la valoración de la prueba, puesto que ya no constituiría la actividad del Juez con el objeto de determinar el grado de apoyo o refutación que un determinado conjunto probatorio otorga a las hipótesis jurídicamente relevantes, sino que incluiría el examen de diversas cuestiones que harían que las pruebas fueran indeseables. Y, sin embargo, esta posición ignora que lo único intrínseco a las mismas pruebas que puede ser valorado es precisamente el grado en que corroboran o refutan las proposiciones fácticas. En efecto, cuando el tribunal valora negativamente una prueba ilícita no está valorando una característica intrínseca a la prueba, sino el medio a través del cual fue obtenida"

14 Artículo III de la Ley Procesal Laboral.- En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable

ción requiere de pasos previos, pues "advertir" ilicitud, sin que ninguna de las partes lo invoque, implica moverse en un espacio de sospecha. En ese sentido, en primer lugar deberá informar a las partes sobre aquella sospecha; en segundo lugar, requerir mayor información sobre el cómo, dónde y cuándo de la obtención de la evidencia – en este caso de las imágenes y/o sonidos captados por el uso de videovigilancia en el centro laboral -; y, en tercer lugar, que no por último deja de ser importante, conceder el derecho a réplica a cada una de las partes. Luego de ello emitir el pronunciamiento sobre la admisibilidad o inadmisibilidad.

¿Resulta necesario que se regule taxativamente a la licitud como requisito de admisibilidad de la prueba aportada por la partes? Considero que no, pues el Juez Laboral no sólo debe circunscribirse a verificar la relevancia de la prueba aportada sino también la licitud de la misma; esto guarda coherencia con lo establecido por el Tribunal Constitucional – caso Quimper –, pues no sería compatible la regla de admisión de toda evidencia relevante (lícita o ilícita), con el reconocimiento a la prueba ilícita como derecho fundamental, que forma parte del derecho al debido proceso[15]; lo cual tampoco afecta al sistema de libre valoración probatoria. Lo que si considero es que debe existir un procedimiento previo, cuando se advierte indicios de ilicitud en la prueba aportada, a efectos de cumplir con lo señalado en el párrafo anterior.

---

a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. (…). Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. (…)

15 Passanante, Lucca (2019). Ponencia "Prueba Ilícita en el proceso civil: perfiles generales", realizada en la Univerdad de Girona. Véase en https://www.youtube.com/watch?v=lc8PhO6gIFw. señaló que "si tenemos un derecho constitucional a la prueba, la prueba ilícita debe ser admitida si es relevante siempre y cuando no haya regulación de exclusión de prueba ilícita. No hay problema de admisión sino de prohibición". "Una regla de exclusión probatoria en dicho escenario es contra epistémica, al limitar el descubrimiento de la verdad de los hechos que fundan el derecho sustantivo tutelado en el proceso civil, en beneficio de otros derechos sustantivos que están afuera del proceso". Lo expuesto justifica la regla de admisión de toda evidencia relevante, incluso la referida a prueba ilícita, pues parte de su no reconocimiento como derecho fundamental. Circunstancia diferente al caso peruano.

Prueba ilícita como garantía constitucional.- Si se considera a la Constitución como el cuarto elemento del Estado, entonces podemos afirmar que aquella sirve o debería servir para resguardar la utopía o el desarrollo de la Paz en una Comunidad. Este sería, en primer lugar, el fundamento constitucional de la prueba ilícita, máxime si en el artículo 44° de la Constitución Política del Perú se establece como deber del Estado *"(…) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (…), y promover el bienestar general que se fundamenta en la Justicia (…)".*

El segundo lugar estará circunscrito al hecho de que tanto la Constitución y los Instrumentos internacionales sobre los Derechos Humanos son la única fuente de la que emana el Derecho, y así lo establece el artículo 3° de la Constitución Política del Perú cuando señala *"la enumeración de los derechos establecidos (…) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios (…) del Estado Democrático del Derecho (…)"*; por lo que válidamente puede afirmarse que la prueba ilícita tiene fundamento constitucional.

El tercer lugar viene dado por lo establecido por el Tribunal Constitucional del Perú – Caso Quimper - *"(…), en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En ese sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud".* "En este contexto, cabe definir la "prueba prohibida" como la prueba recogida infringiendo normas o principios reconocidos por la Constitución para la protección de los derechos de la personalidad en alguna de sus manifestaciones, como el derecho a la intimidad o a la inviolabilidad de las comunicaciones"[16].

16 Armenta Deu, Maria Teresa. (2011). Ob. Cit. pp. 36. Cabe precisar, según lo expuesto por la autora, que el Perú al igual que Portugal ha considerado a la prueba ilícita dentro

A criterio del Tribunal, la licitud de la prueba es un presupuesto para su admisión al proceso (como también lo son el principio de utilidad, de pertinencia, de idoneidad, etc.); en tal sentido, **la prueba prohibida no debería ser admitida al proceso por el Juez y, si lo fue, debería ser excluida estando el Juez prohibido de extraer argumentos y consideraciones de prueba de la misma.** En conclusión, según el Tribunal Constitucional la prueba prohibida es un derecho fundamental y, además, una regla de exclusión de la fuente de prueba del proceso.

Cómo se expuesto líneas arriba, en el proceso civil como en el laboral no se ha regulado a la ilicitud como causal de inadmisibilidad o exclusión de la prueba. Sin embargo, se puede afirmar que al ser la prueba ilícita un derecho fundamental reconocido así por el Tribunal Constitucional peruano, puede y debe ser aplicada en cualquier procedimiento y proceso, incluido el laboral; máxime si el principal derecho fundamental que maximiza el derecho a la prueba ilícita es el derecho a un Debido Proceso por un lado, y, por otro lado, garantiza, en el caso concreto, la dignidad del trabajador y el derecho a la protección de datos del trabajador

Si partimos de la premisa de que la exclusión de la prueba ilícita es un derecho constitucional, conforme se ha expuesto en líneas precedentes, tan igual como lo es el derecho a la prueba, y, que no se trata simplemente de una regla procesal infraconstitucional, entonces podría negarse la afirmación de que es contraepistémica, toda vez que se está ante la confluencia de dos derechos constitucionales estrechamente vinculados, donde el primero de ellos (exclusión de la prueba ilícita) determina al segundo (prueba: pertinente, útil y lícita).

En ese sentido, todo derecho a la prueba (admisión o valoración) parte por verificar la licitud de la evidencia cuya incorporación o valoración se

---

de la categoría de prueba prohibida, sin comprender dentro de aquella a la prueba obtenida violando las formalidades requeridas, que la Constitución Portuguesa de 1976 tiene un sistema normativo propio respecto a las prohibiciones probatorias, circunstancia última que la diferencia de la Constitución Peruana de 1993 puesto que fue el Tribunal Constitucional del Perú – caso Quimper - quien reconoció la categoría de derecho fundamental a la prueba prohibida.

pretende en el proceso judicial; verificación que en el caso concreto está relacionada a determinar si la fuente de prueba – videovigilancia – como medida de intervención del derecho fundamental del trabajador, es constitucional; para tales efectos ha de someterse a la medida dispuesto (videovigilancia laboral) al juicio de proporcionalidad. De ser positiva la respuesta, corresponde la admisión o valoración de la evidencia obtenida de aquella; caso contrario, corresponde su exclusión por ser prueba ilícita.

Considero de suma importancia la aplicación del juicio de proporcionalidad como forma de determinar la admisibilidad o valoración de la prueba ilícita[17]; sobre todo si la norma sustantiva determina su aplicación en la etapa pre procesal. Aunado a ello, determinar la exclusión o no de evidencia relevante en cualquier proceso judicial, requiere de una debida justificación razonada, que, por un lado, merme el desconcierto de las partes – según su posición en el proceso -, y, que por otro, les permita comprender el porqué de la decisión[18]. Cabe precisar que la citada justi-

17 Maier, J.B.J. (1999). Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Revista Nuevo Foro Penal N.° 60, pp. 135-143. http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/3900/3171/. El autor hace referencia a "las prohibiciones de valoración probatoria, extraída de la dogmática alemana, que la divide en dependientes e independientes, según se apoyen o no en la lesión a una prohibición de adquisición de prueba. Las dependientes no presentarían mayores problemas, ya que la prohibición de valoración se deduce automáticamente de la lesión a la prohibición de adquisición establecida en el precepto legal. El problema se plantea en las independientes, pues incluye a las prohibiciones de valoración derivadas de preceptos constitucionales: allí, según la opinión dominante se debe realizar en cada caso una ponderación entre el interés particular vulnerado y el interés estatal en la persecución penal"; fundamentación que para el autor resulta cuestionable "debido a que se deja de lado el dilema ético que plantea el aprovechamiento por parte del Estado del producto de su actividad irregular". Al respecto, si bien hace referencia al interés estatal en la persecución penal, cierto es que aquello – la ponderación - es posible replicarlo en el ámbito laboral, al haberse justificado que toda relación laboral es de carácter vertical y de dimensión social. Y respecto al dilema ético expuesto, considero que depende del ámbito procesal donde se aplique la prohibición de valoración probatoria, reservando su análisis para los fines de otra investigación, de lo contrario perdería el objeto delimitado en el presente trabajo.

18 Armenta Deu, Maria Teresa (2011). La Prueba Ilícita (un estudio comparado). Segunda Edición. Madrid. (e-book). pp. 13. La autora para la presentación de la primera edición de su libro hizo referencia al film "los jueces de la Ley" para extraer la siguiente frase "alguien ha secuestrado a la justicia y la ha ocultado en la Ley" (frase referida por un

ficación no se aligera en relación al estado procesal en que se determine la exclusión (admisión o valoración).

De otro lado, debe considerarse que el derecho fundamental al debido proceso comprende, además de otros derecho, tanto el derecho a que se excluya la prueba ilícita como el derecho a la prueba. En ese sentido, encontrar el justo medio entre ambos derechos que mejore la posición de las partes en el interior del proceso, podrá obtenerse del resultado de la ponderación de los mismos; ponderación que ha de considerar la influencia de aquellos sobre los otros derechos fundamentales de las partes procesales, específicamente de la parte que invoque o beneficie la exclusión de la prueba ilícita (caso específico: derechos a la protección de datos personales, relacionado con la dignidad e intimidad del trabajador).

Debemos partir por precisar que todo derecho fundamental es un derecho bifronte, pues tiene dos enfoques: operativo porque se dirige tanto contra las autoridades públicas como a los particulares, y proyectivo porque orienta el ordenamiento jurídico. En ese sentido, tenemos:

Respecto al derecho a la prueba.- "El derecho a probar no tiene un carácter ilimitado o absoluto, su contenido esencial se encuentra delimitado por una serie de principios que inspiran el debido proceso y por otros preceptos constitucionales con los que guarda relación de coordinación en el ordenamiento jurídico"[19]. Dentro de esos principios, se encuentra el de la licitud de los medios probatorios.

Respecto al derecho a la exclusión de la prueba ilícita.- Conforme se ha expuesto, uno de los principios que delimitan el contenido esencial del derecho a la prueba es el de "la ilicitud" – reconocido como derecho fundamental por el Tribunal Constitucional del Perú -, pero ¿ilicitud en

magistrado ante la regla de exclusión probatoria, aplicada sin ponderación), señalando que dicha frase da cuenta de la situación terrible que en muchos casos desencadena la exclusión de prueba relevante que conduce a la absolución de un culpable, puesto que difícilmente perciben el juego de equilibrio de derechos.

19 Bustamante Alarcón, Reynaldo. 1997. "El Derecho Fundamental a probar y su contenido esencial". Revista Ius Et Veritas N.° 14. pag. 171-185. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15713.

qué sentido? En el sentido de que la prueba aportada da cuenta de una realidad trastocada[20] o en el que para su obtención se ha vulnerado un derecho constitucional. Considero que en ambos supuestos, porque están interrelacionados – una evidencia obtenida con vulneración a un derecho fundamental puede o no dar cuenta de una realidad trastocada. Como señala, Michele Taruffo "depende del cómo se construye la conexión entre el acto ilícito que esté en el origen de la prueba, y la posibilidad de no de utilizar esta prueba, como prueba de un hecho; depende de las situaciones"; en ese sentido, siguiendo a Taruffo, la frase "depende de las situaciones", justificaría el uso del juicio de proporcionalidad para la determinación de la ilicitud o no de una prueba o fuente de prueba.

Aunado a lo expuesto, debe considerarse que el derecho a la exclusión de prueba ilícita, por un lado, sirve para garantizar el derecho a un debido proceso, y, por otro lado, para maximizar y reivindicar el derecho fundamental vulnerado[21]. Convirtiéndose en un mecanismo efectivo

---

20 Taruffo, Michele (2017). Ponencia sobre "Estándares constitucionales en materia probatoria". Véase https://www.youtube.com/watch?v=w_kirx194y8. En su ponencia señaló, haciendo referencia a Beccaria, que "el resultado de un crimen, la prueba, tiene que ser excluida cuando su origen criminoso modifica la eficacia probatoria, cuando no hay ninguna garantía de verdad de la prueba ilícita, por la razón de su origen. Si la grabación se corresponde a lo que ocurrió, desde el punto de vista probatorio es una buena prueba, y quizá ésta puede ser la única prueba posible. Depende del cómo se construye la conexión entre el acto ilícito que esté en el origen de la prueba, y la posibilidad de no de utilizar esta prueba, como prueba de un hecho, depende de las situaciones".

21 Gascón Abellán, Marina. (2012) *¿Libertad de Prueba? Defensa de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita.* https://www.researchgate.net/publication/329104652_Libertad_de_prueba_Defensa_de_la_regla_de_exclusion_de_prueba_ilicita. La autora señala que "*puede sostenerse, por un lado, que la regla de exclusión de la prueba ilícita está directamente alojada en el derecho constitucional al debido proceso (el due process of law). Lo que se sostiene, con más precisión, es que dicha regla es la expresión de una garantía implícita en el sistema de los derechos fundamentales, pues la posición preferente que ocupan en el ordenamiento exige rechazar toda prueba obtenida con lesión de los mismos, y que esa garantía se plasma en el derecho al debido proceso. O en otros términos, la regla de exclusión es la plasmación del modelo constitucional de proceso garantizado por el derecho al debido proceso: no puede entenderse garantizado el debido proceso si se admite la prueba lograda a través del menoscabo de derechos e intereses a los que la Constitución otorga un valor preferente, pues ello implicaría la ignorancia de las garantías propias del proceso*"

para proteger los derechos fundamentales[22]. Esto último en razón a que el fundamento constitucional de la regla de exclusión probatoria se circunscribe a un ámbito ex post, un ámbito procesal, un ámbito donde ya ocurrió la vulneración, lo que justifica su proyección en el ordenamiento jurídico como maximizador y reivindicador de los derechos fundamentales (protector).

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD COMO UNA FORMA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

Bernal Pulido señala que "el principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: El subprincipio de idoneidad, el sub principio de necesidad y la ponderación o sub principio de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir, (…). Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres sub principios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional"[23]. Para Barack, "la proporcionalidad está compuesta por cuatro componentes: el fin adecuado, la conexión racional, los medios necesarios y relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y

22 Barack, Aharon (2017). "Proporcionalidad de los derechos fundamentales y sus restricciones". Palestra Editores. Lima. pp. 25 (e-book). El autor señala que "la mayoría de los derechos fundamentales gozan de protección parcial. Ellos no pueden ser realizados en toda la extensión de su supuesto de hecho si su restricción puede ser justificada". Sin negar la existencia de derechos fundamentales absolutos, como la dignidad humana, la prohibición de la esclavitud, entre otros.

23 Aleinikoff, T. Alexander. (2015) "El Derecho Constitucional en la era de la ponderación". Traducido por Jimena Aliaga Gamarra. Lima, Palestra Editores. pp. 9-10. (e-book). Expresiones efectuadas por Carlos Bernal Pulido, a modo de introducción. "El autor señala que la ponderación es un recurso fácil que amenaza el Derecho Constitucional, pues nos aleja de la Constitución, suplantándola con legislación razonable en vez de investigaciones teóricas sobre los derechos, principios y estructuras. Si bien reconoce el mérito del nacimiento de la ponderación como alternativa al formalismo, también señala que aquel ha sido dejado de lado pues en la actualidad se ha tornado en rígida y formalista, pues no ofrece respuestas ni llega a convencernos". Se ha hecho referencia a esta obra pues es la contracara de lo que postula y afirma Barack, a efectos de tener una visión global sobre la ponderación; quedándonos con la posición éste último.

la vulneración causada al derecho fundamental"[24]. Composición última que será recogida para los fines de este trabajo.

La admisibilidad o valoración de evidencia relevante relacionada a las imágenes y/o sonidos captados mediante el uso de videovigilancia, debe circunscribirse a verificar si la utilización del medida de videovigilancia como forma de control de la actividad laboral del trabajador (relacionado con su capacidad y/o conducta) cumple el juicio de proporcionalidad. El incumplimiento generará que se la considere inconstitucional y, como consecuencia, la exclusión de toda evidencia que derive de aquella.

Si bien, como lo señala John Rawls, "el procedimiento ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, pero parece imposible hacer unas normas jurídicas que conduzcan siempre a un resultado correcto. La teoría de los Juicios examina que reglas procesales de prueba y similares, siendo compatibles con otros fines del derecho, son las que mejor puedan servir para lograr este propósito"[25]. En ese sentido, reforzamos nuestra posición de la aplicación del juicio de proporcionalidad para determinar la ilicitud de la prueba o de la fuente de prueba, que conlleva a la exclusión de evidencia relevante; afirmando que esta verificación debe realizarse en la etapa de admisión probatoria, siguiendo un procedimiento que garantice o sea compatible con otros fines del derecho (derecho a la contradicción, a la debida motivación, entre otros). Esto último guarda relación con la concepción general de Justicia que expone Rawls, para quien aquella "no impone restricciones respecto al tipo de desigualdades que son permisibles, únicamente exige que se mejore la posición de cada uno"[26]. En ese sentido, con la aplicación del juicio de proporcionalidad para verificar la licitud de la prueba o fuente de prueba, en la etapa de admisibilidad probatoria, siguiendo un procedimiento previo, se mejora la posición de las partes.

---

24 Barack, Aharon. (2017). Ob. Cit. pp. 97. Estos cuatro componentes constituyen el núcleo de la cláusula restrictiva.

25 Rawls, John. (2012). "Teoría de la Justicia". Traducido por Maria Dolores González. Fondo de Cultura Económica. pp. 132. (e-book).

26 Rawls, John. (2012). Ob. Cit. pp. 100-101

De otro lado, si bien se entiende al principio de "proporcionalidad como una herramienta clave en las democracias constitucionales, pues a través de ella encontramos el equilibrio adecuado entre los derechos individuales y los fines nacionales; entre el yo y el nosotros"[27], específicamente cuando se trata de medidas de intervención en los derechos fundamentales; cierto también es, que el citado principio puede y debe ser aplicado en el escenario de las relaciones laborales, al ser ésta de dimensión social y de orden vertical.

En este punto, resulta necesaria la respuesta que se planteó **Raúl Gustavo Ferreyra[28], ¿Para qué sirven los derechos fundamentales?** "los derechos fundamentales son la línea de acción significativa de los servidores públicos. Si (…) los Jueces (…) no toman conciencia acabada de la dimensión de los derechos fundamentales, de esos puentes que significan los derechos fundamentales, no hay posibilidad para imaginar cuál es el trazo de ese puente del que hablamos, de la situación en la que nos encontramos y cómo vamos a seguir caminando hacia el futuro*";* siguiendo sus palabras, se requiere de una humanidad creciente en medio de esta revolución tecnológica.

CONCLUSIONES

a) El uso de la NTIC en el ámbito laboral, sin regulación específica, puede desencadenar en una masiva y reiterada vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.

b) La prueba ilícita tiene rango constitucional, por lo que es aplicable a todo proceso judicial, incluido el proceso laboral; toda vez que tiene el mismo rango constitucional al derecho a la prueba.

27 Barack, Aharon. (2017). Ob. Cit. pp. 8.

28 Profesor Titular de la materia Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires. "Derechos Fundamentales en la Constitución ¿Una escalera al cielo? Véase en https://www.youtube.com/watch?v=HyraUfgmxXs&t=28s

c) El proceso laboral no regula un procedimiento específico para el análisis de la prueba ilícita; empero se desprende que aquel puede realizarse en la etapa de "formulación de cuestiones procesales"; postulando la recomendación que se instituya un procedimiento en la etapa de admisión probatoria.

d) Justificamos la existencia de un procedimiento previo, dentro del proceso laboral, para verificar la admisibilidad de la prueba ilícita, toda vez que el Juez que sentencia es el mismo Juez que determina la admisibilidad de las pruebas, y, si partimos de la premisa de que todas las pruebas son admisibles y sólo en la etapa de valoración puede darse cuenta sobre su ilicitud a efectos de declarar su ineficacia y no valorarla, es improbable que el Juez pueda borrar de su mente lo determinante o decisivo que ya percibió o escucho. Sobre todo si, pese a cualquier cuestionamiento procesal que las partes hiciesen, el Juez Laboral debe actuar la prueba admitida.

e) El uso de la medida de videovigilancia laboral que no cumpla los fines legítimos para su adopción es inconstitucional; y por ende la evidencia que derive de aquella debe ser excluida por ser ilícita.

f) Debe preferirse el uso de otros mecanismos razonables, diferentes a una forma de control de vigilancia continua; no hacerlo, conllevaría a la inconstitucionalidad de la vigilancia al no ser necesaria; y por ende la evidencia que derive de aquella debe ser excluida por ser ilícita.

g) El cumplimiento del deber de información general no valida el uso de la medida de videovigilancia laboral que no cumpla los fines legítimos; deviniendo en inconstitucional, y, como consecuencia la evidencia que derive de aquella debe ser excluida por ser ilícita.

h) El incumplimiento del deber de información general no invalida el uso de la medida de videovigilancia laboral que cumpla los fines legítimos, siendo constitucional, y, como consecuencia la

evidencia que derive de aquella debe ser admitida y valorada en el proceso judicial. Esto ingresaría como excepción a la exclusión por fines colectivos, debido a la dimensión social de toda relación laboral.

i) El juicio de proporcionalidad, en sentido estricto la ponderación, es la mejor manera posible para determinar la exclusión de prueba relevante, pues mediante aquel se exponen las razones sobre la legitimidad (idoneidad), necesidad y por último (más importante) de la ponderación efectuada entre los derechos en conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

Aleinikoff, T. Alexander. (2015) "El Derecho Constitucional en la era de la ponderación". Traducido por Jimena Aliaga Gamarra. Lima, Palestra Editores. pp. 9-10. (e-book).

Armenta Deu, Maria Teresa. (2011). *La Prueba Ilícita (un estudio comparado).* Segunda Edición. Madrid. (e-book).

Barack, Aharon. (2017). "Proporcionalidad de los derechos fundamentales y sus restricciones". Palestra Editores. Lima. (e-book).

Bustamante Alarcón, Reynaldo. (1997) "El Derecho Fundamental a probar y su contenido esencial". Revista Ius Et Veritas N.° 14. pp. 171-185. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15713.

Cortés-Monroy Fernandez, Jorge. (2018). "La Valoración negativa como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral". Revista Ius Et Praxis N.° 24. Universidad del Talca. Chile. pp. 661-692. http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/13802.pdf.

De las Casas de la Torre Ugarte, O. (Agosto 2012). *La Protección de los Derechos Fundamentales Laborales.* Revista Soluciones Laborales N.° 56. pp. 70. http://www.solucioneslaborales.com.pe/boletines/arc_boletines/informe07-09-2012.pdf.

De Lucas, Javier (18.02.2020) "El Derecho, contra los Derechos". España. Diario LEVANTE, el Mercantil Valenciano. https://www.levante-emv.com/opinion/2020/02/18/derecho-derechos/1979598.html.

Fabregat Monfort, Gemma. (2016). *Nuevas Perspectivas del Poder de Dirección y Control del Empleador. España.* Editorial Bomarzo. p. 21.

Gascón Abellán, Marina. (2012) *¿Libertad de Prueba? Defensa de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita.* https://www.researchgate.net/publication/329104652_Libertad_de_prueba_Defensa_de_la_regla_de_exclusion_de_prueba_ilicita.

Maier, J. B. J. (1999). Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Revista Nuevo Foro Penal N.º 60, pp. 135-143. http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/3900/3171/.

Organización Internacional del Trabajo-OIT- (1997). *Protección de los datos personales de los trabajadores.* Ginebra. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_112625.pdf.

Passanante, Lucca (2019). Ponencia "Prueba Ilícita en el proceso civil: perfiles generales", realizada en la Univerdad de Girona. Véase en https://www.youtube.com/watch?v=lc8PhO6gIFw.

Rawls, John. (2012) "Teoría de la Justicia". Traducido por Maria Dolores González. Fondo de Cultura Económica. pp. 132. (e-book).

Taruffo, Michele. (2017). Ponencia sobre "Estándares constitucionales en materia probatoria". Véase https://www.youtube.com/watch?v=w_kirx194y8.

Villalba Sánchez, Alicia (2016). "Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de control empresarial". Revista Derecho Social y Empresa. N.º 06. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5813341.

LAS REDES EMPRESARIALES Y SU POSICIÓN EN LA REAL IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEADOR EN LAS TRANSFORMACIONES EMPRESARIALES POR APLICATIVOS DIGITALES COMO RETO ANTE EL FUTURO LABORAL INMEDIATO EN EL PERÚ

JORGE LUIS MAYOR SÁNCHEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho Procesal por la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho de la Empresa con mención en Gestión Empresarial por la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Estudios Avanzados en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Salamanca - España - D.E.A. Diplomado en Estudios Superiores en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Salamanca – España. Estudios de Doctorado en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca – España. Título de Especialista en Derecho y Política Jurisdiccional. Universidad Castilla-La Mancha de España. Diplomado en Argumentación Jurídica y Función Jurisdiccional. Universidad Castilla-La Mancha de España - Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la presente investigación se enmarca dentro de la problemática que actualmente enfrenta el derecho laboral, peruano para analizar la situación de la abierta desprotección y la falta de regulación normativa nacional de los denominados colaboradores por aplicativos o Apps más conocidos como riders o deliverys en el marco normativo de los sistemas de relaciones laborales de nuestro país.

En los últimos lustros se ha comprobado el interés progresivo por lo que ocurre con mucha velocidad y destreza en el mundo del derecho laboral global de cómo se están produciendo y se están desarrollando en la actualidad los nuevos procesos productivos como es el uso y el empleo de las Apps o aplicativos por telefonía celular o móvil para dinamizar la fase final de todo el proceso de comercialización, la venta individual o colectiva y la posterior entrega de bienes o productos a través de los denominados riders que forman parte gravitante de todas y cada una de las nuevas redes empresariales; pero con la salvedad de que no cuentan con ningún relación formal que determine su ajenidad o en procura de su reconocimiento inmediato de sus derechos laborales básicos en el escenario individual como en el colectivo.

Nos proponemos con la presente investigación determinar la problemática de la existencia de una relación laboral entre la empresa para la cual realizan actividades de reparto o de delivery incluidas las que trabajan por aplicativos Apps, donde es necesario modificar la actitud y el accionar de las empresas centradas en el tipo o modelo de negocio de la empresa clásica o tradicional y su migración progresiva hacia la neotransformación de sus procesos productivos que alteran los tradicionales ciclos económicos-socio-laborales lo que conduce a una redefinición de la clásica distribución

comercial hacia el consumidor final o potencial usuario en el mundo de las redes empresariales en nuestro país hoy en día.

Asimismo; determinar que a raíz de ello hoy en día las redes de empresas están empezando a sufrir una serie de cambios drásticos y vertiginosos al mismo tiempo muy radicales en sus tradicionales estructuras comerciales debido a su uso cada vez más expansivo en el ámbito empresarial y negocial de los aplicativos de entrega o reparto de bienes y productos en el mercado de trabajo de nuestro país. El uso de las plataformas digitales ha desbordado con creces todas las expectativas propias del uso de las denominadas, adecuadas y conocidas tecnologías de la información y de la comunicación para lograr con ellas no solo alcanzar el éxito o un excelente resultado económico muy favorable dentro de un plazo de tiempo muy perentorio sin que exista de intermedio de manera tangible una empresa física regular a dónde acudir para obtener un servicio porque todo el desarrollo empresarial girara en torno a una plataforma virtual o digital.

Todo ello acarrea el nacimiento de una serie de problemas de índoles legales que hasta la fecha no han sido regulados todavía en la mayor parte de los países del mundo; y al mismo tiempo no han sido resueltos y menos abordados seriamente por parte del actual mercado de trabajo peruano como es la regulación de las actividades laborales a través de los hoy denominados repartidores por aplicativos o Apps o los ya conocidos clásicos riders que se incorporan al eslabón o a la cadena productiva de un negocio a través de las redes de empresas en correlato con las nuevas técnicas de mercadeo muchas de ellas ajenas al mundo oficial del derecho del trabajo, y que van más hacia el lado del derecho empresarial que los cobija y no los considera desde un inicio como parte de una relación de trabajo al interior de las empresas digitales sino como parte del costo del proceso operacional.

Dicho de otra manera; que no siendo considerado como una suerte o especie de relación de trabajo al no estar debidamente normado y regulado en el ordenamiento jurídico peruano. Lo cual interactúa desde su actividad económica con otros agentes económicos – laborales que sí lo son; y que si se constituyen como tales tanto en el mercado formal como informal

de trabajo en el Perú. Produciéndose incluso comportamientos informales por parte de las empresas legalmente constituidas como formales ante la Autoridad Administrativa Tributaria y aún más ante la misma Autoridad Administrativa de Trabajo.

Ahora bien lo que no sabemos al investigar el presente tema son las respuestas a devenir acerca de cuál es el comportamiento que asumen los empleadores inmersos en este tipo de tejidos empresariales conocidos como las redes empresariales por lo difícil que resulta determinar o identificar quien es actualmente el real, único y verdadero empleador en toda esta telaraña empresarial denominada redes de empresas como reto ante un futuro laboral inmediato en torno al sistema normativo de relaciones de trabajo de nuestro país. Para ello se recurrirá a las recientes investigaciones que sobre el tema se han estado realizando de manera académica a nivel internacional; dado que; a nivel nacional el nivel de investigación es aún muy precario. Empezando por analizar la titularidad de quien es el actual y real empleador como objeto o parte del presente estudio.

Algunos estudiosos de este problema lo analizan a cabalidad tales como Sanguineti, W., Vivero. J.: "*La posibilidad de imputación plural de la titularidad de la posición patronal dentro del contrato de trabajo parecería venir negada desde un inicio tratándose de los sistemas de colaboración entre empresarios que asumen la estructura de una red"* (2018, p. 120).

Por último; que se puede hacer desde el lado del derecho del trabajo para regular a estas tecnologías algorítmicas que agrupan en una misma plataforma digital o un aplicativo o App a millones de usuarios de todo el orbe con una misma peculiar característica masificar el proceso de consumo hacia un consumidor final a gran escala en el menor tiempo posible de entrega desde que efectúa su pedido, lo recibe, lo paga y lo cancela sacándole la vuelta tecnológicamente al derecho del trabajo con sólo un dispositivo celular o móvil sin que le asista ningún derecho menos un vínculo laboral o contrario a las características de un contrato de trabajo o a quien entrega el bien o el producto al destinatario final de dicho consumo.

II. LAS REDES EMPRESARIALES POR APLICATIVOS Y LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Empezamos formulándonos la siguiente pregunta de investigación: ¿Por qué es imprescindible y necesario en la actualidad contar con una regulación y una normatividad laboral por parte del derecho del trabajo peruano con respecto a derechos, deberes y obligaciones que les asisten a los trabajadores riders o por delivery para lograr la identificación de la existencia de una relación de trabajo y determinar quién es el real, verdadero y único empleador al interior de las denominadas redes de empresa por aplicativos o Apps en el Perú?

Procedemos por consiguiente a cimentar la presente investigación en base a la formulación de una serie de justificaciones que procedemos a detallar a continuación:

a) Dado que; en la presente ponencia y análisis jurídico daremos un enfoque económico de carácter laboral y al mismo tiempo de corte liberal acerca del tratamiento que se le da en la actualidad a las redes empresariales para enfocar los diferentes aspectos que con el correr de los años y las últimas décadas han dado y hecho hincapié a que sea la casuística la que resuelva los diferentes problemas suscitados por el uso y empleo de esta nueva forma de organización empresarial que conlleva en nuestros días acerca de la situación interna que viven todas y cada una de las redes empresariales y su entorno productivo en la adecuada posición que los conduzca hacia la búsqueda e identificación de la real, única y la verdadera posición del empleador al interior de lo que se denomina el contrato de trabajo en virtud de las actuales transformaciones empresariales en el ámbito del uso de los aplicativos o Apps en las actividades de trabajo en el Perú.

b) Al mismo tiempo el funcionamiento integrado de dos o más empresas en torno a un proyecto empresarial compartido es capaz de generar, antes que nada, según se constata entonces, una serie de necesidades comunes entre las partes, cuya atención puede requerir la puesta en práctica de un abanico de fórmulas

singulares de desarrollo de la prestación laboral y articulación de los habituales poderes empresariales, las cuales terminan por afectar al reparto tradicional de roles al interior de las empresas entre las partes contratantes del o de un contrato de trabajo y en particular a la posición que se ocupa dentro del mismo escenario el empleador o empresario y también cada uno de los trabajadores con el uso de los nuevos aplicativos digitales o Apps como medios de trabajo.

Todo esos nuevos procesos productivos conducían hacia la fragmentación de los procesos productivos está en juego una serie de prestaciones parciales desarrolladas por sujetos formalmente independientes en las redes de empresas; pero conectados desde el punto de vista económico, con dependencia laboral y funcional, los cuales despliegan también una influencia indiscutible, aunque no univoca, tanto sobre sus decisiones en materia de empleo, como sobre el marco de derechos y obligaciones de carácter individual y colectivo de cada uno de los trabajadores a ellos debidamente aunados y por consiguiente asociados dentro de esta variopinta relación intra e interempresarial llamada en la actualidad delivery o riders.

La promoción de la ocupación y el empleo, el desarrollo de la profesionalidad de los trabajadores en el contexto laboral, el enriquecimiento de los contenidos progresivos de la continua prestación laboral e incluso la mejora de los salarios y las remuneraciones percibidas y perceptibles, de un lado, o el incremento de los riesgos inminentes e inherentes al desarrollo de la continua, respectiva y reciproca prestación laboral, la búsqueda de una serie de ventajas competitivas y comparativas basadas en la extensión de la precariedad y los continuos bajos salarios recibidos y percibidos, con elusión en su caso de los marcos nacionales de la a veces rígida regulación laboral, y la reducción del impacto armonizador y reequilibrador de los instrumentos de tutela laboral y protección individual, a escala grupal y colectiva de la relación colectiva de trabajo a través de las Apps, los riders y las empresas que hacen uso de dichos aplicativos digitales y los consumidores o usuarios que también de manera asidua hacen uso y empleo de una App.

De otro lado, se cuentan aquí, dependiendo de las situaciones y las posibilidades de recurrir a estas fórmulas de estructuración o reestructuración continuos y cíclicos de los entornos económicos y de los procesos productivos a través de las plataformas digitales. No es de extrañar por ello que estas sean objeto de las más disímiles valoraciones iuseconómicas en un mercado de trabajo cada vez más dinámico, cambiante, evolutivo y nada estático por no decir hasta complejo; pero; sobre todo de enormes valoraciones empresariales de carácter ius-económico-laboral en donde los agentes empresariales participantes juegan un rol importante y en donde la figura del actual y real empleador es inherente, eminente y trascendental a los sistemas económicos de relaciones de trabajo de las redes de empresas que hoy imperan en todo el orbe y de los cuales nuestro país no es nada ajeno en la actualidad; dado que; la situación de los riders se ha agravado cada vez más sobre todo en una situación como la del SARS-COV-2 que asola a nuestro país.

Nos formulamos en la presente ponencia acerca de sí las actuales estructuras productivas de las redes de empresas contribuyen con la adecuada identificación del real empleador de los denominados trabajadores por aplicativos al interior del escenario y del desarrollo de una economía colaborativa por plataformas digitales o aplicativos Apps.

Al mismo tiempo nos preguntamos si es necesario en la actualidad dilucidar los alcances del ámbito laboral que giran en torno a las denominadas redes de empresa porque la actual fragilidad laboral de los sistemas productivos han estado alterando el funcionamiento de los modernos mercados empresariales durante los últimos años los cuales han dado origen a una serie de situaciones que han transformado progresivamente todos los sistemas productivos de manera radical y absoluta y que en su momento han cambiado el actual escenario y panorama laboral que conocemos hasta hoy en día, lo que ha determinado que los gobiernos del mundo se hayan visto desbordados masivamente y en la necesidad de implementar varias medidas de carácter socio laboral acorde con la primacía de la realidad propia del ámbito del derecho del trabajo.

Lo que significa sobre todo que con la finalidad de encarar el funcionamiento moderno, continuo y versátil del mercado de trabajo evitando con ello que el normal desarrollo de la actividad empresarial lleve consigo situaciones que puedan devenir en que los entretejidos económicos-sociolaborales de las denominadas redes empresariales o redes de empresa que pueden caer en graves excesos durante su progresivo ejercicio empresarial ocasionando con ello la aparición o la gesta de un excesivo sin número de fraudes y elusiones a las actuales leyes laborales vigentes en una serie de países entre los cuales se encuentra actualmente el Perú.

Por otra parte; en pro de identificar la situación real y la posición que ocupa el empleador al interior de dichas redes de empresas por aplicativos muchas de ellas eslabonadas, concatenadas y al mismo tiempo inmersas en una relación con otras redes negociales empresariales y encadenadas con estas últimas en procura de lograr el denominado éxito empresarial y no solo la distorsión, elusión y fraude de los derechos de cada uno de los trabajadores mal llamados actualmente colaboradores en el ámbito laboral como ha ido sucediendo hasta ahora en el mundo laboral de los denominados riders.

El concepto de red empresarial consiste en el uso de instrumentos de desarrollo empresarial, con la finalidad de ubicar a individuos que tienen necesidades comerciales parecidas, idénticas, simultaneas e iguales entre sí y que comparten y se disputan entre si el irreal mercado de trabajo de plataformas digitales y su expresión concreta en una App.

Internamente, la fórmula de construcción de estos procedimientos empresariales y su respectivo funcionamiento integrado conllevan a desentrañar la práctica tradicional de uno de los elementos inherentes de toda la relación de trabajo completamente negados por las empresas digitales o Apps que trabajan en el Perú y resolver una serie de problemas en el mundo de los negocios como lo que sucede actualmente con los denominados riders palabra o denominación que goza del uso lingüístico del actual eufemismo laboral para denominar así a los colaboradores que trabajan por aplicativos como Uber, Glovo o Rappi.

Las otras actuales plataformas digitales como Facebook Instagram, YouTube, Yahoo, Twitter, Skype y Google podrían ayudar y también sirven actualmente para contribuir progresivamente a virtualizar una organización empresarial y a conectarse sucesivamente con sus potenciales clientes en sus largas iniciativas por lograr la fidelización inmediata y procurar la ampliación de la cartera de clientes para mejorar los procesos de desarrollo de sus negocios y de sus respectivas operaciones comerciales haciendo de ellas una adecuada ordenación de los tiempos de trabajo hasta su completo traslado hacia los novedosos aplicativos o Apps.

Todo ello nos conduce a cuestionarnos sí, dentro de las relaciones al interior de las redes empresas con sus competidores directos en el mercado del uso de plataformas digitales o aplicativos móviles dentro del mundo del derecho del trabajo, así como las que se establecen con sus respectivos proveedores de Apps y sus mal llamados colaboradores se puede determinar en este último caso la existencia de una correcta forma de empleo encubierta, vulnerable tan oscilante y al mismo tiempo volátil en el marco normativo de los sistemas de relaciones laborales en el Perú.

Debemos tener en cuenta que en una economía laboral completamente globalizada y como parte de los componentes de las redes empresariales que las integran nos impulsan a construir en el Perú el concepto del autónomo o de la autonomía digital o del trabajador digital en relación al uso y empleo de aplicativos móviles o Apps como una de las herramientas de trabajo que nos permita dilucidar una relación abierta de dependencia laboral entre la parte empleadora y la parte trabajadora. Mientras tanto nos cabe la gran duda de que hacemos con ellos mientras tanto en este limbo laboral.

Sin embargo; el uso de las plataforma digitales cómo modelo de negocio de las empresas y sus atributos han evolucionado hacia el uso cada vez masivo del delivery lo cual produce un serio debate que nos conduce a determinar si los riders o repartidores o como las empresas opten por llamarlos son trabajadores eminentemente dependientes y que deben estar en la planilla directa de la empresa que administra la plataforma digital App o de la empresa usuaria de la misma App como parte del desarrollo de la

economía colaborativa en el Perú; y por el cual se intercambian una serie de bienes y servicios haciendo un uso normal de la tecnología digital que conduce muchas veces de forma directa y abierta al fraude y a la elusión de la legislación laboral en nuestro país.

De otro lado; nuestro objetivo principal y central de esta ponencia es analizar y determinar porque las empresas por aplicativos más conocidas como Apps miran exclusivamente sus potenciales beneficios empresariales, hasta las decididas posturas y enfáticas posiciones negativas que menoscaban, niegan o restringen los derechos esenciales de carácter laboral de los trabajadores en esta nueva modalidad de empleo como parte de la irrupción de la tecnología en el mercado de trabajo, que prestan atención sobre todo a las consecuencias adversas a su empleo porque se le utiliza y emplea con habitualidad; pero negando con ello sistemáticamente su vínculo cercano con el mundo del derecho del trabajo peruano y mundial.

Lo cierto es que, con todo, el uso lógico, lícito y legítimo, por tanto, de las redes empresariales y el empleo de las plataformas digitales son capaces de evolucionar con el fin de desplegar efectos tanto de uno como de otro tipo sobre todo de manera elusiva o fraudulenta a la precaria e inexistente legislación laboral que de manera tenue los podría amparar. O incluso de ambos a la vez de manera simultánea. Siendo, por tanto, el desafío actual que encara y hace al mismo tiempo una afrenta al derecho del trabajo y del ordenamiento laboral peruano y global el de llevar a las redes empresariales y de derecho del trabajo hacia un escenario de tratamiento de las relaciones de trabajo en el marco del sistema normativo de las relaciones labores empresariales para que estas se desarrollen en su seno y que sin poner trabas injustificadas en su interior y ulterior funcionamiento que contribuyan a potenciar a los primeros; pero a la vez desalentar la consecución de los segundos como parte del desarrollo laboral inmediato que los une y los vincula.

Por consiguiente; en la presente ponencia verificamos como un enfoque económico de carácter eminentemente laboral y al mismo tiempo de corte liberal acerca del tratamiento que se le da en la actualidad a las cada vez más conocidas redes empresariales para analizar los diferentes

aspectos que con el correr de los años y que en las últimas décadas han dado y hecho hincapié a que sea la casuística de los juzgados y tribunales de trabajo las que resuelvan los diferentes problemas suscitados por el uso y empleo de esta nueva forma de organización empresarial que conlleva en nuestros días de cerca la grave y dura situación interna en la que viven todas y cada una de las redes empresariales ajenas con el uso de los aplicativos digitales o Apps a la legislación laboral que las tolera.

De ahí que; ni siquiera a la fecha nuestra comunidad de especialistas en derecho del trabajo se haya tomado el tiempo suficiente de estudiarla o investigarla con la debida profesionalidad para posteriormente buscar normarla y regularla con creces y; por otro lado; analizar su entorno con respecto a la adecuada posición que ocupan en la búsqueda e identificación de la real y verdadera posición del empleador por aplicativos al interior de lo que se denomina el contrato de trabajo como parte de las transformaciones empresariales en las redes de empresa y en particular a la ubicación que estas ostentan dentro del escenario tanto de la posición del empleador como la que realizan los denominados colaboradores que no son otra cosa que trabajadores a ciencia cierta durante la evolución de las respectiva prestaciones laborales y la articulación de los habituales poderes empresariales en esta cada vez más presente y compleja evolución de la economía colaborativa que nos invade a lo largo del presente siglo XXI.

Tenemos por ello una serie de objetivos específicos que queremos alcanzar en la presente ponencia**:**

Un primer objetivo es establecer el hecho de que en los últimos años hayan podido recrearse dentro de nuestra problemática laboral una situación como la de los riders acéfala en materia jurídica muchas veces de manera confusa, dudosa e incluso evasiva y por no decir nula frente a las repercusiones laborales de estos actuales fenómenos denominados redes empresariales.

Un segundo objetivo es la continua, progresiva y permanente colaboración en pro de la búsqueda del real empleador en lo que se ha dado por denominar en el nuevo lenguaje laboral como se le denomina al

arraigo progresivo de las plataformas digitales o Apps a través de las redes empresariales.

Un tercer objetivo final es la respuesta, inusitada por lo que a su amplitud y pluralidad de manifestaciones se refiere respecto de lo ocurrido en otros contextos y ordenamientos jurídicos en el plano laboral y económico en los que en sí tiene su origen y al mismo tiempo un mayor desarrollo y en el mismo momento un ritmo económico-laboral de mayor evolución empresarial en el uso de los aplicativos digitales o Apps con fines comerciales y empresariales.

Ahora no es de extrañar por ello que todo esto sea objeto de las más disímiles valoraciones iuseconómicas en un mercado de trabajo tanto a nivel global como peruano cada vez más cambiante y para nada estático; pero, sobre todo de enormes valoraciones empresariales de carácter económico-socio-laboral a los que añadiría incluso antropológicos, sociológicos, psicológicos y hasta con un contenido que incide sobre un aspecto a considerar como lo es la migración laboral como parte de la fuerza de trabajo en donde los agentes participantes a la fecha mal llamados colaboradores juegan un rol cada vez más activo e importante y en donde la figura del empleador en las redes de empresas por aplicativos es inherente y trascendental al interior del marco del sistema normativo de relaciones laborales tanto a nivel mundial como las que se conjugan en el ámbito normativo laboral de nuestro propio país que no responden de manera inmediata a las reales necesidades de los trabajadores por aplicativos y a los avances de la tecnología en el escenario del trabajo en el Perú.

Por lo tanto; el análisis de las redes empresariales por aplicativos y la estructura del contrato de trabajo nos ha conducido al desarrollo de la presente investigación sobre los aspectos laborales de las redes empresariales y su posición en la real identificación del empleador en las transformaciones empresariales por aplicativos como reto ante el futuro laboral inmediato en el Perú lo cual se enfrenta a una dura situación y es que a nivel de la doctrina nacional no existe una exhaustiva o profusa investigación sobre el presente tema; por lo cual; se debe de recurrir a las investigaciones realizadas y efectuadas en la doctrina comparada para poder tener un

conocimiento actual y adecuado de esta nueva problemática laboral que afecta a los denominados riders en nuestro país.

III. LOS RETOS Y LAS VENTAJAS DE LAS REDES EMPRESARIALES EN UNA ECONOMÍA DISRUPTIVA, GLOBALIZADA Y SU IMPRONTA EN EL MERCADO DE TRABAJO PERUANO POR APLICATIVOS DIGITALES

Dada las circunstancias y con la finalidad de explicar de manera adecuada la problemática que se aborda y plantea en el marco investigativo este se iniciara analizando y describiendo el problema que es objeto de la presente ponencia. Para empezar hoy en día las redes de empresas están empezando a sufrir una serie de cambios vertiginosos y al mismo tiempo demasiado radicales debido a su uso expansivo en el ámbito empresarial y negocial en el mercado de trabajo de nuestro país de las plataformas digitales las cuales han desbordado con creces todas las expectativas del uso actual y moderno de las clásicas tecnologías de la información y de la comunicación para lograr a corto plazo unos excelentes éxitos y resultados económicos a lo largo de un intervalo de tiempo sin que exista de manera tangible una empresa física a dónde acudir directamente para obtener un bien, producto o servicio porque todo el desarrollo empresarial gira en torno a una plataforma virtual o digital acarreando con ello el nacimiento de una serie de problemas legales que hasta la fecha no han sido todavía regulados en la mayor parte de los países del mundo.

Al mismo tiempo toda esta problemática no ha sido resuelta todavía en el mercado de trabajo peruano como es la regulación paulatina de las actividades laborales propias de la economía colaborativa que se gestan en nueva forma de concebir estas nuevas redes empresariales que no consideran desde un inicio como parte de una relación de trabajo al interior de una empresa digital u on line; y que no siendo considerado como una especie de trabajo interactúa desde su actividad económica itinerante con otros agentes económicos-socio-laborales que sí lo son y que si se constituyen en el plano laboral como tales.

Al contrario; lo que no sabemos al investigar el presente tema es cuál es el comportamiento que asumen los empleadores en todo el orbe

y en especial en el Perú por lo difícil que resulta necesario determinar o identificar quien es actualmente el real, único y verdadero empleador en toda esta telaraña empresarial denominada hoy en día redes empresariales por aplicativos en el escenario de una economía colaborativa como reto ante un futuro laboral inmediato en el arquetipo propio de los sistemas normativos de relaciones de trabajo actualmente vigentes en nuestro país.

Lamentablemente en el Perú el nivel de investigación académica o su tratamiento jurídico es desde escaso hasta completamente nulo en materia normativa o regulatoria de parte del derecho laboral de nuestro país; dado que; no existe ninguna norma taxativa expedida oficialmente por la Autoridad Administrativa de Trabajo o el mismo legislador nacional no se ha preocupado en dar una solución al problema que padecen y sufren los denominados riders a nivel nacional.

Por lo que; conviene enfatizar que las redes empresariales son un moderno desafío que actual y radicalmente modifica la clásica estructura del derecho laboral empresarial en todo el mundo en nuestros días; y que es muy aprovechado por los creadores o diseñadores de estas nuevas plataformas digitales para desregularizar hasta el máximo el nivel de la contratación laboral que se podría suponer en nombre de la preconizada economía laboral y en la libertad de contratación en torno a una economía de mercado que forma parte de una serie de conglomerados empresariales en los que ni siquiera se discute la calidad del contrato celebrado entre las partes.

Dicho sea de paso; para saber sí; este se encuentra o recae plenamente en el escenario del derecho civil con plena y absoluta libertad de contratación entre las partes para celebrarlo, suscribirlo y eximirlo de cualquier tipo de relación laboral al interior de las empresas de plataformas digitales o Apps y minimizar con ello todo tipo de posibles responsabilidades de carácter civil, penal o administrativo e incluso de beneficios sociales o laborales; así como; en los casos en que puedan producirse una serie de accidentes durante la prestación del servicio sin la meticulosa prevención de cualquier tipo de posible siniestro de trabajo que inicialmente no solo se pudo prever sino incluso hacer todo lo posible para poder evitarlo de manera anticipada.

Por otro lado; en muchos casos las empresas por aplicativos digitales o Apps no tienen ni siquiera una modesta oficina física donde poder ser ubicados o contactados en los diversos países del mundo en los que prestan sus servicios como es el caso del Perú en donde operan por no decir trabajan sin un representante local oficial y plenamente identificado de manera expresa con rango legal para hacer frente a los requerimientos administrativos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo e inspectivos de parte de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral y en su momento judiciales de las autoridades de nuestro país, dejando todo ello en el plano del derecho de la empresa para actuar con libertad económica y de manera irrestricta y; por consiguiente; al mismo tiempo con la abierta salvedad que consiste en la medida de lo posible para burlar por completo toda la legislación laboral de por medio contenida en el derecho de nuestro país escapando así del férreo y estricto control del derecho laboral que los ignora y no los contempla por completo; pero si encuentran cabida al amparo en el ámbito del derecho empresarial peruano.

Por consiguiente; se puede afirmar que las normas laborales del país mantienen una vista ciega durante la fragmentación progresiva de estos procesos productivos gracias al uso cada vez más frecuente e inmediato de las cada vez más reconocidas y actuales tecnologías de la información y de la comunicación plasmadas en las denominadas plataformas digitales en las cuales se observa y se aprecia de una manera cada vez indiscutible su tenaz presencia sobre las decisiones tanto de la forma como de la completa ejecución del servicio por aplicativos desde un inicio cuando se efectúa la solicitud de un pedido hasta la entrega final del mismo.

Como consecuencia de lo anterior; en otros escenarios cercanos estas redes de empresa se refugian al amparo del derecho mercantil de manera absoluta y directa para denotar que nos encontramos frente a un simple arrendamiento de servicios sin que exista de por medio ningún atisbo remoto de rasgo de laboralidad desde su propio punto de vista en la que no existen trabajadores sino tan solo meramente unos simples colaboradores en la relación prestacional que existe de por medio entre las partes.

Tal como lo manifiestan los investigadores Sanguineti, W., Vivero. J.: "*Estos son los dilemas que emergen de la confrontación entre el nuevo modelo productivo y los esquemas tradicionales que han presidido hasta el momento la respuesta del ordenamiento jurídico-laboral a la colaboración entre empresarios"* (2018, p. 12 - XV). Hablamos de empresas, de las actuales plataformas digitales globales como Uber, Glovo y Rappid en las cuales no se observa ningún tipo de derechos de naturaleza individual menos grupal, sindical o colectiva contribuyendo con ello de manera directa e inmediata a la precarización del sistema normativo de relaciones laborales en el Perú.

Dicho sea de paso, se observa que; todo ello nos conduce a pensar en un empleador itinerante al igual que nómade y de una serie de trabajadores con una alta tasa de rotación a nivel de la contratación que ni siquiera es de carácter verbal y menos con la debida formalidad escrita sino meramente de carácter virtual o digital mientras se enajena repetitivamente la fuerza de trabajo en una relación que en la práctica es completamente tolerada y aceptada; pero menos regulada legalmente en la forma debida acorde al derecho y a las leyes laborales de nuestro país.

Ciertamente, la idea progresiva es conducir a las redes empresariales hacia la búsqueda en su interior del real, verdadero, único y real empleador en una suerte de deslocalización del trabajo al interior de la organización de las empresas que emplean las plataformas digitales con una numerosa planilla de trabajadores cuyas remuneraciones en la práctica para ellas no lo son o que constituyen simplemente una serie de reiterados abonos o desembolsos en los que no existen aplicación alguna de la norma laboral peruana la cual ni siquiera lo contempla legalmente o mucho menos lo ampara.

Sin embargo; la realidad ha demostrado de manera evidente que lo son porque constituyen su fuerza esencial de trabajo; dado que; son repartidores que ponen la disposición de su energía laborativa cada día a favor de dichas empresas que los emplean exclusivamente para sus actividades de reparto por todas las ciudades o rincones del país a partir de estos novedosos aplicativos móviles instalados en sus respectivos teléfonos celulares tanto de los usuarios y clientes como de los respectivos repartidores de

las precitadas empresas dedicadas al naciente negocio de la prestación de servicios para la entrega de los bienes y productos a través de los denominados aplicativos móviles, plataformas digitales o Apps.

Por el contrario; tenemos que entender que el modelo de negocio de estas plataformas digitales por aplicativos móviles o Apps es construirse sobre la base del binomio capital-trabajo y realizar un parangón con las denominadas empresas tradicionales. Estas plataformas digitales se caracterizan por basar su estructura, niveles y modelo de negocio de manera actuarial, contable, económica y financiera al contar oficialmente tan solo con muy pocos trabajadores, lo que conlleva como objetivo principal del presente modelo negocial es lograr a toda costa la máxima reducción de los costos laborales de funcionamiento e incluido el descuelgue salarial para poder competir en cuestión de segundos en la captación masiva e inmediata de cientos por no decir miles de clientes que solicitan la provisión y entrega inmediata de un bien o producto.

Partimos que ante la elusión progresiva y fraudulenta de dichas empresas que cimientan su modelo de negocio en plataformas digitales a las mínimas normas laborales de cualquier país y en particular a las peruanas; y que escapan o que son ajenas al sistema tradicional de la contratación nacional debidamente reguladas en el Perú contemplado a través del régimen laboral que pertenece al régimen de la actividad privada positivizados en el texto del Decreto Legislativo N.º 728 y que se encuentran como empresas por aplicativos arraigadas, diseminadas y esparcidas por completo desde hace varios años atrás cómo la forma de trabajo que han optado las empresas de reparto en el mercado peruano.

Todo ello lo contemplan muy bien los autores como Sanguineti, W., Vivero. J.: "*Son pocos los estudios que afrontan el examen del impacto sobre el Derecho del Trabajo de los cambios económicos, tecnológicos y productivos operados en la última etapa que no parten de poner de manifiesto la crónica —y hasta pudiera decirse que patológica— falta de adaptación de estas estructuras a las exigencias que de los mismos se derivan*" (2019, p. 20 XXI). Estas redes empresariales generan actividades económicas que escapan actualmente a todo nivel de control dentro de las estructuras y transformaciones del

sistema tradicional de relaciones laborales y del mercado de trabajo peruano porque no sabemos si estamos ante una relación formal de empleo porque no está a la fecha formalmente regulada y menos normada.

Como resultado de lo anterior; al contrario es una situación de cuasiprestación laboral; una suerte de telesubordinación a distancia que cala más bien en un supuesto de parasubordinación de la relación laboral completamente distorsionada de manera agreste a través de los mecanismos empresariales para causar fraudes y socavar las bases y los cimientos de los sistemas de contratación laboral empresarial ocultando con sus habituales y normales prácticas diarias y cotidianas el contenido real encubierto de un verdadero contrato de trabajo en donde se corroboran la existencia los tres elementos básicos y esenciales de toda relación laboral:

> En primer lugar la prestación personal de servicios, en segundo lugar, la remuneración y en tercer la subordinación siendo este último el rasgo más relevante en este caso para determinar la vinculación que les asiste de manera directa con solo recibir cualquiera de estos jóvenes o suerte de cuasitrabajadores o en calidad de parasubordinados en sus respectivos teléfonos celulares una oportuna orden de servicio o de un pedido sobre que producto se debe de recoger y acerca de su respectivo pago y a hacia donde debe ser inmediatamente entregado, el lugar o a la dirección del solicitante con esta práctica habitual o acción inicial está por demás probada e incoada la existencia de un vínculo laboral que las empresas por aplicativos móviles se decantan o se desbordan directamente en conducir hasta el escenario del marco legal propio del derecho mercantil o simplemente que sean estas prestaciones las que encajen o en las que se ajusten en una simple y trivial relación civil de locación de servicios alejándolo y desarraigándola por completo de toda la desprovista sombra de cobertura de la legislación laboral peruana que los pueda en su momento tutelar o cobijar.

Así pues; en el caso de la siniestralidad laboral a consecuencia de una serie de accidentes de trabajo durante la travesía o el proceso del recojo y entrega de los respectivos pedidos los mismos que pueden conllevar a ocasionar desde simples contusiones leves hasta derivar en accidentes graves o muy graves que puedan conllevar a causar incluso la muerte del

repartidor en pleno proceso de tránsito para realizar la entrega del pedido en cuestión de minutos y con posterioridad a la misma sin contar muchas veces con el debido equipo de protección personal – EPP -.

Ni siquiera; pueden contar con el acceso mínimo a la seguridad social o de manera contributiva para proceder aportar de forma previsional como cotizantes y aportantes, a las prestaciones de salud o sanitarias a pesar de contar con una jornada de trabajo no solo intensiva, sino extendida y extenuante en la cual no existe una franja horaria menos un horario de trabajo máximo durante el día pudiendo estar ellos a disposición y a merced laboral de su eventual, potencial o real empleador por más de ocho, diez o doce horas de trabajo al día que comprenden de lunes a domingo sin descanso alguno de un día de por medio entre semana; por lo tanto; sin una jornada de trabajo definida o menos pensar en gozar y disfrutar de ciertos beneficios tales como vacaciones, gratificaciones, compensación por tiempo de servicios, bonificaciones e incluso hasta recibir utilidades.

IV. LAS REDES DE EMPRESA POR APLICATIVOS Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO DEL SISTEMA NORMATIVO DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL PERÚ COMO PARTE Y OBJETO DE SU ESTRUCTURA EMPRESARIAL

En definitiva; todo se encuentra diseñado para subordinados, pensado y planificado para poder vincular a un rider a la premisa o axioma de su modelo de negocio a través de una plataforma digital o App y que consiste en ocultar en todo momento quien es el real empleador sin dilucidar ni siquiera una clara responsabilidad absoluta de todos ellos de manera virtual y en el peor de los casos como redes de empresa de manera física o material.

La acuciosa definición abordada en el párrafo anterior la realizan autores como Gómez-Álvarez, R.; Patiño, D. & Plaza, J.: "*El proceso de adaptación precisa un conocimiento profundo de los cambios que está produciendo la digitalización de la sociedad, así como anticipar las dinámicas que pueda ocasionar para adaptar los sistemas tradicionales al modelo actual*" (2018, p. 43).

Con todo, se observa que, es necesario para ello desgarrar el inusual velo laborativo para buscar, ubicar y desvelar ese tejido societario, mercantil o empresarial para encontrar la existencia de signos distintivos o rasgos sintomáticos ocultos al interior de una contratación laboral oculta entre las partes completamente tergiversadas ya que de manera escrita o verbal no las hay. Sino una contratación laboral virtual y digital que ahora en el Perú debe ser debidamente plasmado a través de un debido análisis regulatorio en el mercado trabajo nacional sin afán intervencionista alguno; pero con la finalidad de proteger a estas personas vinculas en situaciones de cuasiempleo que laboran; pero que carecen de algún tipo de prestación social, previsional o sanitaria porque la prestación económica; es decir; su remuneración si la reciben por completo o la perciben conforme al mayor número de repartos realizados de manera cuantitativa y a destajo de manera mercantil.

En la actualidad cobra mucha importancia enfatizar que en toda esta situación en donde nos encontramos al interior o exterior con una cadena de suministro de la prestación hacia el verdadero empleador que gestiona una empresa; y que de manera manifiesta desde un inicio manifiesta en absoluto no contar con dicho personal de trabajadores en la planilla digital o en algún soporte magnético de la empresa porque podría darse la ingrata sorpresa de que esta última planilla ni siquiera existe de forma improvisada y todo ello está concentrado únicamente en la contabilidad de la empresa que lo registra como simples gastos operativos de la empresa para su normal y habitual funcionamiento en algún determinado rubro económico, productivo o asiento contable; pero nunca considerado como pago por el concepto de remuneraciones.

Conviene pues, dedicar un poco al análisis de la fórmula de construcción de estos procedimientos empresariales y su respectivo funcionamiento integrado que conllevan a desentrañar en la práctica el contenido de los elementos básicos de toda la relación de trabajo completamente negados por las empresas digitales o Apps que trabajan libremente en el Perú a través de las denominadas redes empresariales como es el poder del empleador o su respectivo poder de dirección y su enfoque en el poder de las redes em-

presariales digitales lo cual deja en evidencia abierta que nuestra legislación laboral empresarial poco ha hecho a la fecha por regular o legislar dichas formas de trabajo en el país con una absoluta tasa de informalidad laboral que supera ya con creces la descomunal y abierta cifra de más allá del ratio estadístico del 70% de la población económicamente activa que en una era post covid-19 se incrementara en un porcentaje aún cada vez mayor.

Cabe suponer que; todo esto acarrea una suerte o especie de violencia económica contra dichos trabajadores denominados de manera eufemística colaboradores no solamente desde su acceso para prestar dicho servicio sino durante la realización y continuación del servicio durante toda la travesía que dura el reparto hasta la conclusión del mismo; pero que sucede con la salida de dicho personal de la plataforma digital App en el fenómeno de la uberización, glovización e incluso rapidización de estas novísimas empresas digitales más allá de desconectarse y darse o darle de baja de dicho aplicativo como es la secuela que conlleva de por si al proceso de amortización, escisión, supresión o extinción de dicha plaza de trabajo de reparto. Es ahí; donde entrar a tallar cómo se desarrolla el denominada proceso de desvinculación laboral con creces teniendo muy en cuenta el enfoque de poder al interior y exterior de las ya conocidas redes de empresa lo cual constituye de por sí una gran desventaja al interior de las relaciones laborales de las empresas para la parte trabajadora subordinada en una relación de colaboración empresarial hasta ahora nada clara menos prístina al amparo del derecho del trabajo peruano.

Tal como lo conceptúan los autores Sanguineti, W., Vivero. J.: "*Pese a sus diferencias, todas estas intervenciones tienen algunos rasgos en común que conviene destacar, ya que constituyen otras tantas características de esta novedosa ordenación transversal del trabajo en las redes empresariales*" (2019, p. 22 - XXIII). En estas relaciones no hay ningún marco de tutela laboral vigente porque en el Perú no hay norma alguna que la reglamente, no hay ley, no hay legislación específica alguna que los regule y menos la contemple. Hay una especie de enajenación legislativa; dado que; nadie se ha preocupado por analizar la situación de los denominados y ahora ya conocidos clásicos riders.

Como resultado de lo anterior; vale la pena señalar que a la fecha en nuestro país no existe ningún pronunciamiento judicial de ninguna naturaleza porque a la fecha no se ha reportado o incoado ninguna demanda de naturaleza o corte laboral de carácter individual o colectiva contra alguna de esas empresas que utilizan o emplean Apps por parte o de parte de alguno o algunos de los denominados repartidores riders en el Perú a pesar del manifiesto poder de dirección acotado durante la ejecución de la respectiva prestación efectiva de reparto donde incluso el repartidor es quien pone a disposición de la empresa su propio vehículo motorizado para la ejecución del reparto o ya sea desde una sencilla y modesta bicicleta, pasando por una moto u otro tipo de vehículo automotor aunado a su energía física laborativa para ejecutar de inmediato la orden de reparto o disposición emanada por completo por parte de la empresa para el posterior reparto sea esta proveniente de la plataforma App de Uber, Glovo o Rappi.

Por otro lado; tenemos muy en cuenta como se ha abordado la problemática de los riders a nivel judicial los cuales han llegado a los escenarios de la justicia de un país sudamericano como es la república oriental del Uruguay en la Sentencia N.º 77 expedida en la ciudad de Montevideo de fecha 11 de noviembre de 2019 en el cual se pronunció a través de una sentencia definitiva de primera instancia en el caso "Q., E. C/ UBER TECHNOLOGIES URUGUAY S.A. Y OTRO. DEMANDA", IUE:2-3894/2019 en dicha ocasión se falló de la siguiente manera: "*Estimase parcialmente la demanda y en su mérito condenase a la parte demandada a abonarle al actor los rubros laborales individualizados y con el alcance establecido en los Considerandos precedentes. Intereses y reajustes que se continúen generando hasta su efectivo pago. Así como la condena a abonar en el futuro los rubros acogidos, mientras se mantenga incambiado el relacionamiento laboral entre las partes".* (2019, p. 70)

Sí observamos cómo se trata esta nueva problemática en países como los Estados Unidos de Norteamérica tenemos que Snyder, B. *"La Comisión de Servicios Públicos dijo el martes en una orden que los conductores de las Empresas de la Red de Transporte /TNC), que incluyen servicios de Uber y Lyft, se consideran empleados bajo AB-5, la nueva ley de trabajo de conciertos*

del estado. "Por ahora, se supone que los conductores de TNC son empleados y la Comisión debe garantizar que las TNC cumplan con los requisitos que son aplicables a los empleados de una entidad sujeta a la jurisdicción de la Comisión ", escribió el comisionado Genevieve Shiroma". (2020, p. 2) (traducción nuestra en idioma español).

Recordemos que; la tónica actual es que estas redes de empresas que hacen uso de las plataformas digitales o Apps en si no tienen o no cuentan ni siquiera con un representante legal formal en el país sino tan solo en la matriz del país extranjero desde donde operan y desde han expandido su idea o su modelo de negocio hasta anclar en nuestro territorio. Lo que no está bajo el marco de un debido análisis regulatorio o de riesgo legal a pesar de su gran impacto económico en la economía del Perú en particular en las ciudades en las cuales se juega con la lógica empresarial de que lo que no está prohibido, normado o regulado está permitido sobre todo en situaciones concretas en que se encuentran un numeroso colectivo de trabajadores autónomos económicamente dependientes muchos de ellos con tan solo a veces con un único, exclusivo, directo y real empleador.

Hay que resaltar que en los denominados países emergentes o en vías de desarrollo como el Perú que se caracterizan por sus altos ratios y niveles de informalidad en el mercado de trabajo, hace que se convierta en algo muy difícil saber si este novedoso tipo de contratación a través de las plataformas digitales sería algo adecuado o pertinente; y por consiguiente; logre despertar y llamar la atención del legislador peruano para que tome en su momento las respectivas cartas en el asunto y proceda de una vez a su respectiva regulación dentro del régimen laboral de la actividad privada.

De ahí que; para: Porteous, D. *"Las plataformas digitales ofrecen un avance progresivo hacia la formalización. La interrupción se avecina. La rápida automatización de los trabajos de manufactura y servicios está reemplazando a los trabajadores del sector formal en muchas industrias. El Banco Mundial teme que África pierda la oportunidad de desarrollo que impulsó la industrialización y las exportaciones de Asia, crecimiento a partir de la po-*

breza; a medida que aumentan los salarios, las empresas están reemplazando a los trabajadores no con mano de obra más barata, como en otros países, sino con robots e inteligencia artificial (IA), produciendo bienes más y más baratos para su distribución en el ecosistema mundial de comercio electrónico también podría estar en riesgo ya que las nuevas tecnologías crean escala y consolidación, o evitan la necesidad del servicio por completo (por ejemplo, agentes de viajes) ". (2018, p. 2) (traducción nuestra en idioma español).

Por último; la enorme precariedad que acabo de mencionar se agrava día a día y en especial en las actuales circunstancias en que el país es mellado por una pandemia como el SARS-COV-2 y que dentro de los protocolos de reactivación económica los trabajadores de reparto vía delivery juegan un rol y un papel muy importante en la cadena de servicios de los restaurantes tradicionales y de las empresas de expendio de comida rápida. En pocas palabras, si progresivamente todas las industrias, empresas y servicios están migrando progresivamente hacia el uso de las nuevas plataformas digitales, de aplicativos o Apps se debe lograr la formalización progresiva de dichos tipos o formas de trabajos que ya de por si son desde un inicio demasiado precarios por pertenecer de plano al sector de la economía informal y hasta en su ejecución y desarrollo; y por no decirlo hasta peligroso porque ni un seguro de accidentes de trabajo tienen o poseen.

V. CONCLUSIONES

1. Las Redes de empresas se constituyen sobre la base de una economía colaborativa; pero con una gran atingencia porque se desborda hasta el extremo de llegar a alcanzar la subvención de un dumping social en el cual los repartidores de las empresas por aplicativos como Uber, Glovo y Rappi quienes carecen de cualquier tipo de vínculo laboral que los pueda considerar como trabajadores subvencionando con creces a estas empresas Apps.
2. Las Redes de empresas que basan sus mecanismos negociales en empresas que trascienden hacia lo virtual realizan su modelo

de mercadeo y ventas a través de unas series de Apps que son una clara muestra de la completa elusión o del fraude a las leyes laborales que rigen en el Perú en particular para regular el régimen de trabajo de la actividad privada contenida en el ámbito de la normatividad dispuesta en el Decreto Legislativo N.º 728.

3. La realidad laboral ha sido completamente desbordada por este fenómeno empresarial en un inicio incomprendido y al mismo tiempo ignorado, menos contemplado ni regulado de manera taxativa por la legislación laboral peruana y con un poder empresarial en extremo riguroso desde donde se ejerce su habitual poder de dirección como rasgo sintomático de dependencia entre la empresa virtual sobre sus respectivos repartidores que al final son el rostro físico y visible de las empresas por aplicativos Uber, Glovo o Rappi ante sus habituales clientes y usuarios día tras día en nuestro país.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alfonso, R. (2016) *Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social.* (p. 235). Murcia, España. Universidad de Murcia. https://www.researchgate.net/publication/313904282_Economia_colaborativa_un_nuevo_mercado_para_la_economia_social

Auvergnon, P. (2016) Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho del trabajo. Revista Derecho Social y Empresa. Número 6. Diciembre de 2016. (pp. 18). España. Centro de Estudios Sagardoy. ISSN: 2341-135X. Editorial Dykinson S.L.

Baz, J. (2018) Redes de subcontratación y derechos fundamentales laborales. En Sanguineti, W. & Vivero, J. (Dirs.). En Impacto laboral de las redes empresariales. (pp. 51-74). Granada, España. Editorial Comares.

Beltrán, A. (2019) Plataforma de economía colaborativa: Una mirada global. (p. 39). Madrid, España. Ostelea. School of tourism & hospitality.

Bocanegra, T. (2019) Economía colaborativa y orientación al mercado en el siglo XXI. Valorización de la Orientación al Mercado Uber. Bilbao, España. https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/31264/TFGBocanegra.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Celaya, J. & Herrera, P. (2007) Comunicación empresarial 2.0. La función de las nuevas tecnologías sociales en la estrategia de comunicación empresarial. (pp. 12-13). Barcelona, España. Grupo BMPO Ediciones.

CEPAL. (2010) Competitividad, redes de empresa y cooperación empresarial. (pp. 97). Santiago de Chile, Chile. Ed. CEPAL. https://www.cepal.org/es/publicaciones/7328-competitividad-redes-empresas-cooperacion-empresarial

Dagnino, E. (2016) Labour and labour law in the time of the on demand economy. Revista Derecho Social y Empresa. Número 6 diciembre de 2016. (p. 18). España. Centro de Estudios Sagardoy. ISSN: 2341-135X. Editorial Dykinson S.L.

De Paula, F. & Aristizabal, A. (2014) Redes empresariales como una estrategia para el desarrollo económico y la competitividad en la zona de Mosquera. Cundinamarca, Colombia. Universidad de La Salle. http://repository.lasalle.edu.co/bitstream/handle/10185/16929/81121212_2014.pdf?sequence=3&isAllowed=y

De Stefano, V. (2017) Labour is not a technology – reasserting the declaration of Philadelphia in time of platform-work and gig-economy. IUSLabor 2/2017. (pp. 1-17) ISSN: 1699-2938. https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/labour-is-not-technology-772314793

Decreto Legislativo N.º 728, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR, de 21 de marzo de 1997. Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf

Durán, W. (2011) Redes empresariales: experiencias y estrategias para el desarrollo de la competitividad en las regiones. Revista MBA. Universidad EAFIT N.º 2. Diciembre. 2011. (pp. 75). Medellín, Colombia.

Freedland, M. & Prassl, J. (2017) Employees, workers and the "sharing economy" changing practices and chaging concepts in The United Kingdom. Oxford Legal Studies Research Paper Número 19/2017. March 14, 2017. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2932757or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2932757 Spanish Labour Law and Employment. Relations Journal (EISSN: 2255-2081) in the early summer 2017. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2932757

Gómez-Álvarez, R.; Patiño, D. & Plaza, J. (Dirs.) (2018) Economía colaborativa… ¿De verdad? (pp. 43). Murcia, España. Ediciones Laborum S.L.

González, C. (2008) Redes empresariales: Integración por innovación o por conocimiento. Revista fórum doctoral. Número 1. Julio – diciembre de 2008. (pp. 22-37). Medellín, Colombia. Universidad EAFIT. ISSN: 2027-2146.

Gonzales, F.; Abi-Fadel, Y. & Yong, A. (2020) Redes empresariales marítimo-portuarias en el Pacífico sudamericano. (pp. 31-32). Lima, Perú. Fondo Editorial Universidad del Pacífico.

González, H. (2008) Redes empresariales: Integración por innovación o por conocimiento. Revista fórum doctoral. Número 1. Julio – diciembre de 2008. (pp. 1-16). Medellín, Colombia. Universidad EAFIT. ISSN: 2027-2146

López, C. (2003) Redes empresariales. Experiencias en la región andina. (pp. 9). Trujillo, Perú. Editorial MINKA.

Máynez, G. & Gutiérrez, M. (2016) Matchmaking: el surgimiento de la economía colaborativa. (pp. 4). Madrid, España. D+I desarrollando ideas Llorente & Cuenca.

Morato, R. (2018) Impacto de la colaboración interempresarial en la celebración, modificación y extinción del contrato de trabajo. En Sanguineti, W. & Vivero, J. (Dirs.). Impacto laboral de las redes empresariales. (pp. 151-174). Granada, España: Editorial Comares.

Palomo, R. (2019) Subordinación, autonomía, zonas grises y nuevos trabajos: otra vuelta de tuerca al qué y cómo proteger en el mundo del trabajo. En Jerónimo, J. (Dir.). Libro de Ponencias XI Congreso Regional Americano. XXI Jornadas Rioplatenses. (pp. 49-57). Córdova, Argentina.

Porteous, D. (15 de octubre de 2018). Let´s Be Real: The Informal Sector and the Gig Economy are the Future, and the Present, of Work in Africa. Central for Global Development. https://translate.google.com/translate?hl=es-419&sl=en&tl=es&u=https%3A%2F%2Fwww.cgdev.org%2Fpublication%2Flets-be-real-informal-sector-and-gig-economy-are-future-and-present-work-africa&anno=2&prev=search

Puntriano, C; Valderrama, L. & Ramírez, L. (2019) Los Contratos de trabajo en el Perú: régimen jurídico en el Perú. (pp. 51) Lima, Perú. Editor Gaceta jurídica. ISBN: 978-612-311-674-3.

Raya, A. (2016) Las redes empresariales, presente y futuro de las organizaciones. (p. 1). Barcelona, España. http://andresraya.com/la-redes-empresariales-presente-y-futuro-de-las-organizaciones/

Ruía, J. (2018) Las redes empresariales como fenómeno económico y realidad jurídica. En Sanguineti, W. & Vivero, J. (Dirs.). Impacto laboral de las redes empresariales. (pp. 13-26). Granada, España: Editorial Comares.

Sanguineti, W. (2017) Redes empresariales y derecho del trabajo. (pp. 169). Granada, España: Editorial Comares.

Sanguineti, W. & Vivero, J. (2018) El Impacto laboral de las redes empresariales: Resultados de investigación. En Sanguineti, W. & Vivero, J. (Dirs.), Impacto laboral de las redes empresariales. (pp. 472). Granada, España: Editorial Comares.

Sanguineti, W. & Vivero, J. (2018) El Empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales. En Sanguineti, W. & Vivero, J. (Dirs.). Impacto Laboral de las Redes Empresariales. (pp. 115-149). Granada, España: Editorial Comares.

Sanguineti, W. & Vivero, J. (2019) La Silenciosa construcción del derecho del trabajo en las redes empresariales. En Sanguineti, W. & Vivero, J. (Dirs.). La Construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales. (pp. 20) – XXI. Granada, España: Editorial Comares.

Sentencia de Primera Instancia N.º 77. Montevideo del 11 de noviembre de 2019. Expediente IUE:2-3894/2019.

Sierra, E. (2015) El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI? En Anner, M. & Bronstein, A. (Dirs.) Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Volumen 3, núm. 4, octubre-diciembre de 2015. (pp. 2-28). ADAPT University Press – ISSN: 2282-2313. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5350569

Snyder, B. (10 de junio de 2020). Uber and Lyft drivers are now employees under California law, according to a new ruling from regulators. Businessinsider. https://www.businessinsider.com/uber-lyft-drivers-declared-employees-by-california-regulators-2020-6

Suárez, B. (2018) La gran transición: La economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social. Revista. N.º 141. (pp. 37-66) Madrid, España. Universidad Autónoma de Madrid ISSN: 0213-0750. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6551176

Todolí, A. (2019) Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista. Lan Harremanak, 41. (pp. 17-41). Universidad de Valencia, España. ISSN: 1575-7048 – e ISSN 2444-5819. https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20880

LA MUJER TRABAJADORA COMO BENEFICIARIA DEL TRABAJO A DOMICILIO EN EL PERÚ: ¿MITO O REALIDAD?

CLAUDIA ANDREA GUERRERO BRITTO
Bachiller en Derecho por la Universidad de Piura.
claudiaguerrerobritto@outlook.es.

El trabajo y las relaciones sociales que se generan, son consecuencia de las transformaciones humanas en un contexto específico de la historia (Brandi, 2007, p. 6). Lo curioso, es que cuando se menciona a la figura del trabajo a domicilio, la primera referencia que surge, es justamente, la que originó su relevancia social y posteriormente jurídica. Es decir, a la tradicional trabajadora industrial, que ejerce su oficio aislada, de manera clandestina, en jornadas extenuantes y mal remuneradas. Esto, a pesar de que su actual situación no es la misma ya que, tanto entidades internacionales como los propios gobiernos nacionales, se encuentran obligados a proveer un marco jurídico que proteja a los trabajadores de tratos abusivos y de situaciones de explotación por parte de sus empleadores.

Sin embargo, pese a lo anterior, la realidad de la sociedad peruana nos demuestra que la especial situación de la mujer como trabajadora a domicilio, lamentablemente, no ha variado mucho desde sus inicios. Los factores de desinformación, informalidad, discriminación y falta de acceso a oportunidades constituyen barreras para el alcance de un trabajo digno, especialmente, para la mujer. De esta manera, la situación histórica en el que la mujer ha sufrido de discriminación tanto en la vida social, política y jurídica (Landa, 2014, pp. 224-225) de la historia universal y por supuesto, del Perú, no debe ser considerado como un dato menor.

A estas dificultades se le debe añadir, las propias del trabajo a domicilio que, pese a encontrarse regulado en el Perú por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), la aplicación del mismo carece de fiscalización por parte de las entidades y autoridades correspondientes, lo que lleva a significar la omisión de la misma. Esto permite explicar que dicha modalidad de trabajo se encuentra invisibilizada, no solo por parte de la población que la desconoce como figura jurídica regulada sino, además, por parte de las cifras que el gobierno ignora al no

contar con una real base de trabajadores y empleadores que aplican dicha modalidad de empleo.

En esta línea, la presente ponencia pretende contribuir al análisis de las normas jurídicas de la figura del trabajo a domicilio y de sus falencias en cuanto a su aplicación en la realidad peruana, tomando la perspectiva de la mujer trabajadora quién, por los factores que el presente documento demuestra, es el grupo que más lo emplea. A la vez, ello permitirá responder la interrogante si dicho modelo de trabajo ha sido beneficioso para ella o no.

I. ORIGEN DEL TRABAJO A DOMICILIO

El trabajo a domicilio nace como consecuencia de un pobre desarrollo tecnológico entre lo artesanal y lo manufacturero, permitiendo a las industrias domésticas inglesas del siglo XVIII a operar como una extensión de la fábrica (Sara-Lafosse, 1982, p. 83). Esta modalidad de trabajo fue la que más mujeres incorporó al mercado capitalista pues, la división sexual del trabajo en el hogar, limitando su rol social en el cuidado de los niños y en el trabajo doméstico no remunerado, obligaba a las mujeres a permanecer en el seno familiar. Es así que las ventajas que supuestamente el trabajo a domicilio ofrecía, era la tranquilidad de permanecer en el hogar sin los peligros y promiscuidades del taller, con mayor facilidad para la atención de los hijos y la compatibilidad de los quehaceres domésticos, obteniendo a la vez un jornal suplementario para la ayuda familiar (Nari, 2002, pp. 6-7).

Tan predominante llegó a ser en Inglaterra que incluso Karl Marx lo refirió en su ensayo *El Capital*, en el que imprimió su perspectiva comunista respecto a los tratos abusivos que esta forma de organización él delataba, en la que se prefería a mujeres jóvenes y niños pequeños como mano de obra (Marx, 1867, citado por Librodot, p. 281). Las condiciones de trabajo eran deplorables, ya sea que trabajase en medio de una bulliciosa familia o en un cuarto alquilado, con un horario que superaba las doce horas diarias, independientemente si era verano o invierno (Scott, 1998, p. 387).

Las típicas actividades reservadas al trabajo a domicilio femenino eran las de costurera o modista, fabricación de agujas, de puntillas y también, de tejidos de paja (Marx, 1867, p. 281). En cualquiera de ellas, su salario era tan bajo que apenas podían subsistir. Y a todo esto se sumaba las obligaciones familiares del cuidado del hogar, así como de los hijos, en caso los tuvieran (Scott, 1998, p. 387).

La aparición de las leyes fabriles en 1833, las cuales fueron una serie de normas en materia laboral aprobadas por el parlamento del Reino Unido que buscaban regular las condiciones de empleo industrial (Fresneda, 2018), en un primer momento sobre el trabajo infantil (Universidad Autónoma de Madrid, 2018), permitieron que a lo largo del siglo XIX se fueran construyendo las bases del derecho laboral no solo inglés, sino también global (Hutt, 2007). El Acta de 1878, incorpora una serie de medidas que permitían un mayor control del trabajo a domicilio esto, en base a las investigaciones parlamentarias y a las conclusiones de las comisiones reales. Adicionalmente, respecto a la ley de fábricas y talleres, introduce una serie de normas sanitarias y de seguridad aplicables a las fábricas que empleaban a trabajadoras mujeres.

En América Latina el surgimiento de la modalidad del trabajo a domicilio se originó tardíamente, a diferencia de los países europeos, ya que el desarrollo de la industrialización de la producción comenzó en el siglo XIX (Ocampo, 2018), aunque su aplicación en cada país del continente varía respecto de la composición y contexto propio (Tomei, 1999, p. 2). Sin embargo, uno de los primeros países del sur del continente que desarrollo dicha figura, fue Argentina, ya que el trabajo a domicilio formó parte del sistema industrial desde sus inicios, en 1890.

De esta manera, en Buenos Aires de la década de 1910, dicha figura ya era empleada entre las distintas ramas de producción industrial urbana (Nari, 2002, p. 1). El entonces presidente del Departamento Nacional del Trabajo lo diferenciaba del trabajo independiente de la siguiente manera: "(…) desde que el trabajador en vez de ser empresario trabaja por cuenta ajena. Su patrón le entrega la materia prima y recibe el producto, pagando el salario estipulado" (Saénz, 1918).

Es así que incluso en el Censo Nacional de 1908, levantado por el Ministerio de Agricultura, División de Comercio e Industria, sí distinguía entre población industrial a los trabajadores en "fábrica" de los trabajadores "de afuera". Estos últimos contaban con una población de 38,44%, sin embargo, más del 80% de dicha población eran del sexo femenino (Nari, 2002, pp. 4-5).

Pese a ello, las largas jornadas de trabajo y los bajos salarios hacia las trabajadoras mujeres eran justificados por los empleadores debido a los pocos conocimientos que ellas manejaban sobre la actividad laboral. Esto no pasaba con los trabajadores hombres, quienes primero debían aprender su oficio empezando como aprendices. Esta diferencia se debe a que a los sectores en los que se consideraban de mano de obra femenina, eran aquellos que se encontraban ligados a sus rasgos genéricos asignados al rol que la sociedad patriarcal imponía a las mujeres, tales como, destreza manual, paciencia y obediencia (Nari, 2002, p. 13).

En materia legislativa, el decreto reglamentario de la Ley N.º 5291 de 1908, exige a los empleadores de talleres o fábricas a llevar un registro de sus trabajadores a domicilio menores de edad, y en 1913, exige un registro para las mujeres mayores de edad que trabajen bajo la misma modalidad. Su finalidad era comprobar que no se les encargara tareas que demandaran más horas de labor que las legalmente permitidas (Nari, 2002, p. 4) y es que en la práctica – según la militante socialista y feminista Carolina Muzilli – la jornada de las trabajadoras a domicilio duraban once horas diarias, mientras que las de taller, variaba de ocho a nueve, con una diferencia salarial de solo unos cuantos centavos (Kabat, 2003, p. 5).

En 1918 se aprueba la Ley N.º 10.505 sobre el trabajo a domicilio, en la cual, recoge la exigencia de un registro patronal, así como las normas sanitarias laborales. Pero su real aporte a la problemática salarial es el establecimiento de una remuneración mínima – independientemente si el obrero es hombre o mujer – por medio de comisiones mixtas en las ramas industriales del sector en que operen dicha modalidad de trabajo (Kabat, 2003, pp. 7-8).

II. NORMATIVA PERUANA

En el Perú, las ideas de industrialización llegaron recién en la segunda mitad del siglo XIX, por lo que la primera referencia al trabajo a domicilio se tiene a partir del censo de 1876. Uno de los factores determinantes para su implementación en el país, fueron las consecuencias que dejó la Guerra con Chile, ya que se incrementaron las importaciones y se crearon nuevos centros fabriles, dejando obsoletos muchos oficios (Sara-Lafosse, 1982, pp. 84-85).

Con respecto a la formalidad de esta nueva modalidad de trabajo, las referencias históricas y los datos respecto a estas primeras relaciones laborales, apuntan a que trató de ser una actividad clandestina, o por lo menos, oculta a la autoridad (Tomei, 1999, p. 7). El mejor ejemplo de esto era el caso de las confeccionistas las que, en 1982, el 80% trabajaba a domicilio y se prefería la mano de obra femenina. Sin embargo, sus empleadores no cumplían con inscribirlas en el registro general de patrones de trabajo a domicilio (Sara-Lafosse,1982, p. 89), tal como mandaba la Ley N.º 8514. Por lo que ejercían características similares a la semiclandestinidad, cuando incluso la Ley del trabajo de los niños y mujeres por cuenta ajena en 1918, ya contemplaba esta forma de empleo.

A. Ley N.° 2851: Ley del trabajo de los niños y mujeres por cuenta ajena

Es la primera regulación legal del trabajo a domicilio en el país. Fue promulgada el 19 de noviembre de 1918. No debe sorprender que este sector de la población era la que más empleaba esta modalidad de trabajo, ya que como se mencionó en el punto anterior, los empleadores los preferían al percibirlos como mano de obra barata.

En su artículo 27 reconocía el empleo de esta actividad por parte de las trabajadoras mujeres y exigía el pago de un salario legal, ya sea que el empleador fuera el Estado o un privado. Éste, debía ser calculado en base al valor de cada pieza - entendido en otras palabras por la obra ejecutada - o por la labor asignada – es decir, por el servicio brindado – en el que,

en ambas, cada trabajadora debía percibir como mínimo la jornada legal del salario.

El artículo 28 se refiere exclusivamente a las costureras que ejercen la modalidad de trabajo a domicilio preocupándose el legislador nuevamente por la fijación de un salario justo. Es así que, para la protección de estas trabajadoras, establece que deberán percibir mínimamente el salario que las obreras en taller ganan por una jornada legal.

Esta ley fue derogada en 1995 por la Ley 26513, no sin estar exenta de críticas.

B. Ley N.° 8514: Ley del Registro General de Patrones de Trabajo a domicilio

Sin embargo, es recién en 1937 que se elabora una ley que regula de manera específica y completa la actividad del trabajo a domicilio, siendo esta la Ley N.° 8514, Ley del Registro General de Patrones de Trabajo a domicilio. Los alcances que la misma brinda van desde una definición de dicha modalidad de trabajo, la delimitación de los sujetos de la relación, las obligaciones del empleador hasta la actividad de supervisión del Estado por medio de la Inspección General del Trabajo y multas por infracción. Todo esto, en catorce artículos. Claro que posteriormente se elaboró su reglamento.

La definición que la ley nos brinda sobre el trabajo a domicilio, en su artículo 2, es el siguiente: "Toda labor manual que se ejecuta a jornal, por tarea o destajo, por cuenta de un patrono, en el domicilio del trabajador o en un taller de familia." Se puede observar que contiene los elementos de carácter personal, por cuenta ajena, subordinación y remuneración, propios de una relación laboral.

En su artículo 4 define al empleador, el cual será aquel que proporcione a su trabajador este tipo de actividad, no importando si es comerciante, industrial, contratista o subcontratista. En los demás artículos, se especifican las obligaciones que este tendrá con el trabajador, de las cuales, deberá rendir conocimiento a la autoridad competente, que en ese entonces era

la Inspección General del Trabajo, actual Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante SUNAFIL), por medio de un registro laboral, libretas personales de trabajo e inspecciones. De esta manera, se puede observar el enfoque protector que el legislador brinda al trabajador, entendiendo que éste, sobre todo en la modalidad de trabajo a domicilio que desempeña, se encuentra en desventaja.

El 14 de septiembre del mismo año se publica el Decreto Supremo del reglamento de la ley en la que cabe rescatar, que obliga al empleador a añadir en su registro de trabajadores a aquellos que se desempeñen bajo la modalidad a domicilio. Además, de que estipula a que el Ministerio de Trabajo cumpla con la obligación de fijar tablas de salarios a los trabajadores a domicilio. Al respecto, la socióloga Violeta Sara-Lafosse en su informe presentado ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el trabajo a domicilio en 1982, denuncia que el Ministerio de Trabajo de ese gobierno no contaba con las tablas de salarios que mandaba el reglamento porque en realidad no existía una dependencia especializada para la modalidad de trabajadores a domicilio.

Lo anterior indica que, aunque este cuerpo normativo trajo consigo importantes incorporaciones, como la definición y delimitación de la figura del trabajo a domicilio, la ausencia de una correcta aplicación por la falta de control y fiscalización de parte de las entidades correspondientes, permitieron que la ejecución del trabajo a domicilio continuara de manera encubierta o clandestina, vulnerando los derechos de los trabajadores (Verdera, 1998, p. 7).

C. Ley de Productividad y Competitividad Laboral

En noviembre de 1991 se aprueba la Ley de fomento del empleo, el Decreto Legislativo N.º 728, brindando así un marco legal a las relaciones laborales del sector privado como consecuencia de la reforma laboral que atravesaba el Perú (Verdera, 1998, p. 3). Sin embargo, esta ha sufrido múltiples modificatorias a lo largo de los últimos treinta años para contar con la actual LPCL. Siendo la actual vigente el Decreto Supremo N.º 003-97-TR del TUO del Decreto Legislativo N.º 728 de la LPCL.

Pese a todas estas modificatorias, en materia de la figura del trabajo a domicilio, no se realizó un cambio sustancial al contenido del texto normativo.

Es así que, en el Título IV de la norma se encuentra dedicado a regular la figura jurídica del trabajo a domicilio, derogando así las normas anteriores que hacían referencia a ella. El artículo 87 comienza definiendo dicha actividad como aquella que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por éste, sin supervisión directa e inmediata del empleador. Éste último, tiene la facultad de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse. Lo interesante de este artículo, es que no solo se pone en el supuesto de fabricar un producto material si no también, que en el caso de encargársele al trabajador, uno de tipo inmaterial, establece que el derecho a la propiedad intelectual del bien producido lo reserva el empleador por la naturaleza de la relación de tipo laboral, salvo que medie pacto expreso en contrario.

Su artículo siguiente recalca la relación laboral que genera el trabajo a domicilio, siempre y cuando, tanto el trabajador como el empleador, se encuentren registrados ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. Para eso, es necesario que las partes suscriban un contrato de trabajo por escrito el cual, deberá ser triplicado: una para el trabajador, otro para el empleador y el tercero para ser presentado ante la autoridad ya mencionada, con la finalidad de ser inscrito en registro. Este es automático, lo que quiere decir que no se debe esperar una respuesta por parte de la autoridad.

Sin perjuicio de lo anterior, el empleador también deberá contar con un Registro de Trabajo a Domicilio respecto de los trabajadores que operen bajo esta modalidad, a quienes deberá entregarles una copia de su inscripción. Los datos que se deberán consignar serán aquellos necesarios que indiquen y precisen la relación laboral.

En cuanto a la fijación del salario, éste deberá ser pactado en el contrato aceptado por ambas partes o, quedar establecido por medio de convenio colectivo de trabajo a domicilio. Para el mismo, se deberá

seguir los criterios de remuneración por producción, bajo la modalidad de valor hora o tarifa por bien o servicio producido, dependiendo de la ejecución del trabajo pactado. La norma también prevé el caso de responsabilidad económica a cargo del trabajador, ya sea por la pérdida o deterioro que por su culpa sufran los materiales o bienes encomendados para la ejecución del trabajo. De esta manera, el empleador podrá deducir solo hasta un veinticinco por ciento mensual de la remuneración obtenida por el trabajador, hasta que éste pueda cumplir con el pago del valor respectivo.

Se reconoce al trabajador, en el artículo 94, los siguientes derechos sociales: primero de mayo, vacaciones y compensación por tiempo de servicios. Además, el trabajador podrá solicitar al empleador el pago adelantado de estos beneficios, siempre y cuando la prestación de servicios se interrumpa o suspenda por un periodo igual o mayor de un mes. Esto, a efectos de proteger la continuidad y estabilidad laboral del trabajador. También se encuentra comprendido en el Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N.º 19990 y en el régimen de prestaciones de salud de la Ley N.º 22482 en cuanto se refiere a prestaciones asistenciales directas, subsidios por enfermedad en caso de hospitalización, subsidio por maternidad, subsidio por lactancia y prestaciones por sepelio. Sin embargo, no está comprendido en el régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales regulado por el Decreto Ley 18846.

La norma, también diferencia esta modalidad de trabajo con los trabajos domésticos o del hogar, el trabajo autónomo, el realizado en taller de familia o trabajo familiar.

Con respecto a su reglamento, el 24 de enero de 1996 se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del empleo, siendo el reglamento del Decreto Supremo N.º 005-95-TR. En ésta, solo le dedica un artículo al trabajo a domicilio, el artículo 106, en el cual, exige al empleador entregar al trabajador la copia de su inscripción al Registro de Trabajo a Domicilio que se encuentra a cargo de su empleador. Y aunque posteriormente se deroga el TUO de la Ley de Fomento del Empleo para pasar al TUO de la LPCL del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, que en el

segundo párrafo del artículo 96 ordena al Consejo Directivo del Instituto Peruano de Seguridad Social elaborar su reglamento en el plazo de treinta días hábiles posteriores a la fecha de vigencia de la ley, acción que hasta la fecha no se realiza, razón por la cual, este reglamento continúa vigente.

D. Constitución Política del Perú

El derecho del trabajo, en el Perú, se recoge recién a partir del siglo XX. En nuestra constitución, aparece por primera vez en el texto de 1920, como consecuencia de las protestas por el reconocimiento de la jornada máxima de ocho horas por el cual, se incorpora en el título IV las Garantías Sociales (Landa, 2014, p. 224).

Con respecto al trabajo a domicilio, es la Constitución de 1979 la que realiza un aporte significativo al respecto, ya que en su artículo 50 la reconoce como una modalidad laboral análoga a todas las demás. De esta manera, permite extenderle los derechos labores reconocidos al resto de trabajadores de la época, tales como el de la Seguridad Social (Sara-Lafosse, 1982, p. 86).

Sin embargo, este avance no continúa en el siguiente texto constitucional de 1993, significando así un retroceso en los derechos obtenidos para los trabajadores a domicilio. De manera general se lee en su artículo 23 que: "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador" (Verdera, 1998, p. 2).

Con respecto a las desigualdad y discriminación que las mujeres históricamente han sufrido en el mundo laboral, nuestra actual Constitución – la de 1993 – recoge en su artículo 2 inciso 2 lo siguiente: "Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. **Nadie debe ser discriminado por motivo de** origen, raza, **sexo**, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole." [El énfasis es nuestro]. Al respecto, en sentencia del Tribunal Constitucional, se sostiene que: "la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o

identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones." De esta manera, la Constitución permite que se brinde un trato desigual y más favorable a quienes se encuentran en una situación diferente, que genera una desigualdad real desventajosa para estas personas (Landa, 2014, p. 231).

Esto lo explica más a profundidad Neves Mujica, que sostiene que la discriminación puede ser directa o indirecta. Existe discriminación directa cuando se produce un trato desigual e injustificado basado en un motivo prohibido como la discriminación por sexo. La discriminación indirecta, en cambio, adopta una medida aparentemente neutra u objetiva, pero esta tiene un impacto adverso en un colectivo protegido y no se encuentra realmente justificada en una necesidad empresarial.

Se podría entender entonces, que la discriminación busca actuar de manera desigual al encontrarse motivado por un criterio subjetivo que carece de justificación para la aplicación de ese trato.

Es así, que comparto lo señalado por Yáñez Málaga (1996) en lo referente a que, para alcanzar la meta de la igualdad entre los seres humanos, se requiere de un esfuerzo concertado del Estado, la sociedad civil, en particular del sector empresarial y laboral, y de los propios interesados. Ello se logrará entonces a través de un marco jurídico protector y promotor de los trabajadores con responsabilidades familiares, en particular de la madre trabajadora.

Como puede verse, el derecho a la igualdad y a la no discriminación encuentra una importante manifestación en todos los derechos fundamentales de índole laboral con los que cuentan las mujeres y las madres trabajadoras (Landa, 2014, p. 231).

E. Otras normas conexas

El Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE), prevé el procedi-

miento del registro de contratos de trabajo a domicilio el cual, es gratuito y automático, además de ser obligación del empleador la inscripción en el mismo, según lo dictado por la LPCL. Su procedimiento, tal como lo señala el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) es simple, consiste en ingresar al "Sistema de Contratos y Convenios de Modalidades Formativas Laborales", ubicado en el portal web del MTPE, utilizando su clave SOL entregada por la SUNAT y digitar los datos del contrato, adjuntando el archivo del contrato escaneado en formato PDF, previa firma entre el empleador y trabajador.

Al tratarse de una modalidad de trabajo dependiente el trabajo a domicilio, se le aplica las normas laborales correspondientes, tales como el Decreto Supremo N.º 007-2002-TR, el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, por el cual, se le reconoce como jornada ordinaria de trabajo, independientemente de su sexo, ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales al trabajador a domicilio. También tiene derecho a un horario de refrigerio y al pago por el trabajo en sobretiempo.

También le resulta aplicable la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que tal como se menciona en el Título Preliminar, por el Principio de Protección, los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua. Dichas condiciones deben propender a:

a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable.
b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores.

III. NORMAS INTERNACIONALES

La Constitución Política de 1993, en el Título II de su Capítulo II, ha previsto que los tratados internacionales suscritos o a los que se

haya adherido el Perú, formen parte de nuestro ordenamiento nacional (Landa, 2005, p. 7). En cuanto al derecho laboral, los más importantes son aquellos recogidos por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT). Estas, son instrumentos jurídicos que son elaborados por los gobiernos de los estados miembros que la conforman, ya sea por sus empleadores o trabajadores, - mediante sus representantes – los cuales, establecen unos principios y unos derechos básicos en la esfera laboral.

Las normas se dividen en convenios y en recomendaciones. La primera, son tratados internacionales legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los estados miembros; mientras que la segunda, actúa como directriz no vinculante. Si un país decide ratificar un convenio, en general éste entra en vigor para ese país un año después de la fecha de la ratificación. Los países que ratifican un convenio están obligados a aplicarlo en la legislación y en la práctica nacional, además de tener que enviar memorias sobre su aplicación en intervalos regulares ante la OIT.

A. Trabajo a domicilio

Tanto el Convenio número 177 y la Recomendación número 184 desarrollan y adoptan diversas proposiciones relativas sobre el trabajo a domicilio. Sin embargo, pese a los esfuerzos, a nivel internacional, de adquirir una mejor comprensión y regulación del trabajo a domicilio (Tomei, 1999, p. 1), el Perú no ha ratificado el Convenio 177.

El artículo 1 del Convenio N.º 177 define la figura del trabajo a domicilio desde la perspectiva del trabajador, tomando a consideración los siguientes elementos para su identificación: i) trabajar en el domicilio o en un local distinto al centro de trabajo escogido por el trabajador; ii) a cambio de una remuneración, y; iii) teniendo la finalidad de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de que proporcione o no los elementos necesarios para ello. Así mismo, distingue a un trabajador independiente o uno que realiza de manera ocasional esta actividad, de un trabajador dependiente a domicilio ya definido en el literal a). En el literal c) define al empleador como aquel, sea persona física o jurídica, que da trabajo a

domicilio por cuenta de su empresa, de modo directo o por un tercero, esté dicha figura contemplada o no la legislación nacional.

El Convenio también se dirige a aquellos estados miembros que hayan ratificado dicha norma para que, además, realicen una política nacional sobre dicha materia ya que, el objetivo siempre debe ser el de mejorar la situación de los trabajadores a domicilio. Para ello, deben realizar consultas tanto al sector de trabajadores como el de empleadores y en la medida en que fuera posible, a aquellos que desarrollen específicamente la actividad de trabajo a domicilio. A la vez, los estados miembros deben fomentar la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, teniendo en cuenta las características particulares de esta figura jurídica. Los criterios para fomentar la igualdad de trato son: a) la posibilidad de ejercer derechos colectivos laborales, b) la no discriminación en el trabajo, c) la aplicación de las normas de seguridad y salud en el trabajo, d) remuneración, e) derechos de seguridad social, f) acceso a la información, g) respeto a la edad mínima para trabajar y, h) protección a la maternidad.

De esta manera, resulta necesario que los estados miembros que la hayan ratificado tomen las medidas adecuadas para la aplicación del presente Convenio a su legislación interna, así como aplicar sanciones ante su infracción.

Los aportes que la Recomendación brinda con relación al Convenio son la aplicación del mismo en la legislación nacional de los estados miembros que la ratifiquen, así como en caso de actuación ante su vulneración. Vuelve a incidir en los conceptos de la figura del trabajo a domicilio y las partes que la suscriben, empleador y trabajador, pero también en cuanto a la delimitación que cada estado tiene con la edad mínima para que una persona comience a trabajar, el acceso a la información y a una remuneración justa. Con respecto a esta última, no solo plantea la elaboración de tasas salariales mínimas para los trabajadores, sino que, además, promueve la negociación colectiva de derechos y el pago de beneficios sociales, resaltando en dichos artículos la especial protección hacia el trabajador debido a las particularidades propias de la actividad laboral del trabajo a domicilio.

También establece directrices con respecto a la seguridad y salud en el trabajo, incluyendo obligaciones tanto para el empleador como para el trabajador. Sin embargo, es el Estado a través de la autoridad competente quien debe velar y supervisar las disposiciones reglamentarias y las precauciones en dicha materia. Con respecto a la jornada laboral, se sugiere que debe ser comparable con el que cuentan los demás trabajadores dependientes, por lo que le corresponde también períodos de descanso y licencias.

En cuanto a los aportes que entrega esta Recomendación con relación al Convenio, se encuentran la forma de solución de conflictos y los programas relativos al trabajo a domicilio. En cuanto al primero, sugiere que la autoridad competente en cada Estado sea quien deba asegurar los mecanismos para la solución de conflictos entre un trabajador a domicilio y un empleador o, cuando proceda, un intermediario utilizado por el empleador. De manera tal, que no delimita a una única medida de solución o a una lista taxativa cerrada sino, que lo deja a criterio de cada Estado. Con respecto al segundo, a los programas relativos al trabajo a domicilio, recomienda que se debe actuar en colaboración con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, con el objetivo de promover y apoyar estos programas que garanticen que no solo los trabajadores de zonas urbanas puedan acceder a ellas sino también los de zonas rurales, así como para erradicar el trabajo infantil, que en nuestra región latinoamericana, lamentablemente, se encuentra todavía muy presente.

Con toda esta información sobre el Convenio, resultaría interesante que nuestro país decidiera ratificarlo para que de esta manera, dicha modalidad de trabajo, no siga siendo invisibilizada por nuestra sociedad, afectando principalmente al trabajador que lo desempeña.

B. La no discriminación laboral hacia la trabajadora mujer

i. Convenio N.º 100 OIT: Convenio sobre igualdad de remuneración

Fue adoptado en Ginebra el 29 de junio de 1951 y entró en vigor en el Perú el 23 de mayo de 1953. Así, fue aprobado me-

diante la Resolución Legislativa N.º 13284 y publicado el 29 de diciembre de 1959 en el Diario Oficial El Peruano (Landa, 2014, p. 230).

Dicho convenio busca adoptar diversas proposiciones relativas al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, concepto que delimita en su artículo 1 junto con el de remuneración. Esta expresión, busca designar las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo. En cuanto a la definición de remuneración, señala que comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último.

Así, busca que todos los estados miembros que la ratifiquen, busquen aplicarla en su legislación nacional por medio de los métodos de fijación de tasas de remuneración en beneficio de todos los trabajadores. En el inciso 2 del artículo 2, establece los medios por el cual estos estados deberán aplicarla.

ii. Convenio N.º 111 OIT: Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)

Fue adoptado en Ginebra el 25 de junio de 1958 y conforma uno de los ocho convenios fundamentales de la OIT. Así, en Perú entró en vigor el 15 de junio de 1960 y fue aprobado mediante el Decreto Ley 17687, el cual fue publicado el 7 de junio de 1969 en el Diario Oficial El Peruano (Landa, 2014, p. 230).

Como lo explica en su preámbulo, toman como antecedentes a la Declaración de Filadelfia en el cual se afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. Pero también, consideran la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mediante el

> cual, la discriminación constituye una violación de los derechos ahí contemplados.
>
> De esta manera, el Convenio comprende el término discriminación como: i) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; y, ii) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación.

Así, el segundo criterio, busca referirse a la actuación de los estados miembros con respecto a las consultas previas que puedan realizar con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores de su territorio, con el fin de establecer qué medidas puedan ser consideradas como discriminatorias y cuáles no.

En este mismo artículo, además, separa a las distinciones basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado como trato discriminatorio, ya que éste sí contiene un fundamento para dicho trato desigual. Por lo tanto, el Convenio reconoce de manera implícita que un acto de discriminación carece de un fundamento, ya que utiliza criterios subjetivos. Continuando con las excepciones, el artículo 4 comprende aquellas medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima o certeza de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, siempre que tenga derecho de acceder a la justicia. Mientras que el artículo 5, sostiene que las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), tampoco pueden ser consideradas como tratos discriminatorios.

Otro criterio que aporta, son los de empleo y educación los cuales, a efectos de consideración de tratos discriminatorios, su acceso incluye tanto a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, así como las condiciones de trabajo.

IV. LAS ACTUALES DIFICULTADES DEL TRABAJO A DOMICILIO PARA LAS TRABAJADORAS EN EL PERÚ

Durante gran parte de la historia universal y del Perú, la mujer se ha visto injustamente relegada a un papel secundario, minimizando sus derechos e infravalorándola como persona y sujeto de Derecho con dignidad (Landa, 2014, p. 225). He aquí que el trabajo a domicilio parecía jugar una modalidad de empleo bastante agradable para la mujer de los siglos XVIII hasta el XX, puesto que permitía que las madres y mujeres solteras trabajadoras se quedaran en casa, atendiendo las labores que la sociedad patriarcal de esos siglos les había asignado, a la vez que obtenían un ingreso económico. Esta razón, las motivaba a permanecer en esta modalidad de trabajo (Sara-Lafosse, 1982, p. 89), en las que predominaba su participación frente al trabajador masculino, aunque sus condiciones no fueran óptimas, e incluso llegando a operar en condiciones clandestinas, tal como en su momento las denunció Marx en Inglaterra o Sara-Lafosse en Perú.

Y, aunque como se ha desarrollado a lo largo del texto, el trabajo a domicilio aparece en la legislación nacional como una actividad 'regulada' en la LPCL, sin embargo, la problemática actual continúa no en la falta de normas que contemplen su existencia o su actividad sino, en la escasa aplicación de las ya promulgadas. Pues, en la práctica diaria, el trabajo a domicilio aparece como un fenómeno disperso, aislado y en ausencia de control (Verdera,1998, p. 7).

Esta situación guarda relación con múltiples causas. Una de ellas reside en las dificultades de fiscalización, la cual se debe a la falta de registros fidedignos y de cualquier otro dato que permita tener indicios documentales de su existencia. Esto puede deberse a la ausencia de una debida promoción de la norma – en este tema específicamente de la LPCL y su reglamento – por parte de la autoridad correspondiente – MTPE y la SUNAFIL – ante la ciudadanía. Además, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho consagrado en la Constitución, el cual constituye un serio impedimento al cumplimiento de las tareas de fiscalización pues, los inspectores necesitarán de una autorización judicial para el ingreso a

la vivienda, que a la vez opera como centro laboral para el trabajador a domicilio (Verdera, 1998, p. 7). Para ello, el inspector deberá sustentarla en base a una sospecha de violación de las normas socio laborales o de las de seguridad y salud en el trabajo.

Frente a lo relatado, se puede observar que el gran problema de la correcta aplicación de la normativa del trabajo a domicilio, es el alto porcentaje de la informalidad laboral de nuestro país. Según el informe especial N.º 002-2020 de la Defensoría del Pueblo, señala que la tasa de informalidad en Latinoamérica es de 53% y, el Perú, con una de 63.8%, siendo el cuarto país con el más alto porcentaje de la región. La principal razón por la cual se ejerce el trabajo informal, son las razones de subsistencia y escape de la situación de pobreza que como consecuencia de las olas migratorias hacia zonas urbanas – ubicadas principalmente en la región de la costa – las oportunidades de trabajo que se generaban eran al margen de la legalidad.

Sin embargo, el grupo más afectado por esta práctica son las mujeres, a quienes la discriminación estructural e histórica ocasiona que su participación se concentre en actividades de baja remuneración y que se les atribuyan actitudes y roles que limitan su ascenso (Defensoría del Pueblo del Perú, 2020, p. 5). Porque, aunque en el Perú, el 44% de la población económicamente activa son mujeres, de este grupo, el 57% se encuentra en situación de subempleo (Defensoría del Pueblo, 2019, p. 6).

Esto se explica a través de las barreras en la formación, acceso al empleo, a la estabilidad y formalidad laboral, relacionadas a la división sexual del trabajo, embarazo, tenencia de hijos/as, experiencias de violencia psicológica y sexual y a la asignación de estereotipos tradicionales de género hacia la mujer, recogidas por la Defensoría del Pueblo en el 2019 a través de una serie de entrevistas a diversas trabajadoras, tanto del sector formal como informal, de las distintas regiones del Perú.

Una segunda barrera para las trabajadoras a domicilio es el acceso a herramientas TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación) en el hogar, en especial, frente a la actual situación de aislamiento social generada por la pandemia del COVID-19. Las cifras que el Instituto Na-

cional de Estadística e Informática (INEI) arroja al respecto, demuestran dicha dificultad pues, según la encuesta realizada en el primer trimestre del 2020, solo el 33,2% de la población cuenta con Internet en su hogar, dentro de los cuales, solo el 33,1% son mujeres.

Es así que, en una situación caracterizada por altas tasas de subempleo y desempleo además de la cultura de la informalidad laboral en la economía, los propios trabajadores son los que suelen aceptar prácticas que violan la ley (Tomei, 1999, p. 49). Lo cual se ve facilitado por la falta de una correcta aplicación a las normas y fiscalización laboral, en el cual el único perjudicado es el trabajador desinformado, que como se ha mencionado a lo largo de este capítulo, históricamente se ha encontrado en desventaja y en especial, la mujer trabajadora.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El trabajo a domicilio, a pesar de encontrarse regulado en la LPCL e incluso ser reconocido por instituciones internacionales como la OIT, no ha cambiado mucho desde sus inicios. La invisibilidad en cifras sobre los trabajadores que operan y la de los empleadores que contratan bajo esta modalidad en nuestra realidad nacional, sustenta el carácter de clandestinidad con que el que surgió en la Inglaterra del siglo XVIII.

Otro rasgo que permanece es el de la predilección por las trabajadoras mujeres, en el que en nuestra sociedad peruana, sigue siendo machista y patriarcal, tal como lo demuestran las investigaciones de la Defensoría del Pueblo y las cifras del INEI. Esto, genera desigualdad de oportunidades y discriminación en materia laboral para las mujeres, en especial la de bajos recursos económicos y de poca formación educativa, quienes usualmente tienen hijos a temprana edad. Es por esa razón que se ven obligadas a aceptar trabajos informales en el que sus derechos laborales no son respetados, el sueldo que perciben suele ser más bajo que una remuneración mínima vital y sus horas de trabajo mucho más de las legalmente permitidas.

Por lo que, si se plantea la posibilidad de que el trabajo a domicilio sea beneficioso para las mujeres trabajadoras en el actual contexto peruano,

sería más un mito que una realidad. Como se ha desarrollado en este documento, la solución no estaría en elaborar más textos normativos o leyes sino, en aplicarlos de manera efectiva junto con las tareas de fiscalización por parte de la SUNAFIL y del MTPE a esta modalidad de trabajo. De esta manera, se otorgaría la visibilidad que tan inusual ha venido siendo al trabajo a domicilio, protegiendo a los trabajadores y educando a la población, creciendo así como sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Adjuntía para los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo (2019). *Barreras a la igualdad en la economía formal e informal desde la perspectiva de las mujeres* (Documento de Trabajo N.º 002- 2019 - DP/ADM). Lima, Perú: Defensoría del Pueblo (Perú).

Brandi, P. (2017). *El trabajo a domicilio*. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santiago, Chile.

Decreto Supremo N.º 003-97-TR sobre el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728 sobre la Productividad y Competencia Laboral – LPCL (1997). Diario Oficial El Peruano. Perú.

Decreto Supremo N.º 007-2002-TR sobre el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (2002). Diario Oficial El Peruano. Perú.

Decreto Supremo N.º 019-2006-TR sobre el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (2006). Diario Oficial El Peruano. Perú.

Defensoría del Pueblo. (2020). *Estado de Emergencia Sanitaria: El problema de la informalidad laboral en una economía confinada* (Serie Informes Especiales N.º 02-2020-DP). Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.

Dirección General de Promoción del Empleo. (2017). Propuesta de Política Nacional de Teletrabajo. Perú: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Fresneda, C. (2018, 20 de octubre). La semana laboral de cuatro días. *El Mundo*. Recuperado el 05 de agosto de 2020, de https://www.elmundo.es/opinion/2018/10/20/5bc9cd5eca47414e688b467e.html

Hutt, W. (2007, 27 de enero). El sistema fabril de principios del siglo XIX. *Mises Institute*. Mises Daily Articles. Traducido del inglés por Mariano Bas Uribe. Recuperado el 05 de agosto del 2020, en https://mises.org/es/library/el-sistema-fabril-de-principios-del-siglo-xix

Kabat, M. (2003). La Ley 10505 y el salario mínimo para los trabajadores a domicilio (Buenos Aires, 1918-1930). En *ASET, Asociación Argentina de Especialistas en el Estudio del Trabajo (Ed.), 6º Congreso Nacional de Estudios del Trabajo.* (1-25). Buenos Aires: UBA CyT 2001-2002 S028.

Landa, C. (2014). El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora. *THEMIS, (65),* 219-241.

Ley N.º 29783 sobre la Seguridad y Salud en el Trabajo (2011). En Diario Oficial El Peruano. Perú.

Marx, K. Maquinaria y Gran Industria. En su: *El Capital. Tomo I.* (243-328). Librodot.

Ministerio de Promoción del Empleo (2016). Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA – del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Lima, Perú.

Nari, M. (2002) El trabajo a domicilio y las obreras (1890-1918). *Razón y Revolución*, (10), 1-13.

Novak, F. (1994). Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993. *Agenda Internacional (2)*, 71-94.

Ocampo, J. (2018). *El proceso de industrialización de América Latina y la influencia del Pensamiento de la CEPAL*. [PPT]. Colombia. Autor.

Organización Internacional del Trabajo. (n.d). *Convenios y protocolos actualizados no ratificados por Perú.* Recuperado el 17 de agosto de 2020, de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C177

Organización Internacional del Trabajo. (n.d). *Convenios y recomendaciones.* Recuperado el 17 de agosto de 2020, de https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm#:~:text=Las%20recomendaciones%20tambi%C3%A9n%20pueden%20ser,OIT%2C%20que%20se%20re%C3%BAne%20anualmente.

Qwe. (n.d). *Historia del derecho del trabajo en el Reino Unido - History of labour law in the United Kingdom*. Recuperado el 05 de agosto de 2020, de https://es.qwe.wiki/wiki/History_of_labour_law_in_the_United_Kingdom#Health_and_safety_laws

Ruiz, R. (2020). *Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares* (N.º 02- Junio 2020). Lima, Perú: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Sara-Lafosse, V. (1982). El trabajo a domicilio: antecedentes generales y análisis del caso de las confeccionistas. *Debates en sociología, (7)*, 83-98.

Scott, J. (1988) La mujer trabajadora en el siglo XIX. En: Duby, G; Perrot, M. *Historia de las mujeres en Occidente* (pp. 380-411). Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial.

Sentencia del Tribunal Constitucional 03533-2003-AA del 12 de octubre de 2004, fundamento jurídico 4.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 05652-2007-PA del 6 de noviembre de 2008.

Tomei, M. (1999). *El trabajo a domicilio en países seleccionados de América Latina: una visión comparativa* Perú (Oficina Internacional del Trabajo N.° 29). Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo.

Universidad Autónoma de Madrid (2018). *Leyes Fabriles*: *Historia Económica (10988).* Recuperado el 05 de agosto del 2020, en https://www.studocu.com/es/document/universidad-autonoma-de-madrid/historia-economica/apuntes/leyes-fabriles/2437736/view.

Verdera, F. (1998). *Trabajadores a domicilio en Perú* (Oficina Internacional del Trabajo N.° 28). Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo.

Yáñez, A. (1996). El trabajo femenino y el principio de igualdad. *THEMIS, (34),* 57-66.

MONITORIZACIÓN DE LA NAVEGACIÓN EN INTERNET EN EL «BYOD»: EXIGENCIAS DEL EMPLEADOR EN EL MARCO DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

FÁTIMA DEYANIRA ARRIVASPLATA REYES

Especialista Legal en Juzgado Especializado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima.

I. INTRODUCCIÓN

El escenario de emergencia sanitaria a causa del COVID-19, ha mostrado la vital importancia que cobran las Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones (TICs) en el ámbito de la organización y gestión del trabajo en general, aunque en mayor medida, en aquellas formas de empleo a distancia. Un ejemplo reciente de ello lo constituye la regulación de la modalidad del trabajo remoto establecida en virtud del Decreto de Urgencia N.° 026-2020 y desarrollada en el Decreto Supremo N.° 010-2020-TR. Sin embargo, la consumerización de las TICs también ha jugado un rol gravitante en el desarrollo de la actividad laboral situada en esta crisis sanitaria, aunque ciertamente la transciende. Así pues, una de las aristas de este complejo fenómeno se configura con la posibilidad -cada vez más frecuente- de que el trabajo sea efectuado con los propios dispositivos digitales del empleado, quien generalmente, valiéndose de las elevadas prestaciones técnicas que ellos ofrecen, los aportan a un uso productivo. Ahora bien, aunque dicha técnica de organización del trabajo, conocido como «Bring Your Own Device» (BYOD) cuenta con un lacónico reconocimiento en las normas precitadas, no es menos cierto que de ella se desprenden múltiples aspectos que merecen ser estudiados. Uno de ellos recae en el ejercicio intensivo de la vigilancia empresarial que pudiera suscitarse a fin de controlar el modo en que los trabajadores utilizan sus propios dispositivos -muchas veces- no homologados a los estándares de seguridad informática de la empresa, suponiendo un elevado riesgo potencial por virus, hackers, etc., en razón de que a través de ellos se puede acceder a información sensible de la base informática empresarial.

En el contexto descrito, no es de extrañar que la empresa –a modo de precaución- asuma ciertas acciones de control que al conllevar el tratamiento de información personal del trabajador, pudieran afectar sus

derechos fundamentales. De ahí que, nos resulta razonable sostener que en ese escenario, alcanzan plena virtualidad el derecho fundamental a la protección de datos personales como sus principios rectores incardinados en su normativa de desarrollo, la Ley 29733 (Ley de Protección de Datos Personales; en adelante, LPDP).

No obstante, dado que, por razones de espacio, no nos es posible abordar todas las implicancias generadas a partir de la proyección laboral del derecho en alusión, de su normativa ni de la totalidad de sus principios rectores, esta ponencia se enfoca en *establecer parte de las exigencias que derivan para el empleador a raíz de la aplicación de los principios de legalidad, finalidad y proporcionalidad -recogidos en la LPDP- a las medidas que conlleven la monitorización de la actividad de navegación en internet desplegada por el trabajador en el ámbito BYOD.*

Ciertamente, la informatización del trabajo en la coyuntura COVID-19 perfila hoy la importancia de este pequeño aporte por cuanto su producto robustece la garantía de los derechos fundamentales del trabajador al posibilitársele un mayor control sobre su información personal en el contexto de la supervisión laboral, específicamente, cuando ésta conlleve el registro de su actividad de navegación en internet, en tanto que al empleador le confiere una serie de parámetros a los que debe ajustarse cuando pretenda poner en marcha tales medidas de control.

Es así que, la presente investigación tiene un enfoque teórico fundamentado en el estudio sistemático de la cuestión, el cual inicia contextualizando la necesidad empresarial de monitorizar la navegación en internet en el BYOD, reconociéndose la directa implicación del derecho del trabajador a la protección de sus datos personales, y por ende, la aplicabilidad a tal supuesto de los principios que rigen su normativa de desarrollo recaída en la LPDP. Aunque, por razones de espacio nos enfocamos solo en los principios de legalidad, finalidad y proporcionalidad, a partir de los cuales se derivan para el empleador ciertas exigencias observables ante la adopción de dicho control informático, cuya formulación compone el propósito asumido en esta ponencia.

II. UNA APROXIMACIÓN A LA MODALIDAD BYOD

1. Principales ventajas y riesgos del BYOD

La adopción del BYOD como técnica de organización del trabajo se enmarca en la amplia funcionalidad y sofisticación que han adquirido los dispositivos electrónicos destinados al consumo final (Grupo de Protección de Datos «Artículo 29», 2017, p. 18). De ella, a primera vista se advierte que la posibilidad -contemplada a nivel de normatividad laboral heterónoma- que tiene el trabajador -asalariado- de aportar su propia herramienta de trabajo, en este caso su propio dispositivo electrónico para ejecutar su prestación, confirma el hecho de que el criterio de propiedad exclusiva empresarial de los medios productivos, no es determinante de cara a establecer la laboralidad de la actividad contratada. Desde esa perspectiva, cabe subrayar que la adopción del BYOD presenta como principales ventajas (Puyol, 2015, pp. 42-43): el ahorro de costes para el empleador en la adquisición de nuevos equipos informáticos, así como la promoción de una mayor flexibilidad en cuanto a la organización y gestión de la actividad laboral, principalmente cuando por la naturaleza de la labor, ésta deba llevarse a cabo en distintas locaciones, por ejemplo, los trabajos de reparto de mercadería o los que supongan visitas a clientes o proveedores.

Por otra parte, entre sus principales desventajas, se encuentra el riesgo informático incrementado concretado en el peligro de que se produzcan accesos no autorizados a información sensible de la empresa, fuga de datos e introducción de softwares maliciosos por descarga de aplicaciones no autorizadas (Cremades Chueca, 2018, pp. 107-108), por nombrar a los más comunes. Empero, a la par de dicho riesgo empresarial, concurre también otro para el trabajador, por cuanto pueden resultar afectados sus derechos fundamentales merced al potencial lesivo que suelen albergar los programas informáticos que pudieran ser instalados a iniciativa del empleador en los dispositivos afectos al BYOD -bajo la causa legítima de garantizar la integridad y seguridad de la infraestructura informática corporativa-, en la medida que tales mecanismos generalmente operan sobre

la base del recojo y procesamiento de cuantiosa información personal del usuario trabajador (Baz Rodríguez, 2019, apartado 5.2).

2. Algunas recomendaciones de seguridad aplicadas al BYOD

Dado que en virtud de esta modalidad, al trabajador le es posible acceder desde su propio dispositivo a información de carácter corporativo, es razonable colegir que la seguridad de dicha base informática empresarial puede verse seriamente afectada ante el ataque cibernético que pretenda burlarla, comprometiéndose con ello la imagen o el prestigio empresarial ya alcanzado. Sin perjuicio de la protección normativa que le asista al trabajador -en este escenario potencialmente adverso para su contraparte-, las recomendaciones técnicas informáticas usualmente propuestas son las que a continuación se señalan:

a) La delimitación del ámbito subjetivo que alcanza la modalidad BYOD, definiéndose perfiles informáticos, según la cualificación técnica y grado de responsabilidad del trabajador (Puyol, 2015, pp. 219-220).

b) El establecimiento de criterios de utilización de las herramientas informáticas puestas a disposición del trabajador (correo electrónico, programas, aplicaciones, bases de datos, etc.) e incluso respecto de sus propios dispositivos móviles, tipificándose, de ser el caso, las infracciones a dichos parámetros como faltas pasibles de sanción (Puyol, 2015, p. 218).

c) En el supuesto de que el trabajador tenga acceso a banco de datos personales concernientes a clientes, proveedores e inclusive de otros trabajadores, en rigor de lo preceptuado por el principio de seguridad de los datos recogido en el artículo 9 de la LPDP[1] y según lo expuesto sobre el particular por la Dirección de Protección de Datos Personales, el empleador debe hallarse premunido

1 El artículo 9 del referido dispositivo legal prescribe: «[e]l titular del banco de datos personales y el encargado de su tratamiento deben adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales»

de controles de acceso respecto a los datos que allí se conservan, estableciendo quienes se hallan autorizados para ello, acorde con el perfil profesional de cada uno (cargo y funciones) además de los alcances que tendría dicho acceso. También le corresponde la provisión a los usuarios de contraseñas o códigos de ingreso, aparte de un examen periódico de los privilegios otorgados, a fin de adoptar las modificaciones que resulten pertinentes conforme hayan ido variando las circunstancias (DPD, Informe 03-2018-JUS/DGTAIPD-DPDP, p. 5).

d) La implementación de la modalidad en mención, debe finalmente protocolizarse mediante el pacto bilateral celebrado con el trabajador, en el que se plasme su libre consentimiento para su incorporación al BYOD, estipulándose en dicho instrumento los usos autorizados y prohibidos del respectivo dispositivo como de los recursos virtuales que sean puestos a disposición del empleado (Baz Rodríguez, 2019, apartado 5.2).

III. LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL IMPLICADO EN EL CONTEXTO DE LA MONITORIZACIÓN DEL USO DE LOS DISPOSITIVOS DIGITALES

En el marco del ejercicio del poder directivo del empleador es habitual que éste, amparado en el propósito de garantizar el adecuado funcionamiento de los sistemas informáticos de la empresa, resuelva recurrir a la instalación de programas o aplicaciones encargadas de la monitorización del uso de los dispositivos digitales afectos a la modalidad BYOD, justificándose en su legítimo interés de prevenir una utilización inadecuada o indebida de ellos sea por la acción de terceros -en situaciones de robo, extravío, ciberataque, *jailbreak*, *phishing*, etc.- o bien por actuaciones irregulares imputables al trabajador. Sin embargo, no puede soslayarse que dichas operaciones también suelen implantarse con el objeto de supervisar el correcto desarrollo de la actividad laboral, así como el adecuado cumplimiento de las respectivas obligaciones de trabajo[2].

2 Estas obligaciones laborales en el campo del BYOD, generalmente se reconducen a los

Bajo tales alcances y aun cuando la referida vigilancia electrónica efectuada por el empleador se enmarque dentro de sus facultades de fiscalización o control, las cuales conforman el contenido del poder de dirección[3] que le asiste en virtud del reconocimiento de la libertad de empresa consagrada en el artículo 59° de nuestra Norma Fundamental[4] -sin dejar de mencionar la previsión contemplada el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR[5]; sin embargo, como ya es sabido, dichos poderes no se encuentran exentos de límites y restricciones; todo lo contrario, a ese respecto, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que el ejercicio de las facultades de fiscalización -y disciplinarias- deben observar las limitaciones previstas en la Constitución además de satisfacer el canon de razonabilidad, en el sentido de ser adecuadas para cumplir un objetivo laboral sin alterar el contenido de los derechos fundamentales involucrados (Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de agosto de 2004, FJ. 20)[6]. Lo postulado por este Colegiado, sin duda, cobra plena

---

deberes de reserva o confidencialidad de la información corporativa almacenada en los dispositivos de titularidad del trabajador, siguiéndole otros compromisos, como los de no concurrencia, uso adecuado de las plataformas de comunicación digitales, cumplimiento del tiempo de trabajo prefijado, gestión diligente de los equipos informáticos aplicados a la ejecución de la prestación, entre otros.

3 El poder directivo del empleador no puede ser comprendido si no es relacionándolo con el contrato de trabajo, pues en virtud de éste, el trabajador se compromete a ejecutar a favor del primero una determinada actividad en condiciones de subordinación, siéndole correlativa la posición jurídica de su contraparte, la cual se conforma de «(…) una pluralidad de facultades que el ordenamiento jurídico reconoce como necesarias e indispensables para el funcionamiento normal de la empresa, para su organización económica, técnica y funcional» (Hernández Rueda, 1997, p. 405).

4 El Tribunal Constitucional la ha definido como "(…) la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios (…)" (Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de abril de 2007, FJ. 37).

5 El artículo 9° del TUO de la LPCL establece que: «Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador».

6 En todo caso, el carácter limitado de la potestad empresarial en cuestión viene expre-

vigencia ante la progresiva sofisticación técnica que han ido adquiriendo los mecanismos de control del empleador al permitirle ejercer una supervisión laboral ubicua, lo que a su vez comporta un serio riesgo para los derechos fundamentales del trabajador.

En esa medida, cabe subrayar que el derecho a la intimidad personal[7] se ha venido perfilando como uno de los atributos del trabajador directamente implicados en el despliegue de la fiscalización empresarial y en especial, de las medidas que conllevan el registro o seguimiento de la navegación web desplegada por el trabajador, puesto que a través de tales operaciones se puede acceder a cuantiosa información personal que a él concierne (ideologías, condición médica, orientación sexual, aficiones, etc.), a partir de la cual es factible igualmente construir un perfil de su personalidad. No obstante, como quiera que actualmente dicha vigilancia es puesta en marcha mediante la instalación de programas informáticos que operan en base a técnicas de recolección y procesamiento de numerosa data laboral, resulta insoslayable la intervención de otra garantía adicional, recaída a nuestro juicio, en el derecho fundamental a la protección

samente impuesto por el artículo 23 de la Constitución, cuyo tenor sanciona que «[n]inguna relación laboral puede limitar los derechos constitucionales ni rebajar la dignidad del trabajador»

7 Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 2, inciso 7 de la Constitución y en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, su contenido esencial lo representa la protección de un ámbito estrictamente personal, cuya reserva es indispensable para el libre desarrollo de la personalidad de su titular; tanto así que su exposición pública podría conllevar la causación de un perjuicio psicológico irreparable para aquel (Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de agosto de 2007, FJ. 41). Por lo menos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase apartado IV, infra), ese derecho ha sido comúnmente aplicado en los conflictos generados por el uso –extralaboral- de las herramientas informáticas corporativas por parte de los trabajadores, enjuiciándolos bajo el estándar de la expectativa razonable de privacidad, la cual ha entrado a tallar en aquellas situaciones en las que el empleador no ha establecido ni informado a sus trabajadores respecto a las reglas de uso que debe dispensarse a tales herramientas o cuando se ha venido permitiendo su utilización para propósitos privados, independientemente de quien haya detentado la titularidad real de los mismos (Goñi Sein, 2017, p. 13).

de datos personales, el cual se perfila como otro de los límites oponibles ante el desarrollo de las referidas actuaciones empresariales[8].

Con base ello, se tiene que el derecho fundamental invocado, por expresa declaración de la LPDP, cuenta con reconocimiento constitucional en el artículo 2, inciso 6 de nuestra Norma Fundamental, el cual se configura como un derecho de titularidad inespecífica del trabajador en el marco de la relación laboral, cuyo contenido constitucionalmente protegido puede analizarse desde una perspectiva subjetiva como objetiva. Para arribar a dicho entendimiento, previamente es preciso situarse dentro del marco conceptual que propugna el carácter dual predicable de todo derecho fundamental, en virtud del cual estos poseen una dimensión subjetiva la cual vincula tanto al poder público como a los particulares –en razón de su eficacia horizontal- a través de la imposición de un deber negativo de no obstaculizar el ejercicio de las facultades conferidas al titular, mientras que su dimensión objetiva o institucional instaura -para el poder público- una obligación positiva de promoción del ejercicio real y eficaz del derecho fundamental implicado (Preciado Domenech, 2019, párr. RB-2.2), reclamándole un despliegue prestacional a todos los niveles, legislativo, judicial y ejecutivo (Castillo Córdova, 2003, pp. 9-14).

Proyectando esa base conceptual sobre el derecho fundamental a la protección de datos, es posible sostener que la dimensión subjetiva del mismo, en efecto, comprende una «(…) 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» (Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de octubre de 2007, Fundamento 2). Así, sobre ese particular, nuestro Colegiado Constitucional ha dejado sentado que el derecho fundamental en estudio garantiza al titular de los datos personales, la posibilidad de "[c]onocer, actualizar, incluir y suprimir o

8 El citado derecho fundamental y su normativa de desarrollo cobran plena virtualidad si se trata de preservar, ya no únicamente la intimidad personal sino cualquier otro derecho que pudiera verse afectado por las sofisticadas técnicas informáticas de recolección, procesamiento y análisis de datos personales (Rodríguez Escanciano, 2019).

rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados (…) en bancos de datos de (…) instituciones privadas (…)" (Sentencia del Tribunal Constitucional del 30 de mayo de 2011, FJ. 8). Por otra parte, a nivel infraconstitucional, cabe destacar que, en su norma de desarrollo, esto es, la LPDP, tales prerrogativas se concretan en los derechos de acceso[9], rectificación[10], cancelación[11] y oposición[12] (conocidos como derechos «ARCO»).

---

9 El derecho de acceso reconocido en el artículo 19 de la LPDP, habilita al titular a obtener información respecto a qué datos suyos están siendo objeto de tratamiento, de qué modo, con qué propósitos y a instancia de quién aquellos fueron recogidos, así como con quiénes se comparte la información personal y para qué fines; qué transferencias de sus datos personales han realizado, realizan o prevén realizar; en qué condiciones están siendo tratados sus datos personales; o, cuánto tiempo se conservarán dichos datos. Así, el derecho de acceso posibilita el ejercicio de los demás derechos de rectificación, cancelación y oposición, por cuanto esto último solo puede concretarse si es que al titular de los datos le es posible conocer todos los detalles antes descritos respecto de la información que le concierne (Castro Cruzatt, 2008, p. 270)

10 El derecho de rectificación recogido en el artículo 20 de la LPDP, confiere a su titular la facultad de exigir al titular del banco de datos o al encargado del tratamiento, que modifique los datos personales que resulten ser parcial o totalmente inexactos e incompletos o cuando se advierta algún tipo de omisión, error o falsedad. Este derecho comprende la posibilidad de actualizar los datos que han sido modificados a la fecha del ejercicio del derecho. Es así que, a criterio del TC, "(…) la única manera de que a través de los datos se pueda proyectar una imagen real del comportamiento de una persona (…) es que estos sean constantemente actualizados" (Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de mayo de 2011, FJ. 9). Asimismo, se acoge la facultad de incluir aquella información faltante además de corregir o modificar la que resulte errada o inexacta.

11 El derecho de supresión o cancelación sustentado en el artículo 20 de la LPDP y en el artículo 67° del RGPD, faculta a su titular a solicitar la cancelación o supresión de los datos que le conciernen cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a la finalidad para la cual hayan sido recopilados, cuando hubiera vencido el plazo establecido para su tratamiento, cuando haya revocado su consentimiento y, en general, en todos aquellos casos en los que sus datos personales no están siendo tratados conforme a la LPDP y su reglamento. A ese respecto, cabe indicar que cuando media relación contractual entre el responsable y el titular de los datos personales y se encuentra justificado el tratamiento de estos últimos, no procederá la cancelación comentada, sin embargo, en esos casos se prevé que, en cuanto sea posible, se empleen mecanismos de anonimización o disociación, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 69 y 70 del RGPD precitado

12 El derecho de oposición previsto en el artículo 22 de la LPDP y artículo 71 del RGPD, confiere al titular de los datos el derecho a que no se efectúe el tratamiento de su información personal o a que esta operación se detenga, cuando no haya prestado su consentimiento para ello por haber sido aquella tomada de fuentes de acceso público. Mientras

En cuanto a la dimensión objetiva del derecho en cuestión, se tiene que en este ámbito, se consideran comprendidos los principios rectores del tratamiento de datos personales recogidos en la LPDP, dentro de los cuales se encuentran aquellos que integran el propósito asumido en esta ponencia, a saber, los de legalidad, finalidad y proporcionalidad, respecto a los que se volverá más adelante. En efecto, a tales directrices se les reputa parte de la citada dimensión por cuanto su estipulación a cargo del Legislador de la LPDP, a modo de contenidos obligacionales dirigidos principalmente al titular del banco de datos respectivo, no constituyen sino garantías objetivas destinadas a promover, en favor del titular de los datos, el ejercicio eficaz de las facultades conferidas por el derecho sub examine, las mismas que, como se vio supra, hace parte de su dimensión subjetiva.

Ahora bien, tras exponerse ambas dimensiones del derecho fundamental a la protección de datos, es preciso sin embargo, subrayar que el tratamiento a profundidad de los referidos derechos «ARCO» dista del objetivo de este trabajo -enmarcado en el ámbito de los principios contemplados en la LPDP, es decir, en su dimensión objetiva-. De ahí que se considera conveniente centrarse en el análisis de estos últimos, específicamente en su aplicación a las medidas de control y vigilancia de la navegación en internet; tanto más si –a criterio de la autora- las aludidas pautas rectoras -exigibles a los sujetos responsables del tratamiento de los datos desde su fase inicial de acopio o recolección, hasta su etapa final de cancelación, supresión o eliminación- han sido estipuladas para presidir toda operación que conlleve el tratamiento de los datos personales -potenciando así la virtualidad tuitiva conferida por el derecho fundamental sub examine- independientemente de si su titular resuelve actuar las facultades de control antes enunciadas, no siendo éstas últimas posiciones correlativas de las primeras. Es por ello que se asume viable su exclusión en este estudio, por cuanto, de cara al propósito que nos concierne, su abordaje tendría una utilidad netamente informativa.

que, en caso de haberse prestado el consentimiento, el interesado haya acreditado la concurrencia de razones legítimas que justifiquen el ejercicio del derecho aludido.

IV. CASO BARBULESCU C. RUMANÍA: CRITERIOS DEL TEDH PARA LA MONITORIZACIÓN DE LOS DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO

Aunque en nuestro medio no se reportan antecedentes jurisprudenciales conocidos -a nivel del Tribunal Constitucional[13] y de la Corte Suprema- sobre el supuesto de estudio aquí abordado, podría afirmarse que aquellos *sí se han encontrado en la jurisprudencia del* Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), adquiriendo singular importancia, por su aporte y pertinencia de cara al propósito que nos reúne, la Sentencia del 05 de setiembre de 2017 recaída en el Caso Barbulescu contra Rumanía. Ciertamente, la relevancia de este fallo reside en la contribución de diversos criterios *útiles* para evaluar la validez de las medidas empresariales que conlleven la monitorización del uso de los equipos y herramientas informáticas por parte de los trabajadores, siendo que aunque ellos se encuentren referidos a los dispositivos digitales de propiedad corporativa, cierto es que no existe razón objetiva que impida extenderlos a las situaciones en que el mencionado control informático se instale en el propio equipo del empleado. Bajo ese entendido, de tales parámetros merece especial énfasis el deber de información previa atribuible al empleador, en tanto presupuesto sustantivo habilitante para llevar a cabo, no solo el registro de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores (asunto materia del fallo en mención) por cuanto la aludida exigencia se ha hecho extensiva a los casos referidos al control del uso del internet[14],

13 Los casos que han suscitado la atención de este Colegiado – e inclusive de la Corte Suprema- así como de la doctrina nacional han recaído primordialmente en la cuestión referida al registro empresarial de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores, cuyo abordaje se ha efectuado desde la exclusiva base de la garantía del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos privados consagrada en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución, postulándose la exigencia irrestricta de una investigación de tipo judicial que habilite al empleador a fiscalizar y eventualmente sancionar a sus empleados por utilizar el correo electrónico corporativo para fines opuestos a los que le imponen sus obligaciones laborales (Véase, Exp. N.° 1058-2004-AA/TC, Exp. N.° 04224-2009-PA/TC, Exp. N.° 00114-2011-PA/TC (10 de enero de 2012), Exp. N.° 03599-2010-PA/TC (10 de enero de 2012), Exp. N.° 05532-2014-PA/TC y Sentencia de Casación 14614-2016-LIMA de fecha 10 de marzo de 2017.

14 Con ocasión de este fallo, el TEDH reiteró el criterio sostenido en la Sentencia del 03 de abril de 2007 (Caso Copland c. Reino Unido), según el cual la noción de vida privada

dentro de cuyo ámbito se inserta la vigilancia de la navegación en red, cuestión ésta que nos concierne.

1. Los hechos del caso

Dicho lo anterior, en torno al Asunto Barbulescu se sabe que la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de fecha de 5 de septiembre de 2017 tuvo como antecesora a la Sentencia de fecha 12 de enero de 2016 dictada por la Sección Cuarta del referido Tribunal. Así pues, el hecho principal que motivó la expedición de estos fallos fue el del despido de un trabajador producido tras constatarse que aquel intercambiaba comunicaciones de carácter personal con sus parientes valiéndose de una cuenta de mensajería de Yahoo Messenger cuya creación se había efectuado a instancia del empleador para una finalidad exclusivamente laboral, reputándose infringida la prohibición empresarial de emplear el citado canal de mensajería para propósitos extralaborales.

2. Valoraciones del TEDH

Ante tales sucesos, la primera Sentencia del año 2016, declaró no vulnerado el derecho del recurrente a su vida privada y correspondencia reconocido en el artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, frente a ese resultado desfavorable, el demandante llevó el caso a la Gran Sala, cuya decisión final dio lugar a la Sentencia del año 2017, la cual, tras reputar insuficiente la preexistencia de la prohibición empresarial de utilizar los recursos de la empresa para actividades personales, decretó que las autoridades nacionales no brindaron la protección adecuada al referido derecho, señalando a esos efectos que aquellas debieron valorar los siguientes factores o exigencias -atribuibles al empleador-, a saber: (a) la información al trabajador sobre la posibilidad de control sobre sus comunicaciones; (b) la información al trabajador sobre la natu-

-y de correspondencia- también concurre en el campo de la actividad profesional, de ahí que ingresen dentro de la cobertura del derecho a la vida privada -además de las comunicaciones electrónicas del trabajador- la información derivada de la monitorización del uso de Internet de una persona, inclusive en el contexto de las relaciones laborales.

raleza, alcance e intensidad de la supervisión; (c) la formulación de una justificación suficiente que legitime la adopción de las medidas de control; (d) la indagación sobre otras medidas menos intrusivas para la privacidad y la confidencialidad de las comunicaciones del trabajador; (e) la determinación de los resultados de la medida de supervisión implementada y si estos fueron aplicados para alcanzar el propósito de la misma; y (f) la adopción de garantías dirigidas a impedir que el empleador acceda a las comunicaciones del trabajador sin que éste haya sido avisado de la oportunidad en que tendrá lugar el registro (FJ 120). En ese orden de ideas, considerando que a juicio del Tribunal, las regulaciones restrictivas que adopte el empleador respecto al uso de sus recursos informáticos por parte de sus empleados no puede anular la expectativa de privacidad que a ellos les es reconocida en esas situaciones, la estipulación de dichos parámetros ha operado favorablemente a la preservación del estándar aludido, el cual nos resulta pertinente abordar aunque sea de forma exploratoria, cometido al que se dirigen las líneas siguientes.

V. UN COMENTARIO EXPLORATORIO ACERCA DE LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE PRIVACIDAD

Conforme se expuso previamente, dado que los parámetros enunciados en el Caso Barbulescu se dirigen a proteger la expectativa razonable de privacidad que les es reconocida a los trabajadores en el uso de los recursos informáticos corporativos. Es por ello que, cual estándar habitualmente empleado en el análisis de los asuntos referidos a la vigilancia informática desplegada por el empleador, es destacable su incidencia en el abordaje de nuestro supuesto de estudio como probable también es su eventual aplicación en el medio local[15], de ahí que se justifica proseguir con una breve aproximación al parámetro en mención desde la perspectiva de su aplicación a los casos atinentes al registro empresarial de la navegación en

15 Estándar que, conforme se señaló supra, fue alguna vez invocado, sin mayor impacto resolutivo en algunos fallos de nuestro Tribunal Constitucional referidos a la problemática del acceso a las comunicaciones electrónicas de los trabajadores (véase en los fundamentos de voto emitidos por el Magistrado Eto Cruz en los Exp. N.° 00114-2011-PA/TC y Exp. N.° 03599-2010-PA/TC.

internet, tomando como referentes a esos efectos, dos importantes fallos del Tribunal Supremo de España alusivos al supuesto en cuestión a partir de los cuales se esboza un sucinto comentario en torno a su idoneidad como canon de enjuiciamiento de tales medidas de control informático.

1. Sentencia 966/2006 del Tribunal Supremo de España de fecha 26 de setiembre de 2007

Este fallo respondió al hecho del despido de un trabajador de alta dirección producido tras constatarse en el ordenador asignado por su empleador la existencia de una carpeta de archivos temporales de "antiguos accesos a páginas pornográficas". Se sabe que el acceso al mismo respondió originalmente a una revisión técnica, con ocasión de la cual se detectaron virus informáticos causados por "la navegación por páginas poco seguras de Internet", utilizándose ulteriormente los resultados obtenidos para propósitos disciplinarios. Tales sucesos fueron valorados por dicho Colegiado, habiendo postulado que es posible compaginar la intimidad del trabajador -y por ende su expectativa razonable de privacidad- con la fiscalización empresarial respecto a la utilización correcta de sus recursos informáticos siempre que previamente se hayan establecido las reglas de uso de los mismos, se le haya informado al afectado de la posibilidad de ejercer control para comprobar la observancia de dicha reglamentación así como que se le haya notificado de los mecanismos seleccionados a tal efecto (Fundamente Jurídico N.° 4).

2. Sentencia 8876/2011 del Tribunal Supremo de España de fecha 06 de octubre de 2011

Este fallo posterior tuvo como antecedente de hecho, el despido de una trabajadora suscitado tras comprobarse la utilización del Internet para cometidos personales habiéndose constatado numerosas visitas a sitios Web no autorizados. Anótese que dicha verificación fue factible gracias a la instalación -no informada- de un "software" de monitorización que operaba capturando lo reflejado en la pantalla del ordenador, para su sucesiva visualización. Es así que, tales sucesos conllevaron sin embargo

a que el Colegiado flexibilizara las exigencias informativas plasmadas en el fallo precedente, concluyendo que la expectativa de privacidad decaía con la sola prohibición de usar el ordenador o cualquier otro recurso del empleador para asuntos personales, reputándose irrelevante la ausencia de información respecto al control ejercido (FJ. 4).

Ahora bien, pese a que lo destacable del estándar de la expectativa razonable de privacidad reside en la relevancia que a través de ella adquiere la exigencia empresarial de transparentar los criterios bajo los cuales debe regirse el uso de la infraestructura informática que pone a disposición de sus empleados, sin perjuicio de quien detente la titularidad del equipo o dispositivo respectivo. Sin embargo, atendiendo a la volubilidad con la que -a nivel jurisprudencial- se ha tratado dicha expectativa al punto de entender que ésta «(…) puede ser desconectada por casi cualquier elemento que muestre al trabajador la ilicitud de su conducta al utilizar para fines personales los medios tecnológicos empresariales (…)» (Tascón López, 2017, p. 77); entonces, difícilmente aquella pueda fungir de canon de enjuiciamiento predecible de las medidas de control tecnológico implantadas por el empleador, tanto más si en el contexto del BYOD -a raíz de los peculiares riesgos concurrentes- se reclama el estricto cumplimiento de un estándar de transparencia informativa adecuadamente delimitado, no sujeto a los vaivenes observados en el tratamiento dispensado al citado parámetro.

VI. SEGUIMIENTO DE LA ACTIVIDAD DE NAVEGACIÓN EN INTERNET DESPLEGADA POR EL TRABAJADOR: EXIGENCIAS DERIVADAS PARA EL EMPLEADOR

Lo expuesto hasta este punto conlleva a sostener que los supuestos de monitorización de los dispositivos electrónicos en el ámbito del trabajo y específicamente los casos referidos al seguimiento de la navegación web desplegada por el trabajador desde el ordenador de la empresa han venido siendo comunmente enjuiciados desde la perspectiva de la protección de la privacidad del empleado. Sin embargo, habiéndose dejado sentada la directa implicancia del derecho fundamental a la protección de datos

personales en el despliegue de las medidas empresariales objeto de estudio, al reconocerse que estas operan mediante el tratamiento masivo de información personal de los empleados, entonces, a raíz de ello, se hace posible postular que aquellas se insertan en el ámbito de la normativa de protección de datos y por ende de los principios rectores recogidos en la LPDP, perfilándose estos como contrapesos de las facultades de vigilancia del empleador. A pesar de ello, dado que a la fecha han sido poco exploradas las exigencias que para la parte empleadora, se derivan de la aplicación de tales principios a los supuestos de control tecnólogico empresarial como el aquí analizado; concretamente, de la aplicación de los principios de legalidad, finalidad y proporcionalidad contemplados en la LPDP, en consecuencia, a ese propósito se dirigen los contenidos desarrollados en los párrafos siguientes.

1. La ineficacia del consentimiento del trabajador como base jurídica habilitante para la monitorización de la navegación en internet en el contexto del BYOD

Recurriendo al tenor preceptivo del principio de legalidad[16] precitado se deduce que toda operación que conlleve el tratamiento de datos personales debe sustentarse en una base o título legal habilitante, la cual como regla debe residir en la manifestación de voluntad previa, libre, informada, expresa e inequívoca del titular de los datos, según lo informa el principio del consentimiento igualmente previsto en la LPDP. En efecto, en e*l consentimiento se reconoce a la base jurídica por excelencia sobre la cual se ha vertebrado la infraestructura normativa de la protección de datos personales,* perfilándose esta como el punto de partida para el tratamiento de la información personal. Sin embargo, en el terreno de las relaciones laborales, dicho título jurídico habilitante se reputa excepcional, en la medida que «[l]os trabajadores casi nunca están en condiciones de dar, denegar o revocar el consentimiento libremente, habida cuenta de la de-

16 El artículo 4 de la LPDP establece que: «El tratamiento de los datos personales se debe realizar conforme a lo establecido en la ley. Se prohíbe la recopilación de los datos personales por medios fraudulentos, desleales o ilícitos»

pendencia que resulta de la relación empresario/trabajador (…)» (Grupo de Protección de Datos «Artículo 29», 2017, p. 25).

Es así que, el carácter residual del consentimiento en ese escenario se traduce en su restringida operatividad, circunscrita a aquellas situaciones en que se garantice a los trabajadores que no se les anudará perjuicio alguno para sus intereses personales o profesionales, sea cual fuere la decisión que adopten al respecto (Grupo de Protección de Datos «Artículo 29», 2011, p. 15). De ahí que, desde dicho anclaje argumental difícilmente pueden encuadrarse en el ámbito del consentimiento, los procedimientos que conlleven el tratamiento de información personal de los trabajadores cuando aquellos se instalen en el marco de la implementación de medidas de control informático por parte del empleador, como el registro de la navegación web, al ser plausible que de estas se deriven consecuencias disciplinarias, aún en el caso de que la supervisión tenga lugar en el ordenador del trabajador en el contexto BYOD.

Antes bien, en escenarios como éste, se considera que la base legal que subyace a la adopción de tales controles informáticos no puede ser otra que su carácter necesario para la ejecución de la relación laboral entablada con el trabajador implicado -titular de los datos personales respectivos-, encuadrándose dicha base habilitante en la causal prevista en el artículo 14, inciso 5 de la LPDP[17], la misma que de cara al supuesto en estudio, se traduce en la necesidad empresarial de actuar esos registros digitales motivada por el legítimo interés del empleador de preservar la seguridad de su base informática así como de supervisar el uso adecuado de los recursos virtuales que pone a disposición de sus trabajadores para el desarrollo de la prestación laboral, lo cual a su vez cobra una importancia gravitante en la modalidad BYOD en razón del elevado riesgo informático que en ésta concurre.

17 «Cuando los datos personales sean necesarios para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte, o cuando se trate de datos personales que deriven de una relación científica o profesional del titular y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento»

Es así que, desde esa perspectiva, q*uedaría excluida para el empleador la posibilidad de recurrir al consentimiento del trabajador como título jurídico habilitante para monitorizar su actividad de navegación en internet en el contexto del BYOD*[18], tornándose cuestionables las cláusulas que directa o indirectamente estipulen la aquiescencia del trabajador para la instalación de determinados programas o softwares en los dispositivos que éste aporte como herramienta productiva, en la medida que ellos permitan llevar a cabo una vigilancia o seguimiento permanente e indiscriminado de su actividad informática.

2. La finalidad lícita y explícita en el registro digital de la navegación en internet

No obstante haberse establecido la base legal habilitante que sustenta el seguimiento de la navegación en internet, cierto es que ella solo configura un marco genérico a partir del cual se justifica el tratamiento de la información personal de los trabajadores a través de la puesta en marcha de tales medidas de control. Es por ello que cabe introducir al caso otra de las garantías objetivas incardinadas en la normativa de protección de datos, la cual reside en el *carácter determinado, lícito y explícito que debe(n) poseer el(los) propósito(s) que se persigue(n) a través de dicha monitorización*, según se desprende del tenor preceptivo del principio de finalidad[19] recogido en la LPDP.

18 Si bien en el apartado II.2 supra, se ha señalado que el BYOD debe protocolizarse vía pacto con el trabajador, debe distinguirse entre el consentimiento requerido para su incorporación a dicha modalidad y el título que legitima el ejercicio de la tecnovigilancia laboral a través de las medidas aquí discutidas, el cual no reside en la voluntad laboral sino en el ejercicio del poder de dirección empresarial, según se desprende de las causales de limitación del consentimiento para el tratamiento de datos (ex art. 14.5 de la LPDP).

19 El artículo 6 de la LPDP establece que: «Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos personales no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca como tal al momento de su recopilación, excluyendo los casos de actividades de valor histórico, estadístico o científico cuando se utilice un procedimiento de disociación o anonimización»

Ahora bien, en rigor del contenido prescriptivo asignado al principio en cuestión, se tiene que del mismo se deriva para el empleador la exigencia según la cual la implementación de las medidas de registro informático objeto de estudio debe dirigirse a uno o más propósitos cuya formulación observe los requerimientos anteriormente enunciados. Así, a nuestro juicio, *las finalidades que pueden ser legítimamente invocadas en el supuesto que nos concierne, se reconducen a: i) la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales contraídas en el marco de la modalidad BYOD y ii) la preservación de la integridad y seguridad de la base informática empresarial*, la cual se muestra especialmente vulnerable dada la configuración propia de dicha modalidad.

En relación al primero de tales propósitos, se considera que éste debe reputarse excepcional en razón de lo intrusivas que pudieran resultar siendo las medidas de control digital sub examine[20], tanto más si el dispositivo sobre el cual se implementan es de titularidad del trabajador. En orden al carácter residual postulado, es que se admite que éste tenga cabida, primordialmente en aquellas situaciones en las que previamente se haya detectado -por otros cauces- la comisión de inconductas laborales graves (p.ej. competencia desleal, infracciones a reglas de seguridad y de la confidencialidad, entre otras) o bien cuando se tengan sospechas fundadas de su existencia, de modo que se recurra al referido mecanismo solo a efectos confirmatorios (Baz Rodríguez, 2019, pág. 144). De lo contrario, si se normaliza el registro de la actividad informática desplegada por el trabajador desde su dispositivo, a modo de método ordinario de supervisión de la actividad laboral, se terminaría validando un control empresarial permanente e indiscriminado (Navarro Nieto, 2019, p. 84).

Por otra parte, en cuanto al segundo propósito, se tiene que éste, a criterio de la Organización Internacional del Trabajo, «(…) es uno de los

20 Esto se sustenta en que la monitorización remota de los dispositivos informáticos del trabajador -concretamente cuando esta se traduce en el registro o indexación de la navegación web- puede acarrear el posible acceso a la información relativa a la vida personal del trabajador, como su afiliación política o ideológica, gustos personales, orientación sexual o inclusive, su condición de salud, datos personales éstos a partir de los cuales puede construirse un perfil del empleado (Rodríguez Escanciano, 2019, párr. RB-10.10).

pocos casos en que se reconoce como indispensable la vigilancia continua de los trabajadores (…)» (Organización Internacional del Trabajo, 1997, p. 15). Así, bajo dicha finalidad, se acoge la implementación del control de la actividad informática del trabajador en el contexto BYOD, en respuesta al riesgo informático cualificado que esta modalidad reporta[21].

Como colofón de todo lo expuesto, resta agregar que otra de las pautas normativas que se desprende del principio en cuestión apunta a garantizar la circunscripción del tratamiento respectivo al propósito específico programado, proscribiéndose los usos desviados de los datos personales recabados. Así pues, al proyectar dicha regla sobre nuestro supuesto de estudio hace posible colegir que la vigilancia permanente a la que se encuentra expuesto el trabajador merced a la monitorización de su actividad en internet implantada con el propósito de resguardar la seguridad de la base informática corporativa, debe tener su contrapeso en la restricción de los usos o destinos a los que se aplican los datos recogidos con ocasión de ella, lo que a su vez implica que el empleador pueda utilizar la información recabada en ese contexto para una finalidad distinta, siempre que se notifique previa y explícitamente de ello. Esto último significa que debe procurarse la correspondencia entre la finalidad preestablecida y el uso real dispensado a la información recopilada, de modo que, en principio, le es exigible al empleador programar el(los) propósito(s) que pretende satisfacer a través de las mencionadas técnicas digitales de supervisión, previniéndose así la sobremonitorización al trabajador so pretexto de preservar la integridad de la data corporativa (Organización Internacional del Trabajo, 1997, p. 15).

21 Es por ello que cada vez es más común la contratación de servicios de «Movile Device Management» o «MDM», los cuales viabilizan una monitorización en tiempo real del funcionamiento y de la localización del dispositivo, permitiéndole implementar diversas configuraciones que posibilitan el bloqueo de los referidos equipos o el borrado automático del contenido allí almacenado, en casos de pérdida o robo; no obstante, también es cierto que tales programas pueden ser tan invasivos como sean configurados por quien los administra en este caso, el empleador (Baz Rodríguez, 2019, apartado 5.3).

3. La exigencia de transparencia informativa en el control digital de la navegación en internet

Como ya es sabido, el derecho a la protección de datos personales confiere a su titular un haz de facultades de disposición y control sobre la información que le concierne, en cuanto a su registro, uso y revelación por y hacia terceros (Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de octubre de 2007, FJ. 2-4). Sin embargo, es pertinente subrayar que el referido derecho fundamental devendría impracticable «(…) si el afectado desconoce qué datos suyos son los que terceros poseen, quiénes los poseen, y con qué fin lo hacen» (Sentencia 29/2013 del Tribunal Constitucional de España, del 11 de febrero de 2013, FJ. 6). De ahí que, la garantía de transparencia informativa previa, expresa y precisa[22] sea considerada, con razón, parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en cuestión (Castillo Córdova, 2012, párr. 3-4). Ahora bien, acudiendo a la LPDP, específicamente, al tenor de sus principios rectores, se advierte que el sustento de dicha garantía reside en el principio de legalidad precitado, cuando en su tenor se contempla la expresa prohibición de efectuar tratamientos desleales de los datos personales.

En esa línea de criterio, aun cuando por lo general no se precise del consentimiento del trabajador en caso de que el tratamiento de su información personal obedezca a la adopción de medidas empresariales que no son sino concreciones de las facultades de ordenación y fiscalización del empleador, cierto es que ello no le exime de la obligación de

22 El contenido detallado que debe predicarse de la obligación de transparencia dirigida al titular del banco de datos, condición que en nuestro caso recae en el empleador, se contempla en el artículo 18 de la LPDP, el cual confiere al titular de los datos personales, el «(…) derecho a ser informado a ser informado en forma detallada, sencilla, expresa, inequívoca y de manera previa a su recopilación, sobre la finalidad para la que sus datos personales serán tratados; quiénes son o pueden ser sus destinatarios, la existencia del banco de datos en que se almacenarán, así como la identidad y domicilio de su titular y, de ser el caso, del encargado del tratamiento de sus datos personales; el carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas al cuestionario que se le proponga, en especial en cuanto a los datos sensibles; la transferencia de los datos personales; las consecuencias de proporcionar sus datos personales y de su negativa a hacerlo; el tiempo durante el cual se conserven sus datos personales; y la posibilidad de ejercer los derechos que la ley le concede y los medios previstos para ello»

proporcionarle información previa y detallada sobre quién, cómo y para qué se están recogiendo y procesando sus datos, quienes pueden ser sus destinatarios, durante cuánto tiempo serán conservados así como de la posibilidad de ejercer los precitados derechos «ARCO». Dicho esto, al proyectar el subrayado deber empresarial de transparencia sobre el supuesto en estudio -registro de la navegación en internet-, es plausible formular algunas pautas normativas consideradas relevantes de cara al propósito que nos convoca, aunque su aplicabilidad puede también hacerse extensiva a la implementación de otras formas de control informático en la medida que estas operen a través de técnicas de recolección y procesamiento de la data personal de los empleados:

(A) El establecimiento de una política que fije los criterios de utilización de los dispositivos digitales de los trabajadores inmersos en la modalidad BYOD así como de los recursos virtuales puestos a su disposición por el empleador con fines de productividad, procurándose la especificación de los usos autorizados como de los proscritos[23].

(B) La previa notificación respecto a las características y alcances de las medidas técnicas de seguridad adoptadas por el empleador con el propósito de preservar la integridad y confidencialidad de la infraestructura informática corporativa a la que el trabajador pudiera tener acceso desde su propio dispositivo.

(C) La previa información sobre la posibilidad de instalar programas o soluciones informáticas que permitan llevar a cabo un seguimiento o vigilancia de la actividad del trabajador en internet -navegación web-, debiendo asegurarse el empleador de trans-

23 Bajo tales alcances, si bien se admite que el empleador puede establecer inclusive prohibiciones absolutas respecto al uso personal del internet como de otros recursos virtuales que ponga a disposición de sus empleados, es importante considerar que en el contexto BYOD se encuentra implicado el dispositivo de titularidad del trabajador- coexistiendo en el mismo una dualidad de usos, entre privados y profesionales. Debido a esta particularidad, las prohibiciones absolutas y tajantes del aprovechamiento extralaboral de las funcionalidades del equipo en cuestión no se perfila como la opción más adecuada; antes bien se sugiere la implantación de una política de usos razonables de los mismos (Baz Rodríguez, 2019, apartado 5.2).

parentar la clase de datos personales que serán objeto de tratamiento, sus destinatarios, así como las características y alcances que pudieran tener dichas medidas de control digital, el(los) propósito(s) que con éstas se persigue(n), las implicancias -organizativas, disciplinarias, etc.- que de ellas podrían derivarse para el trabajador además del plazo y modo de la conservación de sus datos.

A ese respecto, cabe destacar que la mayor o menor rigidez que adopten los criterios mencionados supra, ciertamente dependerá de diversos factores como los referidos a si el dispositivo fue de exclusivo uso personal del empleado con anterioridad a la implementación del BYOD o si el equipo se adquirió a partir de la adopción de dicha modalidad; así como por quién solventó la adquisición y/o el uso del mismo (Cremades Chueca, 2018, p. 114), siendo igualmente relevante tomar en cuenta el aspecto locativo en el que tiene lugar el BYOD, valorándose en ese sentido si la prestación con el propio equipo se viene ejecutando en las instalaciones del empleador o fuera de ellas, sin soslayar lo atinente al grado de flexibilidad con que cuenta el trabajador para gestionar el desarrollo de su labor. No obstante, cualquiera que sea la política que se decida al respecto, sí que es cierto que el *trabajador no puede ver anulados sus atributos iusfundamentales, especialmente su privacidad y el derecho a la protección de sus datos personales en el entorno laboral, configurando garantía mínima de los mismos, el estricto cumplimiento previo del estándar de transparencia* abordado supra[24] (Luque Parra & Ramón Lacomba, 2020, párr. RB-12.36).

24 De ahí que, se haya asentado en la jurisprudencia del TEDH, el concepto de «vida privada social», el cual responde a la posibilidad de que su titular desarrolle su identidad social mediante la comunicación y las relaciones con sus semejantes, lo que, comprende las actividades profesionales, pues se considera que la vida laboral representa uno de los espacios donde las personas tienen la mayoría de oportunidades para forjar vínculos con sus pares (Sentencia del TEDH de fecha 3 de abril de 2007, Caso *Copland vs. Reino Unido*).

4. La proporcionalidad del tratamiento de los datos personales de los trabajadores en la monitorización de la navegación en internet

Es sabido que las medidas de monitorización informática materia de este estudio sin duda pueden comprometer múltiples derechos fundamentales del trabajador, por lo que, para su válida implementación se precisa que aquellas también satisfagan las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 7 de la LPDP, en virtud del cual «[t]odo tratamiento de datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados»[25].

Ahora bien, aun cuando en este apartado se aborda el principio de proporcionalidad consagrado en la LPDP, no puede perderse de vista su indudable sustento constitucional, habiéndolo así ratificado nuestro Tribunal Constitucional, al considerarlo un principio vigente en la integridad del ordenamiento jurídico nacional, reconociendo en la cláusula del Estado de Derecho uno de sus principales fundamentos, en la medida que ella expresa la sujeción de todo acto de poder –sea público o privado, normativo o no normativo- a la Constitución y especialmente a las previsiones que garantizan derechos fundamentales, a partir de la cual se arriba al entendimiento de que ante una eventual afectación de los mismos, ésta deba ser equilibrada y proporcional (Sentencia del Tribunal Constitucional del 03 de enero de 2003, FJ. 138).

En esa línea de criterio, la lógica operativa que acompaña al principio en alusión consiste en establecer si en el supuesto en cuestión se verifica una correlación entre la limitación que grava al derecho fundamental implicado y la satisfacción del bien jurídico relevante invocado como causa justificante de la afectación iusfundamental alegada. En otras palabras, dicho principio comporta una "(…) relación lógico– axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado" (Sentencia del Tribunal Constitucional del 05 de julio de 2004, FJ. 35). Es

25 No obstante, a dicho principio lo complementa el de calidad igualmente contemplado en el citado dispositivo legal, en la medida que éste último prevé, entre otros aspectos, la exigencia de que la información personal recabada sea la necesaria, pertinente y adecuada en relación a la finalidad programada

así que, dicho cometido se concreta sometiendo a la medida limitativa del derecho a un triple juicio ponderativo: (i) de idoneidad, el cual vela tanto por la legitimidad del fin u objetivo perseguido como por la adecuación de la medida aludida para la realización del primero; (ii) de necesidad, dirigida a preservar la indispensabilidad del medio empleado ante la inexistencia de alternativas igualmente eficaces pero menos intrusivas para el derecho fundamental intervenido; y (iii) de proporcionalidad en sentido estricto, que apunta a garantizar el equilibrio razonable entre el grado de realización del objetivo buscado y el grado de intervención en el derecho fundamental respectivo, procurándose que las desventajas o sacrificios acarreados no superen las ventajas o beneficios reportados (Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de febrero de 2005, FJ 6).

Desde ese marco conceptual y volviendo sobre tenor preceptivo asignado al principio de proporcionalidad recogido en la LPDP, es posible apreciar que en él se encuentran contempladas las tres precitadas dimensiones que tradicionalmente han conformado su contenido, llegándose a identificar, a estos efectos, la idoneidad con la exigencia de adecuación; la necesidad con la exigencia de relevancia y la proporcionalidad en sentido estricto con la proscripción de los excesos en el tratamiento respectivo, cuya proyección a nuestro supuesto de estudio propicia que aquellas adquieran perfiles específicos, los mismos que pasarán a desarrollarse en las líneas que siguen.

(A) Exigencia de adecuación o idoneidad: en virtud de esta exigencia, el tratamiento de los datos personales de los trabajadores llevado a cabo mediante el registro de la navegación en internet debe ser adecuado o idóneo para satisfacer eficazmente la finalidad legítima y específica que lo motiva, la cual si bien se encuentra en principio encaminada a preservar la infraestructura informática corporativa a raíz del riesgo informático implícito en el BYOD, tampoco se descarta la posibilidad de que excepcionalmente dicho registro pueda servir al estricto propósito de fiscalizar la actividad laboral, conforme se ha explicado en el apartado VI.2 supra. En ese sentido, de cara a alcanzar

tales propósitos, se tiene que la idoneidad requerida al referido control informático por lo general no exige mayor problematización si se atiende a sus múltiples funcionalidades técnicas sujetas a la exclusiva disposición del empleador. En efecto, ello responde al hecho de que la monitorización de la navegación reporta al empresario eventuales peligros e irregularidades que pudieran estar afectando la infraestructura informática corporativa, sin soslayar el potencial que aquella alberga para informar de otros aspectos del desarrollo de la actividad laboral, tales como el cumplimiento de las obligaciones, desempeño o inclusive perfiles del trabajador.

(B) Exigencia de indispensabilidad o relevancia: en razón de esta exigencia, resulta pertinente señalar que el recurso a técnicas de monitorización como las aquí abordadas, solo se concibe cuando ello sea relevante en razón de su carácter indispensable para alcanzar el objetivo o propósito programado, ante la falta de otras medidas alternativas menos invasivas e igualmente eficaces para esos efectos. De ahí que, a partir de ello se postule el carácter preferente –dada su reducida lesividad- de las medidas de índole preventiva que en ese contexto se adopten, considerándose entre estas, la instalación de programas que bloqueen automáticamente el acceso a determinadas páginas web riesgosas, el establecimiento de políticas informativas dirigidas a los empleados respecto a las aplicaciones prohibidas, advertencias sobre los problemas de seguridad que puede acarrear la descarga de programas no autorizados, técnicas de encriptado de datos, políticas formativas sobre usos razonables y diligentes de las nuevas tecnologías, etc.. En suma, «(…) la prevención de los usos desviados de los dispositivos digitales debe ser más importante que su detección (…)» (Baz Rodríguez, 2019, p. 140), aunque ciertamente el examen caso por caso será lo más adecuado para establecer cuán indispensable puede llegar a ser la implementación de los registros informáticos en cuestión de cara a la satisfacción de los específicos propósitos buscados.

(C) Proscripción de los excesos en el tratamiento de datos personales: el tratamiento de la información personal del empleado sobre cuya base opera la monitorización de la navegación en internet debe finalmente ser equilibrado o en términos de la LPDP, no excesivo. Ciertamente esto se traduce en el alcance limitado que le es requerido a las medidas de control aquí abordadas, de modo que se garantice la relación razonable que debe verificarse entre el grado de satisfacción del propósito empresarial perseguido a través de ellas y el grado de intromisión en el derecho fundamental a la protección de datos así como en otros de su mismo rango que también pudieran estar implicados, según las particularidades del caso concreto. Desde esa perspectiva, se arriba al entendimiento de que las medidas de control digital en cuestión deben obedecer a una configuración tal que puedan operar con la mínima información personal del trabajador implicado, perfilándose así incompatibles con dicha exigencia, las técnicas de vigilancia informática capaces de recabar datos innecesarios o cuyo despliegue sea irrazonablemente prolongado o indiscriminado (Baz Rodríguez, 2019, apartado 2.6). Por lo que, tras esas consideraciones conviene introducir algunas pautas avocadas a minimizar el impacto de la monitorización bajo examen:

(i) El alcance subjetivo que se plantee el empleador al implementar las medidas de monitorización estudiadas, debe procurar hallarse en función del perfil informático que ostente el trabajador concernido, aspecto éste que a su vez depende de su cualificación profesional, así como del tipo de información corporativa a la que aquel puede acceder desde su propio dispositivo en razón de su concreta función.

(ii) Especialmente, cuando las medidas sub examine se orientan hacia un propósito referido al control laboral, debe procurarse que su despliegue tenga lugar durante un intervalo temporal acotado, el estrictamente necesario para alcanzar su cometido, de ahí que, se recomiende la implementación de mecanismos

-preferentemente automáticos- de desconexión de dichos sistemas de control durante un rango horario predeterminado, independientemente de cuán flexible se perfile el régimen contractual del trabajador implicado. En efecto, esta última posibilidad redunda en beneficio de ciertos bienes humanos fundamentales habitualmente intervenidos con las prácticas empresariales bajo análisis, tales como el descanso y la conciliación entre la vida personal y profesional, por nombrar algunos.

(iii) Por otra parte, si por razones de seguridad, se requiere de una permanente monitorización, repárese que, aún en este contexto -y a modo de contrapeso-, ésta debe observar la mayor corresponderse posible con dicho propósito, procurándose optar por configuraciones que impidan la visualización de los datos personales recolectados, sino hasta que ello sea realmente necesario, es decir, ante el acaecimiento de situaciones de robo, extravío, detección de actividad informática irregular, entre otras análogas.

VII. CONCLUSIONES

a) A pesar de que la incorporación del trabajador a la modalidad BYOD deba ser protocolizada a través de un convenio celebrado entre ambas partes de la relación laboral, el aspecto concerniente a *la monitorización de la navegación en internet no puede dejarse a merced del consentimiento del empleado, al no ser éste título jurídico habilitante para ello, quedando consecuentemente excluida para empleador la posibilidad de ampararse en* él, tornándose entonces cuestionable la validez de ciertas cláusulas contractuales, que apoyándose en la aquiescencia del trabajador, terminen legitimando una vigilancia indiscriminada en sus propios dispositivos.

b) El seguimiento de la navegación en internet debe responder a una *finalidad determinada, lícita y explícita, perfilándose como unos de los propósitos plausibles en el marco de tales operaciones*, a saber: i) la preservación de la seguridad de la base informática

empresarial, de cara a los riesgos implícitos en el BYOD y ii) la supervisión del correcto desarrollo de la actividad laboral, especialmente si se trata de fiscalizar el uso de los recursos virtuales proporcionados a los trabajadores.

c) *Las medidas de monitorización digital aquí abordadas no pueden ser desleales o clandestinas*. Todo lo contrario, la información previa que se proporcione respecto a su instalación, características, propósito, alcances e implicancias se constituye en un *prius* ineludible de cara a su válida implementación, más aún si la referida vigilancia informática tiene lugar en un dispositivo de titularidad del trabajador inmerso en la modalidad BYOD.

d) El cumplimiento del estándar de transparencia en la implementación del registro de la navegación en internet, habilita el sucesivo examen de su proporcionalidad, comprendida en su triple juicio ponderativo. En virtud de este último, *el empleador debe garantizar, en primer orden, la adecuación de dicha medida de control de cara al logro del propósito que justifica su adopción.* Asimismo, aquel debe asegurar su relevancia, en el sentido de asegurarse de que su puesta en marcha sea realmente indispensable tras haberse descartado -dada su reducida eficacia-, otras alternativas menos intrusivas. Y, finalmente, se le exige *preservar el equilibrio razonable entre el grado de restricción que dicha medida pueda generar en los derechos fundamentales del trabajador implicado y la relevancia del propósito empresarial que con ella se intenta satisfacer*, lo cual se traduce en la exigencia de limitar sus alcances y concreto ámbito de operatividad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Baz Rodríguez, J. (2019). *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital.* Madrid: Wolters Kluwer.

Baz Rodríguez, J. (Junio de 2019). Protección de datos y garantía de los derechos digitales laborales en el nuevo marco normativo europeo e interno. *Ars Iuris Salmanticensis, 7*, 129-171.

Castillo Córdova, L. (2003). Principales consecuencias de la aplicación de la doble dimensión de los derechos fundamentales. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*(7), 183-196. Obtenido de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1959

Castillo Córdova, L. (31 de julio de 2012). *La finalidad del derecho a la autodeterminación informativa y su afianzamiento a través del hábeas data*. [Entrada de Blog]: https://sumaciudadana.wordpress.com/2012/07/31/la-finalidad-del-derecho-de-autodeterminacion-informativa-y-su-afianzamiento-a-traves-del-habeas-data

Castro Cruzatt, K. (2008). El derecho fundamental a la protección de datos personales: aportes para su desarrollo en el Perú. *Ius et Veritas*(37), 260-276.

Cremades Chueca, O. (junio de 2018). Impacto teórico-práctico del BYOD en el derecho del trabajo. (CEF, Ed.) *Revista de Trabajo y Seguridad Social*(423), 103-122.

Goñi Sein, J. L. (2017). Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016. *Revista de Derecho Social*(78), 1-29.

Grupo de Protección de Datos del Artículo 29. (GT 29). Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento, WP 187, 13 de julio de 2011.

Grupo de Protección de Datos del Artículo 29. (GT 29). Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, WP 249, 8 de junio de 2017.

Luque Parra, M., & Ramón Lacomba, F. (2020). Acceso a dispositivos digitales del trabajador facilitados por la empresa. En M. Rodríguez-Piñero Royo, & A. Todolí Signes, *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital.* Cizur Menor: Aranzadi, S.A.U. Obtenido de https://proview.thomsonreuters.com/

Navarro Nieto, F. (2019). Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación del sonido. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* (150), 71-89. Obtenido de: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7224368

Organización Internacional del Trabajo. (1997). Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT: Protección de los datos personales de los trabajadores. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Preciado Domenech, C. (2019). *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos Laborales de la L.O 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos y garantía de los derechos digitales.* Cizur Menor: Aranzadi, S.A.U. Obtenido de https://proview.thomsonreuters.com/

Puyol, J. (2015). *Una aproximación a la técnica "BYOD" y al control estratégico de las nuevas tecnologías en la empresa.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Rodriguez Escanciano, S. (2019). *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes.* Cizur Menor: Aranzadi, S.A.U. Obtenido de https://proview.thomsonreuters.com/

Tascón López, R. (octubre de 2017). Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores (intento de construcción de una regla conceptual en el derecho del trabajo español). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*(415), 53-92.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Constitución Política del Perú (1993).

Decreto supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del decreto legislativo 728. *Diario Oficial El Peruano*, 27 de marzo de 1997.

Decreto supremo 003-2013-JUS. Reglamento de la Ley No 29733, Ley de Protección de Datos Personales [RLPDP]. *Diario Oficial El Peruano*, 22 de marzo de 2013.

Decreto supremo N.° 010-2020-TR. Desarrolla disposiciones para el Sector Privado, sobre el trabajo remoto previsto en el Decreto de Urgencia N.° 026-2020. *Diario Oficial El Peruano*, 24 de marzo de 2020.

Decreto de Urgencia N.° 026-2020. Establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional. *Diario Oficial El Peruano*, 15 de marzo de 2020.

Dirección de Protección de Datos Personales. (2018). Informe 03-2018-JUS/DGTAIPD-DPDP. Miraflores, 30 de enero de 2018.

Ley 29733 [LPDP]. Ley de Protección de Datos Personales. *Diario Oficial El Peruano*, 3 de julio de 2011.

Tribunal Constitucional [Perú].Sentencia de 03 de enero de 2003. Exp. N.º 0010–2000–AI/TC

Tribunal Constitucional [Perú].Sentencia de 05 de julio de 2004. Exp. N.º 0090–2004–AA/TC

Tribunal Constitucional [Perú].Sentencia de 18 de agosto de 2004. Exp. N.º 1058-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional [Perú].Sentencia de 18 de febrero de 2005. Exp. N.º 2235–2004–AA/TC

Tribunal Constitucional [Perú].Sentencia de 18 de abril de 2007. Exp. N.º 4637-2006-PA/TC

Tribunal Constitucional [Perú].Sentencia de 29 de agosto de 2007. Exp. N.º 0009-2007-PI/TC

Tribunal Constitucional [Perú].Sentencia de 15 de octubre de 2007.Exp. N.º 4739-2007-HD/TC

Tribunal Constitucional [Perú].Sentencia del 30 de mayo de 2011. Exp. N.º 4227-2009-HD/TC

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta). Caso Copland contra Reino Unido, del 3 de abril de 2007

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Barbulescu contra Rumanía, del 5 de septiembre de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de España (Sala de lo Social, Sección 1ª) n.° 966/2006 de 26 de setiembre de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo de España (Sala de lo Social, Sección 1ª) n.° 8876-2011 de 6 de octubre de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional [España]. Sentencia 29/2013, del 11 de febrero de 2013. BOE 61, del 12 de marzo de 2013.

MESA REDONDA

LA LIBERTAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ÉPOCA DE POST COVID-19

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LA LIBERTAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA POST COVID-19

LORENA VASCONCELOS PORTO

Lorena Vasconcelos Porto es Fiscal del Ministerio Público del Trabajo. Doctorado en Autonomía Individual y Colectiva por la Universidad de Roma "Tor Vergata". Magíster en Derecho Laboral por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad de Roma "Tor Vergata". Licenciado en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG). Profesora invitada de la Maestría en Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia, en Bogotá, y del Curso de Posgrado de la Universidade Presbiteriana Mackenzie. Investigadora. Autora de libros y artículos publicados en Brasil y en el exterior.

1. INTRODUCCIÓN

Este estudio se originó de una invitación de los distinguidos Profesores Guillermo Boza Pró, presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, y Michael Vidal Salazar, presidente del Comité Organizador del IX Congreso Nacional "El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en tiempos de intercambio ", para participar en este evento y el libro colectivo resultante.

El tema que se me asignó es "La libertad sindical y la negociación colectiva post COVID-19", del que me ocuparé en este artículo. Pretendemos dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿cuál es el rol de la libertad sindical y la negociación colectiva en el sistema de producción capitalista? ¿Cuáles son los desafíos que enfrentan los sindicatos debido a los cambios en el mundo del trabajo, así como en los aspectos económicos, sociales, políticos e ideológicos, especialmente desde la década de 1970? ¿Cuáles son las posibilidades de que el sindicato actúe en este contexto? ¿Cuál es el rol de la libertad sindical y la negociación colectiva en la pandemia de COVID-19 y después del período pandémico?

Inicialmente, destacaremos el rol que juegan los sindicatos, con énfasis en la libertad sindical y la negociación colectiva, en el sistema de producción capitalista. A continuación, abordaremos los desafíos que enfrentan los sindicatos debido a los cambios en el mundo del trabajo, así como en los aspectos económicos, sociales, políticos e ideológicos, especialmente a partir de la década de 1970. Finalmente, discutiremos las posibilidades de que el sindicato actúe en este contexto, así como el rol de la libertad sindical y la negociación colectiva en la pandemia de COVID-19 y después del período pandémico.

2. EL ROL DEL SINDICATO EN EL SISTEMA DE PRODUCCIÓN CAPITALISTA

El sindicato tiene un rol de suma relevancia, no solo en la conquista de nuevos derechos laborales, sino también en garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos previstos en las leyes y convenios colectivos. Por tanto, debe ser fuerte, dotado de un gran poder de negociación, lo que, a su vez, requiere la participación activa de sus representados.

La asociación de trabajadores en sindicatos tiene como objetivo principal buscar el equilibrio de poder en una situación que "a priori" se caracteriza por la desigualdad. El objetivo es salvaguardar la libertad contractual —que, en el ámbito del Derecho Laboral, no puede operar a nivel individual— mediante la creación, a nivel colectivo, de una verdadera paridad de fuerzas. El sindicato atiende así a la necesaria creación de un contrapoder social, para contrarrestar la insuficiencia estructural del trabajador, que, individualmente, no es capaz de negociar con el patrón en situación de paridad. Los empleados solo ejercen el poder si se organizan, como el empleador, como un ser colectivo. Por eso se dice que el poder sindical es el único capaz de contrarrestar la posición de desigualdad social en la que se encuentra el trabajador frente al empresario.

En el proceso de construcción del Derecho Laboral y la democracia en los países capitalistas centrales, el movimiento obrero se estructuró en organizaciones colectivas (como sindicatos y partidos políticos), actuando colectivamente (negociación colectiva, huelga, etc.). Como resultado, se produjo una normatividad colectiva autónoma que cumple un rol esencial, modulando y limitando el poder del empleador, especialmente en sus dimensiones directiva y disciplinaria. Se puede decir que no hay verdadera democracia, ni desarrollo socioeconómico real, sin sindicatos fuertes y activos[1]. En realidad, no hay democracia sin instituciones intermedias ya que estas son las que llevan a cabo la voz y los intereses de los sectores más impotentes de la sociedad.

1 Delgado, Mauricio Godinho. Sindicato no Brasil: problemas e perspectivas. In: Porto, Lorena Vasconcelos; Pereira, Ricardo José Macêdo de Britto (coord.). Temas de Direito Sindical. São Paulo: LTr, 2011, pp. 54-66.

La libertad sindical es la base de todos los demás derechos laborales, ya que a través de ella los trabajadores lucharon y conquistaron sus derechos, tanto directamente, a través de las normas resultantes de la negociación colectiva, como a través de la presión política, en particular a través de huelgas, que llevaron al Estado a postular y generalizar los derechos laborales en las leyes. Por tanto, el Derecho Laboral es el resultado de la libertad sindical. En las lecciones de Mario de la Cueva, el Derecho Laboral Colectivo se basa en un trípode inseparable, formado por la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga.

Las propias empresas necesitan sindicatos para regular las condiciones de trabajo, a través de la negociación colectiva, en los puntos permitidos por el ordenamiento jurídico, con la aplicación del principio de adecuación sectorial negociada. En este sentido, la negociación colectiva debe consistir en una transacción, no en una renuncia, y no puede abordar los derechos de indisponibilidad absoluta. Éstos consisten en el nivel mínimo de civilización, sin el cual los principios constitucionales de la dignidad de la persona humana y la valorización del trabajo no están garantizados. Este nivel, en Brasil, está dado por tres grupos de normas laborales heterónomas: la Constitución Federal de 1988, respetando las reservas que hace; los tratados y convenios internacionales vigentes en Brasil; las normas legales infraconstitucionales que aseguran los niveles de ciudadanía (por ejemplo, disposiciones sobre identificación profesional, antidiscriminación, salud y seguridad en el trabajo, niveles salariales, entre otros)[2].

3. RETOS Y POSIBILIDADES PARA EL TRABAJO DE LOS SINDICATOS

3.1. Sindicalismo, movimientos sociales y transversalidad

Con el desarrollo de la primera y segunda Revolución Industrial, la opresión y explotación experimentada por los trabajadores, reunidos en las fábricas --organizadas bajo la estricta disciplina del modelo fordista/taylorista -, y conviviendo uno al lado del otro, provocó una mayor soli-

2 Delgado, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019. p. 1576-1578.

daridad y unidad entre ellos, lo que resultó en la formación de sindicatos. Los sindicatos, por lo tanto, han representado tradicionalmente a los trabajadores de la industria, hombres, blancos, heterosexuales.

Sin embargo, sobre todo a partir de la década de 1970 se produjeron grandes cambios en la realidad socioeconómica, que generaron importantes consecuencias en el mundo del trabajo. Destacan las innovaciones y avances tecnológicos, en particular en los campos de la microelectrónica, la microinformática, la robotización y las telecomunicaciones, fenómeno que se conoce como la 3ª Revolución Industrial. También se señala, como transformaciones notables ocurridas en las últimas décadas, la reestructuración empresarial —con cambios en la estructura de la empresa y en la organización del trabajo, especialmente a través de la implementación del modelo toyotista y la difusión de la terceirización—, y la globalización económica y financiera, con el consiguiente aumento de la competencia capitalista, incluso a nivel internacional[3].

Actualmente, la sociedad vive la 4ª Revolución Industrial, guiada por la Industria 4.0. Esta, a su vez, se caracteriza por la cyberización, algoritmos, plataformas digitales, robotización, inteligencia artificial. En este contexto, la mano de obra adquiere nuevos contornos, dando lugar a dos tipos de trabajo a través de plataformas: el *crowdwork* y el trabajo *on-demand* a través de aplicaciones[4]. Esto provoca un cambio en la propia ontología y en la morfología de la relación laboral tradicional regulada por el Derecho Laboral. Estos fenómenos provocaron, entre otras consecuencias, una mayor diversificación de las relaciones laborales, el crecimiento del sector servicios y la fragmentación y heterogeneidad de la clase trabajadora.

---

3 Delgado, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006. p. 34-35.

4 Véase De Stefano, Valerio. The gig economy and labor regulation: an international and comparative approach. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, v.4, n.2, Brasília, Centro Universitário do Distrito Federal-UDF, p. 68-79, mayo-agosto/2018, y De Stefano, Valerio. Introduction: automation, artificial intelligence, and labour protection. In: Rocha, Cláudio Jannotti da.; Porto, Lorena Vasconcelos; Alvarenga, Rúbia Zanotelli de. (coord.). *O Direito e o Processo do Trabalho no Século XXI*-Direito Internacional do Trabalho. Volume 1. Belo Horizonte: Virtualis, 2019.

Así, es necesario que el sindicato amplíe sus bases de representación para llegar a esta nueva realidad de la clase trabajadora, a través de la creación de nuevas identidades y afinidades y su apertura a nuevas agendas, como las cuestiones de género (población LGBTIQ+), raza, orientación sexual, entre otros, con énfasis, por tanto, en la transversalidad de las agendas de luchas y demandas.

En este sentido, las entidades sindicales pueden articularse con otros movimientos sociales, como los relacionados con el feminismo y los temas de género y orientación sexual. Por ejemplo, un grupo de activistas homosexuales apoyó la huelga de los mineros en Inglaterra en 1984 y trabajaron para recaudar fondos para los huelguistas y sus familias.. Ellos fundaron el movimiento LGSM (Lesbians and Gays Support the Miners). En consecuencia, el Sindicato Nacional de Trabajadores Mineros (National Union of Mineworkers – NUM) encabezó la manifestación del Orgullo Gay (Pride) en agosto de 1985 y se volvió bastante prominente en el cambio de la política sobre los derechos de los homosexuales en el Partido Laborista inglês (Labour Party). LGSM "fue el primer ejemplo realmente concreto de cómo un movimiento 'autónomo' de los 'especialmente oprimidos' (como solíamos decir) podría luchar junto a la clase trabajadora organizada y transformar la conciencia de la clase trabajadora en el proceso"[5]. Este movimiento se retrata en la película inglesa Orgullo y Esperanza, estrenada en 2014[6].

Por otro lado, la participación de las mujeres en el mercado laboral ha crecido de forma continua en América Latina y el Caribe, y en 2017, por primera vez, superó la mitad de la fuerza laboral (50,2%). Aunque hay una mayor presencia de mujeres en el mercado laboral, su participación en las organizaciones sindicales es menor. En Argentina, Chile, Brasil, Panamá y El Salvador, los datos muestran que, si bien las mujeres

5 Bradley, Clive. The miners and solidarity. In: Matgamna, Sean (coord.). *Class against class*: the miners' strike 1984-5. 2ª ed. London: Phoenix Press, 2015. p. 235. Traducción libre.

6 El tráiler de la película Orgullo y Esperanza (título original: Pride) está disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=pcDP3mNtjvw> Acceso en 13 enero 2020.

representan alrededor del 50% del mercado laboral, solo entre el 25% y el 40% de los afiliados a sindicatos son mujeres y solo entre el 14% y el 34% de los líderes sindicales son mujeres.

Las mujeres viven en los sindicatos un proceso de "inserción excluida", similar al que orientó su integración al mercado laboral[7]. No por casualidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicitó a la Corte Interamericana una Opinión Consultiva sobre el "alcance de las obligaciones de los Estados, en el marco del sistema interamericano, sobre garantías de libertad sindical, su relación con otros derechos y su aplicación con perspectiva de género" 8. Así, para fortalecer y ampliar la representación de los sindicatos, es fundamental una mayor participación de las mujeres entre los líderes sindicales.

Las luchas colectivas contra la desigualdad de género, el racismo, las desigualdades socioeconómicas (dentro de una misma sociedad y entre países del mundo), por los derechos laborales, los derechos LGBTIQ+, los derechos indígenas, por un medio ambiente equilibrado y sostenible, son todos ellos lucha contra la injusticia, contra la idea de que una nación, una raza, una clase social, un género o una especie tiene derecho a dominar, controlar, utilizar y explotar a los demás con impunidad. Son las luchas de las minorías políticas, en términos de poder y voz en la sociedad y en el mundo de hoy, pero que, de hecho, son mayorías de población, como es el caso de las mujeres, los negros, los trabajadores. Por tanto, hay una comunalidad en estas luchas, como se destaca en el discurso de Joaquin Phoenix al recibir el Oscar 2020 al Mejor Actor por "Joker"[9].

---

7 D'Oliveira, Mariane Camargo; Camargo, Maria Aparecida Santana. Participação sindical feminina: estratégia de efetivação do direito do trabalho da mulher. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, vol. 9, n. 83, octubre./noviembre 2019, p. 33.

8 CIDH. *Solicitação de Parecer Consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos.* Alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do Sistema Interamericano, sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero Disponible en: <www.corteidh.or.cr › solicitudoc › soc_3_2019_por>. Acceso en 21 abril 2020.

9 Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=zOfURiUTWIY> Acceso en 24 septiembre 2020.

Los sindicatos también deben actuar como canalizadores de luchas colectivas, provocando y fortaleciendo movimientos políticos que defiendan los intereses de los trabajadores, ya que el desmantelamiento de las políticas públicas, los derechos sociales, la pobreza y las abismales desigualdades socioeconómicas afectan no solo a la clase trabajadora, sino también la clase media, creando un riesgo para la democracia misma[10]. En este sentido, se destacan las movilizaciones sociales que se dieron en América Latina[11] y en otros países del mundo hoy[12-13].

---

10 Chade, Jamil. *Década vê explosão de milionários e desigualdade que ameaça democracias.* Disponible en: <http://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2019/12/31/decada-ve-explosao-de-milionarios-e-desigualdade-que-ameaca-democracias.htm>. Acceso en 13 enero 2020.

11 Se pueden citar las movilizaciones sociales en Chile: BBC NEWS. *Chile protests*: One million join peaceful march for reform. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-50191746>. Acceso en 17 enero 2020, y <https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=2481872585414969&id=1778800639055504&sfnsn=scwspwa&d=w&s=747166939&w=y&funlid=AXdXLhB5rNp8Vebf>. Acceso en 13 enero 2020. Vease también: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/10/23/america-do-sul-em-turbulencia-veja-em-resumo-os-protestos-e-crises-politicas-na-regiao.ghtml> Acceso en 13 enero 2020.

12 Cabe citar la huelga, incluida la de los trabajadores del transporte público, en Francia contra la propuesta de reforma de las pensiones del Gobierno: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/12/28/internacional/1577547403_347038.html>; <https://www.lemonde.fr/societe/live/2019/12/05/greve-du-5-decembre-suivez-en-direct-la-journee-de-mobilisation-contre-la-reforme-des-retraites_6021736_3224.html> e <https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/12/05/sncf-transport-aerien-de-fortes-perturbations-encore-prevues-vendredi_6021819_3234.html> Acceso en 13 enero 2020.

13 También se menciona la huelga de millones de personas en India, considerada la más grande del mundo, en protesta contra el Gobierno que tomó posición para atacar a los trabajadores. Los manifestantes luchan contra la privatización y exigen mejores salarios y pensiones. Disponible en: <https://www.channelnewsasia.com/news/asia/nationwide-strike-in-protest-at-indian-government-policies-12243512>. Acceso en 13 enero 2020. Según un índice de la OIT basado en el número de protestas y huelgas, la agitación social está aumentando en el mundo, lo que refleja una reacción creciente a las desigualdades sociales y económicas, con agitaciones sociales aumentando en 7 de las 11 subregiones del mundo. La mayor ola de malestar se da en Argelia, Egipto y Sudán y, en América Latina, en los países más afectados por crisis económicas y sociales, como Bolivia, Chile, Ecuador y Venezuela. In Valor Econômico. *Turbulência social aumenta no mundo, alerta OIT*. Disponible en: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/01/20/turbulencia-social-aumenta-no-mundo-alerta-oit.ghtml>. Acceso en 28 enero 2020.

Por tanto, los sindicatos necesitan trabajar en conjunto con otros movimientos sociales, como los relacionados con la crisis climática, que es la principal causa de los jóvenes en la actualidad[14]. Un ejemplo de ello es la adolescente sueca Greta Thunberg, creadora de la "huelga escolar por el clima", que inspiró a miles de jóvenes de todo el mundo a luchar contra la crisis climática y fue elegida la personalidad del año 2019 por la revista Time[15].

En este orden de ideas, Alain Supiot enfatiza la necesidad de conectar políticas sociales y ambientales: la cuestión del trabajo y la cuestión ecológica, la sobreexplotación del hombre y la naturaleza, son dos caras de una misma moneda[16]. Se puede citar, como ejemplo de la relación intrínseca entre cuestiones laborales y ecológicas, la contaminación provocada por empresas propietarias de aplicaciones de transporte de pasajeros, como Uber, cuyas operaciones en Londres, París y Bruselas producen 525.000 toneladas de CO2 al año, equivalentes a las emisiones de 250.000 coches, lo que constituye "un obstáculo para la transición hacia ciudades verdes y sostenibles en Europa"[17].

---

14 En este sentido, Christian Laval se refiere al concepto de "sindicalismo integral", que "es una estrategia que consiste en sistematizar alianzas con todos los movimientos de transformación social, particularmente feministas, movimientos de apoyo a migrantes, ecologistas, alter-globalistas, etc., integrando todas las dimensiones de esta transformación social en el cuerpo sindical, no externa y artificialmente, sino desde adentro, porque estas dimensiones, que llamamos sociales, económicas, ecológicas o culturales, son realmente parte del trabajo, son elementos o dimensiones de la relación social ". In Laval, Christian. Entrevista: novo neoliberalismo, autoritarismo e os novos caminhos do sindicalismo. Disponible en: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/download/27700/17996>. Acceso en 22 enero 2020. p. 326-327.

15 Disponible en: <https://www.lexpress.fr/actualite/societe/environnement/greta-thunberg-lanceuse-d-alerte-climatique_2090892.html> y <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2019/12/11/greta-thunberg-e-eleita-personalidade-do-ano-pela-revista-time.htm> Acceso en 13 enero 2020. Véase también el discurso de Greta Thunberg, que ya tiene 10,6 millones de seguidores en su perfil de Instagram, en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático el 23.09.2019: <https://www.youtube.com/watch?v=o2SxZaYBrMQ>. Acceso en 13 enero 2020.

16 Véase Supiot, Alain. Para além do emprego: os caminhos de uma verdadeira reforma do Direito do Trabalho. *Revista de Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, v. 4, n. 3, Brasília, UDF, p. 17-52, septiembre/ diciembre 2018.

17 Isto É. *Uber contribui mais para poluição do que contra ela, diz estudo*. Disponible en:

Los sindicatos, por lo tanto, aun como mecanismo de atracción de jóvenes, deben interactuar con los movimientos ecologistas, y como iniciativa en este camino se puede mencionar la huelga de la Federación Unitaria de Trabajadores Petroleros (FUP), en noviembre del 2019, en la que los trabajadores procedieron con la donación. de sangre y limpieza de las playas afectadas por el derrame de petróleo en Brasil[18].

3.2. Sindicalismo, trabajadores de plataformas digitales y ampliación de bases de representación

En el marco de la 4ª Revolución Industrial han surgido formas de trabajar a través de plataformas digitales y están proliferando enormemente en diferentes países del mundo, siendo este fenómeno también conocido como uberización[19]. Si bien las nuevas tecnologías aparentemente han cambiado la forma concreta de las relaciones laborales, su contenido, es decir, la sobreexplotación de los trabajadores, para maximizar las ganacias empresariales, sin garantizar los derechos laborales básicos, sigue siendo el mismo. Es suficiente comparar las siguientes descripciones, la primera de las cuales se refiere a los inicios de la Revolución Industrial y las demás extraídas del mundo actual:

> "Aún más desagradables que el advenimiento de la fábrica misma fueron las condiciones humanas que esto provocó. El trabajo, por ejemplo, era habitual y en ocasiones se iniciaba a los cuatro años; la jornada laboral se extendía desde el amanecer hasta el anochecer y los abusos de todo tipo eran demasiado frecuentes. Una comisión parlamentaria nombrada en 1832 para examinar tales condiciones, obtuvo el siguiente testimonio del administrador de una fábrica: "P:

<https://www.istoedinheiro.com.br/uber-contribui-mais-para-poluicao-do-que-contra-ela-diz-estudo/> Acceso en 17 enero 2020.

18 Disponible en: <https://www.redebrasilatual.com.br/destaques/2019/11/petroleiros-entram-em-greve-a-partir-desta-segunda-fup-avisa-que-nao-havera-desabastecimento/> Acceso en 13 enero 2020.

19 Fonseca, Vanessa Patriota da. Uberização: pseudoautonomia e precarização do trabalho. In: Rocha, Cláudio Jannotti da.; Porto, Lorena Vasconcelos; Alvarenga, Rúbia Zanotelli de. (coord.). *O Direito e o Processo do Trabalho no Século XXI* – Direito Material do Trabalho. Volume 2. Belo Horizonte: Virtualis, 2019.

¿A qué hora de la mañana, con buen tiempo, llegan estas niñas a la fábrica? R: Con buen tiempo, durante unas seis semanas, llegan a las tres de la mañana y se van a las diez o diez y media de la noche. P: ¿Qué descansos hay durante esas diecinueve horas de trabajo para comer y descansar? R: Quince minutos, respectivamente, para el almuerzo, la merienda y la cena. P: ¿Se utiliza alguno de estos intervalos para limpiar máquinas? R: Las niñas casi siempre se ven obligadas a hacer lo que llaman un "descanso seco"; a veces la limpieza toma todo el almuerzo o la merienda. P: ¿No es difícil despertar a estas jóvenes después de un trabajo tan agotador? Si; al amanecer, debes sacudirlas para que se despierten. P: ¿Ha habido algún accidente con ellas como resultado de este trabajo? R: Sí, mi hija mayor se aplastó el dedo con el engranaje. P: ¿Ella perdió su dedo? R: Tuvo que cortarse en la segunda falange. P: ¿Le pagaron durante el accidente? R: El día que ocurrió el accidente, se suspendió el pago"[20].

"Nobre pasa de 12 a 18 horas al día, de lunes a lunes, al volante. Es la única forma de ganar R$ 6000,00 [USD 1.077] al mes. Del total, transfiere del 20% al 35% a la aplicación, según la carrera. Otra parte sustancial paga el mantenimiento del propio automóvil y el consumo de gasolina. Al final, Nobre se lleva a casa alrededor de 2.500 reales si puede trabajar al ritmo descrito anteriormente. Si se enferma o tiene otros contratiempos y no trabaja, no gana" [21].

"Dormir en la calle y pedalear 12 horas al día: la rutina de los repartidores de aplicaciones. (...) Los repartidores, sin embargo, no viven en estos barrios. Viven principalmente en las afueras o en ciudades del Gran São Paulo. Para ir al trabajo, viajan hasta 30 km, a veces en bicicleta. (...) Por ello, los ciclistas escuchados por el informe denunciaron trabajar más de 12 horas diarias, muchas veces trabajando sin descansos e incluso durmiendo en la calle para enmendar una hora punta en la otra, sin volver a casa. En promedio, obtienen un ingreso mensual de R$ 2.000,00 [USD 359,00], según informes. (...) Todos los días recorre los 30 km que separan su casa del barrio Pinheiros. " Esa

20 Heilbroner, H. *A Formação da Sociedade Econômica.* Rio de Janeiro: Zahar, s.d. p. 108-109 apud Faria, Ricardo de Moura, Marques, Adhemar Martins, Berutti, Flávio Costa. *História.* v. 3. Belo Horizonte: Lê, 1993. p. 148.

21 Carta Capital. *Apps são os maiores empregadores, mas precarização dá o tom nos trabalhos.* Disponible en: <https://www.cartacapital.com.br/economia/proletariado-digital-apps-promovem-trabalhos-precarios-a-brasileiros/> Acceso en 10 enero 2020. Véase también: Estadão. *12h por dia, 7 dias por semana,* R$ 936: como é pedalar fazendo entregas por aplicativo. Disponible en: <https://twitter.com/Estadao/status/1206397281114607616?s=20>. Acceso en 13 enero 2020.

distancia es solo para ir a trabajar ", dice. Contando viajes de ida y vuelta y entregas, viaja alrededor de 80 km diarios, dice"[22].

"Las muertes y las lesiones no frenan la rápida expansión de Uber Eats en México. En los últimos seis meses, cinco repartidores de Uber Eats en México murieron en accidentes y decenas más resultaron heridos. La póliza de seguro de Uber debería ayudar, pero no fue así. (...) Trabajadores de reparto de alimentos murieron más allá de México. En Filadelfia, Brooklyn, Sydney, Costa Rica, Argentina y España, los repartidores murieron mientras trabajaban para aplicaciones como Uber Eats, Glovo, Caviar y Rappi. (...) Los accidentes no mortales también fueron comunes para los repartidores de Uber Eats en México: brazos, clavículas, narices rotos y casi amputaciones. Las lesiones no son el único riesgo de caminar por las ciudades mexicanas en cualquier momento; a los trabajadores de Uber Eats les destruyeron sus motocicletas y bicicletas en accidentes y les robaron a mano armada mientras realizaban entregas"[23].

Como dijo Cazuza, un legendario cantante y compositor brasileño, "Veo el futuro repitiendo el pasado. Veo un museo de grandes noticias" 24. Cabe recordar que en los inicios de la Revolución Industrial hubo una intensa explotación del trabajo de mujeres y niños (denominados "medias fuerzas dóciles"), ya que aceptaron salarios más bajos y ofrecieron menos resistencia a la explotación ilimitada, lo que provocó, como consecuencia, la rebaja del salario de los hombres adultos. Esta realidad también está presente en el trabajo *on-demand* a través de aplicaciones[25].

---

22 BBC Brasil. *Dormir na rua e pedalar 12 horas por dia*: a rotina dos entregadores de aplicativos. Disponible en: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48304340>. Acceso en 10 enero 2020. Véase también: EL PAÍS. *Brasil se equilibra numa bicicleta alugada.* Disponible en: <https://brasil.elpais.com/economia/2019-12-29/brasil-se-equilibra-numa-bicicleta-alugada.html>. Acceso en 13 enero 2020.

23 The Verge. *Deaths and injuries don't slow Uber Eats' rapid expansion in Mexico*. Disponible en: <https://www.theverge.com/2019/7/3/20679004/uber-eats-mexico-delivery-courier-death-injury-insurance-expansion>. Acceso en 10 enero 2020. Traducción libre.

24 Música disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=1_dKQpkApZI>. Acceso en 10 enero 2020.

25 Véase: <https://revistaforum.com.br/global/crise-na-argentina-foto-de-mae-fazendo-entregas-com-bebe-viraliza/> y <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/08/11/foto-de-entregadora-carregando-filho-viraliza-na-russia.htm>. Acceso en 3 septiembre 2020.

Se puede observar, por tanto, que los trabajadores de las plataformas digitales están sometidos a las mismas condiciones de explotación extrema y precaria que existían al inicio de la Revolución Industrial: informalidad, jornada laboral agotadora, trabajo infantil, remuneración insuficiente, desprecio de los requisitos mínimos de salud, higiene y seguridad en el trabajo, ocurrencia frecuente de accidentes laborales con muertes y mutilaciones[26].

Quizás las condiciones a las que están sometidos los trabajadores de las plataformas digitales sean aún más graves, pues, a diferencia de los trabajadores de las fábricas, quienes percibieron claramente la explotación a la que fueron sometidos y se organizaron para luchar contra ella y buscar mejores condiciones de vida y de trabajo, los trabajadores de plataformas digitales introyectan invariablemente el discurso de emprendimiento que propagan las empresas propietarias de estas plataformas, creyéndose autónomos, sin ver, por tanto, que están siendo explotados intensivamente por dichas empresas. Existe la deconstrucción del sentimiento más sano y constructivo que nutre el Derecho Laboral, la solidaridad, que pierde su lugar ante un deseo de protagonismo, visibilidad, competencia, eliminación de los demás, que tiene repercusiones altamente negativas en el ámbito de la organización colectiva y sindical[27]. La ausencia de percepción

26 El sociólogo Ricardo Antunes utiliza la expresión "esclavitud digital" para referirse a estas relaciones laborales: Antunes, Ricardo. *Como se trama a uberização total*. Disponible en: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/como-se-trama-a-uberizacao-total/> Acceso en 30 septiembre 2020. Véase también la entrevista a Ken Loach, famoso cineasta británico, acerca de la película «Sorry We Missed You», sobre la uberización del trabajo, considerada como una continuación de su película « I, Daniel Blake»: CARTA MAIOR. Ken Loach: *uberização é o trabalho escravo moderno*. Disponible en: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Cinema/Ken-Loach-uberizacao-e-o-trabalho-escravo-moderno/59/45661> Acceso en 17 enero 2020.

27 Véase Rocha, Cláudio Jannoti da; Porto, Lorena Vasconcelos; Abaurre, Helena Emerick. *O Direito do Trabalho brasileiro, o crowdwork e o trabalho on-demand*. En prensa. Como observa Christian Laval, "El autoemprendimiento generalizado es una forma muy eficaz de aumentar la explotación por parte del capital (...) Esta lógica es sutil y perfectamente perversa". In LAVAL, Christian. Op. cit. p. 322. Véase también Fonseca, Vanessa Patriota da. O microempreendedor do aplicativo e o terraplanismo. Disponible en: <https://jornalggn.com.br/noticia/o-microempreendedor-do-aplicativo-e-o-terraplanismo-por-vanessa-patriota-da-fonseca/>. Acceso en 10 enero 2020.

de la alteridad, de la explotación del propio trabajo por otros, perjudica enormemente la solidaridad de clase.

Cabe mencionar también la práctica de conductas antisindicales por parte de empresas propietarias de plataformas digitales. Se puede citar como ejemplo la empresa Uber, que subió los precios de las carreras para desmovilizar la huelga mundial de trabajadores, que reclamó el aumento de tarifas y condiciones de trabajo más seguras el día de su cotización en la Bolsa de Valores de Nueva York[28]. La misma compañía, como estrategia para socavar la huelga general en Francia en diciembre del 2019, ofreció descuentos en viajes a sus clientes cuando el 82% de los conductores ferroviarios participaban en el cierre, con al menos el 90% de todos los servicios ferroviarios regionales cerrados[29].

También se puede citar el caso de Amazon, que había publicado ofertas de empleo en su sitio web para analistas de inteligencia que serían responsables de rastrear "amenazas a la organización del trabajo" y otros "temas sensibles" y, luego de una reacción adversa por parte de opinión pública, los excluyó. Las prácticas laborales de Amazon están sujetas a críticas incluso antes de la pandemia de COVID-19 y, después del inicio de la misma, han surgido tensiones entre la empresa y los trabajadores del almacén, quienes afirmaron que Amazon no hizo lo suficiente para protegerlos de la infección por coronavirus. La empresa fue aún más criticada cuando, en abril, despidió a tres empleados que criticaban abiertamente sus prácticas laborales, alegando que habían violado políticas internas[30].

---

28 Folha De São Paulo. *Preços de corrida em SP sobem em dia de paralisação global de motoristas de Uber*. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/precos-de-corrida-em-sp-sobem-em-dia-de-paralisacao-global-de-motoristas-de-uber.shtml> Acceso en 1º noviembre 2019.

29 In These Times. *Uber Is Offering Scab Rides to Help Break France's General Strike*. Disponible en: <http://inthesetimes.com/working/entry/22217/france-general-strike-uber-bus-metro-ratp-macron-pensions> Acceso en 10 enero 2020.

30 CNBC. *Amazon deletes job listings for analysts to track 'labor organizing threats' following public outcry*. Disponible en: <https://www.cnbc.com/2020/09/01/amazon-seeks-intelligence-analyst-to-track-labor-organizing-threats.html> Acceso en 18 septiembre 2020.

También existe un caso en Chile, en el que la Fundación FIEL de la Central Unitaria de Trabajadores ha llevado a cabo una demanda de tutela de la libertad sindical de un repartidor ("rider") despedido por intentar formar un sindicato[31].

Si las condiciones de sobreexplotación imperantes al inicio de la Revolución Industrial impulsaron la propia creación de los sindicatos y del Derecho Laboral, las condiciones de sobreexplotación a las que se ven sometidos actualmente los trabajadores de plataformas digitales pueden, siguiendo la misma lógica, ser un catalizador en el proceso de redefinición y ampliación de las bases de representación del sindicato, que deberían incluir a estos trabajadores.

Esto se puede demostrar en el contexto de la pandemia de COVID-19, porque, como señala Yuval Harari, los momentos de crisis son grandes aceleradores de procesos históricos y las soluciones adoptadas para la crisis terminan extendiéndose, por una serie de circunstancias, más allá de ella. Así, cambios estructurales que podrían tardar años e incluso décadas en ocurrir, debido a las crisis generadas por la pandemia, pueden desarrollarse en semanas o meses[32].

En Brasil, ya se habían creado sindicatos de trabajadores de plataformas digitales, pero aún no habían tomado acciones colectivas relevantes a favor de los trabajadores[33]. Esto cambió sustancialmente debido a la pandemia COVID-19, con las huelgas realizadas por los trabajadores de las plataformas digitales, en particular los repartidores de comidas y mercancías, los días 1 y 25 de julio del 2020, que pasó a conocerse como #BrequedosApps. Las empresas propietarias de este tipo de plataformas han aumentado sus ganancias en el contexto de la pandemia, debido a la

31 Disponible en: <https://baylos.blogspot.com/2020/09/los-riders-son-trabajadores-lo-confirma.html> Acceso en 23 septiembre 2020.

32 Harari, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 10.

33 Kalil, Renan Bernardi. *Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho*: crowdwork e trabalho sob demanda por meio de aplicativos. 366f. Doutorado-Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 271.

creciente demanda de entrega de comidas y mercancías provocada por la necesidad de cuarentena y aislamiento social. Sin embargo, se redujo el valor de las tarifas pagadas a los trabajadores y se eliminaron las primas y bonificaciones, por lo que al menos el 60,3% de los repartidores sufrió una baja en el salario durante el período pandémico, aunque empezaron a trabajar más[34].

En respuesta, los repartidores, incluso a través de sus sindicatos y asociaciones, promovieron las referidas huelgas, teniendo como demandas el aumento de la cantidad pagada por kilómetro; el aumento del valor mínimo; el fin del sistema de puntuación y el bloqueo indebido; seguros contra robo, accidentes y vida; y asistencia pandémica. Dicha asistencia incluye el suministro de equipo de protección personal, como mascarillas y alcohol en gel; la implementación de puntos de apoyo, donde los repartidores puedan limpiar su ropa, cascos, vehículos, equipo de entrega, así como tener acceso a baños, agua potable, un lugar para calentar comidas o descansar. También incluye la remoción de los trabajadores infectados por el coronavirus con el recibo de su remuneración.

Los repartidores y sus organizaciones han pedido a los consumidores, a través de las redes sociales, que boicoteen, o sea, no pedir nada por las aplicaciones en los días de los paros; evaluar las aplicaciones negativamente, publicando comentarios en apoyo a la huelga; y dar a conocer el movimiento, incluido el uso de los hashtags: #BrequedosApps y #ApoieoBrequedosApps.

Las encuestas muestran que la mayoría de los repartidores en Brasil son negros, jóvenes, trabajan de 9 a 10 horas diarias y 7 días a la semana y reciben R$ 936,00 (USD 168) al mes. Cabe señalar que el salario mínimo vigente en Brasil es de R$ 1.045,00 [USD 187] por jornada de 8 horas, 44 horas semanales y con descanso semanal remunerado, lo que demuestra la extrema explotación a la que son sometidos estos trabajadores[35].

34 BBC Brasil. *Coronavírus: entregadores de aplicativo trabalham mais e ganham menos na pandemia, diz pesquisa*. Disponible en: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52564246> Acceso en 18 septiembre 2020.

35 Aliança Bike. *Pesquisa de Perfil dos Entregadores Ciclistas de Aplicativo.* Disponible en:

Considerando que el sindicato es una asociación de trabajadores que tiene como objetivo la defensa de sus derechos, intereses y ciudadanía, son los modelos de explotación del trabajador los que definirán los modelos de acción o dirección de un sindicato. Las luchas sindicales deben pensarse en el nuevo mundo del trabajo y deben reorganizarse a medida que se reorganiza el campo de la explotación laboral. El nuevo sindicalismo debe poder contemplar las nuevas formas de explotación, división y organización del trabajo en la sociedad. Así, se habla de uberización del sindicalismo para referirse a la necesidad de su transformación[36].

Cabe señalar que la OIT, en un estudio titulado "Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy ", destacó que el derecho a la libertad de asociación y negociación colectiva cubre a todos los trabajadores, lo que lleva a la conclusión de que también cubre a los trabajadores de gig economy[37].

En el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA) se destaca la Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre del 2003, solicitada por el Estado mexicano, sobre la "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados"[38]. La Corte Interamericana, en el párrafo 157, señaló que existen derechos que son de fundamental importancia y, por lo tanto, se aplican a todos los trabajadores: prohibición del trabajo forzoso u obligatorio; prohibición y abolición del trabajo infantil, atención especial a las mujeres trabajadoras; y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva,

---

<https://aliancabike.org.br/pesquisa-de-perfil-dos-entregadores-ciclistas-de-aplicativo/> Acceso en 18 septiembre 2020.

36 Bertamé, Rodrigo. *Da uberização do sindicalismo ao cyber sindicalismo*: provocações. Disponible en: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/602718-da-uberizacao-do-sindicalismo-ao-cyber-sindicalismo-provocacoes> Acceso en 24 septiembre 2020.

37 OIT. *Organizing on-demand*: representation, voice, and collective bargaining in the gig economy. Disponible en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_624286.pdf> Acceso en 23 septiembre 2020.

38 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf> Acceso en 23 septiembre 2020.

salario justo por el trabajo realizado, asistencia social, garantías judiciales y administrativas, jornada laboral razonable y en condiciones de trabajo adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. La Corte afirmó el principio de inalienabilidad de tales derechos, que se aplican a todos los trabajadores. Por lo tanto, se puede sostener la aplicación de estos derechos a los trabajadores en plataformas digitales.

Por otro lado, se debe retomar un sindicalismo de base, en lugar de uno de cúpula, y buscar coser nuevas solidaridades, incluso más allá del trabajo formal y subordinado, sumando trabajadores informales, desempleados y excluidos de todo tipo[39]. Como señaló el Papa Francisco, los sindicatos deben luchar, sobre todo, en las periferias de las ciudades, "en lugares donde no hay derechos", porque "No hay una buena sociedad sin un buen sindicato, y no hay un sindicato bueno que no renazca cada día en las periferias, que no transforme las piedras descartadas por la economía en piedras angulares. Sindicato es una bella palabra que proviene del griego 'dike', es decir justicia y 'syn' juntos: syn-dike, 'justicia juntos'. No hay justicia juntos si no es junto con los excluidos de hoy" 40.

Los sindicatos, por tanto, deben ser más amplios, ya que su base se está volviendo precaria. Además, deben luchar por los derechos sociales universales (agenda política), como la renta básica universal, para beneficiar incluso a los trabajadores informales. Destaca la reciente creación en Argentina del Sindicato de Trabajadores de la Economía Popular (UTEP), que agrupa a recolectores/recicladores, campesinos, artesanos, vendedores ambulantes, feriantes, costureras, trabajadores en plataformas digitales, trabajadores de la construcción, trabajadores de empresas recuperadas, de transporte informal, de cooperativas populares, así como líderes de barrios

39 Viana, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo: breves notas do XVIII Congresso Mundial de Direito do Trabalho e Seguridade Social. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3° Região, Belo Horizonte, TRT da 3° Região*, n. 73, p. 29-38, enero-junio/2006. p. 37-38.

40 Disponible en: <http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2017/june/documents/papa-francesco_20170628_delegati-cisl.html> Acceso en 28 septiembre 2020.

populares. El siguiente paso de UTEP es incorporarse a la Central Geral dos Trabalhadores (CGT)[41].

La negociación colectiva tiene un papel fundamental que jugar en la reducción de las desigualdades, especialmente cuando se da de forma centralizada, es decir, abarcando sectores económicos o ramas de actividad. Existen investigaciones sobre el papel de la negociación colectiva para la reducción de la desigualdad en América Latina desde la década del 2000 que demuestran que una mayor centralización y/o coordinación de las negociaciones está directamente asociada a la reducción de las desigualdades, ya que permite conquistar y garantizar derechos a un nivel superior[42].

3.3. Sindicalismo internacional y nuevas tecnologías

El sindicato debe crear y utilizar nuevos canales de comunicación, debido a la fragmentación de la clase trabajadora y para llegar a los jóvenes, que se comunican predominantemente a través de las nuevas tecnologías, como las redes sociales. El canal de contacto con los trabajadores ya no se puede restringir a los periódicos y folletos distribuidos en las puertas de las fábricas, bajo pena de llegar a un número muy limitado de personas.

Para recuperar su fuerza, el sindicato debe reorganizarse, siguiendo la misma lógica que el capital, es decir, también expandiéndose, internacionalizándose y reconstruyéndose sobre otras bases. En otras palabras, "es necesario invertir el lema de pensar globalmente y actuar localmente. Ahora es necesario actuar a escala global"[43], porque"cuando los trabajadores de cualquier parte del mundo pierden su libertad, la libertad de los

41 Disponible en: <https://www.viomundo.com.br/politica/rogerio-tomaz-trabalhadores-informais-da-argentina-criam-sindicato-para-lutar-por-direitos.html>. Acceso en 28 septiembre 2020.

42 Cardoso, Adalberto. *Negociação coletiva e desigualdade na América Latina: um balanço da literatura recente.* Disponible en: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/download/1067/1537/1616>. Acceso en 28 septiembre 2020.

43 Frase de D. MacShane. In Breitenfellner, Andreas. El sindicalismo mundial, un posible interlocutor. *Revista Internacional del Trabajo*, Genebra, Oficina Internacional del Trabajo, v. 116, n. 04, p. 575-603, 1997. p. 586.

trabajadores de todo el mundo sigue amenazada"[44]. Es necesario que haya una internacionalización del trabajo para enfrentar el capital ya internacionalizado, con la organización de sindicatos en redes internacionales para establecer un verdadero contrapoder a las empresas multinacionales y sus grandes cadenas productivas.

Se trata del tema del sindicalismo internacional, basado en la idea de la solidaridad global, materializado, por ejemplo, mediante la celebración de contratos colectivos transnacionales entre empresas multinacionales y sindicatos internacionales. Las normas colectivas transnacionales, siempre que sean más beneficiosas para los trabajadores, prevalecen sobre las normas nacionales. El más conocido es el contrato colectivo transnacional firmado por la Federación Internacional de Transportes para el sector marítimo. La OIT podría actuar como mediadora en negociaciones colectivas transnacionales entre entidades sindicales internacionales y empresas multinacionales[45].

Las empresas multinacionales disfrutan de las ventajas que les brinda su organización en red internacional (cadenas globales de producción), como por ejemplo, las llamadas ventajas comparativas, es decir, la menor protección social y laboral para incrementar sus ganancias ("shopping social", en la expresión de Umberto Romagnoli). Asimismo, los sindicatos de trabajadores deben unirse en redes internacionales, para el intercambio de información, el desarrollo de la solidaridad, la expansión del poder de negociación y el establecimiento de contratos colectivos transnacionales dirigidos a mejorar las condiciones laborales en tantos países como sea posible. En forma de red, prima la coordinación y participación entre sindicatos, en lugar de la jerarquización, que proporciona un mayor coeficiente democrático[46].

---

44 Frase de George Meany, ex-Presidente de la AFL-CIO. In Breitenfellner, Andreas. Op. cit. p. 575.

45 Véase Rodrigues, Adriana L. Saraiva Lamounier. *Redes sindicais internacionais:* uma contribuição ao fortalecimento do Direito do Trabalho na Itália e no Brasil. Bauru: Canal 6, 2018.

46 Rodrigues, Adriana L. Saraiva Lamounier. *Op. cit*. p. 200-201.

En este sentido, los sindicatos deben utilizar las nuevas tecnologías, como las redes sociales, en su beneficio, porque, como bien señaló Christian Lous Lange, citado por Valerio De Stefano: "Technology is a useful servant but a dangerous master", es decir la tecnología es un sirviente útil, pero un amo peligroso[47]. En otras palabras, los sindicatos pueden utilizar las mismas tecnologías empleadas para la sobreexplotación de los trabajadores para organizar a los trabajadores dispersos geográficamente, incluso en todo el mundo. Se pueden citar varios ejemplos a este respecto, como:

- Cierre mundial de conductores de Uber, incluso en Brasil, en mayo del 2019, exigiendo el aumento de tarifas y condiciones de trabajo más seguras, el día de su cotización en la Bolsa de Valores de Nueva York. Dicho paro se organizó a través de redes sociales, como Whatssapp, Telegram y Facebook[48];
- La lucha de los trabajadores de las plataformas digitales, organizados en asociaciones, que resultó en la aprobación, por parte del Parlamento de California, de la Ley AB-5[49], relativa al reconocimiento del vínculo laboral de estos trabajadores con las empresas propietarias de dichas plataformas[50];

---

47 De Stefano, Valerio. Introduction: automation, artificial intelligence, and labour protection. *Op. cit.*

48 Brasil De Fato. *Motoristas de Uber fazem paralisação mundial contra política de tarifas do aplicativo.* Disponible en: <https://www.brasildefato.com.br/2019/05/08/motoristas-de-uber-fazem-paralisacao-mundial-contra-politica-de-tarifas-do-aplicativo/> Acceso en 28 septiembre 2020.

49 Vox. *A landmark law disrupted the gig economy in California. But what comes next for Uber drivers?* Disponible en: <https://www.brasildefato.com.br/2019/05/08/motoristas-de-uber-fazem-paralisacao-mundial-contra-politica-de-tarifas-do-aplicativo/> Acceso en 17 enero 2020.

50 El Parlamento de California aprobó la ley AB-5, en la que afirmó el llamado "ABC Test" consagrado por la Corte Suprema de Justicia del Estado de California en el Caso Dynamex-Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court, 4 Cal. 5th 903 (2018). Bajo la ley de California, se presume una relación laboral en el caso de la prestación de trabajo o servicios a cambio de una remuneración, y la empresa contratante debe demostrar la coexistencia de las siguientes condiciones para que el trabajador no sea considerado un empleado: A. el trabajador debe estar libre de control y dirección de la entidad contratante en relación con el desempeño laboral, tanto en el aspecto formal (términos del contrato) como en el aspecto material (relación de facto); B. El trabajador debe realizar

- Huelga nacional de repartidores de plataformas digitales en Francia contra la reducción de tarifas[51];
- El mayor sindicato de Europa —IG Metall— se ha asociado con una pequeña organización de youtubers para reclamar las condiciones laborales ante Google[52];
- La Unión General de Trabajadores-UGT, de España, creó un sitio web específico para asistir a los trabajadores de las plataformas digitales y ayudarlos en juicios y en el ámbito de la Inspección de Trabajo contra las empresas. Se trata de "Tu respuesta sindical (TRSY!)" ([53]www.turespuestasindical.es);
- Asociación de sindicatos europeos y norteamericanos, denominada Fair Crowd Work, que se reunió en diciembre del 2016 como un espacio para ayudar a los trabajadores de plataformas digitales[54];
- En los Países Bajos, en 2018, se firmó el primer contrato colectivo entre Hilfr.dk, una plataforma danesa que brinda servicio doméstico a los hogares, y el sindicato 3f[55];

---

un trabajo que esté fuera del negocio principal de la entidad contratante; C.El trabajador debe dedicarse habitualmente a un negocio, ocupación u oficio de la misma naturaleza que el trabajo realizado. In Carelli, Rodrigo de Lacerda. *Aprovada na Califórnia lei que considera empregados os trabalhadores de aplicativos*. Disponible en: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-aprovada-na-california-lei-que-considera-empregados-os-trabalhadores-de-aplicativos-20092019> Acceso en 17 enero 2020.

51 Challenges. *Les livreurs Deliveroo en grève contre la baisse de tarifs des courses.* Disponible en: <https://www.challenges.fr/economie/social/les-livreurs-deliveroo-en-greve-contre-la-baisse-de-tarifs-des-courses_667545> Acceso en 17 enero 2020.

52 Cinco días. *El mayor sindicato de Europa gana la primera batalla a YouTube en Alemania.* Disponible en: <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/08/30/economia/1567173169_495599.html> Acceso en 17 enero 2020.

53 UGT. *El trabajo en las plataformas digitales de reparto.* Disponible en: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjJ9rqcxIvnAhVcGLkGHQrtADMQFjAAegQIAhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ugt.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fel-trabajo-en-las-plataformas-digitales-de-reparto-ugt.pdf&usg=AOvVaw0SaJ_Ph-TWxMOdADisKMJe> Acceso en 17 enero 2020.

54 EL PAÍS. De los 'compañeros del metal' a los compañeros de *WhatsApp*. *Op. cit.*

55 EL PAÍS. De los 'compañeros del metal' a los compañeros de *WhatsApp*. *Op. cit.*

- Bzzzt, la plataforma de transporte sueca, en 2017, se adhirió al instrumento colectivo que regula el contrato de trabajo de los conductores y firmó un convenio con el Sindicato de Trabajadores del Transporte de Suecia[56];
- En los Estados Unidos, el Transportation Workers Union of America (TWU) apoya el Rideshare Drivers United, que tiene 5,000 miembros principalmente en el sur de California y ayudó a organizar una huelga de conductores de Uber y Lyft[57-58];
- En Inglaterra, se creó el Sindicato de Trabajadores Independientes del Reino Unido (Independent Workers Union of Great Britain), que trabaja intensamente con conductores de Uber y repartidores de Deliveroo[59];
- Creación del Proyecto COGENS-Collective Bargaining and the Gig Economy-New Perspectives, financiado por la Comisión Europea (http://www.cogens2019.eu/);
- En Brasil, en el contexto de la pandemia COVID-19, se llevaron a cabo las mencionadas huelgas de trabajadores de plataformas digitales, en particular los repartidores de comidas y mercancias, los días 1 y 25 de julio del 2020, que se conocieron como #BrequedosApps.

---

56 Kalil, Renan Bernardi. *Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho*. *Op. cit.* p. 272.

57 Vox. *A landmark law disrupted the gig economy in California. But what comes next for Uber drivers? Op. cit.*

58 Según una encuesta reciente, el 64% de la población estadounidense reconoce la importancia de los sindicatos, y este porcentaje se acerca al máximo de los últimos 50 años. In Rede Brasil Atual. *Norte-americanos voltam a apoiar em massa o movimento sindical.* Disponible en: <https://www.redebrasilatual.com.br/mundo/2019/09/norte-americanos-voltam-a-apoiar-em-massa-o-movimento-sindical/> Acceso en 10 febrero 2020. En el estado de California, de hecho, hubo un aumento en el número de trabajadores sindicalizados en 2019 en comparación con el año anterior. In Le Monde. *En Californie,* le syndicalisme est redevenu cool. Disponible en: <https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/02/04/en-californie-le-syndicalisme-est-redevenu-cool_6028313_3232.html> Acceso en 10 febrero 2020.

59 Kalil, Renan Bernardi. *Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho. Op. cit.* p. 270.

Es importante destacar que la ausencia de una mayor ocupación de estos espacios de representación de los trabajadores por parte de los sindicatos ha dado lugar al surgimiento de asociaciones de dichos trabajadores. Un ejemplo de ello es *Kellys*, en España, que nace para hacer frente a las precarias condiciones laborales a las que se enfrentan las empleadas de hotel, conocidas como *Kellys*, como las relacionadas con el salario, las enfermedades profesionales, el acoso moral y el acoso sexual. Dicha asociación, a través de la lucha y el compromiso de sus miembros, obtuvo un aumento salarial y el reconocimiento de enfermedades profesionales[60]. Su creación, según una de las asociadas, se debió a que los grandes sindicatos españoles "no hicieron nada por nosotras, salvo hacernos aún más precarias"[61]. Esto demuestra que los trabajadores necesitan entidades de representación colectiva para defender sus intereses y, si los sindicatos no lo hacen, estos espacios serán ocupados por otras entidades, como esas asociaciones. Así, para ampliar sus bases y fortalecerse, es fundamental que los sindicatos ocupen dichos espacios de representación.

Otro ejemplo del empleo de nuevas tecnologías por parte de los sindicatos es el uso de la inteligencia artificial (IA), con la creación de sustitutos digitalizados, que se vuelven accesibles a los trabajadores a través de la difusión de los dispositivos móviles. Un ejemplo es United for Respect, que representa a los trabajadores de Walmart y se asoció con IBM y su sistema de I.A. Watson para crear el bot Workit. Este último brinda a los trabajadores respuestas a preguntas sobre sus derechos y coordina las acciones sindicales. Union Voice, una asociación de trabajadores australianos en los sectores de la hospitalidad, los casinos y la educación, también ha creado una versión del bot. Movimiento Cosecha, que representa a los trabajadores rurales migrantes latinoamericanos, está utilizando chatbots para conectar videos en las redes sociales con sistemas de mensajería para el reclutamiento. Wetaase en Uganda ha desarrollado un chatbot para

60 EL PAÍS. *Las 'kellys' logran que se acepten enfermedades profesionales propias de su trabajo repetitivo.* Disponible en: <https://elpais.com/economia/2018/08/31/actualidad/1535697010_746695.html> Acceso en 17 enero 2020.

61 EL PAÍS. *De los 'compañeros del metal' a los compañeros de WhatsApp. Op. cit.*

identificar y ayudar a los sobrevivientes de la trata de personas para trabajo forzoso[62].

El fenómeno de las huelgas virtuales también es digno de mención. De hecho, este no es un fenómeno reciente de Internet, ya que los trabajadores indios han estado protestando a través de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) durante más de cien años, como las huelgas digitales en el telégrafo a principios del siglo XX. Los indios mostraron al mundo la primera protesta basada en redes y las mayores movilizaciones contemporáneas de huelgas laborales, con 250 millones de trabajadores[63]. Un gran desafío para los trabajadores en las economías digitales es la tendencia hacia regímenes estatales autoritarios en los diferentes países del mundo, desarrollados o no, que ha marcado el siglo XXI. Esto provocó ataques a los sindicatos, la reducción de los derechos laborales y una violenta represión de los movimientos de protesta. Esto abre una oportunidad para que los trabajadores aprendan transnacionalmente de sus experiencias comunes y se unan para construir un futuro alternativo[64].

Por otro lado, los sindicatos, a través de la negociación colectiva, deben regular aspectos de las relaciones laborales desarrolladas a través de las nuevas tecnologías, para proteger los derechos de los trabajadores, como es el caso del teletrabajo, que se ha expandido enormemente en el contexto de la pandemia de COVID-19 por la necesidad de cuarentena y aislamiento social. En este sentido, se pueden citar el Real Decreto-ley 28, del 2020, en España[65], y la Ley n. 27.555, del 2020, en Argentina[66], que

62 Digilabour. *Trabalho invisível e lutas de trabalhadores em contextos digitais: entrevista com Winifred Poster.* Disponible en: <https://digilabour.com.br/2020/08/23/trabalho-invisivel-e-lutas-de-trabalhadores-em-contextos-digitais-entrevista-com-winifred-poster/> Acceso en 18 septiembre 2020.

63 CNA. *Nationwide strike in protest at Indian government policies.* Disponible en: <https://www.channelnewsasia.com/news/asia/nationwide-strike-in-protest-at-indian-government-policies-12243512> Acceso en 18 septiembre 2020.

64 Digilabour. *Trabalho invisível e lutas de trabalhadores em contextos digitais: entrevista com Winifred Poster. Op. cit.*

65 Disponible en: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-11043> Acceso en 23 septiembre 2020.

66 Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200

prevén expresamente esta posibilidad, valorando la negociación colectiva y la participación de los sindicatos en la regulación de materias no disciplinadas en las leyes. En la ley española, el acuerdo de trabajo a distancia tiene un contenido predeterminado por la ley que a su vez tiene que ser desarrollado por la negociación colectiva.

Antonio Baylos destaca que o Real Decreto-ley 28, del 2020, "es el resultado de un nuevo acuerdo social entre las organizaciones empresariales, los sindicatos más representativos y el gobierno a través del Ministerio de Trabajo y Economía Social, el quinto de los acuerdos efectuados hasta el momento en el seno del diálogo social que se está revelando como un instrumento de gobernanza en la crisis extraordinariamente efectivo"[67].

También cabe destacar los convenios colectivos que buscan garantizar el derecho de los trabajadores a la desconexión. En Alemania, por ejemplo, las partes sociales buscan imponer periodos de desconexión informática para garantizar el "derecho al respeto a la vida privada y familiar" (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), lo mismo ocurre en España[68].

De la misma forma, se deben encontrar mecanismos para enfrentar los riesgos que trae el teletrabajo en cuanto al debilitamiento de los sindicatos y otras formas de organización colectiva de los trabajadores, debido a la fragmentación y aislamiento de la clase trabajadora, con el aumento del individualismo y la reducción de la empatía y de solidaridad. En este sentido, las Confederaciones Sindicales de Brasil buscan organizar a los teletrabajadores desde el lugar de residencia y no desde el lugar de trabajo.

Otro tema relacionado con los impactos de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales que pueden y deben ser objeto de negociación colectiva corresponde a la protección de los trabajadores en el tratamiento de sus datos personales, en las fases precontractuales, en la ejecución

814> Acceso en 23 septiembre 2020.

67 Baylos, Antonio. *Algunas cuestiones relevantes sobre el trabajo a distancia en el RDL 28/2020.* Disponible en: <https://baylos.blogspot.com/2020/09/algunas-cuestiones-relevantes-sobre-el.html> Acceso en 30 septiembre 2020.

68 Véase Supiot, Alain. *Op. cit.*

del contrato de trabajo y después de su extinción. El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril del 2016 (GDPR), que se ocupa de la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de dichos datos, en su artículo 88 dispone que los Estados miembros pueden establecer, en su ordenamiento jurídico o en convenios colectivos, normas más específicas para garantizar la defensa de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores en el contexto laboral[69].

En Brasil, la Ley n. 13.709, del 14 de agosto del 2018 (Ley General de Protección de Datos Personales-LGPD), entró en vigor el 18 de septiembre del 2020 y no contiene un dispositivo similar al artículo 88 del GDPR. Sin embargo, es posible defender la aplicación de este último a la legislación brasileña con base en el art. 8º, *caput*, de la Consolidación de Leyes Laborales (CLT) en Brasil, que establece que el Derecho comparado es una fuente formal subsidiaria del Derecho Laboral, por lo que, a través de la negociación colectiva, pueden y deben instituirse normas más específicas para garantizar la defensa de los derechos de los trabajadores en cuanto al tratamiento de sus datos personales

3.4. Sindicalismo y pandemia de COVID-19

En el contexto de la pandemia de COVID-19, los sindicatos, especialmente a través de la negociación colectiva, jugaron un papel clave en diferentes países del mundo. En España, por ejemplo, los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) fueran utilizados como mecanismo de ajuste y amortiguamiento social en virtud de la paralización de actividades derivadas de la pandemia del Covid-19. Los ERTEs fueron el instrumento prioritario empleado para lograr el mantenimiento del em-

69 União Europeia. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril del 2016*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?qid=1559291025147&uri=CELEX:32016R0679#d1e1564-1-1> Acceso en 28 septiembre 2020.

pleo, cuya eficacia ha sido reconocida tanto por los interlocutores sociales como por las autoridades europeas[70].

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), mediante la Resolución n. 1/2020, de 10 de abril del 2020, titulada "Pandemia y derechos humanos en las Américas", instó a los Estados Miembros, en su punto 5, a velar por el respeto de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de su población. Además, recomendó a los Estados miembros garantizar ingresos y medios de subsistencia para todos los trabajadores, priorizando la protección del empleo, los salarios, la libertad sindical y de negociación colectiva, así como otros derechos laborales y sindicales[71].

La Corte Interamericana también emitió la Declaración n. 1/20, de 9 de abril del 2020, sobre "COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales". En dicho documento, la Corte recomendó que las medidas para hacer frente a la pandemia global causada por el coronavirus COVID-19 se efectúen "en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal". La Corte Interamericana instó a los Estados miembros que "se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras"[72].

Asimismo, en el documento titulado "COVID-19 y el mundo del trabajo: impacto y respuestas políticas", la OIT destacó la necesidad de un diálogo social tripartito, entre representantes gubernamentales, trabajado-

---

70 Baylos, Antonio. *La importancia creciente de los ERTEs como mecanismo de ajuste del empleo ante la crisis: conocer su funcionamiento y problemática.* Disponible en: <https://baylos.blogspot.com/> Acceso en 24 septiembre 2020.

71 CIDH. *Resolución n. 1/2020.* Pandemia y derechos humanos en las Américas (Adoptado por la CIDH el 10 de abril del 2020). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acceso en 21 abril 2020.

72 CORTE IDH. *Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 de 9 de abril del 2020.* Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf>. Acceso en 21 abril 2020.

res y empleadores, entre representantes gubernamentales, trabajadores y empleadores, para hacer frente a los efectos provocados por la pandemia[73].

La Recomendación n. 205, 2017, de la OIT, sobre Empleo y Trabajo Decente para la Paz y la Resiliencia, aborda las relaciones laborales y sus principios rectores en el contexto de crisis, y dispone, como una de las estrategias para la promoción de la paz y el enfrentamiento a las crisis, exactamente "la promoción del diálogo social y la negociación colectiva" (artículo 8, "i"). Esta Recomendación requiere que los Estados miembros reconozcan el papel fundamental de las organizaciones de trabajadores y de empleadores en la respuesta a la crisis, de conformidad con los Convenios n. 87 y 98 de la OIT, y para ello adoptar medidas a través de la negociación colectiva y otras formas de diálogo social (artículo 25, "c").

Brasil, sin embargo, siguió un camino diametralmente opuesto al adoptado en otros países del mundo y recomendado por los órganos de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, habiendo emitido actos normativos, como la Medida Provisional (MP) n. 927/2020, que ya no está en vigor, y la MP n. 936/2020, convertida en la Ley n. 14.020/2020, que han previsto la posibilidad de reducir los salarios de los trabajadores sin la intervención obligatoria de los sindicatos exigida por la Constitución de la República de 1988 (art. 7º, VI). Si bien la inconstitucionalidad es evidente, este no fue el entendimiento adoptado por la Suprema Corte de Brasil, por mayoría, en la sentencia de Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) n. 6.363/DF.

En el contexto de la pandemia, las llamadas reconversión logística y reconversión productiva fueran también un objeto de negociación colectiva muy relevante. Los países que experimentaron períodos de guerra, como la Primera y la Segunda Guerra Mundial, ya habían experimentado procesos de reconversión productiva, con industrias que pasaron a producir armamento, tanques y aviones de combate. Con la pandemia de COVID-19,

73 OIT. *COVID-19 and the world of work:* Impact and policy responses. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/WCMS_738753/lang--en/index.htm> Acceso en 05 mayo 2020. Traducción libre.

las industrias comenzaron a producir aparatos respiratorios, equipos hospitalarios, suplementos médicos, etc. También hubo una reconversión logística, mediante el uso de nuevos mecanismos y procedimientos (por ejemplo, los restaurantes pasaron del servicio presencial al delivery; las clases en escuelas y universidades dejaron de ser presenciales y pasaron a ser online). En Brasil, por ejemplo, tanto la reconversión productiva como la reconversión logística fueron objeto de reglas colectivas negociadas con los sindicatos.

En Brasil, la pandemia también aceleró el desarrollo por parte de los sindicatos de nuevas estrategias de comunicación con los trabajadores, como correos electrónicos, whatssapp, webinars y lives. Incluso hubo asambleas digitales con trabajadores en las categorías más organizadas, porque en las menos estructuradas y más precarias, los trabajadores tienen menos acceso a las tecnologías, lo que lleva a una mayor exclusión digital. También hubo un acercamiento entre los sindicatos y los trabajadores de la categoría, lo que contribuyó a reforzar con ellos la importancia de la entidad sindical en este momento.

Aún en Brasil, los sindicatos, así como el Ministerio Público del Trabajo, presentaron varias acciones colectivas para proteger los derechos de los trabajadores en el contexto de la pandemia, para asegurar la provisión de equipos de protección personal, la adopción de medidas de salud y seguridad en el trabajo, para evitar la propagación del COVID-19, la licencia de los trabajadores del grupo de riesgo, etc. También hubo huelgas ambientales, algunas de las cuales fueron realizadas espontáneamente por los trabajadores y otras organizadas por los sindicatos, con el objetivo de obtener las medidas de protección necesarias contra el contagio.

También hubo acciones de los sindicatos en Brasil dirigidas fuera de la categoría, lo que refuerza el tema de la solidaridad de clase y entre categorías. Hubo, por ejemplo, la asignación de las colonias vacacionales de los sindicatos a las alcaldías para la atención médica, siguiendo la idea de que el patrimonio del trabajador debe tener una función pública; campañas de recolección y distribución de alimentos; y solidaridad con huelgas y manifestaciones de otras categorías de trabajadores. El contexto

adverso provocado por la pandemia ha estimulado la solidaridad entre las categorías y con la población en general, pero se debe superar la lógica de la caridad y la asistencia y fortalecer la solidaridad. Por ejemplo, en las huelgas de trabajadores de plataformas digitales mencionadas anteriormente, para muchos la solución sería dar propina, y no garantizar un derecho a estos trabajadores, siguiendo la lógica de las empresas que transforman sus obligaciones en meras liberalidades[74].

El Sindicato de Trabajadores del Agua, Alcantarillado y Medio Ambiente del Estado de São Paulo, por ejemplo, presentó la propuesta de no cortar agua y energía por falta de pago durante el período pandémico, que va más allá de la caridad y apunta a solidaridad transversal, que también se da a nivel político, y no solo a nivel económico. La lucha por la vida y la salud y el mantenimiento del empleo y los ingresos trajo consigo una agenda común y, por lo tanto, una mayor posibilidad de solidaridad, para el colectivo de trabajadores, de las distintas categorías[75].

En los Estados Unidos de América, en lugares con sindicatos fuertes, los trabajadores obtuvieron mejores condiciones de protección, por lo que COVID-19 no se propagó tan rápidamente. Como señala el ganador del Premio Nobel de Economía, Joseph Stiglitz, "los sindicatos fueron cruciales para proteger a los trabajadores y garantizaron que el contagio por covid-19 no se acelerara tan rápidamente. Estas experiencias son suficientes para mostrar la importancia, el papel fundamental que jugaron los sindicatos en la gestión de la crisis sanitaria"[76].

Es de destacar que, tras décadas de retrocesos, el movimiento sindical ha avanzado en los últimos años en los Estados Unidos de América. De

---

74 Fórum de promoção da liberdade sindical da 15ª região. *Estratégias sindicais para o enfrentamento da pandemia da COVID-19.* Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=qtBjYgjfLlA> Acceso en 24 septiembre 2020. Véase también GREG NEWS. Gorjetismo. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=-2sfnp0npnI> Acceso en 30 septiembre 2020.

75 Fórum de promoção da liberdade sindical da 15ª região. *Op. cit.*

76 Disponible en: <https://spbancarios.com.br/09/2020/nobel-de-economia-joseph-stiglitz-sindicatos-sao-fundamentais-na-pandemia-e-na-sociedade-pos> Acceso en 30 septiembre 2020.

manera ilustrativa, ha habido huelgas exitosas de profesores y controladores de vuelo, y el número de estadounidenses que apoyan a los sindicatos ha aumentado al 65%. Además, el tema se convirtió en una prioridad en la disputa electoral por la presidencia del país en 2020, ya que se encontró que el debilitamiento de los sindicatos contribuye a la brecha salarial y al aumento de la desigualdad. De esta manera, un movimiento sindical más fuerte contribuiría de manera más eficiente a mejorar el nivel de vida de los estadounidenses que los altos impuestos y los grandes programas contra la pobreza. Para lograr estos objetivos, la negociación sindical centralizada, por sector económico (*sectoral bargaining*), como en Europa Occidental, es mucho más eficaz que la negociación por empresa[77].

4. CONCLUSIONES

Los sindicatos juegan un papel de suma importancia, no solo en la conquista de nuevos derechos laborales, sino también en asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos previstos en las leyes y normas colectivas. No hay verdadera democracia, ni desarrollo socioeconómico real, sin sindicatos fuertes y activos.

Debido a la reestructuración productiva y los cambios en el mundo del trabajo, los sindicatos deben ampliar sus bases de representación para llegar a la nueva realidad de la clase trabajadora, a través de la creación de nuevas identidades y afinidades, como cuestiones de género (población LGBTIQ+), raza, orientación sexual, entre otros, con énfasis, por lo tanto, en la transversalidad de las agendas de luchas y demandas. En este sentido, para fortalecer y ampliar la representación de los sindicatos, es fundamental la mayor participación de las mujeres -, que constituyen una parte muy significativa de la fuerza laboral -, entre los líderes sindicales.

77 The New York Times. *Labor's winning streak.* Disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/09/08/briefing/coronavirus-california-wildfires-nfl-your-tuesday-briefing.html> Acceso en 24 septiembre 2020. Véase también Summers, Lawrence. *America needs its unions more than ever.* Disponible en: <https://www.ft.com/content/180127da-8e59-11e7-9580-c651950d3672> Acceso en 24 septiembre 2020.

Los sindicatos deben actuar como canalizadores de luchas colectivas, provocando y fortaleciendo movimientos políticos que defiendan los intereses de los trabajadores. También deben actuar junto con otros movimientos sociales, como, por ejemplo, los relacionados con la crisis climática, que es la gran causa de los jóvenes de hoy.

En el contexto de la 4ª Revolución Industrial han surgido formas de trabajar a través de plataformas digitales que están proliferando enormemente en diferentes países del mundo. Este fenómeno también se conoce como uberización. Si las condiciones de sobreexplotación imperantes al inicio de la Revolución Industrial impulsaron la propia creación de los sindicatos y del Derecho Laboral, las condiciones de sobreexplotación a las que están sometidos actualmente los trabajadores de plataformas digitales pueden, siguiendo la misma lógica, ser un catalizador en el proceso de redefinición y ampliación de las bases de representación del sindicato, que deberían incluir a estos trabajadores.

Por otro lado, se debe retomar un sindicalismo de base, en lugar de uno de cúpula, y buscar coser nuevas solidaridades, incluso más allá del trabajo formal y subordinado, sumando trabajadores informales, desempleados y excluidos de todo tipo.

El sindicato debe crear y utilizar nuevos canales de comunicación, debido a la fragmentación de la clase trabajadora y para llegar a los jóvenes, que se comunican predominantemente a través de las nuevas tecnologías, como las redes sociales. Para recuperar su fuerza, el sindicato debe reorganizarse, siguiendo la misma lógica que el capital, es decir, también expandiéndose, internacionalizándose y reconstruyéndose sobre otras bases. Este es el tema del sindicalismo internacional, basado en la idea de la solidaridad global. Los sindicatos pueden utilizar las mismas tecnologías empleadas para la sobreexplotación de los trabajadores para organizar a los trabajadores dispersos geográficamente, incluso en todo el mundo.

A través de la negociación colectiva, los sindicatos deben regular aspectos de las relaciones laborales desarrolladas a través de las nuevas tecnologías, para proteger los derechos de los trabajadores, como el dere-

cho a la desconexión en el teletrabajo, que se ha expandido enormemente con la pandemia de COVID-19, así como la defensa de los derechos de los trabajadores en cuanto al tratamiento de sus datos personales. En el contexto de la pandemia, los sindicatos desempeñaron un papel clave en diferentes países del mundo. En tiempos de crisis como la actual, la solución ideal es a través de la negociación colectiva, donde los sindicatos puedan buscar medidas más equitativas y protectoras para los trabajadores.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aliança Bike. *Pesquisa de Perfil dos Entregadores Ciclistas de Aplicativo.* Disponible en: <https://aliancabike.org.br/pesquisa-de-perfil-dos-entregadores-ciclistas-de-aplicativo/> Acceso en 18 septiembre 2020.

Antunes, Ricardo. *Como se trama a uberização total.* Disponible en: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/como-se-trama-a-uberizacao-total/> Acceso en 30 septiembre 2020.

Baylos, Antonio. *Algunas cuestiones relevantes sobre el trabajo a distancia en el RDL 28/2020.* Disponible en: <https://baylos.blogspot.com/2020/09/algunas-cuestiones-relevantes-sobre-el.html> Acceso en 30 septiembre 2020.

Baylos, Antonio. *La importancia creciente de los ERTEs como mecanismo de ajuste del empleo ante la crisis: conocer su funcionamiento y problemática.* Disponible en: <https://baylos.blogspot.com/> Acceso en 24 septiembre 2020.

BBC Brasil. *Coronavírus: entregadores de aplicativo trabalham mais e ganham menos na pandemia, diz pesquisa*. Disponible en: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52564246> Acceso en 18 septiembre 2020.

BBC Brasil. *Dormir na rua e pedalar 12 horas por dia:* a rotina dos entregadores de aplicativos. Disponible en: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48304340>. Acceso en 10 enero 2020.

BBC News. *Chile protests:* One million join peaceful march for reform. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-50191746>. Acceso en 17 enero 2020.

Bertamé, Rodrigo. *Da uberização do sindicalismo ao cyber sindicalismo:* provocações. Disponible en: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/602718-da-uberizacao-do-sindicalismo-ao-cyber-sindicalismo-provocacoes> Acceso en 24 septiembre 2020.

Bradley, Clive. The miners and solidarity. In: Matgamna, Sean (coord.). *Class against class:* the miners' strike 1984-5. 2ª ed. London: Phoenix Press, 2015.

Brasil De Fato. *Motoristas de Uber fazem paralisação mundial contra política de tarifas do aplicativo.* Disponible en: <https://www.brasildefato.com.br/2019/05/08/motoristas-de-uber-fazem-paralisacao-mundial-contra-politica-de-tarifas-do-aplicativo/> Acceso en 28 septiembre 2020.

Breitenfellner, Andreas. El sindicalismo mundial, un posible interlocutor. *Revista Internacional del Trabajo,* Genebra, Oficina Internacional del Trabajo, v. 116, n. 04, p. 575-603, 1997. p. 586.

Cardoso, Adalberto. *Negociação coletiva e desigualdade na América Latina: um balanço da literatura recente.* Disponible en: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/download/1067/1537/161> Acceso en 28 septiembre 2020.

Carelli, Rodrigo de Lacerda. *Aprovada na Califórnia lei que considera empregados os trabalhadores de aplicativos.* Disponible en: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-aprovada-na-california-lei-que-considera-empregados-os-trabalhadores-de-aplicativos-20092019> Acceso en 17 enero 2020.

Carta Capital. *Apps são os maiores empregadores, mas precarização dá o tom nos trabalhos.* Disponible en: <https://www.cartacapital.com.br/economia/proletariado-digital-apps-promovem-trabalhos-precarios-a-brasileiros/> Acceso en 10 enero 2020.

Carta Maior. *Ken Loach:* uberização é o trabalho escravo moderno. Disponible en: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Cinema/Ken-Loach-uberizacao-e-o-trabalho-escravo-moderno/59/45661> Acceso en 17 enero 2020.

Chade, Jamil. *Década vê explosão de milionários e desigualdade que ameaça democracias.* Disponible en: <http://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2019/12/31/decada-ve-explosao-de-milionarios-e-desigualdade-que-ameaca-democracias.htm>. Acceso en 13 enero 2020.

Challenges. *Les livreurs Deliveroo en grève contre la baisse de tarifs des courses.* Disponible en: <https://www.challenges.fr/economie/social/les-livreurs-deliveroo-en-greve-contre-la-baisse-de-tarifs-des-courses_667545> Acceso en 17 enero 2020.

CIDH. *Resolución n. 1/2020.* Pandemia y derechos humanos en las Américas (Adoptado por la CIDH el 10 de abril del 2020). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acceso en 21 abril 2020.

CIDH. *Solicitação de Parecer Consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos.* Alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do Sistema Interamericano, sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero Disponible en: <www.corteidh.or.cr › solicitudoc › soc_3_2019_por>. Acceso en 21 abril 2020.

Cinco días. *El mayor sindicato de Europa gana la primera batalla a YouTube en Alemani***a**. Disponible en: <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/08/30/economia/1567173169_495599.html> Acceso en 17 enero 2020.

CNA. *Nationwide strike in protest at Indian government policies.* Disponible en: <https://www.channelnewsasia.com/news/asia/nationwide-strike-in-protest-at-indian-government-policies-12243512> Acceso en 18 septiembre 2020.

CNBC. *Amazon deletes job listings for analysts to track 'labor organizing threats' following public outcry.* Disponible en: <https://www.cnbc.com/2020/09/01/amazon-seeks-intelligence-analyst-to-track-labor-organizing-threats.html> Acceso en 18 septiembre 2020.

CORTE IDH. *Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 de 9 de abril del 2020.* Disponible en: <http://www.corteidh.

or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf>. Acceso en 21 abril 2020.

Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03.* Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf> Acceso en 23 septiembre 2020.

De Stefano, Valerio. Introduction: automation, artificial intelligence, and labour protection. In: Rocha, Cláudio Jannotti da.; Porto, Lorena Vasconcelos; Alvarenga, Rúbia Zanotelli de. (coord.). *O Direito e o Processo do Trabalho no Século XXI* – Direito Internacional do Trabalho. Volume 1. Belo Horizonte: Virtualis, 2019.

De Stefano, Valerio. The gig economy and labor regulation: an international and comparative approach. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas,* v.4, n.2, Brasília, Centro Universitário do Distrito Federal-UDF, p. 68-79, mayo-agosto/2018.

Delgado, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego:* entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

Delgado, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2019.

Delgado, Mauricio Godinho. Sindicato no Brasil: problemas e perspectivas. In: Porto, Lorena Vasconcelos; Pereira, Ricardo José Macêdo de Britto (coord.). *Temas de Direito Sindical.* São Paulo: LTr, 2011.

Digilabour. *Trabalho invisível e lutas de trabalhadores em contextos digitais: entrevista com Winifred Poster.* Disponible en: <https://digilabour.com.br/2020/08/23/trabalho-invisivel-e-lutas-de-trabalhadores-em-contextos-digitais-entrevista-com-winifred-poster/> Acceso en 18 septiembre 2020.

D'oliveira, Mariane Camargo; Camargo, Maria Aparecida Santana. Participação sindical feminina: estratégia de efetivação do direito do trabalho da mulher. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região,* vol. 9, n. 83, octubre /noviembre 2019.

EL PAÍS. *Las 'kellys' logran que se acepten enfermedades profesionales propias de su trabajo repetitivo.* Disponible en: <https://elpais.com/economia/2018/08/31/actualidad/1535697010_746695.html> Acceso en 17 enero 2020.

EL PAÍS. *Brasil se equilibra numa bicicleta alugada.* Disponible en: <https://brasil.elpais.com/economia/2019-12-29/brasil-se-equilibra-numa-bicicleta-alugada.html>. Acceso en 13 enero 2020.

EL PAÍS. *De los 'compañeros del metal' a los compañeros de WhatsApp.* Disponible en: <https://elpais.com/economia/2019/11/14/actualidad/1573730038_145927.html> Acceso en 17 enero 2020.

Estadão. *12h por dia, 7 dias por semana, R$ 936:* como é pedalar fazendo entregas por aplicativo. Disponible en: <https://twitter.com/Estadao/status/1206397281114607616?s=20>. Acceso en 13 enero 2020.

Faria, Ricardo de Moura, Marques, Adhemar Martins, Berutti, Flávio Costa. *História.* v. 3. Belo Horizonte: Lê, 1993.

Folha De São Paulo. *Preços de corrida em SP sobem em dia de paralisação global de motoristas de Uber.* Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/precos-de-corrida-em-sp-sobem-em-dia-de-paralisacao-global-de-motoristas-de-uber.shtml> Acceso en 1º noviembre 2019.

Fonseca, Vanessa Patriota da. O microempreendedor do aplicativo e o terraplanismo. Disponible en: <https://jornalggn.com.br/noticia/o-microempreendedor-do-aplicativo-e-o-terraplanismo-por-vanessa-patriota-da-fonseca/>. Acceso en 10 enero 2020.

Fonseca, Vanessa Patriota da. Uberização: pseudoautonomia e precarização do trabalho. In: Rocha, Cláudio Jannotti da.; PORTO, Lorena Vasconcelos; Alvarenga, Rúbia Zanotelli de. (coord.). *O Direito e o Processo do Trabalho no Século XXI* – Direito Material do Trabalho. Volume 2. Belo Horizonte: Virtualis, 2019.

fórum de promoção da liberdade sindical da 15ª Região. *Estratégias sindicais para o enfrentamento da pandemia da COVID-19.* Disponible

en: <https://www.youtube.com/watch?v=qtBjYgjfLlA> Acceso en 24 septiembre 2020.

Greg News. *Gorjetismo*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=-2sfnp0npnI> Acceso en 30 septiembre 2020.

Harari, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

In These Times. *Uber Is Offering Scab Rides to Help Break France's General Strike.* Disponible en: <http://inthesetimes.com/working/entry/22217/france-general-strike-uber-bus-metro-ratp-macron-pensions> Acceso en 10 enero 2020.

Isto É. *Uber contribui mais para poluição do que contra ela, diz estudo.* Disponible en: <https://www.istoedinheiro.com.br/uber-contribui-mais-para-poluicao-do-que-contra-ela-diz-estudo/> Acceso en 17 enero 2020.

Kalil, Renan Bernardi. *Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho:* crowdwork e trabalho sob demanda por meio de aplicativos. 366f. Doutorado-Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Laval, Christian. *Entrevista:* novo neoliberalismo, autoritarismo e os novos caminhos do sindicalismo. Disponible en: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/download/27700/17996>. Acceso en 22 enero 2020.

Le Monde. *En Californie, le syndicalisme est redevenu cool.* Disponible en: <https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/02/04/en-californie-le-syndicalisme-est-redevenu-cool_6028313_3232.html> Acceso en 10 febrero 2020.

OIT. *COVID-19 and the world of work:* Impact and policy responses. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/WCMS_738753/lang--en/index.htm> Acceso en 05 mayo 2020.

OIT. *Organizing on-demand:* representation, voice, and collective bargaining in the gig economy. Disponible en: <https://www.ilo.org/

wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_624286.pdf> Acceso en 23 septiembre 2020.

Rede Brasil Atual. *Norte-americanos voltam a apoiar em massa o movimento sindical.* Disponible en: <https://www.redebrasilatual.com.br/mundo/2019/09/norte-americanos-voltam-a-apoiar-em-massa-o-movimento-sindical/> Acceso en 10 febrero 2020.

Rocha, Cláudio Jannoti da; Porto, Lorena Vasconcelos; Abaurre, Helena Emerick. *O Direito do Trabalho brasileiro, o crowdwork e o trabalho on-demand.* En prensa.

Rodrigues, Adriana L. Saraiva Lamounier. *Redes sindicais internacionais:* uma contribuição ao fortalecimento do Direito do Trabalho na Itália e no Brasil. Bauru: Canal 6, 2018.

Summers, Lawrence. *America needs its unions more than ever.* Disponible en: <https://www.ft.com/content/180127da-8e59-11e7-9580-c651950d3672> Acceso en 24 septiembre 2020.

Supiot, Alain. Para além do emprego: os caminhos de uma verdadeira reforma do Direito do Trabalho. *Revista de Direito das Relações Sociais e Trabalhistas,* v. 4, n. 3, Brasília, UDF, p. 17-52, septiembre-diciembre/2018.

The New York Times. *Labor's winning streak.* Disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/09/08/briefing/coronavirus-california-wildfires-nfl-your-tuesday-briefing.html> Acceso en 24 septiembre 2020.

The Verge. *Deaths and injuries don't slow Uber Eats' rapid expansion in Mexico.* Disponible en: <https://www.theverge.com/2019/7/3/20679004/uber-eats-mexico-delivery-courier-death-injury-insurance-expansion>. Acceso en 10 enero 2020.

UGT. *El trabajo en las plataformas digitales de reparto.* Disponible en: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjJ9rqcxIvnAhVcGLkGHQrtADMQFjAAegQIAhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ugt.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fel-trabajo-en-las-plataformas-digitales-

de-reparto-ugt.pdf&usg=AOvVaw0SaJ_Ph-TWxMOdADisKMJe> Acceso en 17 enero 2020.

União Europeia. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril del 2016*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?qid=1559291025147&uri=CELEX:32016R0679#d1e1564-1-1> Acceso en 28 septiembre 2020.

Valor Econômico. *Turbulência social aumenta no mundo, alerta OIT.* Disponible en: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/01/20/turbulencia-social-aumenta-no-mundo-alerta-oit.ghtml>. Acceso en 28 enero 2020.

Viana, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo: breves notas do XVIII Congresso Mundial de Direito do Trabalho e Seguridade Social. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3° Região,* Belo Horizonte, TRT da 3° Região, n. 73, p. 29-38, enero-junio/2006.

Vox. *A landmark law disrupted the gig economy in California. But what comes next for Uber drivers?* Disponible en: <https://www.brasildefato.com.br/2019/05/08/motoristas-de-uber-fazem-paralisacao-mundial-contra-politica-de-tarifas-do-aplicativo/> Acceso en 17 enero 2020.

CONFERENCIA MAGISTRAL DE CIERRE

EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

LA CRISIS DE COVID-19 Y LAS DESIGUALDADES ECONÓMICAS Y SOCIALES

GIUSEPPE CASALE
Universidades de Turin y Venecia
Director Adjunto CIFOIT (Turin), Director Turin School of Development,
Secretario General SIDTSS (Ginebra)

INTRODUCCIÓN

La crisis del Covid-19 ha puesto de relieve las actuales desigualdades económicas y sociales no sólo entre las regiones del mundo sino también dentro de las mismas regiones y países. Si tomamos como ejemplo los países europeos, es evidente que el número de personas en riesgo de pobreza oscila entre el 9 y el 26%, incluidos los porcentajes de empleo y desempleo, en particular entre los jóvenes, que son en todas partes más elevadas que los registrados entre los adultos, en países como Italia, España y Grecia son tres veces más elevados.

Además, es probable que el crecimiento del empleo en el período posterior a la crisis sea muy desigual entre los países. Se producirá un alto porcentaje de empleos precarios y de baja calidad en los países económicamente más débiles, especialmente entre los jóvenes, las mujeres y la población menos instruida. Esto irá de la mano de la polarización del mercado laboral que, en contraste con las tendencias de los países más dinámicos, ve un declive de las profesiones cualificadas y modernas y un crecimiento relativo de los empleos de baja calidad.

Las relaciones laborales reflejan esta distorsión del mercado. Los sindicatos resisten en las áreas y empleos tradicionales, mientras que están ausentes en áreas caracterizadas por nuevos trabajos cualificados, empleos precarios y no cualificados, incluyendo a los jóvenes.

Además, la dinámica de las negociaciones se ha ralentizado un poco hasta el punto de que la negociación colectiva en el sector público ha estado congelada durante años, no sólo como resultado de la crisis económica. Y en el sector privado, la renovación de un número cada vez mayor de contratos se detuvo, incluso antes del estallido de la pandemia.

En tiempos de crisis, ya sea financiera o de empleo, la Unión Europea ha sido incapaz de proteger a los ciudadanos europeos de las presiones de la competición mundial y de los efectos negativos de la crisis nacional.

Tanto más cuanto que las políticas de austeridad practicadas predominantemente por la Unión Europea han limitado los recursos disponibles para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, especialmente en los países más frágiles de un punto de vista económico y social.

Además, sobre la base de las experiencias, las finanzas nacionales no han sido atenuadas por intervenciones compensatorias del presupuesto de la Unión Europea y no ha habido un impuesto de solidaridad en favor de los países periféricos cuando se encuentran en dificultades financieras. Al mismo tiempo, mientras que en los países de Europa septentrional los costos de la asistencia se han distribuido en toda la comunidad con cargo al presupuesto público, en los países de Europa meridional los costos del ajuste se han concentrado sobre grupos sociales bien definidos.

El reto para Europa tras las crisis pasadas (en particular de 2008) es tanto más difícil cuanto que sus efectos han alterado los elementos fundamentales en los que se basaban hasta ahora las políticas sociales y las leyes laborales, empezando por el círculo virtuoso entre el crecimiento económico y el aumento de la protección laboral, mientras que ha aumentado la dependencia de los sistemas nacionales del contexto mundial y la inminente presencia de autoridades privadas como las grandes empresas multinacionales.

La capacidad de la Unión Europea para intervenir en apoyo de los Estados individuales, especialmente los más frágiles, se ha debilitado y las divisiones dentro de la UE misma han aumentado.

Una de las consecuencias más graves, ahora denunciada por todos, es el aumento de las desigualdades entre los países y dentro de los territorios individuales, incluso dentro de la Unión Europea, donde la construcción de normas comunes y de un espacio social común ha creado un sistema con normas sociales que no tiene equivalente en otras regiones del mundo.

La presencia de medidas y normas diferenciadas entre los distintos países y sectores puede ser necesaria para adaptar las intervenciones a las distintas condiciones de hecho. Sin embargo, el riesgo de que esas diferencias se materialicen es que den lugar a un dualismo y a desigualdades estables entre los distintos países y regiones del mundo.

La globalización, si bien ha contribuido a reducir algunas desigualdades entre varios países del mundo, ha dado lugar a un aumento de las desigualdades internas, especialmente en los países industrializados. En general, ha provocado una reducción de la cuota de mano de obra en la mayoría de los países de la OCDE y ha llevado a lo que se ha llamado el vaciamiento de la clase media, en el que se ha basado hasta ahora el equilibrio social y democrático de nuestros países.

1. LA CRISIS DE COVID-19 Y SU IMPACTO ECONÓMICO Y SOCIAL

La crisis que empezó en febrero de 2020 es diferente de todas las crisis anteriores.

Esta diversidad radica principalmente en su origen y en su impacto en la salud, ya que muchas personas murieron por la propagación del coronavirus. El número real sólo se conocerá al final de la pandemia.

Al mismo tiempo, su impacto económico y social también es diferente. La última crisis financiera de 2008 afectó a sectores específicos de la economía real y, en consecuencia, a los niveles de empleo e ingresos de determinadas categorías de trabajadores y empleadores. Las medidas monetarias aplicadas, aunque tardíamente, han intervenido para apoyar a las diversas economías del mundo, con efectos diferentes según las condiciones de cada país y su capacidad de reacción. De hecho, algunos países han reaccionado a la crisis con medidas económicas y sociales que han permitido volver a los niveles anteriores a 2008.

La propagación de la pandemia, como se puede notar en los primeros meses, repercutió por igual en la oferta y la demanda con un doble efecto de choque sin precedentes. De hecho, no sólo trascendió todas

las fronteras nacionales y territoriales, sino que también afectó según criterios distintos de los relacionados con los parámetros económicos habituales.

En una mirada más atenta, el impacto sobre las actividades productivas, si bien es generalizado y en muchos sentidos transversal, no varía según los sectores tradicionales, ni depende de la equidad o la eficiencia organizativa de los mismos sectores o empresas, sino sobre todo de las connotaciones estructurales y geográficas que determinan la mayor o menor exposición de cada realidad productiva al riesgo de contagio.

Por un lado, los impactos más inmediatos y graves se han producido en sectores como el turismo, la restauración, las actividades de entretenimiento y artísticas, el transporte. Estos últimos ponen en contacto directo a muchas personas en condiciones que hacen difícil, si no imposible, protegerlas del contagio.

Por otra parte, la crisis sanitaria se ha extendido más intensamente y con mayor rapidez en las concentraciones urbanas, principalmente en zonas grandes y densamente pobladas.

La posibilidad y la eficacia de la lucha contra la crisis están igualmente vinculadas a factores distintos de los económicos y monetarios. Dependen en primer lugar del equipo médico y de la eficiencia del sistema de salud, pero también de la capacidad de las instituciones públicas para gestionar la emergencia y establecer disposiciones para volver a la vida laboral normal.

Es interesante observar lo que hemos encontrado sobre los orígenes, las características y el impacto de esta crisis es suficiente para hacernos saber que las soluciones introducidas en crisis anteriores no ofrecen soluciones útiles en esta crisis posterior a la de Covid-19.

Esta crisis debería enseñarnos a repensar todos los instrumentos utilizados hasta ahora, empezando por la cantidad y las modalidades de las intervenciones financieras y económicas y su finalización para hacer frente al impacto mundial de la epidemia en ambos lados de la oferta y la demanda.

No hay duda de que será necesario actuar, para reparar los daños causados por la inactividad forzosa de las empresas, con compensaciones y ayudas para su recuperación, y con apoyo a los ingresos y el empleo de los trabajadores. La crisis, según cifras recientes de la OIT, ha afectado a 345 millones de puestos de trabajo a tiempo indeterminado en todo el mundo, una gran parte de ellos en Europa y América Latina.

Pero estas medidas de apoyo no pueden dirigirse simplemente a restablecer la situación anterior a la crisis, por el hecho, puesto de relieve desde los primeros análisis, de que nuestras economías se enfrentarán a nuevos escenarios, es decir, a cambios más o menos profundos en la geografía productiva cuyas características son todavía difíciles de describir.

La propagación mundial de la pandemia de Covid-19 ha demostrado que la fragilidad de las relaciones internacionales no sólo afecta a la gestión de las finanzas, sino también al comercio internacional y a las cadenas de suministro. Las cadenas de suministro son una forma de descentralización productiva que ha permitido extender los procesos de producción a todo el planeta a través de redes mundiales. El crecimiento de esas cadenas ha permitido la transferencia de muchos sectores de producción y servicios a través de las fronteras nacionales. Se ha dicho con cierto énfasis que las cadenas mundiales de suministro han transformado el mundo y reconfigurado los destinos de países enteros para constituir el mayor cambio económico mundial de los últimos cien años.

El impacto de la pandemia ha subvertido o perturbado estos tipos de redes de producción y distribución, cuestionando su propia supervivencia. En este sentido, las cadenas de producción y distribución basadas en estas redes deberán reconstruirse sobre bases diferentes. Muchas de las producciones realizadas fuera de un país tendrán que volver en los países de origen.

Esto no será fácil, pero tendrá implicaciones para todos los sistemas ecológicos internacionales.

La amenaza para la salud está destinada no sólo a acelerar estas tendencias, sino también a pedir cautela y nuevas normas para que el comercio internacional de bienes y servicios sea menos frágil y peligroso.

La emergencia del Covid-19 ha acelerado la distinción en la vida privada y social, así como en el trabajo, entre las actividades y los conocimientos relacionados con los contextos materiales, las fábricas, las oficinas, los hogares y las actividades y los conocimientos codificados digitalmente que pueden liberarse de las barreras de la distancia. Esto está demostrando que es posible buscar una nueva forma de trabajar, utilizando las tecnologías digitales con miras a reducir el efecto contagioso.

El proceso de acercamiento digital ha permitido superar las distancias en el trabajo hasta un punto impensable hace unos meses en muchas actividades laborales: en la comunicación, en el control de programas de procesamiento gestionados por máquinas, en las prácticas burocráticas de una administración que se digitaliza laboriosamente, en el consumo que ha conectado a personas aisladas en sus hogares, en la educación y el aprendizaje.

2. ¿POR QUÉ SON IMPORTANTES LAS POLÍTICAS PÚBLICAS?

La influencia de estas nuevas formas de trabajo no se detendrá con el fin de la pandemia de Covid-19, sino que abrirá nuevas perspectivas en el mundo del trabajo.

Ya se está sugiriendo que el peligro de contagio que conlleva esta pandemia conducirá a una reducción de las actividades de gran intensidad de mano de obra en la producción industrial y los servicios, acelerando una tendencia ya iniciada por la introducción de nuevas tecnologías.

Sin embargo, las mismas tecnologías pueden utilizarse para llevar muchas de las actividades no sólo de los antiguos a los nuevos servicios, sino también para llevar a cabo algunas funciones comerciales no fundamentales en sectores como la manufactura, las finanzas y los recursos humanos.

El enfoque innovador de nuestra forma tradicional de hacer las cosas será puesto a prueba de nuevo, para ver hasta qué punto las tecnologías

disponibles pueden ayudarnos a hacer que el trabajo sea útil y seguro en el nuevo escenario digital. A este respecto, cabe señalar que esta fase de transición tiene muy poco que ver con las fases de transición precedentes. De hecho, la fase de recuperación de emergencia completa tendrá que preparar la salida de la crisis posterior a Covid-19 de manera innovadora y, al mismo tiempo, de forma que se garantice la seguridad y la salud en el lugar de trabajo.

Desde las primeras manifestaciones de la crisis de Covid-19, se ha confirmado que el papel de las instituciones públicas y los Estados nacionales es importante, en contra de todas las profecías de declive del pasado. Este papel seguirá siendo desempeñado por las instituciones públicas y las autoridades en los años venideros.

La emergencia de Covid-19 tiene el carácter de un choque exógeno y sistémico que ha afectado a todo el mundo. Ese destino común exige responsabilidades comunes y mundiales.

3. EL CASO DE EUROPA

Las consecuencias de la actual emergencia sanitaria para la economía y la vida de los ciudadanos europeos hacen que el desafío sea más decisivo no sólo para la credibilidad de la Unión Europea, sino también para su supervivencia.

Lo que realmente se necesita hacer en estas circunstancias es evitar una respuesta europea dispersa a tal crisis. Las repercusiones no han sido menos evidentes en el plano político, porque la inercia de la Unión Europea y la distancia entre las promesas y los logros han hecho que los sentimientos antieuropeos crezcan como nunca antes entre los ciudadanos decepcionados por una Europa incapaz de responder a sus necesidades y han alimentado en varios Estados miembros movimientos y coaliciones políticas abiertamente antieuropeos. Especialmente ahora que vivimos un periodo de una secunda urgencia de la pandemia en curso.

La gravedad de la situación actual es una llamada de atención y al mismo tiempo una prueba decisiva para Europa. La posibilidad de in-

tervenir eficazmente en cuestiones económicas y sociales tan importantes como las que plantea la crisis exige cambios fundamentales en las políticas y la estructura institucional de la Unión Europea.

Por ejemplo, lo primero que hay que hacer es superar el actual método intergubernamental, que ha demostrado ser un obstáculo para la posibilidad de aplicar decisiones europeas conjuntas. Ese método reproduce en las instituciones europeas y en el Consejo en particular los desacuerdos entre los Estados miembros en cuanto a las opciones políticas, con consecuencias que han demostrado ser divisorias en crisis pasadas. Superarla es la primera y fundamental lección que hay que aprender del pasado.

El segundo cambio estructural debería referirse a la actual distribución de las competencias de la Unión Europea, que limita o excluye en gran medida la posibilidad de actuar conjuntamente en las esferas decisivas de la economía y el bienestar: un límite que se ve agravado por la regla de la unanimidad que sigue rigiendo las decisiones en algunas esferas.

Sin embargo, en el futuro inmediato es necesario abordar las cuestiones más urgentes para combatir la crisis y señalar el camino hacia la plena recuperación. La búsqueda de la forma de proceder es difícil, no sólo porque se lleva a cabo en condiciones de incertidumbre persistente, sino porque debe combinar las nuevas medidas económicas, nacionales y europeas con una acción coherente sobre las estructuras sociales para adaptarse a las nuevas condiciones. Sólo una acción coordinada tanto en la esfera económica como en la esfera social puede sanar las rupturas de la crisis y promover un desarrollo sostenible que no tenga en sí mismo las condiciones previas de nuevos desequilibrios y desigualdades.

En los últimos años, la Comisión Europea y el Parlamento Europeo han elaborado muchas propuestas y han puesto en marcha programas innovadores para promover el liderazgo europeo en cuestiones económicas. Por mencionar sólo los más importantes, lo más reciente es el programa Empresa 4.0, que ya se ha puesto en marcha en varios países, y el "Green New Deal", anunciado solemnemente por la Comisaria Von der Leiden cuando tomó posesión de su cargo. Ambos programas tienen objetivos clave para el futuro de la Unión Europea.

El "Green New Deal" es necesario para apoyar el compromiso común de la comunidad internacional de luchar contra el calentamiento de la Tierra e iniciar un nuevo ciclo de desarrollo sostenible. Europa se ha fijado objetivos ambiciosos a este respecto, para estar a la vanguardia de la transición energética y ambiental que sustenta una nueva economía sostenible. Es una elección de gran valor para cambiar muchas políticas económicas ya hoy en día; y lo es en perspectiva, porque la protección y la mejora del medio ambiente constituyen una nueva frontera de la economía y, al mismo tiempo, un componente decisivo para la calidad de la vida en la Tierra.

El anuncio del Green New Deal debe ir seguido ahora de inversiones a una escala adecuada al objetivo, no sólo por parte de los Estados miembros sino también por parte del presupuesto de la Unión Europea. Si se trata de una prioridad compartida, se deberían asignar recursos adicionales o, si esto no es posible en la actualidad, al menos partes de los recursos transferidos de otros capitales.

La Empresa 4.0 representa el tema principal de una nueva política industrial europea. La omnipresencia de las tecnologías digitales en la economía del futuro requiere medidas específicas. Tanto más cuanto que la disponibilidad a gran escala de estas tecnologías, tanto para las organizaciones como para los individuos, será importante en los próximos años no sólo para la economía, sino también para la actividad humana cotidiana.

Si esto es así, Europa no puede dejar de contar con empresas e infraestructuras capaces de ofrecer a sus ciudadanos todas las oportunidades de la evolución tecnológica digital. Para superar este desafío, que ve el campo dominado por las grandes multinacionales extranjeras (Google, Amazon, Microsoft) no basta con tomar iniciativas nacionales. Europa necesita recursos comunes y nuevas reglas, por ejemplo, en materia de antimonopolio y de ayudas estatales, que permitan y no obstaculicen la formación y el crecimiento de las empresas europeas.

Un primero señal importante, que mostró una nueva conciencia por parte de las instituciones europeas, fue la decisión de la Comisión (de 22

de marzo de 2020) de permitir exenciones de las prohibiciones de ayuda estatal para apoyar a las empresas en dificultades debido a la pandemia de Covid-19 (préstamos bancarios, garantías públicas, subvenciones a tasas preferenciales, apoyo a las exportaciones). Se trata de medidas temporales, pero su aplicación puede servir de orientación para introducir cambios estructurales en los reglamentos en el futuro.

A un examen atento, se puede observar que en el ámbito de la Unión Europea se han puesto en marcha una serie de intervenciones de emergencia con miras a introducir nuevos amortiguadores sociales y apoyo financiero a las empresas.

Algunos elementos de novedad son visibles en las reacciones de las instituciones comunitarias ante la crisis, no sólo en las medidas financieras aplicadas por el Banco Central Europeo, que fue también el primero en reaccionar, sino también en las intervenciones en materia de salud y seguridad destinadas a proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo.

Una primera intervención lanzada por la Comisión Europea, que sin duda es nueva en comparación con el pasado, es el reglamento que pone en funcionamiento un nuevo instrumento financiero, denominado SU RE, destinado a apoyar, con préstamos de hasta 100.000 millones de euros, a los Estados miembros afectados por la crisis con el fin de prestar ayuda a los trabajadores que han perdido su empleo.

Los recursos disponibles son adicionales a la ayuda normal del Fondo Social Europeo y a las medidas aplicadas por los sistemas nacionales. Constituyen una segunda línea de defensa contra el desempleo.

Este instrumento financiero SU RE difiere de intervenciones anteriores, como el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, que ha proporcionado ayuda a los trabajadores (y sectores) víctimas de la globalización; el Fondo Europeo de Solidaridad, previsto originalmente para financiar intervenciones en favor de los Estados miembros afectados por catástrofes naturales y ampliado ahora para hacer frente a la emergencia sanitaria con recursos comunes; y la CRII (Coronavirus Response Investment Initiative), que moviliza recursos no utilizados de los diversos

fondos estructurales y facilita su utilización con procedimientos acelerados para promover nuevas inversiones, en sectores críticos, especialmente relacionados con la emergencia sanitaria.

Estas intervenciones de apoyo a las medidas sociales y económicas de los distintos Estados miembros son sólo de carácter financiero y no afectan a las características estructurales de las instituciones en las que intervienen, que están reguladas de forma diferente en los sistemas nacionales. A este respecto, el enfoque se ajusta al principio de subsidiariedad consagrado en los Tratados europeos.

El Reglamento SURE es nuevo en varios aspectos, no sólo por la magnitud de los recursos puestos a disposición, sino también por el objetivo específico de apoyar los ingresos de los trabajadores afectados por la crisis. El Reglamento SURE deja a la discreción de los Estados miembros la utilización del fondo para apoyar a las zonas y personas más afectadas por la crisis posterior a Covid-19.

Esta intervención de segunda línea de la Unión Europea podría fomentar cambios en la reglamentación de estas instituciones por parte de los Estados miembros, especialmente si el apoyo ofrecido por el Fondo fuera tal que fomentara la convergencia de las normas nacionales hacia las mejores prácticas en la Comunidad.

4. ¿HACIA UN SISTEMA DE BIENESTAR EUROPEO?

De lo anterior se desprende que todas las iniciativas de la Unión Europea están relacionadas con la emergencia del Covid-19, en parte con nuevos enfoques como el reglamento SURE, en parte con normas que facilitan el uso de fondos preexistentes.

Estas iniciativas dan testimonio de la indudable capacidad de acción de las instituciones europeas, pero siguen siendo de carácter episódico, lo que no permite orientarlas hacia objetivos orgánicos y corre el riesgo de dispersar los recursos con resultados no óptimos.

Sin embargo, los acontecimientos que las motivaron, a pesar de su carácter excepcional, confirman la necesidad de una acción directa de la

Unión Europea, que ya se ha puesto de relieve en crisis anteriores, que han demostrado ser recurrentes a lo largo del tiempo y no carecer de conexiones y características comunes.

Al reflexionar sobre estos acontecimientos, también a la luz de esta emergencia, tan diferente y más grave que las demás, es necesario no sólo reforzar las intervenciones europeas, sino sistematizarlas en un marco coordinado.

El reglamento del SURE da indicaciones claras de una intervención temporal, empezando por la forma de financiación que se da a través de un préstamo. Sería bueno considerar las propuestas anteriores, primero las relativas al establecimiento de "prestaciones europeas de desempleo", que ya se han adelantado en los últimos años.

Las prestaciones europeas de desempleo tienen en común con el SURE el objetivo de la intervención, que consiste en un apoyo europeo a las medidas nacionales de ayuda a los ingresos de los trabajadores en caso de suspensión de las actividades productivas y de desempleo.

Prevén un conjunto de medidas que no son temporales, pero que pueden utilizarse para crisis de empleo de diversa índole, e introducen el reconocimiento por parte de la Unión Europea para dotarse de un instrumento común para reaccionar ante las turbulencias externas.

Estas propuestas introducen medidas subsidiarias, es decir, complementarias a las instituciones de apoyo a los ingresos previstas en las leyes nacionales, específicamente las relativas al desempleo. Pero el sistema previsto en estas propuestas era una forma de reaseguro con respecto a las intervenciones nacionales. Debía financiarse con las contribuciones de los distintos Estados, lo que suponía una mutualización del riesgo de crisis entre los Estados miembros participantes.

La regulación del SURE, y en esto es lo que difiere de los tradicionales amortiguadores sociales y que puede tener implicaciones sistémicas, se refiere al alcance de la medida, que incluye no sólo a los trabajadores dependientes sino también a los trabajadores por cuenta propia. Sin embargo,

en la mayoría de los países europeos, las instituciones de apoyo a la renta en caso de suspensión o cese del empleo se limitan al trabajo dependiente. Sólo recientemente, algunos países han tomado en consideración las diferentes variedades de trabajo por cuenta propia, pero sólo para aspectos específicos que no incluyen formas de amortiguamiento social.

La emergencia ha demostrado claramente que los trabajadores autónomos no están menos expuestos que los trabajadores subordinados a los efectos de la crisis. Por el contrario, presentan aspectos de particular fragilidad, vinculados precisamente a su autonomía, lo que los expone directamente y sin protección a las turbulencias del mercado.

Recientemente, la legislación de un buen número de países incluidos en la lista de medidas de emergencia del Covid-19 prevé un apoyo específico a los ingresos de los trabajadores autónomos, aunque en menor medida y con una clasificación diferente de la prevista para los empleados subordinados.

Si bien es cierto que los amortiguadores sociales se han visto en dificultades en todos los países por la crisis de Covid-19 y por las inciertas perspectivas de crecimiento, algunos países de Europa (Italia, España, Grecia) sufren una doble desventaja: no sólo la prolongada situación de estancamiento económico, que ha frenado la dinámica del empleo y su calidad, sino también la debilidad de las políticas activas de trabajo y de formación, que no pueden ofrecer alternativas de empleo a los trabajadores en paro o en riesgo de paro. Este es el reto que deben afrontar los expertos de derecho del trabajo, reto que continuará en el futuro.

En todos los países europeos, el enfoque tradicional de las instituciones de apoyo a los ingresos, como las pensiones, que se basan en el sistema contributivo y en el supuesto de trayectorias de empleo estables, ha resultado insuficiente para satisfacer las necesidades de protección de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que operan en mercados inestables, a menudo en formas de empleo atípicas o precarias, y que, incluso cuando están empleados de forma indefinida, con frecuencia experimentan paros laborales.

Por esta razón, varios países han introducido reformas encaminadas a corregir los límites del sistema de contribuciones introduciendo elementos de solidaridad en las diversas instituciones mediante intervenciones fiscales generales, en particular para apoyar las contribuciones durante las interrupciones de la actividad laboral.

En general, la amplia difusión de las nuevas tecnologías y la creciente interdependencia entre actividades, como las condiciones de trabajo y de vida, han demostrado la necesidad de superar el enfoque sectorial y empresarial del bienestar tradicional, que está vinculado a las estructuras del industrialismo, y la urgencia de introducir un enfoque universalista de las diversas instituciones de protección del trabajo.

A este respecto, la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo se refiere a una base común de protección para todos los que trabajan, independientemente del tipo de contrato al que estén vinculados.

5. LA REDUCCIÓN DE LA POBREZA SIGUE SIENDO LA PRIORIDAD

En cuanto a los amortiguadores sociales, las innovaciones introducidas en las normas tradicionales no han garantizado respuestas adecuadas a los diversos sectores de la economía, especialmente a los más débiles. El reconocimiento progresivo de la insuficiencia de estos remedios para reducir la pobreza está en el origen de la exigencia de introducir diversas formas de ingresos mínimos.

Cabe señalar que, a pesar de su variedad, las reglamentaciones de la mayoría de los países europeos han mantenido el enfoque común de otras formas de bienestar, es decir, la opción de combinar la prestación de beneficios monetarios con la petición a los beneficiarios de que se pongan a disposición para el trabajo, la capacitación u otras actividades socialmente útiles. En resumen, se ha roto el vínculo entre el derecho a la prestación y el trabajo, porque el ingreso mínimo no se basa en las contribuciones ni en la actividad laboral previa; pero se mantiene el objetivo de la activación del beneficiario mediante el trabajo u otra actividad social.

La posibilidad de introducir formas de ingreso básico incondicional, pagado a personas y ciudadanos se ha debatido ampliamente en Europa, pero hasta ahora sólo ha tenido aplicaciones experimentales muy limitadas en algunos países (Finlandia, Austria).

La caída de los ingresos y el empobrecimiento de una gran parte de la población a causa de la crisis de Covid-19 han empujado a varios países (Italia, España, Grecia, Portugal, Francia) a poner en marcha medidas urgentes de lucha contra la pobreza, incluida la renta de emergencia. Está dirigido a las personas que no están cubiertas por otras medidas de apoyo a los ingresos, no sólo a los trabajadores precarios, estacionales y domésticos, sino también a los trabajadores migrantes, incluidos los que no están legales y trabajan en la economía no estructurada.

A este respecto, cabe señalar que esos ingresos de emergencia se consideran por separado de los ingresos de ciudadanía. Sin embargo, la crisis ha dado lugar a varias propuestas para ampliar el alcance de los ingresos de ciudadanía, incluida la disposición de que esos ingresos se distribuyan sin ninguna condicionalidad.

En la crisis inmediata, la lucha contra la emergencia es la lucha contra la pobreza. De hecho, el apoyo a los ingresos de las personas que necesitan asistencia es un capítulo de la asistencia social que deberá revisarse en el contexto de la crisis. Los países tendrán que dar las respuestas necesarias a las diversas demandas de asistencia social y esto se intensificará hasta llegar a las responsabilidades de Europa.

No bastará con renovar las intervenciones financieras destinadas a reforzar y orientar mejor los diversos fondos estructurales, ni tampoco con aumentar los recursos del presupuesto europeo destinados a estos fines. Las instituciones de asistencia social y de lucha contra la pobreza son las esferas prioritarias en las que hay que aplicar principios generales comunes, como la universalidad de los sistemas de protección de los ingresos para todos los trabajadores en las principales situaciones de necesidad.

6. EL PAPEL DEL SALARIO MÍNIMO

Las desigualdades y el crecimiento de la pobreza tras la crisis de 2008 han contribuido a la necesidad de mantener los salarios de los trabajadores empleados. Varios países han aumentado su salario mínimo para ayudar a los trabajadores pobres que se han multiplicado, especialmente en los sectores más débiles de las economías, en los que la negociación colectiva no puede garantizar unos salarios adecuados.

En los países en que no existe un salario mínimo, la protección salarial ofrecida a los trabajadores por la negociación nacional ha resultado insuficiente en muchas esferas en que los contratos de derecho privado, incluidos los celebrados por interlocutores sociales representativos, tienen altas tasas de evasión que disminuyen su capacidad de proteger eficazmente los salarios, especialmente en el caso de los trabajadores precarios y poco calificados (por ejemplo, Italia).

No es una coincidencia que las instituciones europeas hayan instado a adoptar una postura sobre la introducción de un salario mínimo para responder al fenómeno de los trabajadores pobres, que actualmente está muy difundido en muchos países europeos.

A nivel europeo, las objeciones a la adopción de un instrumento común sobre el salario mínimo han agravado las planteadas por muchos sindicatos nacionales. Los argumentos en contra se han basado en el hecho de que los sistemas nacionales de fijación de salarios y los niveles salariales están muy diferenciados. Los salarios mínimos legales vigentes en los distintos países oscilan entre niveles de 300-400 y más de 2000 euros mensuales.

Queda por ver si el impacto de la actual situación de emergencia en los salarios, especialmente en los salarios más bajos, será tal que aumente la presión sobre las instituciones europeas para que tomen una iniciativa común.

En cualquier caso, las propuestas en este sentido deberían ser objeto de un diálogo social europeo. Además, las diferencias entre los niveles

salariales de los Estados miembros hacen imposible establecer niveles comunes. Más bien, se pueden prever propuestas que indiquen una gama más o menos amplia de salarios dentro de la cual los Estados miembros y los interlocutores sociales podrían acordar el umbral salarial compatible con sus condiciones económicas y sociales.

7. LAS RELACIONES LABORALES

De hecho, toda la funcionalidad de los sistemas de relaciones laborales se ha visto muy afectada por el contexto negativo inducido por la tecnología y la mundialización, porque ambos factores han contribuido a modificar los cimientos y los campos de juego sobre los que se construyeron esos sistemas en el siglo pasado. Al mismo tiempo, los actores sociales siguen demasiado arraigados dentro de las fronteras nacionales y operan dentro de los marcos tradicionales de la fuerza de trabajo en los que han crecido. Por lo tanto, les resulta difícil actuar eficazmente en los nuevos contextos supranacionales y tecnológicos.

Sólo una renovación de sus estrategias hacia los objetivos impuestos por las realidades tecnológicas y mundiales puede dar a los interlocutores sociales, en particular a las organizaciones de trabajadores, el papel de la innovación y la promoción de la equidad social que han desempeñado en los últimos decenios.

Por ejemplo, el instrumento de los acuerdos transnacionales, que ahora se limita a ámbitos y objetivos específicos, puede ser útil, si se amplía y refuerza, para apoyar la acción regional y nacional destinada a establecer normas sociales convergentes sobre algunas de las cuestiones más apremiantes.

En las relaciones colectivas transnacionales, la iniciativa europea puede buscar nuevos caminos. Por ejemplo, puede prever formas de apoyo de los interlocutores sociales a la negociación colectiva, como fue el caso de la directiva sobre los comités de empresa europeos, y ampliar el alcance de sus aplicaciones a las pequeñas y medianas empresas que constituyen una parte importante del sistema productivo y que hoy en día, gracias a las

nuevas tecnologías, pueden extender su presencia más allá de las fronteras nacionales. Además, podría favorecer la presencia de los agentes sociales en las instituciones competentes en los ámbitos de la economía y el bienestar, según fórmulas probadas con éxito en algunos Estados miembros de la Unión Europea (por ejemplo, el denominado sistema Gent).

8. EL ESCENARIO DE LA CRISIS POST COVID-19

La revisión y el fortalecimiento de los sistemas de bienestar no agotan los compromisos y el desafío de la innovación posterior a la crisis. El impacto de la crisis posterior a Covid-19 en la oferta y la demanda requiere intervenciones estructurales por ambas partes. Ya no se puede reactivar la economía apoyando la demanda agregada, también porque los recursos públicos son limitados y deben utilizarse de manera más eficiente para promover la recuperación.

El período posterior a la emergencia presentará nuevos escenarios que requerirán una profunda reconversión de nuestras formas de producir y vivir. Las nuevas tecnologías digitales no se verán interrumpidas por la crisis, sino que se reorientarán en nuevas direcciones y será necesario apoyarlas. Prueba de ello es el desarrollo de nuevos servicios como el parto a domicilio, la medicina y el diagnóstico a distancia, la capacitación y las técnicas de aprendizaje electrónico, entre otros.

El fortalecimiento de los sistemas de bienestar no será suficiente para superar las desigualdades si no va acompañado de fuertes inversiones tanto en nuevas tecnologías que son decisivas para el desarrollo del futuro como en una formación generalizada que permita extender su uso a los muchos que hoy están excluidos.

9. BIBLIOGRAFÍA

G. Arrigo, G. Casale, *International Labour Law Handbook from A to Z*, Giappichelli, Turin, 2017.

G. Casale, *Fundamentals of International Labour Law,* 2nd edition, Giappichelli, Turin, 2020.

M. Fasani, *Legal Issues and Trajectories in Equality and non-Discrimination. A comparative overview,* Giappichelli, Turin, 2019.

ILO, *Nota OIL Covid-19 e il mondo del lavoro: 6a edizione. Stime e analisi aggiornate*, Rome, 23 settembre 2020.

SECCIÓN DEL CONCURSO LABORAL UNIVERSITARIO

SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LA RELACIÓN ENTRE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO Y LA INFORMALIDAD EN EL SUBSECTOR MINERO: ESTUDIO DE CASO DE LA RINCONADA, PUNO

LOURDES LUCÍA LEÓN PACHECO

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Primer puesto del Concurso Laboral Universitario.

"En Perú, la primera mención a las enfermedades ocupacionales es del periodo colonial, cuando se hace referencia a los indígenas obligados a laborar en las minas de donde, por intoxicación, pocos sobrevivían".[1]

I. INTRODUCCIÓN

El bienestar de las personas es uno de los indicadores con mayor potencial para analizar el desarrollo económico y social de un país[2]. Considerando que las personas pasan un tercio o más del día en el trabajo, las condiciones laborales impactan directamente sobre ese bienestar[3]. En ese sentido, la Seguridad y Salud en el Trabajo se alza como una necesidad que, a la vez, funciona de indicador para demostrar qué tan avanzada está nuestra sociedad en la protección de la salud de sus propios ciudadanos.

Durante las últimas décadas, también se ha advertido el potencial de la seguridad, salud y bienestar de los trabajadores como un indicador del progreso de las empresas[4], dada su relación con la responsabilidad social

1 Gastañaga, María del Carmen (2012). "Salud ocupacional: historia y retos del futuro", *Rev. Perú Med. Exp. Salud Pública*, N.° 29, vol. 2, pp. 177-178.

2 Rentería, José María; Román, Andrea (2015). *Empleo informal y bienestar subjetivo en el Perú: orientando las políticas públicas para un desarrollo social integral*. Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social & Instituto de Estudios Peruanos. Disponible en: https://www.cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/empleo_informal_y_bienestar_subjetiv o.pdf

3 Fontes, Roberto (2002). *Seguridad y Salud en el Trabajo en América Latina y el Caribe: Análisis, temas y recomendaciones de política*. Banco Interamericano de Desarrollo.

4 Zwetsloot, Gerard (2003). "From management systems to CSR", *Journal of Business Ethics,* N.° 44, pp. 201-207; citado por Suasnavas, Pablo et al., ob. cit.

empresarial (RSE)[5]. Este potencial les permite ser organizaciones competitivas[6], con posibilidades de crecimiento, aumento de productividad y atracción de inversores[7], convirtiendo a la SST en un componente *rentable*.

Sin embargo, ni las consideraciones de naturaleza social ni económica han sido suficientes para conseguir un nivel de satisfacción alto y generalizado a nivel nacional de la SST. Si bien no se cuenta con un diagnóstico de línea base a nivel nacional[8] que permita identificar este bajo cumplimiento indicador por indicador, un gran inconveniente que podemos aventurar es la falta de internalización de los beneficios de la SST para los empleadores, guiados, más bien, por la posibilidad de multas y/o sanciones, de modo que el bajo nivel de enforcement de las leyes y la incapacidad del Estado para ejercer un control son un gran estímulo para el incumplimiento.

No obstante, hay otro factor, más bien transversal, que impacta directamente en el contexto actual de la SST: la *informalidad laboral.* Este tema, sobre el cual nos centraremos en el presente artículo, es particularmente sensible en el Perú, cuya economía es predominantemente informal: según estadísticas del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), la tasa de informalidad alcanzó el 66.4% a fines de 2019[9].

Tomando en cuenta las dimensiones de la informalidad en nuestro país y su estrecha relación económica con gran parte de la legislación en materia laboral, en el presente trabajo se abordarán las dificultades y retos

---

5 Suasnavas, Pablo; Andrade, Annabel; Granda, Karla; Dávalos, Hernán; Cárdenas, Henry; Gómez, Antonio (2019). "Responsabilidad social y gestión de la seguridad y salud en el trabajo: panorama actual de las empresas ecuatorianas", *Revista Espacios*, N.° 4, Vol. 40, p. 18.

6 Peña, Irma (2018). *La importancia de la seguridad y salud en el trabajo como factor de la responsabilidad social en las empresas.* Bogotá: Universidad Nueva Granada, p. 3.

7 Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo. 2008. "Las ventajas de una buena salud y seguridad en el trabajo", *Facts*, N.° 77.

8 Pueden encontrarse estudios de caso de ciertos sectores y/o centros laborales específicos. Sin embargo, no existen, en el Perú, sistemas de recopilación de datos efectivos.

9 Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020). *Informe Técnico: Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a Nivel Nacional. Trimestre: oct-nov-dic. 2019.* Disponible en: http://rn.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/01 -informe-tecnico-n01_empleo-nacional_oct-nov-dic2019.pdf

que ella plantea para la SST. Para ello, nos remitiremos al caso específico del subsector minero, en particular, en lo que respecta a la minería aurífera artesanal y de pequeña escala, a fin de demostrar que el diseño de la prevención de riesgos debe, necesariamente, tomar en cuenta las dinámicas y relaciones laborales existentes. Sin un enfoque intersectorial, intercultural, interdisciplinario y de sistemas locales[10], no será posible garantizar derechos constitucionales y laborales.

II. EVOLUCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO Y SU RELACIÓN CON LA INFORMALIDAD

Aunque el desafío que supone la SST ha sido connatural a la evolución del trabajo, su necesidad empieza a evidenciarse con mayor intensidad durante Revolución Industrial, al surgir mayores riesgos asociados a la manipulación de maquinaria industrial. Crece la preocupación por la salud, la seguridad y el bienestar de los trabajadores, y a principios del siglo xx empiezan a notarse respuestas —aunque limitadas— a estos desafíos (p. ej., controles reglamentarios y movilización política sindical)[11].

Terminada la Primera Guerra Mundial, en 1919, se funda la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Como puede advertirse en su Constitución, la SST es un concepto gravitante para este organismo:

> «Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a (...) protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo(...)»[12] (Énfasis agregado).

10 U. S. Agency for Internacional Development (USAID) (2014). *Local Systems: A Framework for Supporting Sustained Development.* Washington: USAID. Disponible en: https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1870/LocalSystemsFramework.pdf

11 Organización Internacional del Trabajo. 2019. *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*. Suiza: OIT, p. 8.

12 Segundo considerando del Preámbulo de la Constitución de la OIT.

En adelante, la labor de la OIT contribuyó mucho al campo de la SST, dado que estableció (i) la Sección de Higiene Industrial (1920), (ii) la Sección de Seguridad Industrial (1921), y (iii) la Enciclopedia de la OIT, cuyas aportaciones contribuyeron a forjar el carácter multidisciplinar de la SST[13] (1930). Asimismo, en los años cincuenta se trabajaron recomendaciones voluntarias; y en el 2003 se aprobó la Estrategia Mundial de la OIT sobre SST.

Vale la pena resaltar, en este punto, la entrada en vigor en 1983 del Convenio N.° 155 de la OIT sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, el cual, junto con su Protocolo (2002), prevé la adopción de una política nacional coherente sobre SST, así como acciones de los gobiernos y las empresas para mejorar las condiciones de trabajo.[14]

En el plano internacional, la SST también tiene asidero en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH): (i) en el inciso h del artículo 45 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), los Estados miembros convienen esforzarse para la aplicación del desarrollo de una política eficiente de seguridad social; y, (ii) en el artículo 7.e. del Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, se incluye, dentro de los derechos individuales del trabajador, el de "seguridad e higiene en el trabajo"'[4].

Estos compromisos internacionales han sido asumidos por el Estado peruano, en su normativa interna, a través de la Ley N.° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, la ley); su Reglamento, aprobado con Decreto Supremo N.° 005-2012-TR (en adelante, el reglamento), y sus respectivas modificatorias.

---

13 Azzi, Manal (21 de mayo de 2019). "100 años contribuyendo a la mejora de la seguridad y salud en el trabajo", OIT. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_703381/lang--es/index.htm

14 Mujica Petit, Javier. *Los derechos laborales en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos.* Perú Equidad. Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b683948046e52fd48b2bdb5d3cd1c288/Los+derechos +laborales+en+el+Sistema+Internacional+de+derechos+humanos+%5Bversion+abreviada%5D.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b683948046e52fd48b2bdb5d3cd1c288

Dentro de esta normativa, cuyo principal objetivo es la promoción de una cultura de prevención de riesgos laborales en el país, existen tres pilares que sostienen este objetivo, consonantes con el principio de tripartismo:

a. El deber de prevención de los *empleadores*;

b. El rol de fiscalización y control del *Estado*; y

c. La participación de los *trabajadores y sus organizaciones sindicales*[15].

Para terminar de entender el desarrollo de la SST en el país, debe tenerse en cuenta, además, sus principios, que, como advierte el profesor Plá, operan como líneas directrices que informan a las normas y, asimismo, inspiran soluciones en las distintas fases de la vida normativa[16]. Estos principios, expuestos en el Título Preliminar de la ley, son los de prevención, responsabilidad, cooperación, información y capacitación, gestión integral, atención integral de la salud, consulta y participación, primacía de la realidad y protección.

La ley incorpora positivamente un enfoque de género (art. I del TP y art. 66), de discapacidad (art. 64) y de sistemas locales (art. 13 y ss.), al crear Consejos Regionales de SST. Sin embargo, quisiéramos resaltar aquí la mención que hace la ley de los factores sociales que también deben ser tenidos en cuenta al establecer medios y condiciones que protejan la vida, salud y bienestar de los trabajadores (art. I del TP, principio de prevención).

Dentro de los factores sociales que intersectan e impactan sobre la SST, probablemente uno de los más relevantes sea el de la *(in)formalidad*. ¿Cómo incorporar una cultura de la prevención cuando existe gran número de relaciones laborales que no cumplen con las regulaciones vigentes'[17]? La

15 Ospina, Estela. 2011. "El Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo. Principios", *Derecho & Sociedad,* N.° 37, pp. 181-183.

16 Plá, Américo (1978). *Los principios del Derecho del Trabajo.* Buenos Aires: Depalma, p. 9, citado por Ospina, Estela, ob. cit., p. 182.

17 Belapatiño, Vanessa; Grippa, Francisco; Perea, Hugo (2017). "Análisis Macroeconómico: Informalidad laboral y algunas propuestas para reducirla", *Observatorio Económico*

naturaleza del Derecho, y, en particular, del Derecho del trabajo, hacen que los componentes sociales sean determinantes del diseño y del éxito de cualquier medida legislativa en la realidad, donde son muchos los factores que interactúan.

Los altos índices de informalidad revelan que gran cantidad de trabajadores no acceden a la seguridad laboral. Sobre este punto, la Resolución 5 sobre seguridad social y salud laboral del II Congreso de la Confederación Sindical de Trabajadores/as de las Américas denuncia que:

> «el déficit de trabajo decente *se hace más patente en la economía informal* y trabajo tercerizado o subcontratado, caracterizado por lugares de trabajo pequeños o no definidos, *condiciones de trabajo inseguras e insalubres*, bajos niveles de productividad, *ingresos bajos* o irregulares, *largas jornadas* laborales y por falta de acceso a la información, a la tecnología y a la formación»[18] (énfasis añadido).

Las terribles condiciones laborales de los trabajadores informales se agravan, a su vez, por una total invisibilidad frente al Estado, de modo tal que no existen estadísticas ni información certera sobre los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales que sufren. Ocasionalmente, aparecen en televisión nacional crónicas de estas tragedias, en las que se deja en evidencia las condiciones inhumanas de trabajo que muchos peruanos enfrentan[19], pero nunca se registran en sistemas de información estatales. La economía informal es tan invisible como lo son sus impactos

---

Perú - BBVA Research, pp. 1-21.

18 Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas (abril de 2012). *II Congreso de la CSA: Desarrollo Sustentable, trabajo decente y democracia.* Centro Sao-Paulo, p. 55. Disponible en http://csa-csi.org/wp-content/uploads/2020/01/02-ll-C0NGRES0- CSA_Programa_de_Acci%C3%B3n_ESPANHOL_Simples_05-09.pdf

19 Enrico, Alessandra; Demir, Melisa (2017). "Esclavitud contemporánea en el Perú: ¿qué hay detrás del incendio en Las Malvinas?". Lima: IDEHPUCP. Disponible en: https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/esclavitud-contemporanea-en-el-peru-que-hay- detras-del-incendio-en-las-malvinas/

sobre la salud y bienestar de los trabajadores[20]. Y lo que no se ve no se puede combatir.

Esta problemática pone en evidencia una forma de *violencia estructural:* la informalidad, hoy en día, es una extensión del concepto de exclusión social[21]. La vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores informales es sistémica, y los coloca, precisamente, en ese lugar, debido las condiciones de pobreza, ausencia de servicios básicos y brechas en el acceso a la educación que experimentan. Aunque la informalidad es, casi por definición, heterogénea en cuanto a sus orígenes, un rasgo común es la precariedad a que se exponen quienes la viven[22].

Estas características demuestran que la informalidad laboral es funcional a la desprotección de la seguridad y salud en el trabajo[23]. Al invisibilizarse la propia relación laboral existente, no hay lugar para mostrar los riesgos y daños asociados a la actividad. Una relación laboral precaria significa medios de protección insuficientes, nula inversión en mejorar las condiciones de trabajo (pues la informalidad se alimenta de la reducción de costos) y mayor probabilidad de ocurrencia de daños o accidentes.

III. SEGURIDAD Y SALUD OCUPACIONAL EN LA MINERÍA ARTESANAL Y DE PEQUEÑA ESCALA

La actividad minera, a lo largo de la historia, ha sido bastante representativa de lo penosas que pueden llegar a ser las condiciones laborales[24]. Distintos trabajos e informes sobre la historia de las enfermedades

---

20 Organización Internacional del Trabajo (mayo de 2017). *La economía informal y la protección social*, p. 42. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_571900.pdf

21 Espinoza, Henry; Rios, Vanessa (2004). *Protección social en salud para trabajadores del sector informal urbano: conceptos, mecanismos y propuestas.*

22 Organización Internacional del Trabajo (mayo de 2017). *La economía informal y la protección social*, p. 47.

23 Ídem, p. 48.

24 Molano, Jorge; Arévalo, Nelcy (2013). "De la salud ocupacional a la gestión de la seguridad y salud en el trabajo: más que semántica, una transformación del sistema general de riesgos laborales", *INNOVAR: Revista de Ciencias Adminsitrativas y Sociales,* N.° 48,

ocupacionales suelen remitir a referencias históricas de los peligros de la minería[25]. Incluso, desde el siglo V antes de Cristo, Hipócrates ya escribía sobre las enfermedades de los mineros y los síntomas de la intoxicación por plomo y mercurio, planteando la existencia de determinantes *laborales* de la salud[26].

Esta realidad no es ajena al Perú. Es el caso, por ejemplo, de las minas de Huancavelica a fines del s. XVI: las referencias de la época señalan a las minas como «mataderos públicos» que «provocaban a los indios un tipo de enfermedad que acababa con ellos, y los que quedaban vivían muriend o (...) Muchos mineros de mercurio temblaban tanto que sus esposas o madres tenían que alimentarlos como si los hombres fueran niños pequeños»[27]. Un estudio de muestreos históricos encontró que durante el periodo colonial hubo contaminación generalizada por mercurio en Huancavelica, cuando se producía el refinado del cinabrio-anillo a gran escala[28], la cual ha sido heredada a la población actual de la zona con uno de los índices más altos a nivel mundial.

El trabajo precario en las minas peruanas no es exclusivo de la época colonial. Hoy por hoy, la minería es considerada como una actividad de alto riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Así lo ha recogido

---

vol. 23, pp. 21-31, p. 22.

25 Ténganse en cuenta, por ejemplo, los trabajos de Georg Agrícola (1949-1555), quien realizó una primera división entre enfermedades crónicas y agudas, o Paracelsus (1493-1541), quien escribió el primer tratado de enfermedades de los mineros. Ver: Castañaga, María del Carmen, ob. cit., p. 117; Organización Internacional del Trabajo. 2019, ob. cit., p. 7.

26 Arias, Walter (2012). "Revisión histórica de la salud ocupacional y la seguridad industrial", *Revista Cubana de Salud y Trabajo*, N.° 13, vol. 3, pp. 45-52, p. 46.

27 Brown, K. W. (2016). "Colonial andean silver, the global economy, and indigenous labour in Peru's Huancavelica Mercury Mines of Death", *The Extractive Industries and Society,* N.° 3, vol. 3, pp. 762-771. https://doi.org/10.1016/j.exis.2016.04.009

28 Robins, N. A. et. al (2012). "Estimations of historical atmospheric mercury concentrations from mercury refining and present-day soil concentrations of total mercury in Huancavelica, Peru", *Science of The Total Environment*, N.° 426, pp. 146-154. https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2012.03.082

el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. 4635-2004-AA/TC, al señalar que

> «la vida, la seguridad y la salud de los mineros requieren de medidas especiales destinadas a protegerlos (...) Corresponde, al Estado, en primer lugar, adoptar tales medidas. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, como órgano constitucional del Estado peruano, no puede dejar de considerar dicha obligación, que también incumbe a los empleadores» (F.J. 5).

Sin embargo, a pesar del riesgo que comporta, millones de personas en los países en desarrollo, incluyendo el Perú, dependen de la minería y, en particular, de la Minería Artesanal y de Pequeña Escala (MAPE) para su subsistencia[29]. Cuando a la alta demanda internacional del oro se le suman la poca capacidad estatal de fiscalización y control, así como su ausencia institucional en la provisión de servicios públicos, se crea el escenario ideal para la proliferación de la minería informal[30], en la cual también se generan relaciones laborales precarias.

Desde el año 1992, la normativa peruana en materia de minería no formal y MAPE es amplia y variada, aprobándose distintos sistemas para la formalización minera que han dado por resultado no solo la necesidad de presentación de distintos requisitos, sino la apertura del Registro Integral de Formalización Minera aún hasta la fecha.

En este escenario, que muchas veces intersecta también con la ilegalidad, el espacio en el que ha podido intervenir el Estado ha sido muy limitado. Si bien se han emprendido estrategias a nivel regional y multisectorial, la formalización de la MAPE sigue siendo todo un reto por las deficiencias institucionales del Estado, las pocas capacidades técnicas de

---

29 Organización Mundial de la Salud (2017). R*iesgos para la salud relacionados con el trabajo y el medioambiente asociados a la extracción de oro artesanal o a pequeña escala.* Ginebra: OMS.

30 Torres Cuzcano (2015). *Minería Ilegal e Informal en el Perú: Impacto Socioeconómico*, Lima: CooperAcción, p. 27. En el mismo sentido, De Echave, José (2016). "La minería ilegal en el Perú: entre la informalidad y el delito", Nueva Sociedad, N.° 263, p. 135. Disponible en: https://nuso.org/media/articles/downloads/7TC_De_Echave_263.pdf.

los gobiernos regionales y la ausencia de un *enforcement* que pueda concientizar a los mineros artesanales sobre la importancia de la formalización.

Sin embargo, las relaciones laborales también influyen mucho en este panorama. En este círculo de precariedad, las pocas oportunidades de trabajo y las brechas en el acceso a la educación alimentan una inconsciencia sobre los riesgos que esta actividad supone para su salud. En estos esquemas de trabajo *no se distingue un empleador*: más bien, se producen acuerdos entre los mineros informales y el titular de la concesión (acuerdos que, muchas veces, son abusivos y especulativos) para poder explotar el mineral; mientras tanto, otros miembros del núcleo familiar se suman al trabajo: las mujeres, pallaqueras, junto con sus hijos, seleccionan el material que se descarta de los yacimientos por su contenido residual de oro:

> «Tradicionalmente la minería ha sido identificada como una actividad masculina; sin embargo, en la minería artesanal se trata de una actividad intensivamente familiar. En la mayoría de los casos, las mujeres se ven obligadas a ir a trabajar con sus niños más pequeños, pues no tienen con quién dejarlos; más adelante, estos terminan involucrándose en el trabajo directo, situación que se ve reforzada por el hecho de no contar con servicios de educación que se constituyan en una alternativa al trabajo infantil»[31].

La dinámica de estas relaciones laborales no ha sido recogida por la normativa correspondiente. Mediante Decreto Supremo 024-2016-EM se aprobó el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería; sin embargo, las pocas referencias que este reglamento hace a la MAPE se reducen a definir competencias de verificación de cumplimiento, que, en este caso, le corresponden a los Gobiernos Regionales (mismos que, por otro lado, carecen de capacidades técnicas para atender adecuadamente los procesos de formalización minera)[32] :

31 Cuadros, Julia (2013). "La minería informal en el Perú", *Minería y movimientos sociales en el Perú. Instrumentos y propuestas para la defensa de la vida, el agua y los territorios.* Lima: Programa Democracia y Transformación Global, CooperAcción, AcSur Las Segovias, EntrePueblos, p. 204.

32 De Echave, José (2019). *La Gobernanza de la minería*. Lima: CooperAcción, p. 24.

> *Artículo 11.-* Los gobiernos regionales, a través de la Gerencia o Dirección Regional de Energía y Minas, son la autoridad competente para verificar el cumplimiento del presente reglamento para la Pequeña Minería y Minería Artesanal.

Mientras tanto, las condiciones de trabajo y de vida en los campamentos de minería aurífera son paupérrimas. Un estudio realizado en el 2015 en Madre de Dios encontró fuertes indicadores de trabajo forzoso (como deudas en el trabajo o maltratos y amenazas), así como deficientes condiciones de salud y seguridad: riesgos de quemaduras por exposición al sol, mordeduras o picaduras de animales, exposición al mercurio o químicos, cortes y, en menor medida, explosiones o derrumbes (83%); falta de equipo de protección personal (botas, cascos, guantes, mascarillas) para trabajar (62%); y falta de atención médica luego de algún accidente (57%)[33]

Como consecuencia, los trabajadores mineros y sus familias (así como las comunidades en general) sufren, entre otros, la contaminación por mercurio, el cual manipulan directamente para poder purificar de manera artesanal el oro. Diversos estudios han encontrado mercurio en el aire, en los ríos, en los peces[34] e incluso en el cabello[35] de quienes viven en estas zonas. Estas concentraciones de mercurio tienen graves impactos sobre el ambiente y la salud de las personas, pues pueden desembocar en enfermedades respiratorias, neurológicas, genitourinarias, cardiovasculares, etc.

Es tan evidente la relación del mercurio con la MAPE que el Convenio de Minamata sobre el Mercurio, tratado internacional ratificado por

---

33 Sanz, Teodoro (2017). *Caracterización de las condiciones de trabajo forzoso en la minería de oro en Madre de Dios y una aproximación a los factores de riesgo.* Perú: Organización Internacional del Trabajo, p. 27.

34 Diringer, S. E., Feingold, B. J., Ortiz, E. J., Gallis, J. A., Araújo-Flores, J. M., Berky, A., Pan, W. K. Y., & Hsu-Kim, H. (2015). "River transport of mercury from artisanal and small-scale gold mining and risks for dietary mercury exposure in Madre de Dios, Peru", *Environmental Science: Processes & Impacts,* N.° 17, vol. 2, pp. 478-487. https://doi.org/10.1039/C4EM00567H

35 Ashe, K. (2012). "Elevated Mercury Concentrations in Humans of Madre de Dios, Peru", *PLoS ONE,* N.° 7, vol. 3, e33305. https://doi.org/10.1371/journal.pone.0033305

el Perú, dedica un artículo entero al tratamiento de la extracción de oro artesanal y en pequeña escala, disponiendo que los Estados elaboren un Plan de Acción Nacional, el cual debe incluir, obligatoriamente, medidas para facilitar la formalización del sector, así como estrategias de salud y capacitaciones a los trabajadores. El Ministerio de Ambiente anunció en febrero de este año que ya está culminada la propuesta de Plan Nacional de Acción; sin embargo, al no haberse socializado hasta la fecha, no puede analizarse si se ha tomado en cuenta la compleja interacción de las relaciones laborales en el sector.

IV. ESTUDIO DE CASO DE LA RINCONADA

La Rinconada es un centro poblado ubicado en La Ananea, Puno, a cinco mil metros sobre el nivel del mar. Se calcula que en este centro poblado viven 30 mil habitantes, cuya actividad económica se centra en la minería en el Cerro Ananea[36].

La explotación de Ananea está concesionada a la Corporación Minera Ananea, la cual alquila la explotación de cada socavón a más de 400 operadores mineros o contratistas[37]. En este esquema laboral, el sistema de pago se denomina *cachorreo*: los mineros trabajan 25 días sin paga, y los otros 5 días de trabajo se llevan el fruto de su trabajo para beneficio propio. Para volver la situación aún más crítica, el centro poblado convive con múltiples formas de criminalidad, y carece por completo de servicios básicos de saneamiento.

En este caso específico, vemos que sí existe una empresa concesionaria. Un estudio de la Universidad del Altiplano realizado en 2016[38] nos

36 Basombrío, Carlos; Vera, Dante (2019). *La minería no formal en el Perú*. Capital Humano y Social, p. 13.

37 Espinoza, Óscar (5 de setiembre de 2017). "La Rinconada, el 'dorado' helado", *El País*. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2017/09/06/planeta_futuro/1504706117_915831.html

38 Castillo Apaza, Ever; Arce Santos, Yuber. *Riesgos laborales de los trabajadores de la minería informal en el Centro Poblado La Rinconada:* 2016. Puno: Universidad Nacional del Altiplano, pp. 70 ss.

muestra una realidad muy preocupante: el 94% de entrevistados (175 personas) asegura que no cuenta con herramientas y equipos adecuados para la actividad; y solo el 5% afirma tener herramientas proporcionadas por la empresa (el otro 95% labora con herramientas propias o prestadas).

En lo que respecta a la manipulación de mercurio, los resultados son alarmantes. El 100% de entrevistados manifestó trabajar con este mineral, de los cuales el 93% no cuentan con equipos de protección para desarrollar esta actividad:

Tabla N.° 1: En relación a la salud ambiental: "Al trabajar con mercurio, ¿cuenta con equipos de protección?"

TRABAJADORES INFORMALES	RESPUESTAS			TOTAL
	SIN CUENTA	A VECES	NO CUENTA	
Zaranderas	0	3	30	33
Cuñaqueros	0	2	27	29
Llamp'eros	0	2	30	32
Quimbaleteros	0	1	27	28
Pallaqueras	0	3	34	37
Molineros	0	2	26	28
Total	**0**	**13**	**174**	**187**
Porcentaje	**0%**	**7%**	**93%**	**100%**

Fuente: Castillo Apaza, Ever; Arce Santos, Yuber. Ob. cit., p. 70.

Asimismo, otro estudio realizado sobre la empresa minera EMITMA durante este año encontró que la referida empresa solo cumple con un 10.44% de los requisitos del sistema de Gestión de seguridad y salud en el Trabajo, aprobado por Resolución Ministerial 050-2013-TR[39].

Estos resultados guardan consistencia con diversas investigaciones que han documentado concentraciones muy elevadas de mercurio y otros metales pesados en los arroyos de cabecera de cuenta cercanos al centro minero de La Ananea[40].

39 Arizapana, J. M. (2020). *Implementación del sistema de gestión de seguridad basado en la norma ISO 45001-2018 para la empresa minera EMITMA S.R.L. La Ananea, Puno.* Tesis de licenciatura. Puno: Universidad Nacional del Altiplano.

40 Gammons, C. H., Slotton, D. G., Gerbrandt, B., Weight, W., Young, C. a., McNearny, R. L., Cámac, E., Calderón, R., & Tapia, H. (2006). "Mercury concentrations of fish, river water, and sediment in the Río Ramis-Lake Titicaca watershed, Peru", *Science of The Total Environment,* N.° 368, vol. 2-3, pp. 637-648. https://doi.

V. CONCLUSIONES

Poder garantizar seguridad y salud en el trabajo para todos los peruanos requiere, necesariamente, abordar el problema de la informalidad laboral en el Perú, en vista de que esta última alimenta a aquella. Para poder abordar adecuadamente ambas problemáticas, hace falta una mirada integral e intersectorial, que muchas veces está ausente.

Piénsese, por ejemplo, en el Informe Final presentado hace unos meses por la Comisión para el Desarrollo Minero Sostenible[41] [42], conformada por Resolución Suprema: en las más de 100 páginas del documento, no hay una sola referencia a la situación laboral de los *trabajadores* mineros, a pesar de que, como se ha advertido, la problemática muchas veces se presenta al nivel de las relaciones de trabajo. ¿Cómo puede pensarse, desde el subsector minero, en sostenibilidad y formalización, sin considerar el componente laboral?

En el mismo sentido, durante esta crisis sanitaria, la preocupación por el cuidado del COVID-19 en los centros de trabajo ha sido muy alta. En vista de que hubo sectores específicos que siguieron operando con el sostenimiento de actividades críticas, como es el caso de la minería, se reportaron casos de infecciones en el lugar de trabajo. A la par, surgían campañas impulsadas por el gobierno junto con organizaciones de sociedad civil para promover una MAPE sin COVID[42]. Esta publicidad fue difundida, también, por los gobiernos regionales. La pregunta que surge es: si no es posible controlar, si quiera, una manipulación lo menos riesgosa posible de materiales como el mercurio, ¿puede fiscalizarse el cumplimiento de protocolos contra el COVID?

---

org/10.1016/j.scitotenv.2005.09.076.

41 Comisión para el Desarrollo Minero Sostenible (2020). *Informe final: propuestas de medidas normativas, de gestión y de política pública para afianzar la sostenibilidad del sector minero*. Lima.

42 PlanetGOLD Perú et al. (2020). *Cartilla sanitaria para la MAPE. Recomendaciones para frenar el COVID-19*. Disponible en: https://www.planetgold.org/sites/default/files/2020-05/Cartilla_Sanitaria_MAPE_sin_COVID19.pdf

Con el presente artículo, nuestra intención ha sido resaltar la necesidad de abordar problemáticas sociales tan sensibles como las del trabajo y el bienestar social desde una perspectiva holística, tomando en cuenta todos los factores que influyen en ella; en particular, el de las dinámicas de las relaciones laborales existentes, en las cuales la informalidad está sumamente presente (alcanzando índices de hasta el 70%).

En ese sentido, y siguiendo algunos planteamientos de Juan Carlos Hiba, especialista de la OIT en riesgos laborales, el trabajo en el siglo xxi se enfrenta a múltiples desafíos, entre los que destacamos dos. El primero está referido a lograr la expansión de la SST de un ámbito laboral a uno cultural, a fin de alentar la práctica de la seguridad en la familia, en la educación y en el trabajo[43]. El segundo se refiere al reto de incorporar los valores de la seguridad y la salud en el trabajo en la educación nacional[44]. Estos dos objetivos requieren, por un lado, de recursos y tecnología, pero, además, demandan un proceso de concientización a largo plazo.

El advenimiento de la llamada "nueva normalidad" con ocasión de la actual crisis sanitaria ha mostrado la debilidad de nuestros sistemas de salud y seguridad en el trabajo. Sin embargo, nunca como ahora se ha hecho tan evidente la necesidad de implementarlos y fortalecerlos. El momento para construir una cultura de la SST es ahora, pero va a requerir mucha voluntad política para mejorar las condiciones de vida de los trabajadores. Mientras exista lugar para la informalidad, la salud de las personas nunca va a ser una prioridad, ni siquiera para ellas mismas, porque la necesidad apremia.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (2008). "Las ventajas de una buena salud y seguridad en el trabajo", Facts, N.° 77.

43 Hiba, Juan (2002). "Diez desafíos para la seguridad y la salud en el trabajo en el siglo XXI", *Educación Obrera*, N.° 126, pp. 75-83, p. 77.

44 Hiba, Juan. Ob. cit., p. 79.

Arias, Walter (2012). "Revisión histórica de la salud ocupacional y la seguridad industrial", *Revista Cubana de Salud y Trabajo,* N.° 13, vol. 3, pp. 45-52.

Arizapana, J. M. (2020). *Implementación del sistema de gestión de seguridad basado en la norma ISO 45001-2018 para la empresa minera EMITMA S.R.L. La Ananea, Puno.* Tesis de licenciatura. Puno: Universidad Nacional del Altiplano.

Ashe, K. (2012). "Elevated Mercury Concentrations in Humans of Madre de Dios, Peru", PLoS ONE, N.° 7, vol. 3, e33305. https://doi.org/10.1371/iournal.pone.0033305

Azzi, Manal (21 de mayo de 2019). "100 años contribuyendo a la mejora de la seguridad y salud en el trabajo", OIT. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS 703381/lang-- es/index.htm

Basombrío, Carlos; Vera, Dante (2019). *La minería no formal en el Perú.* Lima: Capital Humano y Social.

Belapatiño, Vanessa; Grippa, Francisco; Perea, Hugo (2017). "Análisis Macroeconómico: Informalidad laboral y algunas propuestas para reducirla", *Observatorio Económico Perú - BBVA Research,* pp. 1-21.

Brown, K. W. (2016). "Colonial andean silver, the global economy, and indigenous labour in Peru's Huancavelica Mercury Mines of Death", *The Extractive Industries and Society,* N.° 3, vol. 3, pp. 762-771. https://doi.org/10.1016/¡.exis.2016.04.009.

Castillo Apaza, Ever; Arce Santos, Yuber. *Riesgos laborales de los trabajadores de la minería informal en el Centro Poblado La Rinconada: 2016.* Puno: Universidad Nacional del Altiplano.

Comisión para el Desarrollo Minero Sostenible (2020) *Informe final: propuestas de medidas normativas, de gestión y de política pública para afianzar la sostenibilidad del sector minero.* Lima.

Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas. (abril de 2012). *II Congreso de la CSA: Desarrollo Susten-*

table, trabajo decente y democracia. Centro Sao-Paulo. Disponible en http://csa-csi.org/wp-content/uploads/2020/01/02-II-CONGRESO-CSA Programa de Acci%C3%B3n ESPANHOL Simples 05-09.pdf

Cuadros, Julia (2013). "La minería informal en el Perú", *Minería y movimientos sociales en el Perú. Instrumentos y propuestas para la defensa de la vida, el agua y los territorios.* Lima: Programa Democracia y Transformación Global, CooperAcción, AcSur Las Segovias, EntrePueblos.

De Echave, José (2019). *La Gobernanza de la minería.* Lima: CooperAcción.

Diringer, S. E., Feingold, B. J., Ortiz, E. J., Gallis, J. a., Araújo-Flores, J. M., Berky, A., Pan, W. K. Y., & Hsu-Kim, H. (2015). "River transport of mercury from artisanal and small-scale gold mining and risks for dietary mercury exposure in Madre de Dios, Peru", *Environmental Science: Processes & Impacts,* N.° 17, vol. 2, pp. 478-487. https://doi.org/10.1039/C4EM00567H

Enrico, Alessandra; Demir, Melisa (2017). "Esclavitud contemporánea en el Perú: ¿qué hay detrás del incendio en Las Malvinas?". Lima: IDEHPUCP. Disponible en: https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/esclavitud-contemporanea-en-el-peru-que-hay-detras-del-incendio-en-las-malvinas/

Espinoza, Henry; Rios, Vanessa (2004). *Protección social en salud para trabajadores del sector informal urbano: conceptos, mecanismos y propuestas.*

Espinoza, Óscar (5 de setiembre de 2017). "La Rinconada, el 'dorado' helado", El País. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2017/09/06/planeta futuro/1504706117 915831.html

Fontes, Roberto (2002). *Seguridad y Salud en el Trabajo en América Latina y el Caribe: Análisis, temas y recomendaciones de política.* Banco Interamericano de Desarrollo.

Gammons, C. H., Slotton, D. G., Gerbrandt, B., Weight, W., Young, C. a., McNearny, R. L., Cámac, E., Calderón, R., & Tapia, H. (2006). "Mercury concentrations of fish, river water, and sediment in the Río Ramis-Lake Titicaca watershed, Peru", *Science of The Total*

Environment, N.º 368, vol. 2-3, pp. 637648. https://doi.org/10.1016/¡.scitotenv.2005.09.076

Gastañaga, María del Carmen. (2012). "Salud ocupacional: historia y retos del futuro", *Rev. Peru Med. Exp. Salud Pública*, N.º 29, vol. 2, pp. 177-178.

Hiba, Juan. (2002). "Diez desafíos para la seguridad y la salud en el trabajo en el siglo XXI", *Educación Obrera*, N.º 126, pp. 75-83.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020). *Informe Técnico: Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a Nivel Nacional. Trimestre: oct-nov-dic. 2019*. Disponible en: http://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/01-informe-tecnico- n01 empleo-nacional oct-nov-dic2019.pdf

León Pacheco, Lucía (2020). "Minería Artesanal y a Pequeña Escala en el Perú: la formalización que nunca llega". Lima: DAR Perú.

Molano, Jorge; Arévalo, Nelcy (2013). "De la salud ocupacional a la gestión de la seguridad y salud en el trabajo: más que semántica, una transformación del sistema general de riesgos laborales", *INNOVAR: Revista de Ciencias Adminsitrativas y Sociales,* N.º 48, vol. 23, pp. 21-31.

Mujica Petit, Javier. *Los derechos laborales en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos.* Perú Equidad. Disponible en: https://www.pi.gob.pe/wps/wcm/connect/b683948046e52fd48b2b-db5d3cd1c288/Los+derechos+laborales+en+el+Sistema+Internacional+de+derechos+humanos+%5Bversion+abreviada%5D.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b683948046e52fd48b2bdb5d3cd1c288

Organización Internacional del Trabajo (mayo de 2017). *La economía informal y la protección social.* Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed dialogue/— actrav/documents/publication/wcms 571900.pdf

Organización Mundial de la Salud (2017). *Riesgos para la salud relacionados con el trabajo y el medioambiente asociados a la extracción de oro artesanal o a pequeña escala.* Ginebra: OMS.

Organización Internacional del Trabajo (2019). *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia.* Suiza: OIT.

Ospina, Estela (2011). "El Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo. Principios", *Derecho & Sociedad*, N.° 37, pp. 181-183.

Peña, Irma (2018). *La importancia de la seguridad y salud en el trabajo como factor de la responsabilidad social en las empresas.* Bogotá: universidad Nueva Granada.

Plá, Américo (1978). *Los principios del Derecho del Trabajo.* Buenos Aires: Depalma.

PlanetGOLD Perú et al. (2020). *Cartilla sanitaria para la MAPE. Recomendaciones para frenar el COVID-19.* Disponible en: https://www.planetgold.org/sites/default/files/2020- 05/Cartilla Sanitaria MAPE sin COVID19.pdf

Rentería, José María; Román, Andrea (2015). *Empleo informal y bienestar subjetivo en el Perú: orientando las políticas públicas para un desarrollo social integral.* Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social & Instituto de Estudios Peruanos. Disponible en: https://www.cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/empleo_informal_y_bienestar_subjetivo.pdf

Robins, N. A., Hagan, N., Halabi, S., Hsu-Kim, H., Gonzales, R. D. E., Morris, M., Woodall, G., Richter, D. deB., Heine, P., Zhang, T., Bacon, A., & Vandenberg, J. (2012). "Estimations of historical atmospheric mercury concentrations from mercury refining and present-day soil concentrations of total mercury in Huancavelica, Peru", *Science of The Total Environment,* N.° 426, pp. 146-154. https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2012.03.082

Sanz, Teodoro (2017). *Caracterización de las condiciones de trabajo forzoso en la minería de oro en Madre de Dios y una aproximación a los factores de riesgo.* Perú: Organización Internacional del Trabajo.

Suasnavas, Pablo; Andrade, Annabel; Granda, Karla; Dávalos, Hernán; Cárdenas, Henry; Gómez, Antonio (2019). "Responsabilidad

social y gestión de la seguridad y salud en el trabajo: panorama actual de las empresas ecuatorianas", *Revista Espacios*, N.° 4, Vol. 40, p. 18-20.

Torres Cuzcano (2015). *Minería Ilegal e Informal en el Perú: Impacto Socioeconómico*, Lima: CooperAcción.

U. S. Agency for Internacional Development (USAID) (2014). *Local Systems: A Framework for Supporting Sustained Development.* Washington: USAID. Disponible en: https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1870/LocalSystemsFramew ork.pdf

Zwetsloot, Gerard (2003). "From management systems to CSR", *Journal of Business Ethics,* N.° 44, pp. 201-207.

SOBRE DATOS Y METADATOS
La nueva vigilancia y los retos que impone al derecho laboral

CAMILA SUZANA TARAMONA BARA
Estudiante de la Universidad del Pacifico.
Segundo puesto del Concurso Laboral Universitario.

1. LOS RETOS DE LA NUEVA TECNOLOGÍA

La vigilancia de trabajadores ha sido siempre un tema sensible y de amplio debate. La búsqueda del balance entre el poder de fiscalización y la privacidad e intimidad de los trabajadores parece no tener fin, sobre todo si sumamos a la ecuación la aparición de nuevas tecnologías casi a diario. Si bien la tecnología resulta de suma ayuda e importancia para el día a día laboral, lo cierto es que también impone nuevos retos para el empleador al comenzar a desdibujar los limites de sus facultades de control sobre los trabajadores.

Tomando como ejemplo un caso común, la regulación del uso del correo electrónico ha roto más de una cabeza jurídica al intentar delimitar las facultades y derechos de cada parte de la relación laboral. Como resulta evidente, esta gran herramienta fue utilizada, no solo como un elemento para facilitar la realización del trabajo, sino también para vigilar las labores de los trabajadores por parte del empleador.

El ejemplo del correo electrónico (caso que nos acompañará a lo largo del presente ensayo) resulta sumamente ilustrativo y no hace más que resaltar la constante pugna entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de fiscalización del empleador. Sin embargo, aún cuando hoy en día tenemos claros ciertos límites existentes a la vigilancia del correo electrónico, nuevos retos parecen estar a la vuelta de cada esquina.

El famoso caso Serpost, dio las primeras luces sobre la regulación del correo y el recorte de facultades del empleador, indicando, en pocas palabras, que el contenido de los mensajes electrónicos se encuentra fuera del alcance de este último. Sin embargo, como explicaremos luego, esta solución únicamente trae más preguntas que respuestas.

El principal problema radica en que, cuando pensamos en protección de las comunicaciones y correos electrónicos, lo primero que se nos viene a la cabeza es proteger el mensaje. Resulta plenamente razonable que no quiera que nadie vea lo que estoy escribiendo o enviado, en tanto tengo el derecho constitucional a la intimidad. Sin embargo, muchos no han reparado en que existen otros elementos paralelos y complementarios al contenido de un mensaje que pueden brindar incluso más información que el mensaje en sí: **los metadatos**.

2. SOBRE DATOS Y METADATOS: UNAS ACLARACIONES INICIALES

Antes que nada, resulta importante establecer claramente dos definiciones que ayudarán a entender mejor el problema planteado: el dato y el metadato. El dato es aquella información referente al contenido de la comunicación, la conversación, la foto que es transmitida de un usuario a otro. Se trata del mensaje comunicado. Mientras tanto, el metadato es la información sobre la comunicación mantenida. En el caso de un correo electrónico se incluye el usuario emisor y receptor, la hora en la que se envió un mensaje, la dirección IP, el asunto del correo. En el caso de las llamadas telefónicas, se considera metadato los usuarios intervinientes en la comunicación, la duración de la llamada, la geolocalización, etc. El metadato es información sobre la información.

Tomando como ejemplo un caso sencillo de la vida real tenemos lo siguiente: Cuando recibimos una carta, el dato es la carta en sí, el mensaje escrito. Mientras tanto, el metadato es la información que aparece en el sobre, referente al emisor y destinatario de la carta, la dirección de envío, etc. El metadato (la información del sobre) acompaña al dato (el mensaje de la carta). En palabras de Bruce Schneier, experto en seguridad informática y fundador de *Counterpane Internet Security*, *"Los datos son contenido y los metadatos el contexto"*[1]

1 Schneier, Bruce; *Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World (*2015); obtenido de https://www.wired.com/2015/03/data-and-goliath-nsa-metadata-spying-your-secrets/. Texto original: "*Data is content, and metadata context"*

Tanto el dato como el metadato son informaciones sumamente relevantes y claves para que la comunicación se lleve a cabo efectivamente. No hay dato sin metadato, ni metadato sin dato. Se trata de dos caras de una misma moneda.

Inicialmente puede pensarse que el metadato, siendo únicamente contexto y no la comunicación o mensaje en sí, importa muy poco. En el caso del correo electrónico o de las llamadas telefónica, resulta natural que, antes que nada, me preocupe que alguien vea lo que escribo o escuche lo que digo. Sin embargo, los metadatos pueden abrir una gran ventana para observar nuestras actividades diarias.

Segun afirma Schneier *"Los metadatos pueden ser mucho más reveladores que los datos, especialmente cuando se recopilan en conjunto."* Asimismo, refiriéndose a los metdatos obtenidos de llamadas telefonicas[2], indica que *"[…] los metadatos telefónicos por sí solos revelan mucho sobre nosotros. El momento, la duración y la frecuencia de nuestras conversaciones revelan nuestras relaciones entre nosotros: nuestros amigos íntimos, socios comerciales y todos los demás. Los metadatos del teléfono revelan qué y en quién estamos interesados y qué es importante para nosotros, sin importar cuán privados sean. Proporciona una ventana a nuestras personalidades. Proporciona un resumen detallado de lo que nos está sucediendo en cualquier momento".* [3]

Como resulta evidente, no es necesario tener acceso al contenido de un mensaje o llamada para adentrarse en la vida y privacidad de una per-

2 Si bien no es nuestro ejemplo central (el correo electrónico), en el caso de los metadatos telefonicos tambien representan un caso preocupante ya que puede obtenerse informacion sobre el destinatario de la llamada, el tiempo de duracion de la conversacion, la frecuencia de las llamadas, la geolocalizacion, etc.

3 Schneier, Bruce; *Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World* (2015); obtenido de https://www.wired.com/2015/03/data-and-goliath-nsa-metadata-spying-your-secrets/. Texto original en inglés: "*Metadata can be much more revealing than data, especially when collected in the aggregate. […] Telephone metadata alone reveals a lot about us. The timing, length, and frequency of our conversations reveal our relationships with each other: our intimate friends, business associates, and everyone in-between. Phone metadata reveals what and who we're interested in and what's important to us, no matter how private. It provides a window into our personalities. It provides a detailed summary of what's happening to us at any point in time."*

sona. El metadato es más que suficiente. De hecho, según ex oficiales del gobierno americano, *"si tienes suficientes metadatos, realmente no necesitas el contenido"*, agrega también que, tratándose de ofensas criminales, *"nosotros matamos basándonos en los metadatos"*.[4] (énfasis agregado).

Un elemento adicional a tomar en cuenta es que, los metadatos son fácilmente accesibles. En el caso del correo electrónico, basta con instalar un software de extracción de datos o revisar la información del servidor por el que pasan los correos, para obtener los metadatos. Utilizando fórmulas tecnológicas sencillas, es fácil separar el mensaje de los metadatos y recopilar y vigilar estos últimos.

En este sentido, tenemos que los metadatos sobre las comunicaciones son un tipo de información fácilmente obtenible que, bajo ningún concepto, representan datos secundarios ni complementarios al mensaje en sí. Se trata de información sumamente valiosa y que da un amplio margen de datos sobre una persona, sus actividades, vida diaria, etc. En este sentido, resulta relevante analizar el tratamiento y protección que la ley laboral peruana garantiza a este tipo de información.

3. LA SOBRE-CONCENTRACIÓN EN EL CONTENIDO Y EL ABANDONO DE LOS METADATOS

La experiencia nacional sobre protección de comunicaciones y limitación de facultados de vigilancia de los empleadores nos ha enseñado que existe cierta tendencia a la concentración por el contenido. La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores frente a la vigilancia del empleador se ha centrado principal (y casi únicamente) en garantizar la privacidad del contenido de mensajes, es decir, de los datos.

En el ámbito constitucional, nuestras comunicaciones se encuentran protegidas bajo los derechos a la intimidad y al secreto y la inviolabilidad

4 Gilad, Yossi: Metadata-Private Communication for the 99%, MIT and Boston University (2019); Obtenido de: http://www.mit.edu/~yossigi/metadata.pdf. Texto original en inglés: "*If you have enough metadata you don't really need content*", "*we kill people based on metadata*".

de las comunicaciones. Particularmente, el inciso 10 del artículo 2 de nuestra Constitución, establece que:

> *"Toda persona tiene derecho:* ***el secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos*** *solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. [...]" (Énfasis agregado)*

Este artículo constitucional ha sido entendido durante mucho tiempo como aquel que garantiza el secretismo y protección del contenido de las comunicaciones. Así, esta norma es la capa y espada utilizada en todo proceso relacionado con la intervención o "chuponeo" de comunicaciones, sea cual sea el soporte de estas. En efecto, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia 2863-2002-AA/TC señaló que:

> *"El concepto de "secreto" e "inviolabilidad" de las comunicaciones y documentos privados, [...], comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo intimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produje una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello."*

En el ámbito jurisprudencial laboral, esta situación no es muy diferente. En el caso de los correos electrónicos, una breve revisión de la jurisprudencia más relevante nos revela que, al establecer los límites a la fiscalización por parte del empleador, el foco está puesto sobre el contenido del mensaje, dejando de lado a información anexa o complementaria. Atribúyase al desconocimiento sobre su existencia o importancia, lo cierto es que, jurisprudencialmente, existe cierto abandono y falta de regulación de los metadatos.

En efecto, no cabe duda que existe uniformidad jurisprudencial al reconocer que la revisión del correo electrónico o su soporte (sean estos privados o institucionales), resulta una grave vulneración a los derechos a

la intimidad y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Particularmente, el ya mencionado caso Serpost, comenzó con esta ola garantista de derechos fundamentales, siendo que se discutía la validez de un despido efectuado tras revisar el correo electrónico del trabajador y encontrar mensajes con contenido pornográfico. En este proceso se señaló que:

> ***"13) […] al revisar los archivos de dicha computadora, que anteriormente estuvo reservada al señor Javier Arévalo encontró cuatro correos electrónicos de contenido pornográfico que habían sido remitidos desde otra computadora de SERPOST,*** […].
>
> *18) En efecto, conforme lo establece el artículo 2°, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos […].* ***Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos****, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo. […]*
>
> *21) […] La demandada, lejos de inciar ua investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución […]"*[5] (Énfasis agregado)

Como puede observarse, el análisis y redacción están dirigidos a la protección del contenido del mensaje, prohibiendo que se acceda a este o que sea revisado sin autorización del autor o sin orden judicial. La solución parece clara, sencilla y obvia: los derechos a la intimidad y al secreto e inviolabilidad de comunicaciones protege lo que digo.

Hoy en día, este criterio del Tribunal Constitucional ha servido de caballo de batalla en una infinidad de casos. Como ejemplo de esto, podemos señalar las sentencias dictadas en los expedientes constitucionales 04224-2009-PA/TC, 05532-2014-PA/TC, en la Casación laboral 14614-

5 STC 1058-2004-AA/TC

2016-LIMA, entre otras. Particularmente la Casación mencionada resulta interesante siendo que señala lo siguiente:

> *"Constituye un exceso que el empleador señale que es propietario de las cuentas de correo electrónico (e-mails) y que se encuentra facultado a revisar su contenido; admitir ello, seria colisionar con el derecho a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores."*

Ahora bien, estamos de acuerdo con que debe protegerse el contenido del mensaje. Esto no está en duda. Lo que resulta sumamente preocupante es el cierto "abandono" de los metadatos. Nos referimos a que la protección de este tipo de información es tratada como un tema secundario o sin relevancia alguna para la discusión jurídica (en la mayoría de los casos simplemente no se hace mención alguna sobre estos). En el ámbito jurídico laboral poco se habla sobre esta información contextual. Los metadatos simplemente no han sido realmente introducidos al análisis jurídico[6].

Esta situación resulta sumamente riesgosa para cualquier trabajador en tanto, la falta de regulación puede causar un estado de indefensión del cual pocos estarán al tanto[7] y muchos otros podrán aprovechar. Como ya hemos mencionado, los metadatos traen consigo una importante carga informática. Se puede saber mucho sobre las actividades diarias de una persona con solo conocer los metadatos que producen sus comunicaciones.

---

6 Si bien han existido intentos de proteger a los metadatos, estos no han sido suficientes. El más claro ejemplo de estos esfuerzos se ve reflejado en la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente 03599-2010-PA/TC, donde los Magistrados Eto Cruz y Mesías Ramírez concordaron en que existen ciertos "datos externos" a las comunicaciones, referidos a la identidad de los intervinientes, la dirección de origen o destino, etc. que merecen proteccion bajo el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente ha terminado por obviar esta parte del análisis, restándole importancia a la proteccion de los metadatos.

7 El analfabetismo digital se encuentra sumamente difundido en nuestro país. La mayoría de personas desconoce la existencia de elementos digitales como los metadatos y su relevancia dentro de las comunicaciones. Es recurrente el pensamiento que, si se encuentra protegido el contenido del mensaje, es suficiente para ganratizar los derechos a la intimidad y secreto.

Lo cierto es que la tecnología nos está obligando a replantear el ámbito de protección de los derechos fundamentales al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad y, con esto, los límites a la facultad fiscalizadora del empleador. En el caso del metadato, no se intercepta la comunicación en sí ni se accede al contenido del mensaje, sino que se procura la vigilancia sobre los datos que genera la comunicación (ej. origen y destino, asunto, etc.). Particularmente, somos de la opinión que los metadatos se encuentran debidamente protegidos por los derechos fundamentales mencionado (y por tanto fuera del ámbito de fiscalización laboral), siempre y cuando entendamos bien el sentido de la norma y los derechos involucrados.

4. ¿DEBEMOS PREOCUPARNOS POR LA PROTECCIÓN DE METADATOS EN EL ÁMBITO LABORAL?

4.1. La protección de los metadatos como garantía para el respeto del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones

El derecho que resulta más resaltante cuando hablamos de las comunicaciones es el derecho al secreto e inviolabilidad de las mismas. Como hemos ido adelantando, la jurisprudencia laboral ha entendido durante mucho tiempo que este derecho se encuentra exclusivamente relacionado con el contenido. Esta clásica interpretación podría encontrar su origen y fundamento en el hecho que, el desarrollo de este derecho fue realizado en una época en la cual las telecomunicaciones se encontraban regidas por el teléfono y donde el contenido del mensaje era la única información que podía grabarse o registrarse. Hoy en día, pensar únicamente en el contenido como la materia protegida por el secreto de las comunicaciones no es otra cosa que resistirse al cambio y a la modernidad.

En efecto, la virtualización de las telecomunicaciones nos obliga a pensar más allá de lo evidente. Refiriéndonos a los metadatos creados por el correo de los trabajadores (sea este institucional o privado utilizado en computadoras brindadas por el empleador), creemos firmemente que estos componen un elemento esencial del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Es que, en efecto, sin la proteccion de los metadatos,

todos los esfuerzos realizados para proteger a los trabajadores contra la vigilancia del contenido de los correos electrónicos, devienen en inútiles.

Nos explicamos.

En primer lugar, la protección de los metadatos es un supuesto necesario para la protección integra del derecho al secreto de las comunicaciones. En efecto, debemos tener claro que los metadatos son una consecuencia directa e inevitable de las comunicaciones. Si haces una llamada o recibes un mensaje o correo electrónico, la creación del metadato es automática: no es posible evitarlo y, en la mayoría de los casos es excesivamente difícil y costoso de ocultar o encriptar. Teniendo esto en cuenta, poco valen los esfuerzos por proteger el contenido de la comunicación si puede tenerse un razonable conocimiento de la materia discutida con solo conocer los metadatos.

Un caso práctico puede ayudarnos. Un trabajador de la empresa envía por correo electrónico un archivo confidencial a un trabajador de la competencia. En este documento se revela un secreto industrial. Un par de semanas después, la empresa de la competencia lanza un nuevo producto al mercado que es virtualmente igual. La empresa, alertada de que existe un espía entre sus trabajadores, procede a revisar los metadatos producidos los correos electrónicos y demás sistemas de comunicación digital de sus trabajadores. Haciendo esta búsqueda descubre que su trabajador intercambió varios correos con un trabajador de la competencia en el último mes. Solo observando los metadatos de los correos (usuario del trabajador, correo electrónico receptor (que coincide con correo de la competencia) y los metadatos del archivo adjunto (hora de creación y autor) que coinciden con un documento confidencial interno) puede identificar que este trabajador fue quien difundió la información confidencial a la competencia, vulnerando la buena fe y sus obligaciones laborales. En este caso, no fue necesario revisar el contenido y mensaje del correo electrónico para poder identificar la comisión de una falta grave por parte del trabajador. El contenido de la comunicación se mantuvo secreto, sin embargo, los metadatos revelaron casi lo mismo.

En este sentido, la protección de un tipo de información es inútil si no se protege el otro. El derecho al secreto de las comunicaciones pierde el sentido de ser si no hay una protección integral.

En segundo lugar, como el mismo numeral 10 del artículo 2 de la Constitución lo señala, tanto las comunicaciones, telecomunicaciones como sus instrumentos se encuentran protegidos bajo el secreto y la inviolabilidad. Para estos efectos, consideramos que los metadatos están incluidos tanto en una interpretación amplia como estricta de los que debemos entender por "instrumentos". De forma amplia, los instrumentos de las comunicaciones pueden entenderse como todos aquellos complementos y derivados de las comunicaciones, sobre todo aquellos que importan información relevante sobre esta. Los metadatos sin lugar a dudas caen dentro de esta descripción, siendo que son una consecuencia directa e inevitable de las comunicaciones y revelan tanta información sobre las conversaciones como el contenido de esta misma.

Ahora, si queremos utilizar una interpretación más estricta y literal sobre la palabra "instrumentos", entendidos como aquellas herramientas que hacen posible la comunicación, lo cierto que es los metadatos a también se encontrarían protegidos por este derecho. La existencia y creación de este tipo de información no es de ninguna manera accidental. Como bien señala Yossi Gilad, investigar en temas de seguridad de la Universidad de Boston: "*Los metadatos incluyen información crucial para la funcionalidad. Como ejemplo notable, las direcciones de origen y destino, que identifican los puntos finales de la comunicación, están incluidas en cada paquete IP y son fundamentales para establecer la comunicación a través de Internet.*"[8]

En tercer y último lugar, me gustaría resaltar que la protección de los metadatos se encuentra respaldada por la jurisprudencia internacional. Particularmente TC español en la STC 114/1984 señaló que:

8 Gilad, Yossi: Metadata-Private Communication for the 99%, MIT and Boston University (2019); Obtenido de: http://www.mit.edu/~yossigi/metadata.pdf. Texto original en inglés: "*Metadata includes crucial information for functionality. As one notable example, the source and destination addresses, which identify the communication end-points, are included in every IP packet and are fundamental for establishing communication over the Internet.*"

> *"[...] los aspectos del proceso de comunicación que no sean notorios a terceros deben quedar también protegidos [...]."*

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Escher y otros *vs*. Brasil indicó que:

> *"114. [...] el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones."*[9]

Volviendo al ámbito nacional, creo que el deber de protección de los metadatos existe, tanto por la garantía constitucional (aun cuando no sea explicito) como por nuestra legislación vigente. Particularmente me gustaría hacer referencia a la R.M. 111-2009-MTC/03, que aprueba la Norma que establece medidas para salvaguardar el derecho a la inviolabilidad y el secreto de las telecomunicaciones y la protección de datos personales, y regula las acciones de supervisión y control a cargo del MTC, indica en su apartado número 6 que:

> *"La protección del derecho a la inviolabilidad y al secreto de las telecomunicaciones y a la protección de datos personales, comprende, entre otros aspectos, los siguientes: [...] El origen, destino, realización, curso o duración de una comunicación."* (énfasis agregado)

En este sentido, resulta claro que los metadatos merecen una debida protección. No se trata de información de libre acceso, ni de información común y corriente, sin mayor importancia. Se trata de un presupuesto

9 Si bien en este caso el punto central es la comunicación telefónica, lo cierto es que los mismos argumentos son aplicables a las comunicaciones y mensajes por correo electrónico y demás sistemas de telecomunicación. Lo relevante de este argumento, es la protección brindada a los metadatos, los cuales se encuentran presente en cualquier forma de telecomunicación.

básico para garantizar la protección de las comunicaciones y, por lo tanto, debe rechazarse todo tipo de tratamiento "ligero" que pretenda darse a este tipo de datos, particularmente si se trata de vigilancia en el ambiente laboral. Si satanizamos y limitamos tanto la vigilancia y revisión del contenido de las comunicaciones por parte del empleador, ¿por qué no hacemos lo mismo con los metadatos?

4.2. La prohibición de la vigilancia sobre los metadatos como presupuesto para garantizar el derecho a la intimidad y la protección de datos personales

Ahora bien, la protección de los metadatos y la limitación de la vigilancia laboral no solo se fundamentan en el derecho al secreto de las comunicaciones en el ambiente laboral, sino que también constituyen un presupuesto necesario para garantizar la protección de los datos personales y, por ende, de la intimidad de los trabajadores. Esta protección cobra particular importancia si tomamos en cuenta que, a raíz de la Casación Laboral 14614-2016-LIMA, la Corte Suprema dictaminó que los bienes brindados por el empleador, sea una computadora, teléfono o correo electrónico institucional, pueden ser válidamente utilizados para fines personales.

En efecto, el considerando 14 de la Casación en cuestión indicó que:

> *"El uso de estas herramientas de la tecnología moderna naturalmente estará destinada para la prestación de sus servicios y serán utilizadas dentro de la jornada de trabajo; sin embargo, el "chat", "Messenger" u otro sistema de "chateo" y el correo electrónico que pone el empleador a disposición del trabajador puede ser usado por este para fines personales (y no laborales)."*

Ahora bien, esta autorización para uso privado nos lleva a reflexionar sobre lo dispuesto por la Ley de Protección de Datos Personales. Particularmente, el inciso 4 del artículo 13 de esta Ley, indica lo siguiente:

> *"Las comunicaciones, telecomunicaciones, sistemas informáticos o sus instrumentos, cuando sean de carácter privado o uso privado, solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos*

por mandamiento motivado del juez o con autorización de su titular, con las garantías previstas en la ley."

Las disposiciones arriba presentadas resultan de suma importancia para nuestro análisis, siendo que, tras una interpretación sistemática y conjunta de estos, podemos darnos cuenta que la protección de los metadatos en el ámbito laboral guarda una estrecha relación con la protección de datos personales y el derecho a la intimidad de los trabajadores.

En efecto, debemos considerar que los trabajadores se encuentran habilitados para hacer uso personal de los equipos e instrumentos tecnológicos brindados por su empleador. Siendo que existe un uso personal o privado de las herramientas tecnológicas brindadas por el empleador (telecomunicaciones, sistemas informativos o sus instrumentos del artículo arriba indicado), debemos reconocer que estas comunicaciones se encuentran debidamente protegidas por la ley protección de datos personales en términos similares a los dispuestos por la Constitución.

Este escenario no es más que una consecuencia lógica: si un trabajador se encuentra habilitado para enviar correos o mensajes privados, es necesario que estos se encuentren debidamente protegidos al, potencialmente, importar una gran carga de datos personales que los identifican o los hace identificables.[10]

Es más, las conversaciones o mensajes de uso privado suelen estar plagadas de datos sensibles los cuales se encuentran estrictamente protegidos dada su estrecha relación con datos como nuestra salud, convicciones religiosas o políticas, afiliación sindical, etc. Tratándose de información personal, nadie tiene derecho a acceder o conocer de ésta sin el consentimiento de su titular o mandato judicial.

10 Art. 2 de la Ley de Protección de datos personales: *" 4. Datos personales. Toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados; 5. Datos sensibles. Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual."*

Ahora bien, hablando de datos personales, resulta absolutamente necesaria no solo la prohibición de revisión del contenido sino también de la vigilancia de los metadatos. En este campo, debemos pensar más allá de lo evidente y reconocer la grave intromisión en la intimidad y vida privada que implicaría este tipo de vigilancia sobre los trabajadores. El evadir la protección de los metadatos sería como abrir una gran puerta al conocimiento no autorizado de la información personal y sensible del personal (probablemente sin conocimiento de esta situación).

En efecto, según un estudio conducido por la Universidad de Stanford[11] en el cual los voluntarios permitieron la evaluación de los metadatos producidos por su celular durante varios meses, la cantidad de información privada que puede obtenerse utilizando únicamente metadatos es mayor o igual a la que se obtiene de conocer el contenido de las comunicaciones. Por ejemplo, se tuvieron los siguientes resultados:

- Se descubrió que el participante A tenía esclerosis múltiple ya que registró múltiples llamadas clínicas neurológicas locales, farmacias especializadas, a un servicio de tratamiento de condiciones raras y una línea directa para un producto farmacéutico utilizado únicamente para tratar la esclerosis múltiple recurrente.
- Se descubrió que el participante B sufrió un ataque cardíaco ya que habló largamente con cardiólogos de un centro médico importante, recibió llamadas de farmacias y se contactó con una línea directa de informes domiciliarios para obtener un dispositivo médico utilizado para controlar la arritmia cardíaca.
- Se descubrió que el participante C tenía un arma semiautomática ya que llamó en varias oportunidades a una tienda de armas que se especializa en fusiles semiautomáticos AR y se contactó con el servicio al cliente de un fabricante de este tipo de armas de fuego.

11 Carey, Bjorn; *Stanford computer scientists show telephone metadata can reveal surprisingly sensitive personal information* (2016); Obtenido de https://news.stanford.edu/2016/05/16/stanford-computer-scientists-show-telephone-metadata-can-reveal-surprisingly-sensitive-personal-information/

En todos los casos arriba presentados, lo único que se tuvo al alcance fueron metadatos, no el contenido de las comunicaciones. Esto sin lugar a dudas demuestra que la protección de datos personales y, por ende, de la intimidad de los trabajadores, resulta gravemente amenazada si es que entendemos que el secreto de las comunicaciones abarca únicamente el contenido de estas, no la información que se crea a raíz de estas. La obtención de datos personales y sensibles no necesariamente es directa, sino indirecta (como sucedió en el experimento arriba señalado), sin embargo, ambas merecen protección. Resulta claro que, de nada vale prohibir la vigilancia de las telecomunicaciones por parte de los empleadores, volviendo ilícita cualquier prueba o documento obtenido sin autorización, si es que no entendemos que la vigilancia sobre los metadatos se encuentra también prohibida.

Si bien en el experimento arriba señalado se vigilaron los metadatos de telefonía, lo cierto es que este análisis puede aplicarse a cualquier tipo de telecomunicación. Los metadatos, sobretodo en conjunto, nos ayudan a identificar un patrón en el comportamiento y actividades de las personas. En base a esta información, puede conocerse desde nuestra rutina diaria, hasta nuestro estado de salud, orientación sexual, y demás aspectos de la vida privada. Solo es necesario observar nuestros movimientos e interacciones.

Tomando un ejemplo sencillo del ámbito laboral: un trabajador sabe que puede usar su correo y computadora de la empresa para enviar correos privados. Como es donde mejor internet tiene y donde mayor tiempo pasa en el día, decide utilizar estas herramientas para comunicarse con el sindicato ya que está pensando afiliarse. Durante varias semanas mantiene un hilo de menajes y correos con el sindicato y otro personal afiliado. El empleador, sin revisar el contenido de los mensajes sino únicamente metadatos (como receptor, asunto y demás), puede tener una idea relativamente clara de que el trabajador esta pensando en afiliarse. En este caso, el empleador (temiendo que el sindicato crezca), podría ejercer represalias o incluso despedir al trabajador bajo cualquier excusa con la finalidad de evitar que el sindicato gane fuerza.

Si bien en este caso no ponemos en duda la problemática actuación antisindical del empleador, el tema central es que, no es necesario revisar el contenido de un correo electrónico, para saber qué se esta diciendo o haciendo. Por ejemplo, podemos enterarnos de las aspiraciones sindicales de un trabajador (información protegida bajo la ley de protección de datos personales) con solo revisar los metadatos.

La vigilancia sobre los metadatos puede resultar aún más esclarecedora sobre la intimidad de las personas que el contenido de la comunicación en sí. Utilizando un ejemplo recurrente de SCHNEIER tenemos que, si contratamos un investigador privado par que intercepte las llamadas y correos de una persona, podremos conocer lo que ha dicho y conversado. Sin embargo, si contratamos al investigador para que siga a la persona constantemente (como sucede cuando vigilo sus actividades a través de los metadatos que genera) puedo saber donde está, qué hace y con quién se relaciona en cada momento del día.

En este sentido, resulta evidente que es necesario proteger tanto los datos como los metadatos. Ambos contienen información de suma relevancia para la vida privada y, como tal, merecen una debida protección en pro de salvaguardar los derechos al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de los trabajadores. Resulta claro que este tipo de información debe mantenerse fuera del ámbito de vigilancia del empleador ya que, después de todo, de nada sirve proteger la puerta principal (el contenido) si vamos a dejar todas las ventanas y puerta traseras (los metadatos) abiertas de par en par.

5. REFLEXIONES FINALES

Como mencionamos al inicio del presente ensayo, no cabe duda que la tecnología impone nuevos retos cada día. La aparición de comunicaciones virtuales ha simplificado muchos procesos del día a día, sin embargo, también ha abiertos novedosas puertas a través de las cuales pueden generarse intromisiones y vulneraciones de derechos sin que estemos al tanto de ellas. El caso de la vigilancia laboral con uso de tecnología no es diferente.

Sin lugar a dudas hay más de una razón para abogar por la protección de los metadatos que son generados día a día por los trabajadores y que los siguen en todo lo hacen. La constitución lo autoriza, la ley lo requiere y la jurisprudencia y doctrina comparada se encuentran de acuerdo. Si queremos que la intimidad y las comunicaciones de los trabajadores se encuentren verdaderamente protegidas (como ha intentado hacer la jurisprudencia) debemos comenzar por reconocer los tipos de información que abren las puertas a las vidas de los trabajadores y comenzar a exigir garantías para se respeten los derechos fundamentales.

Tomando todo lo antedicho en consideración, podemos afirmar válidamente que los metadatos se encuentran fuera del ámbito de vigilancia del empleador. Si bien no existe regulación o jurisprudencia clara al respecto, esta protección es una consecuencia lógica de las garantías al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y del derecho a la intimidad por los que vela nuestra jurisprudencia. Lo cierto es que la protección del contenido por la que se ha abogado hasta la fecha, carecería de sentido si dejamos la puerta de los metadatos abierta de par en par. De nada sirve que se reconozca la protección del contenido, si es que podemos conseguir casi los mismos resultados vigilando solo los metadatos.

Es inevitable que los avances tecnológicos vayan presentando retos al derecho, sin embargo, debemos adaptarnos si no queremos llenarnos de espacios en blanco, sin regulación o abiertos a cualquier interpretación. No sirve de nada que los derechos estén redactados en papel y se garanticen formalmente si es que nos negamos a cubrir todos los agujeros que se van creando con el tiempo. Los metadatos constituyen un elemento esencial de la comunicación y, como tales, merecen protección y un espacio en la mesa de discusión sobre vigilancia laboral.

BIBLIOGRAFÍA

Guerrero, Carlos; *Ley Stalker: cuando la inocencia deja de ser una presunción* (2015); obtenido de https://hiperderecho.org/2015/09/ley-stalker-cuando-la-inocencia-deja-de-ser-una-presuncion/

Schneier, Bruce; *NSA Doesn't Need to Spy on Your Calls to Learn Your Secrets* (2015); Obtenido de https://www.wired.com/2015/03/data-and-goliath-nsa-metadata-spying-your-secrets/

Schneier, Bruce; *Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World (*2015)

Elias Puelles, Ricardo; *Decreto Legislativo 1182, Geolocalizacion y proceso penal, Sacrificio de garantias a favor a favor de una supuesta eficiencia investigativa* (2016); obtenida de https://hiperderecho.org/wp-content/uploads/2016/05/elias_geolocalizacion_proceso_penal.pdf

Abad Yupanqui, Samuel; *El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial* (2012); Obtenido de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/2852

Morachimo, Miguel; *Vigilancia Estatal de las Comunicaciones y Derechos Fundamentales en Perú*; Publicado por Hiperderecho (2016)

Carey, Bjorn; *Stanford computer scientists show telephone metadata can reveal surprisingly sensitive personal information* (2016); Obtenido de https://news.stanford.edu/2016/05/16/stanford-computer-scientists-show-telephone-metadata-can-reveal-surprisingly-sensitive-personal-information/

Gilad, Yossi: Metadata-Private Communication for the 99%, MIT and Boston University (2019); Obtenido de: http://www.mit.edu/~yossigi/metadata.pdf

Ulloa Millares, Daniel; *Los limites a las facultades de control del empelador en la utilizacion por parte de los trabajadores de las nuevas tecnologias (correo electronico e internet*); En: Laborem. Revista de la soceidad peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Nro. 06 (2006).

Monzon Zevallos, Willy; Derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones y poder de dirección. A proposito de la fiscalizacion

del correo electrónico; En: TC Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Nro. 95 (2015)

Plaza, Maria Eugenia Elizabeth; El correo electrónico en el ámbito laboral; En: Derecho y Sociedad. Nro. 46 (2016)

De Las Casas, Orlando; ¿Es fiscalizable el contenido del correo electrónico otorgado por el empleador?; En: TC Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Nro. 83 (2014)

TUTELA DEL TIEMPO DE TRABAJO Y USO DE LAS TIC: APROXIMACIONES PARA LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

CARMEN VIANKA VILENA FERNÁNDEZ BACA
Estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Tercer puesto del Concurso Laboral Universitario.

1. INTRODUCCIÓN

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) están presentes en todos los aspectos de nuestras vidas. En efecto, han cambiado la manera en cómo interactuamos con los otros, la manera en cómo nos entretenemos, la manera en cómo nos educamos; y, por supuesto, la manera en cómo trabajamos. En la actualidad, la pandemia de la Covid-19 ha generado que recurramos aún más a estas.

La digitalización del trabajo es un fenómeno que trae consigo nuevas oportunidades y retos que deben ser atendidos por el derecho laboral, entre ellos, se encuentra la delimitación y respeto de la jornada del trabajador.

Así, pues, desde los inicios del Derecho del Trabajo, la regulación del tiempo de trabajo ha sido una cuestión fundamental en la tutela de los intereses de los trabajadores, Históricamente, la lucha por el derecho a la jornada máxima se ha dado bajo la consigna de "*8 horas de trabajo, 8 horas de descanso y 8 horas para dormir*". Esta cuestión no ha perdido vigencia a través de los años, todo lo contrario, el debate ha evolucionado y exige un nuevo análisis a la luz de las TIC.

Actualmente, muchos trabajadores deben laborar desde sus domicilios o desde el lugar en el que se encuentren, siendo que el tiempo que invierten trabajando puede exceder los límites de su jornada. Muchos otros, a pesar de que desarrollan su jornada de manera presencial, frecuentemente son contactados – e interrumpidos en sus periodos de descanso - a través de diversas plataformas o herramientas informáticas, una vez terminada su jornada.

Ante ello, en la legislación comparada, se ha empezado a reconocer el denominado derecho a la desconexión digital, cuya finalidad es garan-

tizar el respeto de la jornada laboral de los trabajadores, limitando que el empleador los contacte a través de las TIC una vez culminada su jornada.

El presente trabajo versará sobre cómo las TIC han impactado en el mundo laboral, en específico, en el tiempo de trabajo. a partir de ello, plantearemos algunas ideas sobre cómo debe responder nuestra legislación ante estos nuevos escenarios.

2. PRECISIONES SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

El tiempo de trabajo es uno de los elementos más trascendentes de la relación laboral. Ello, en la medida que su tutela se encuentra íntimamente relacionada con procurar una vida digna para el trabajador. En efecto, la delimitación del tiempo de trabajo busca impedir que la relación laboral vulnere otros derechos como el descanso físico y mental, uso del tiempo libre y el desarrollo de la vida familiar y personal del trabajador.

Ciertamente, la protección del derecho a la jornada máxima tiene rango constitucional: el artículo 25° de la Carta Magna establece que la jornada de trabajo es de 8 horas diarias o 48 horas semanales como máximo, lo cual es reiterado por el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horarios y Trabajo en Sobretiempo, aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 007-2002-TR, y su Reglamento, el Decreto Supremo N.º 008-2002-TR.

Pues bien, ¿qué significa tiempo de trabajo? ¿cómo delimitamos este concepto? En la doctrina se han diferenciado tres criterios a partir de los cuales se puede entender el tiempo de trabajo, esto es, (i) como trabajo efectivo, (ii) como tiempo a disposición dentro del centro de trabajo, o (iii) como tiempo a disposición en general (Montenegro Baca, 1953).

Bajo el criterio (i), se considera dentro de la jornada, el tiempo que un trabajador efectivamente invierte para prestar el servicio o realizar la función para la cual fue contratado. Así, los periodos de inactividad dentro del centro de labores, el desplazamiento, el tiempo de refrigerio, o el

tiempo durante el cual el trabajador espera recibir órdenes de su empleador dentro del centro de labores, no son considerados como tiempo de trabajo al no existir actividad productiva alguna.

De otro lado, según el criterio (ii), la jornada abarca el tiempo que el trabajador se encuentre en su centro de labores a disposición de su empleador, sin importar si efectivamente está realizando actividades productivas o no. Este criterio resulta razonable para medir la jornada de trabajo en formas de prestación de servicios clásicas, a partir de las cuales no es posible entender el trabajo sin la presencia física del trabajador en el centro de labores. No obstante, ello ya no resulta del todo adecuado, pues este criterio no toma en cuenta las nuevas formas de trabajo que se han desarrollado en los últimos años. Sobre esto se volverá más adelante.

Por último, el criterio (iii) engloba todos los actos que realiza el trabajador con el fin de cumplir las funciones para las cuales fue contratado. Según este criterio, se consideran las labores fuera del centro de labores o el tiempo de traslado hacia este y viceversa (conocido como tiempo *in itinere*).

No obstante, nuestra legislación no ha establecido expresamente una definición de tiempo de trabajo ni qué criterio aplicar para delimitar el tiempo que comprende la jornada de trabajo. Esta imprecisión ha generado zonas grises y supuestos no regulados que dificultan identificar cuándo nos encontramos ante tiempo de trabajo.

Pese a lo señalado, concordamos con Ulloa Millares (2015) quien señala que puede inferirse que nuestra legislación adoptó el criterio (ii), a partir de la presunción establecida en el artículo 7° del Decreto Supremo N.° 004-2006-TR. Según esta norma, cuando el trabajador se encuentre dentro del centro de labores antes o después de la jornada, se presumirá que este se encuentra a disposición del empleador y se contabilizará como trabajo en sobretiempo.

Sobre la base de estas precisiones, a continuación, desarrollaremos cómo las TIC han influenciado en el mundo del trabajo; y, en específico en lo referido a la jornada laboral.

3. LAS TIC Y SU IMPACTO EN EL MUNDO DEL TRABAJO: NUEVAS FORMAS DE TRABAJO Y ZONAS GRISES EN JORNADA LABORAL

Podemos definir a las TIC como aquel conjunto diverso de herramientas y recursos tecnológicos utilizados para transmitir, almacenar, crear, compartir o intercambiar información (UNESCO). Ahora bien, es un hecho que las TIC están transformando nuestra realidad, al haber evolucionado las relaciones sociales hacia la digitalización, lo cual se ha acelerado como consecuencia de la pandemia; y, aún más, en el ámbito de las relaciones laborales.

En efecto, la digitalización del trabajo ha generado una serie de repercusiones en las condiciones y herramientas involucradas en la organización y ejecución del trabajo. Así, en la actualidad es imprescindible el uso de herramientas informáticas para el desarrollo de diferentes tipos de actividades económicas, siendo que estos equipos son el principal instrumento de trabajo. No obstante, la legislación laboral no necesariamente está preparada para afrontar estos fenómenos, sobre esto, nos ocuparemos a continuación.

Nuestra legislación laboral y, en específico las normas relacionadas al tiempo de trabajo, se han desarrollado bajo un esquema de trabajo industrial clásico, caracterizado por una marcada subordinación hacia el empleador, pues el proceso productivo se desarrollaba dentro del centro de trabajo y bajo un control continuo del proceso productivo.

Asimismo, las fronteras entre la jornada de trabajo y el tiempo de descanso se encontraban claramente delimitadas, pues se entendía que el trabajador podía cumplir con su jornada solo cuando asistía al centro de labores, dado que en este se desarrollaba la actividad económica de su empleador y en ese lugar se encontraban todas las herramientas de trabajo. Bajo esas premisas, resultaba razonable que conceptos jurídicos como el tiempo de trabajo y la puesta a disposición encontrasen como parámetro la presencia física del trabajador para generar la línea divisoria entre el trabajo y la vida personal.

Sin embargo, la inserción de las TIC en el seno de las empresas y las transformaciones que ello ha supuesto en los procesos productivos, obliga a dejar de lado esta noción clásica de trabajo. Así, concordamos con Sánchez Mangas, quien señala lo siguiente:

> *"La introducción de las TIC en los procesos productivos y en los servicios ofrecidos por las empresas ha facilitado la adopción de nuevos métodos de división del trabajo que se alejan de la producción en masa y de las estructuras jerárquicas excesivamente centralizadas, características de los procesos productivos más tradicionales (...)"* (Sánchez, 2006)

Pues bien, podemos identificar ciertos rasgos característicos de estas nuevas formas de trabajo que no necesariamente son copulativos o taxativos:

(i) Uso imprescindible de equipos y servicios tecnológicos: El trabajador no podrá cumplir sus funciones sin determinadas herramientas informáticas, además, será necesario que el trabajador cuente con servicios tales como electricidad e internet. Así también, el empleador se puede valer de las TIC para ejercer su poder de dirección, de fiscalización y de sanción.

(ii) Hiperconectividad: Este concepto hace alusión a la situación en la que una persona está constantemente conectado a determinada información y a través de distintos medios, debido a la accesibilidad que brindan las TIC. Así, un trabajador puede mantenerse constantemente alerta o al tanto de lo que ocurre en el centro de trabajo haciendo uso de herramientas informáticas.

(iii) Reorganización de espacios de trabajo: La presencia física del trabajador ya no es necesaria para la prestación de servicios, pudiendo realizarse a través de nuevas modalidades como el teletrabajo o el trabajo remoto.

(iv) Virtualización de relaciones interpersonales: Al no acudir al centro de trabajo, la interacción con el empleador y otros trabajadores será mínimo. Se prefiere la comunicación vía correo

electrónico o videoconferencias, antes que reuniones presenciales[1].

(v) Preeminencia del trabajo por resultado: En diversos sectores, el nuevo parámetro de medición de la productividad del trabajador es por el producto que entrega, siendo cada vez menos relevante los medios o la manera en la cual presta sus servicios. Así, no importa el momento ni dónde el trabajador lleve a cabo sus funciones, sino que cumpla con el resultado esperado. Este esquema tendrá mayor relevancia en aquellas organizaciones que prioricen el uso de las TIC.

A partir de estas características de las nuevas formas de trabajo, podemos evidenciar que ya no resulta adecuado tomar como referencia la presencia física de un trabajador en el centro de trabajo para efectos de delimitar la jornada laboral. Esas fronteras de delimitación deben ser superadas a fin de procurar una tutela de los derechos de los trabajadores acorde con nuestra nueva realidad. A continuación, desarrollaremos dos problemáticas concretas en torno a la digitalización del trabajo y la medición de la jornada laboral.

3.1. En la prestación de servicios presenciales

Bajo un esquema tradicional, el trabajador labora solamente en las instalaciones de la empresa y cumpliendo un horario preestablecido. No obstante, el desarrollo de las TIC y el uso de las herramientas informáticas abren paso a la posibilidad de que el trabajador pueda estar permanente conectado a su centro de trabajo, es decir, no solo durante el desarrollo de la jornada que realiza de manera presencial, sino incluso una vez finalizada esta.

1 Si bien no es materia de este artículo, cabe señalar que, sobre este punto, ha expresado una preocupación por las repercusiones que podría generar ello en el ejercicio de derechos colectivos, pues la separación física de los trabajadores podría impedir el ejercicio de la sindicación y la acción colectiva. Al respecto, se puede consultar: https://elpais.com/elpais/2019/04/05/ideas/1554484758_979105.html

En efecto, vez terminada la jornada, el trabajador puede mantenerse al tanto de lo que ocurre en la empresa; puede ser contactado por su empleador a fin de que cumpla determinado encargo o tarea extra; o puede salir del centro de trabajo y terminar sus pendientes en su domicilio; lo que supondría –por decisión propia o contra su voluntad- una extensión de su jornada laboral desde su domicilio o donde se encuentre, con incidencia, dependiendo de la oportunidad en la que ocurra, en su descanso diario, semanal, en días festivos o en el periodo de vacaciones.

Bajo este escenario, a pesar de que existe una aparente división física entre la jornada de trabajo y el tiempo de descanso, vemos que el uso de correos electrónicos y mensajería instantánea a través de celulares, *tablets*, laptops, etc. fuera de la jornada de trabajo trae como consecuencia una extensión –no reconocida, no limitada y no remunerada– de la jornada de trabajo. Al respecto, según una investigación de Infojobs (2017), el 51% de la población afirma responder correos electrónicos y atender llamadas durante los fines de semana y vacaciones[2]. En Corea del Sur, una investigación (2016) ha concluido que los trabajadores laboran alrededor de 11 horas extra a la semana utilizando dispositivos electrónicos[3].

Sin embargo, nuestra legislación, hasta el momento, no ha podido esbozar alguna respuesta que resuelva o tutele esta problemática. Como mencionamos, la presunción de trabajo en sobretiempo funciona principalmente a partir de la presencia física del trabajador en el centro de labores. Asimismo, el legislador no ha previsto alguna metodología para el registro de las labores fuera del centro de trabajo, como sí lo ha hecho para el control de asistencia al centro de labores[4].

---

2 Datos del Informe Anual 2017 InfoJobs–ESADE sobre el Estado del Mercado Laboral en España.

3 Para una síntesis de sus principales conclusiones, se puede consultar Yoon Ja-young, "Smartphones leading to 11 hours' extra work a week" Disponible en: http://www.koreatimes.co.kr/www/news/biz/2016/06/488_207632.html

4 Se encuentra regulado en el artículo 1 y demás disposiciones del Decreto Supremo N.º 004-2006-TR.

3.2. Trabajo a distancia

El problema descrito en el punto anterior también ocurre con las actividades ejecutadas a distancia o de manera remota, lo cual se ha incrementado significativamente en el contexto en el que nos encontramos actualmente.

Esta modalidad ha sido regulada bajo la figura del teletrabajo por la Ley N.º 30036 y su Reglamento. Sin embargo, como consecuencia de la pandemia de la Covid-19, a dicha norma le ha seguido la que regula trabajo remoto[5] (Decreto de Urgencia 026-2020), la cual se diferencia del teletrabajo en que esta modalidad requiere menos formalidades para su implementación.

Al respecto, se puede pensar que el trabajo a distancia es la fórmula ideal para lograr la conciliación entre la vida privada, familiar y laboral, pues permite, supuestamente, que los trabajadores organicen sus tiempos y puedan pasar más periodos en sus domicilios. No obstante, consideramos que la legislación actual -teletrabajo o trabajo remoto- no asegura del todo esta premisa.

En efecto, si bien se ha reconocido el derecho a la jornada máxima bajo estas modalidades, no existen mecanismos y obligaciones de medición o control de la jornada de trabajo. Por ende, no es posible saber ni medir el tiempo que invierte un trabajador bajo las modalidades de teletrabajo o trabajo remoto.

Bajo la misma línea, la OIT ha señalado, en el informe *"Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral"*, que existe una fuerte tendencia de los trabajadores a distancia a laborar, en promedio, muchas más horas que un trabajador presencial. Por ejemplo, en *"España, los resultados de la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo señalan que 19% de los trabajadores que se desempeñan en las instalaciones del empleador trabajan más de 40 horas por semana, comparado con 24%*

5 Cabe acotar que esta modalidad solo estará vigente mientras dure el estado de emergencia sanitaria.

de quienes trabajan en casa y 33% de los que trabajan en otra ubicación" (OIT, 2017).

Así, el empleador se limita a verificar el resultado de las labores prestadas, y le es ajeno el proceso y tiempo que implica la realización de las mismas. Por consiguiente, el trabajador podría estar laborando más tiempo en su domicilio y, por consiguiente, la dependencia tecnológica se incrementará aún más. De este modo, la organización de la jornada –y sus límites– recaen enteramente en el trabajador, evidenciando que la manera en la que se regula la jornada en el trabajo a distancia no es suficiente ni idónea para tutelar a los trabajadores que prestan servicios fuera del centro de trabajo.

Ciertamente, el artículo 3° del reglamento de la ley que regula el teletrabajo solamente señala que al teletrabajo le aplican las normas de jornada, sus límites y sus exclusiones, sin establecer medida u obligación adicional alguna que permitan tutelar la jornada de acuerdo a las particularidades de un trabajador a distancia. Lo mismo ocurre con el artículo 9° de la norma del trabajo remoto, pues solo se remite a los límites previstos para la prestación de servicios presenciales.

No obstante, la sola reiteración de los derechos ya previstos, sin una regulación especial o garantía adicional, no es suficiente para tutelar el derecho a la jornada máxima de los trabajadores a distancia. En este punto, concordamos con Aguilera y Cristobal, quienes señalan que:

> *"(...) la flexibilidad en la organización temporal del trabajo que caracteriza al teletrabajo impide que el teletrabajador esté sometido exactamente al mismo régimen de jornada laboral vigente a nivel nacional que ha sido previsto para el trabajador presencial".* (Aguilera y Cristobal, 2017).

Por lo tanto, consideramos que es necesaria mejorar la regulación de los regímenes previstos para los trabajadores a distancia, estableciendo garantías y mecanismos que permitan tutelar el derecho a la jornada máxima.

4. LA DESCONEXIÓN DIGITAL: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Una vez reconocida la problemática, esto es, la incidencia del uso de las TIC en la delimitación de la jornada de trabajo –y en todos los derechos fundamentales que se tutelan a través de la misma-, diversos países europeos empezaron a incluir el llamado derecho a la desconexión digital dentro de sus reformas laborales, siendo Francia[6] pionero en esta materia. España[7], Italia[8] y, recientemente, Chile[9], han incluido también este derecho en sus legislaciones.

Pese a las críticas formuladas hacia la vaguedad de la legislación comparada[10], podemos extraer algunos componentes comunes que constituirían el derecho a la desconexión digital. Así, consideramos adecuada la siguiente definición:

> *"(...) el derecho que tienen los trabajadores a no desarrollar actividades por fuera de la jornada de trabajo, ni a ser contactado por el empleador o sus representantes, a través de medios digitales o electrónicos; sin que su actitud negativa, pasiva y evasiva signifique consecuencia desaprobación alguna en el ámbito de la relación de trabajo."* (Naranjo: 2017, 50)

Sin embargo, consideramos necesario analizar a fondo el contenido, la definición y la naturaleza jurídica de la desconexión digital. Para estos efectos, en primer lugar, enunciaremos brevemente los bienes jurídicos que se busca tutelar a través de este derecho, el cual se ejerce en un contexto de una relación laboral digitalizada.

---

6 *Loi núm. 2016-1088, du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*

7 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

8 *Legge 22 maggio 2017, n. 81*

9 LEY NÚM. 21.220

10 Al respecto, se ha cuestionado que algunas legislaciones no establecen obligaciones específicas que tutelarían el derecho a la desconexión digital, mientras que otras, no llegan dar una definición clara del derecho (Molina, 2017).

(i) Jornada máxima: como ya hemos desarrollado, la digitalización de las relaciones laborales supone una amenaza al derecho a la jornada máxima; y, por ende, es necesaria la implementación de mecanismos nuevos que tutelen esta realidad. En ese sentido, el derecho a desconexión digital estaría orientado a que el trabajador goce de un periodo de tiempo en el que pueda desconectarse completamente de los dispositivos electrónicos que le permiten estar en contacto con su empleador.

(ii) Seguridad y salud en el trabajo: En medio de una sociedad digitalizada, han surgido nuevos riesgos laborales en relación al uso y abuso de las TIC. Así, la salud -física y mental- puede verse afectada por el abuso digital y la sobre exposición a medios informáticos. Al respecto, desde hace unos años se investigan las consecuencias perjudiciales del abuso digital en las relaciones de trabajo, entre los cuales se encuentra la fatiga digital, el tecno estrés y el ya conocido *burn-out* o síndrome del trabajador quemado[11].

(iii) Derecho a la intimidad y vida privada: Una vez culminada su jornada, se supone que el trabajador recobra su autonomía y dedica su tiempo libre al descanso, a la familia o a la actividad que desee. El empleador debe tener como parámetro el límite de la jornada laboral para ejercer su poder de dirección y fiscalización, pues al ejercerlo fuera de la jornada, se estaría entrometiendo en la esfera privada de la vida del trabajador.

(iv) Derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre y al libre desarrollo de la personalidad: La eficacia de estos derechos implica que la jornada máxima sea realmente respetada y que no existan interferencias de parte del empleador fuera del periodo de jornada.

11 Sobre el particular, la OMS ya ha reconocido el síndrome del trabajador quemado como un fenómeno ocupacional de gran trascendencia que se genera a raíz de un estrés laboral crónico. https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152015000100014

A partir de lo expuesto, se puede concluir que el derecho a la desconexión digital no es un derecho nuevo, en tanto no consagra un contenido singular no recogido por otros derechos. En efecto, diversos autores como Perez Campos (2019) y Molina Navarrete (2017) han negado que nos encontremos ante un derecho *"neo nato"* compuesto por un contenido novedoso para el mundo del derecho laboral. Así, consideramos pertinente seguir esta postura, pues el derecho a la desconexión digital carecería del requisito de especificidad necesario para otorgarle un reconocimiento como derecho nuevo, y como sostiene Sosa (2009), este es un presupuesto fundamental para tal reconocimiento.

Creemos, más bien, que el derecho a la desconexión digital forma parte del contenido adicional del derecho a la jornada máxima de trabajo, y es complementario de otros derechos vinculados al tiempo de trabajo, tales como el derecho al descanso anual remunerado, el derecho al día de descanso semanal, el derecho a los feriados remunerados, etc.

Por lo tanto, la naturaleza jurídica del derecho a la desconexión digital estaría circunscrita a la protección del derecho a la jornada máxima de trabajo; no obstante, sí nos encontramos frente a un concepto autónomo en cuanto a su desarrollo, es decir, a las obligaciones y potestades que surgen del mismo, conforme se explicará a continuación.

Para que el derecho a la desconexión digital tutele los diversos problemas que se han generado como consecuencia de la digitalización de las relaciones laborales (fenómeno detallado en el apartado anterior), consideramos que este derecho implica, para el empleador, un conjunto de obligaciones, y para el trabajador, derechos o facultades:

a) Obligación o prohibición del empleador de no irrumpir en la esfera del trabajador, al contactarlo, a través de cualquier herramienta informática, al finalizar su jornada diaria o mientras se encuentre gozando de sus periodos de descanso, para que realice alguna tarea, sea instruido con alguna orden o sea comunicado de alguna información.

b) Obligación del empleador de generar mecanismos eficaces que registren la jornada de trabajo que se presta a través de las TIC.

c) Deber del empleador de información y sensibilización sobre el uso razonable de la TIC y las consecuencias que puede generar su abuso en la salud psico social.

d) Obligación del empleador de implementar mecanismos concretos que limiten el uso de plataformas y herramientas informáticas destinadas a la prestación de servicios.

e) Derecho del trabajador de no realizar trabajo fuera de su jornada a través del uso de las TIC, ni de estar a disposición del empleador mediante estos medios, sin ello signifique alguna consecuencia nociva en la relación de trabajo.

f) Derecho del trabajador a no ser contactado por su empleador a través de herramientas informáticas más allá de la jornada, a pesar de encontrarse conectado a estas por cualquier motivo.

Algunos de los puntos enumerados ya se encuentran contempladas de alguna manera en diversas obligaciones establecidas sobre la jornada de trabajo en nuestra normativa vigente. No obstante, podemos observar que el eje central del derecho a la desconexión digital reside en las obligaciones establecidas en los puntos b) y c) aspectos no contemplados en nuestra legislación. En efecto, *"saber desconectarse es una competencia que se construye a nivel individual pero que necesita apoyo a nivel de la empresa"* (Cialti, 2017). En definitiva, apelar a la sola voluntad del trabajador en desconectarse resulta engañoso en el marco de una relación de subordinación, de ahí que se requiera establecer obligaciones y límites a nivel legislativo.

Así, el hecho que el empleador promueva una cultura de bienestar laboral y respeto del descanso del trabajador, a través de la información y sensibilización sobre el uso desmedido de las TIC, coadyuvará al pleno ejercicio de este derecho. Igualmente, la implementación de mecanismos concretos que limiten el acceso a las herramientas informáticas, serán una medida eficaz de control de la jornada de trabajo.

Por ende, consideramos que los componentes señalados serían los que dotarían de plena eficacia al goce del derecho a la desconexión digital, pues, en caso no se implementen estas medidas dentro del centro de trabajo, estaremos limitando la protección del derecho a disposiciones ya existentes en los ordenamientos jurídicos que, como sabemos, no son suficientes para responder a la nueva realidad.

A su vez, consideramos pertinente plantear algunos criterios en función de los cuales es posible implementar la obligación del empleador de generar mecanismos concretos que limiten el uso de las TIC:

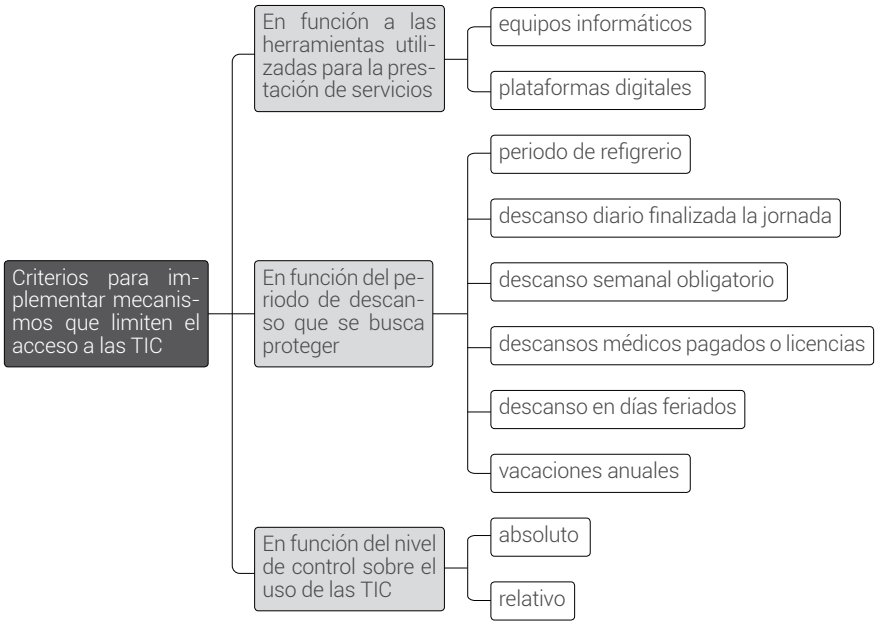
(i) En función a las herramientas utilizadas para la prestación del servicio: Son múltiples los instrumentos que pueden o tienen que ser usados por el trabajador, tales como equipos informáticos (computadoras, laptops y celulares) o plataformas digitales (correo electrónico, mensajería instantánea y videoconferencias). Así, se limita el uso de las TIC implementando instrumentos en función de la herramienta utilizada, por ejemplo, bloqueando el acceso al correo electrónico en determinadas horas, estableciendo la obligación de dejar la laptop o el celular en el centro de trabajo, etc.

(ii) En función del periodo de descanso que se busca proteger: Puede limitarse el uso de las TIC en función al periodo de refrigerio, el descanso diario finalizada la jornada, el descanso semanal obligatorio y feriados, descansos médicos, o las vacaciones anuales. Así, los mecanismos se podrán implementar, por ejemplo, durante las vacaciones, desviando los correos electrónicos hacia otros trabajadores o, durante el periodo de descanso diario, bloqueando el acceso a las plataformas a determinadas horas de la noche/madrugada.

(iii) En función del nivel de control sobre el uso de las TIC: Esta puede ser absoluto o relativo. Así, será absoluto cuando en determinado periodo se impida al trabajador tener acceso a las plataformas de la empresa o a los equipos de esta. De otro lado, será relativo cuando se recurran a herramientas disuasorias del

uso de las TIC fuera de la jornada, por ejemplo, la implementación de herramientas que envíen avisos a los trabajadores (o a sus superiores) cuando se conecten en su periodo de descanso.

El siguiente cuadro, esquematiza los criterios que acabamos de detallar, a partir de los cuales, el derecho a la desconexión digital puede hacerse efectivo a través la implementación de mecanismos que limiten el uso de las TIC.



Por último, cabe señalar cuáles serían los límites al derecho a la desconexión digital. Así, consideramos pertinente incluir como límite objetivo válido a este derecho, el caso fortuito o la fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva ya regulado en la legislación general[12].

12 Artículo 9 del D.S. N.º 007-2002-TR.

5. INCORPORACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

En este acápite esbozaremos algunas propuestas de regulación que serían necesarias para incorporar el derecho a la desconexión digital en nuestro ordenamiento garantizando su plena eficacia:

(i) Definición clara y acorde a la realidad del tiempo de trabajo: Como señalamos, nuestra legislación no cuenta con una definición de lo que se debería entender por tiempo de trabajo, sino que prevé algunas presunciones sobre la puesta a disposición dentro del centro de labores.

Es evidente que nuestra realidad sobrepasa a esta regulación, por lo que urge un replanteamiento de la misma y que la definición sea recogida explícitamente en nuestras normas. Consideramos adecuada la definición de tiempo de trabajo en la legislación uruguaya, según la cual basta con que se cumpla uno de los siguientes criterios para que se considere tiempo de trabajo efectivo (Carli, 2019): (a) que el trabajador deje de disponer libremente de su voluntad; (b) esté presente en su lugar de trabajo; o, (c) esté a disposición de un empleador.

De este modo, se podría cubrir tanto los supuestos de extensión de la jornada de trabajo presencial, fuera del centro de labores y a través de las TIC, y los supuestos de extensión de la jornada en el trabajo a distancia.

(ii) Reconocimiento explícito del derecho a la desconexión digital: Ello será necesario para garantizar su pleno ejercicio, así como la posibilidad de justiciabilidad por parte de los trabajadores.

(iii) Tutela del derecho a la desconexión digital a través de obligaciones concretas al empleador: No basta con el solo reconocimiento de este derecho, serán necesarias, además, las siguientes obligaciones concretas:

- Implementar una política interna de desconexión digital.
- Generar mecanismos de control de las TIC.

- Implementar mecanismos de control de la jornada del trabajo a distancia.
- Generar mecanismos de registro de jornada fuera del centro de trabajo.

(iv) Modificación del artículo del artículo 9° del Decreto Supremo N.º 007-2002-TR: El artículo bajo referencia hace alusión al carácter voluntario de las horas extras. Consideramos pertinente la inclusión de un enunciado normativo según el cual se entienda que el contacto del empleador al trabajador fuera de su jornada, a través de las TIC, para que este último realice labores de manera inmediata equivale a la imposición de horas extras.

(v) Modificación del artículo 30º del Decreto Supremo N.° 003-97-TR: Atendiendo a las consecuencias que puede generar en los derechos del trabajador la exigencia de permanecer constantemente conectados a las TIC, consideramos necesaria la implementación de un literal adicional en los actos de hostilidad equiparables con el despido, el reiterado contacto a través de las TIC para exigir el cumplimiento de obligaciones fuera de la jornada de trabajo o la exigencia de permanecer a disposición del empleador mediante las TIC fuera de la jornada de trabajo.

(vi) Obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo: Inclusión de disposiciones sobre el tratamiento, control y prevención de riesgos ocupacionales relacionados a la sobre exposición a medios informáticos.

(vii) Fiscalización laboral: La actuación de los inspectores del trabajo constituye un factor determinante para la plena eficacia del derecho. En ese sentido, se deberán establecer multas específicas que sancionen la vulneración de disposiciones relacionadas al derecho a la desconexión digital.

6. REFLEXIONES FINALES

La inserción de las TIC ha transformado las relaciones laborales. En efecto, si bien estas han sido una herramienta protagonista durante la pandemia, este contexto también nos ha permitido evidenciar las consecuencias perjudiciales que puede generar su abuso.

Sin duda, resulta necesaria una reevaluación de los mecanismos actuales que tutelan los derechos del trabajador; y, en específico, de las medidas destinadas a evitar que el poder del empleador devenga en abusivo. En atención a ello, consideramos pertinente la incorporación del derecho a la desconexión digital en nuestro ordenamiento, el mismo que deberá implementarse junto con otras obligaciones que hagan eficiente la tutela del tiempo de trabajo en espacios digitales.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera I., R., Y Cristobal R., R. (2017), *Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica*, Conferencia Nacional Tripartita: el futuro del trabajo que queremos, Vol. II, p. 335.

Cedrola S., G. (2017). El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales. *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, *5*(1).

Carli, F. R. (2019). El "derecho" a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo. *Derecho & Sociedad*, (53), 111-122.

Cialti, P. H. (2017). El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, (137), 163-181.

González-Páramo, J. (2017). Cuarta revolución industrial, empleo y estado de bienestar. *Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas, https://goo.gl/ehQYup*

Sánchez M., R. (2006). *Productividad y nuevas formas de organización del trabajo en la sociedad de la información*. Fundación Alternativas.

Montenegro, J. (1953) *Jornada de trabajo y descansos remunerados. Trujillo.* Tomo I.

Mejía, R. (2012). La regulación del tiempo de trabajo. IUS ET VERITAS, 22(45), 310-323

Molina, C. (2017). El tiempo de los derechos en el mundo digital: ¿existe un nuevo "derecho humano a la desconexión" de los trabajadores fuera de la jornada? *Revista de la Facultad de Derecho de México.* Tomo LXVII, N.º 269. pp 891-919.

Molina, C. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: "desconexión digital", garantía del derecho al descanso. *Temas Laborales N.º 138.* pp. 249 – 283.

Molina, C. (2017) Digitalización de la economía y tiempo de trabajo: la dilución de fronteras entre "actividad" e "inactividad". Ponencia llevada a cabo en Jornadas CGPJ-UGT sobre tiempo de trabajo – Universidad de Jaen.

Naranjo, L. (2017). Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral. *Sabr, Ciencia Y Libertad.* Vol. 12, N.º 2. pp. 49-57.

Glosario de la UNESCO. Recuperado de: http://uis.unesco.org/en/glossary-term/information-and-communication-technologies-ict

OIT. (2017) *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work.* Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_544138.pdf

Pérez Campos, A. I. (2019). La desonexión digital en España ¿Un nuevo derecho laboral? *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, (52), 101-124.

Sentencia del Tribunal Constitucional (2003), recaído en el Expediente N.º 01797-2002-HD/TC

Sentencia del Tribunal Constitucional (2004), recaído en el Expediente N.º 2868-2004-PA/TC

Sentencia del Tribunal Constitucional (2003), recaído en el Expediente N.º 4635-2004-AA/TC

Sosa S., J. M. (2009). Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el tribunal constitucional. Lima: Gaceta Jurídica*.

Trillo, F. (2017). Relaciones de trabajo en la economía digitalizada. *El futuro del trabajo*, 1-12.

Ulloa, D. (2016). *El tiempo de trabajo en España y Perú. Ideas sobre la regulación de un elemento esencial en la vida de los trabajadores* (Tesis doctoral). Universidad de Castilla de-La Mancha, España.

Ulloa, D. (2015). *El tiempo de trabajo: algunas ideas para su definición*. Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis.

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS ANTE UN CONTAGIO O FALLECIMIENTO DE TRABAJADOR POR COVID-19

EMILY ALEXANDRA FUENTES RIVERA BERROCAL

Estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Mención honorífica del Concurso Laboral Universitario.

INTRODUCCIÓN

La Sala Situacional del Covid-19 en el Perú hasta el 12 de setiembre registró 729 619 casos confirmados y 30 710 personas fallecidas. Solo en este día se registraron 117 fallecidos[1]. Según la Universidad Johns Hopkins, el Perú se encuentra dentro de los cinco países con más casos confirmados de Covid-19, a nivel mundial, y dentro de los 10 países con las tasas más altas de mortalidad[2].

Hoy en día, el Covid-19 se ha convertido en la más grande amenaza para el ser humano, asimismo, un nuevo peligro del cual se debe proteger al trabajador. El deber de prevención y protección del empleador se ha intensificado, lo cual ha significado una reestructuración de instalaciones y de sistemas de cuidado en todas las organizaciones, con el fin de mantener el centro de trabajo con la menor exposición posible al SARS-CoV-2. El cumplimiento del Plan de vigilancia, prevención y control de Covid-19, y el resto de normas en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo (SST) se han convertido en el principal deber de todo empleador. No obstante, ello no ha logrado evitar los contagios en trabajadores, quienes, en algunos casos, fallecen a causa del Covid-19.

A partir de esta problemática, este artículo está orientado a tratar un futuro, pero no muy lejano, problema laboral: la responsabilidad del empleador frente a contagios y fallecimientos ocasionados por el Covid-19. Aunque este planteamiento pueda parecer un problema todavía muy pre-

1 Esta información corresponde a la actualización de la Sala Situacional Covid-19 que realiza el Ministerio de Salud a través de sus redes sociales. Extraído de https://twitter.com/Minsa_Peru/status/1305282391909466113/photo/1.

2 Datos extraídos de "Covid-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University" https://gisanddata.maps.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6.

maturo, ciertamente no lo es. Recientemente, sindicatos de trabajadores de diversas empresas han empezado a denunciar, en sus redes sociales, que la negligencia de sus empleadores ha conllevado a múltiples contagios y a fallecimientos de compañeros de trabajo. Por otro lado, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) informó que desde el inicio del Estado de Emergencia Nacional ha recibido más de 27 107 denuncias y 108 834 consultas relacionadas con derechos sociolaborales y en materia de SST[3].

Toda esta información nos demuestra que no parecería muy lejana la posibilidad de que los afectados materialicen esas denuncias en demandas judiciales contra sus empleadores por daños y perjuicios que el Covid-19 les ha ocasionado. El presente artículo se propone poner en la mesa de discusión esta nueva problemática laboral, planteando supuestos y ofreciendo pautas para el tratamiento del mismo.

I. NORMATIVA LABORAL EN EL CONTEXTO COVID-19

Evidentemente, la pandemia producida por el SARS-CoV-2 ha transformado a nivel mundial muchos ámbitos de nuestras vidas. El ámbito laboral, definitivamente, no escapa a aquel impacto. Todo lo contrario, me atrevo a decir que el ámbito laboral ha sido, si no es el primero, uno de los más afectados. Ello se refleja en las novedades y modificaciones normativas en materia laboral.

En el Perú, las medidas gubernamentales para evitar la propagación del virus han significado un gran impacto para las relaciones laborales. Desde la declaración de la Emergencia Sanitaria a nivel nacional[4] y luego

3 Información extraída del diario Gestión en una nota informativa del 30 de agosto de 2020. https://gestion.pe/economia/management-empleo/coronavirus-peru-sunafil-recibio-mas-de-27000-denuncias-en-lo-que-va-del-estado-de-emergencia-por-covid-19-nndc-noticia/.

4 La Emergencia Sanitaria a nivel nacional fue declarada por el Decreto Supremo N.º 008-2020-SA, el 11 de marzo de 2020. En un primer momento la medida se dispuso 90 días, no obstante, la extensión de la medida es vigente al día de hoy.

el Estado de Emergencia Nacional[5], pasamos por el aislamiento social obligatorio, la paralización comercial de todas las empresas no calificadas como actividades esenciales, la licencia con goce de haber compensable[6] o el trabajo remoto[7], las medidas alternativas a la suspensión perfecta de labores, hasta la suspensión perfecta de labores[8] o el regreso al trabajo presencial.

1. Nuevas obligaciones del empleador

En este orden de ideas, la norma más resaltante en materia de SST que surgió es la regulación de lineamientos para la vigilancia, prevención y control de Covid-19. En un primer momento, se dispuso mediante la Resolución Ministerial 239-2020-MINSA (RM 239-2020-MINSA), la cual posteriormente fue derogada por la Resolución Ministerial 448-2020-MINSA (RM 448-2020-MINSA).

A partir de esta nueva regulación, las medidas en materia de SST han tomado gran relevancia, manifestándose en el deber de prevención y protección del empleador. A través de los principios de prevención y protección, dispuestos por la Ley N.º 29783[9], el empleador adquiere la obligación de velar por la salud y seguridad de sus trabajadores, previendo los riesgos que puedan afectar la salud e integridad de los mismos. Estos deberes se han convertido en la principal tarea del empleador y se manifiestan en el cumplimiento de las óptimas condiciones de bioseguridad y salubridad en el trabajo.

5 El Estado de Emergencia Nacional fue declarado mediante el Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, el 15 de marzo de 2020, y dispuso el aislamiento social obligatorio por 15 días, no obstante, este también ha sido prorrogado muchas veces.

6 La licencia con goce de haber compensable fue dispuesta en el Decreto de Urgencia N.º 029-2020

7 Se dispuso el trabajo remoto, mediante el Decreto de Urgencia N.º 026-2020.

8 Disponen la Suspensión perfecta de labores como medida excepcional mediante el Decreto de Urgencia N.º 038-2020.

9 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

En ese sentido, hoy, el empleador se ve obligado a invertir en la reestructuración de su centro de trabajo: sistemas de ventilación, adecuación de puntos de lavado y desinfección de manos, señalización, modificación de lugares de trabajo, equipos de protección, equipos de desinfección, toma de pruebas, capacitaciones, etc. Incluso en algunos sectores, el empleador no solo debe atender a la reestructuración del centro de trabajo, sino también a la reorganización de labores y procedimientos.

A modo de ejemplo, pensemos en el sector industrial, el sector pesquero o en el sector minero. En este último, el empleador no solo debe reestructurar su centro de trabajo, lo cual implica rediseñar los campamentos con el distanciamiento social necesario, sino también debe organizar las labores y jornadas de trabajo, de modo que no se produzcan aglomeraciones; además, su deber de prevención se extiende al transporte de sus trabajadores y el protocolo sanitario que ello conlleva.

Ciertamente, el deber de prevención y protección del empleador se ha visto intensificado, en mayor o menor medida, de acuerdo al tipo de actividad. La RM 448-2020 MINSA ha regulado nuevas obligaciones para el empleador con el fin de proteger al trabajador frente al SARS-CoV-2, lo cual, sin duda, implica nuevas responsabilidades por los daños que este nuevo riesgo biológico pueda generar. Por lo tanto, es importante que el empleador no pase por alto sus nuevas obligaciones en materia de SST. La clave de prevenir futuras contingencias judiciales está en el nivel de prevención que cada empleador asuma ahora.

2. Responsabilidad por daños y perjuicios en el ámbito laboral

El contrato de trabajo, además de comprender la obligación de prestar un servicio, por parte del trabajador, y retribuir aquel mediante una remuneración, por parte del empleador, comprende otro tipo de obligación en el empleador: justamente, el deber de prevención del que veníamos hablando. Esta obligación, en aspectos generales, se entiende como el deber de mantener un ambiente de trabajo seguro y saludable, el cual encontrará sus especificidades de acuerdo a las actividades que cada trabajador realice en concordancia con las normas de SST (Quispe, 2019, p. 145).

La Casación Laboral N.º 23868-2017 Lima y la Casación Laboral N.º 4258-2016 Lima, que marca un precedente vinculante, determinan que la obligación esencial de todo empleador es cumplir con la normativa en materia de SST, lo cual debe comprender evaluar, evitar y combatir todos los riesgos que implique la actividad de los trabajadores, caso contrario, el incumplimiento de su obligación protectora le traerá como consecuencia la indemnización por daños y perjuicios que se generen para el trabajador, conforme a los artículos 1321º y 1322º del Código Civil.

En ese sentido, la jurisprudencia laboral ha venido considerando que, frente a una demanda laboral por daños y perjuicios, se deberá aplicar la responsabilidad contractual, ya que el contrato de trabajo incluye, de forma implícita, el deber de prevención y el principio protector que obligan a todo empleador en una relación laboral. Por lo tanto, el incumplimiento de estos, deviene en una actuación ilícita por parte del empleador (Quispe, 2019, p. 143).

Asimismo, las Casaciones señalan que en tanto el deber de prevención del empleador en materia de SST se origina producto del contrato de trabajo o con ocasión de su ejecución, la responsabilidad que corresponde es la responsabilidad civil contractual. Por lo tanto, son de aplicación las normas del Código Civil respecto a la inejecución de obligaciones.

2.1. Elementos de la Responsabilidad Civil Contractual

El VI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral establece que la responsabilidad en los casos de accidentes de trabajo es la responsabilidad civil contractual, ya que el empleador ha incumplido obligaciones de la relación laboral, es decir, brindarle al trabajador las condiciones adecuadas y un ambiente seguro para realizar sus labores.

Ello es acorde con lo que hemos venido postulando en este artículo, pues las nuevas obligaciones del empleador que se configuran en la protección del trabajador frente al SARS-CoV-2, conllevan a que su incumplimiento genere la responsabilidad del empleador. Por lo tanto, en estos casos, también aplicaría la responsabilidad civil contractual.

En ese sentido, la jurisprudencia ha considerado que en el análisis para determinar la existencia de responsabilidad del empleador deberán concurrir los siguientes cuatro elementos. El VI Pleno los define de la siguiente manera:

- **Conducta antijurídica:** Se define como toda acción contraria al ordenamiento jurídico o contraria a derecho. Esta conducta es típica, ya que implica el incumplimiento de una obligación inherente a la relación laboral, como lo es brindar condiciones adecuadas y seguras para ejercer el trabajo.
- **El Daño:** El daño hace referencia a toda lesión de un interés jurídicamente tutelado, ya sea patrimonial o extrapatrimonial. Por ello, los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Dentro del primer tipo se enmarca el menoscabo a todos los derechos patrimoniales del trabajador. Dentro del segundo tipo se enmarcan las lesiones a la integridad psicológica, sentimientos, proyecto de vida, entre otros intereses protegidos. Por lo tanto, se considerarán los conceptos por lucro cesante, daño emergente y daño moral.
- **El Nexo Causal:** Se define como *la relación de causa-efecto entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima*. En materia laboral, se debe determinar la existencia del vínculo laboral y que la enfermedad se produzca como consecuencia de la ejecución del trabajo.
- **Los factores de atribución:** Los factores de atribución pueden ser el dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve. El trabajador puede invocar como factor de atribución el dolo o la culpa inexcusable, debiendo probar ello. En caso el trabajador no pueda probar la culpa y el empleador no logre acreditar que actuó con la diligencia debida, se aplicará la presunción de culpa leve, atribuyéndole responsabilidad al empleador.

En ese sentido, frente a una eventual demanda de indemnización por los daños y perjuicios generados por el Covid-19, el análisis para determinar la responsabilidad o no del empleador seguirá el mismo trata-

miento. El VI Pleno establece el anterior análisis para los casos en que se incumpla la obligación de *brindarle al trabajador las condiciones adecuadas y un ambiente seguro para trabajar*, lo cual viene a ser la misma finalidad de la RM 448-2020-MINSA. Los lineamientos de vigilancia, control y prevención de Covid-19 entablan el deber de brindarle al trabajador un centro de trabajo seguro para su salud. Por lo tanto, el incumplimiento de esta norma, posicionarían una demanda de indemnización por Covid-19 bajo el mismo análisis que hace el VI Pleno.

II. CONTAGIO DE COVID-19 EN EL CENTRO DE TRABAJO

Es evidente que el empleador se encuentra imposibilitado de erradicar el Covid-19, por lo mismo, no puede proteger plenamente a sus trabajadores de la exposición al virus, pues no es físicamente posible. No obstante, dentro de las limitaciones que ello implica, el empleador sí puede actuar dentro de su margen de acción, disminuyendo la exposición al SARS-CoV-2 en el centro de trabajo.

Como hemos venido mencionando, el deber del empleador frente al SARS-CoV-2 se resume en el cumplimiento de la RM 448-2020 MINSA y demás normativa en materia de SST. Por lo tanto, el incumplimiento de aquellas obligaciones sí le generarían responsabilidad por los contagios que puedan darse en el centro de trabajo. Al respecto, veamos cuál sería el análisis de la responsabilidad.

1. ¿Si el trabajador se contagia de Covid-19, hay responsabilidad del empleador?

En el supuesto de un trabajador, llamémoslo *trabajador Q*, que asiste a su centro de trabajo y se contagia de Covid-19, lo primero que se podría pensar es que el virus fue contraído en las instalaciones del centro trabajo. Por lo tanto, el trabajador tendría derecho a demandar a su empleador los daños y perjuicios que le produjo la enfermedad. No obstante, antes de sostener ello, hay algunos elementos de la responsabilidad que debemos analizar y verificar.

Este artículo postula que la manera en la que se llevaría a cabo el tratamiento de una demanda de indemnización por daños y perjuicios frente a un contagio por Covid-19 sería la misma que desarrolla el VI Pleno. De acuerdo con ello, deberán configurarse los cuatro elementos mencionados para determinar la responsabilidad del empleador.

1.1. El daño que alega el trabajador Q

El daño se ocasionaría por la lesión a la salud del *trabajador Q*. En ese sentido, podría configurarse el daño emergente (gastos en atención médica, medicamentos, hospitalización, etc.), lucro cesante (los ingresos dejados de percibir debido a su incapacidad para el trabajo en caso de secuelas que perjudiquen su productividad u otros) y daño moral (depresión, estrés, ansiedad, etc.).

En la Casación laboral N.º 23868-2017 Lima, la corte considera que la enfermedad de la neumoconiosis "*per se*" genera un sentimiento colectivo de aflicción e impone la necesidad de resarcir a la víctima, ya que resulta imposible una tutela restitutoria por ser una enfermedad profesional irreversible. Ello podría considerarse también respecto de las secuelas que deja el Covid-19, ya que en muchos casos el severo daño pulmonar puede ser irreversible.

Al respecto, las secuelas que genera la enfermedad, en muchos casos, podría afectar la productividad del *trabajador Q* en el futuro. La OPS y la OMS, mediante una alerta epidemiológica[10], publicada en agosto, indicaron que las secuelas no solo se limitan al aparato respiratorio, sino que también se han registrado secuelas en el sistema cardiovascular y en el sistema nervioso central y periférico. Asimismo, secuelas psiquiátricas y psicológicas (OPS y OPS, 2020, p. 3).

10 La Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud emitieron, el pasado 12 de agosto de 2020, la Alerta Epidemiológica: Complicaciones y secuelas por Covid-19. Extraído de https://www.paho.org/es/documentos/alerta-epidemiologica-complicaciones-secuelas-por-covid-19-12-agosto-2020.

En lo referente a las secuelas psiquiátricas y psicológicas que genera el Covid-19, estas son de gran relevancia para la determinación del daño moral si ello correspondiera al caso.

1.2. ¿El empleador cumplió diligentemente el Plan de vigilancia, prevención y control de Covid-19?

Respecto a otro elemento configurador de la responsabilidad, la conducta antijurídica correspondería al incumplimiento de la RM 448-2020-MINSA. En ese sentido, debemos evaluar si el empleador cumplió o no con su deber de prevención y protección. La norma dispone las medidas que todo empleador debe implementar de forma previa a un contagio, durante un contagio y posterior a un contagio. Si el empleador ha cumplido cabalmente con todos estos lineamientos, pues, en principio, no debería dirigírsele la responsabilidad por el contagio del *trabajador Q*.

Al respecto, la OIT ha afirmado que si logra acreditarse que la infección del Covid-19 se contrajo por exposición en el centro de trabajo, el contagio podría considerarse un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, además, que se podría exigir una indemnización debido a la incapacidad temporal (OIT, 2020, p. 19). En otras palabras, solo en el caso que pueda acreditarse ello, tales serían las consecuencias. Por lo tanto, el empleador deberá ser muy cuidadoso con lo siguiente:

En la fase preventiva, el empleador debe cumplir con los siete lineamientos que componen la RM 448-2020-MINSA, entre ellos, la frecuente limpieza y desinfección del centro de trabajo, la evaluación de la condición de salud de los trabajadores de forma previa al regreso o reincorporación, la sensibilización y capacitación sobre cómo prevenir el Covid-19, entre otros.

De ese modo, si el empleador cumple con todos estos lineamientos, la exposición al SARS-CoV-2 en el centro de trabajo disminuirán considerablemente. Bajo ese supuesto, en teoría, sería improbable que un trabajador se contagie en el centro de trabajo. No obstante, y este es un punto relevante, para que el objetivo se logre, es fundamental que el

trabajador también cumpla diligentemente con los mismos lineamientos, lo cual tendrá relevancia en el análisis posterior del nexo causal.

Otro punto relevante en la fase de prevención, es el especial cuidado que el empleador debe darle a los trabajadores que presenten comorbilidades. La norma indica que en estos casos se priorice el trabajo remoto, no obstante, si el trabajador así lo quisiera, podría trabajar en el centro de trabajo después de presentar una declaración jurada que deje constancia de ello. Sin embargo, constituye un riesgo, ya que ante un eventual contagio su situación es mucho más complicada. Por ello, es recomendable que el empleador destine a todos los trabajadores con comorbilidades al trabajo remoto.

Durante la situación de un contagio, el empleador debe actuar rápidamente y cumplir con lo dispuesto en la norma. El profesional de la salud debe comunicar el caso a la autoridad de salud correspondiente, derivar el caso a un establecimiento de salud, identificar a potenciales contactos, disponer el descanso médico, los 14 días aislamiento y realizar el seguimiento clínico a distancia.

Asimismo, el empleador deberá tomar todas las medidas que sean necesarias para evitar que el caso positivo propague el virus hacia otros trabajadores. Incluso, se recomienda tomar medidas adicionales a las establecidas en la norma. Si bien la norma no lo exige, sería válido que el empleador realice pruebas de descarte a todos aquellos trabajadores que estuvieron en contacto con el *trabajador Q*.

Cuando el trabajador se reincorpora al centro de trabajo, luego de su alta epidemiológica, el empleador deberá tener especial cuidado con el *trabajador Q* y con los demás trabajadores en contacto con él. La RM 448-2020-MINSA indica que antes que el *trabajador Q* regrese al centro de trabajo, deberá ser evaluado a fin de determinar su estado, no obstante, no exige la aplicación de pruebas de descarte.

Es recomendable que, en beneficio del trabajador y con el fin de evitar la propagación del virus en el centro de trabajo, el empleador realice las pruebas de descarte de Covid-19 que fueran necesarias al *trabajador Q,*

hasta que este resulte negativo y el médico tratante le indique que, efectivamente, ya no puede contagiar. La norma solo exige 14 días de aislamiento para el alta epidemiológica en los casos de pacientes con síntomas leves y 7 días en el caso de pacientes asintomáticos, lo cual parece muy arriesgado, ya que en varios casos se ha visto que el paciente asintomático puede contagiar incluso después de los 14 días.

Ciertamente, la norma que derogó a la RM 239-2020-MINSA ha sido mucho más flexible en cuanto a las obligaciones del empleador para prevenir el Covid-19. No obstante, a largo plazo, ello podría generarle al empleador aún mayores inconvenientes. Por ello, se recomienda optar por una postura más conservadora y estricta respecto a las medidas de prevención de Covid-19 en el centro de trabajo, ya que, de lo contrario, podría dejar abierta la posibilidad de recibir, demandas por daños y perjuicios que aleguen el comportamiento negligente del empleador.

1.3. ¿Se puede acreditar el nexo causal?

Como tercer elemento de la responsabilidad, en el nexo causal correspondería probar que el incumplimiento del empleador respecto a la RM 448-2020 MINSA conllevó al contagio del *trabajador Q*. Podría decirse que nuestra principal problemática se desarrolla en este punto, ya que este es el elemento determinante para concluir en la responsabilidad o en la ruptura del nexo causal.

Sobre la acreditación de los elementos de la responsabilidad civil, el I Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral del 4 y 14 de mayo de 2012 en el literal c) del Tema N.º 2 acordó por unanimidad "*que el trabajador debe cumplir con probar la existencia de la enfermedad profesional, y el empleador, el cumplimiento de sus obligaciones legales, laborales y convencionales*". Si bien el Covid-19 no se ha declarado como una enfermedad profesional en todos los casos, debe entenderse que esta consideración será de aplicación a este caso también.

En ese sentido, la acreditación del nexo causal puede ser un gran reto para el *trabajador Q*, ya que tendrá la carga de probar que el contagio se

debió a la negligencia del empleador, lo cual será bastante difícil, pues a la fecha ni siquiera los médicos han podido determinar la forma exacta en la que se da un contagio. No obstante, pese a lo complejo del asunto, se podría acreditar algún incumplimiento o irregularidad en el Plan de vigilancia, control y prevención de Covid-19.

Por otro lado, el empleador deberá acreditar su diligencia y efectivo cumplimiento del Plan. Asimismo, podría romper el nexo causal si el daño se genera por el propio trabajador. Como se mencionó anteriormente, si bien el cumplimiento de la RM 448-2020 MINSA es obligación del empleador, también lo es para el trabajador. Si el *trabajador Q* no respeta el distanciamiento social o no hace uso responsable de las mascarillas, perderá el derecho de exigir una indemnización a su empleador.

Por otro lado, el empleador también puede probar que el virus no se contrajo en su centro de trabajo si es que de las pruebas de descarte que se realizaron a todos los contactos del *trabajador Q*, todas resultan negativas. Ello dará la certeza que el centro de trabajo se encuentra libre de SARS-CoV-2 y que el *trabajador Q* contrajo el virus en un lugar distinto a este. Como sabemos, las posibilidades de contagio son múltiples y pudo ocasionarse en otras esferas de la vida del trabajador.

1.4. ¿Y el factor de atribución?

Por último, respecto al factor de atribución, su configuración dependerá de que el *trabajador Q* logre probar que el incumplimiento de la RM 448-2020 MINSA fue doloso o negligente, caso contrario aplicaría la presunción de culpa leve. No obstante, tal presunción no aplicará si el empleador logra acreditar que cumplió diligentemente los lineamientos dispuestos en la norma.

Por lo tanto, habiendo llegado a este punto y luego de analizar todos los elementos configuradores de la responsabilidad, se podrá determinar si corresponde o no una indemnización para el *trabajador Q*. Como se ha podido ver, el meollo del asunto se encuentra en el análisis del nexo causal y la probanza del mismo.

III. FALLECIMIENTO DE TRABAJADOR POR COVID-19

El otro supuesto que abarca la segunda pregunta central del presente artículo se da ante el fatídico caso de fallecimiento del trabajador producto del Covid-19. En ese sentido, ¿e**l empleador tiene responsabilidad por la muerte de un trabajador infectado con Covid-19?**

Evidentemente, este supuesto se desprende del anterior, poniéndonos en el caso que la enfermedad se haya complicado para el *trabajador Q*. En ese sentido, el análisis para determinar la responsabilidad del empleador sería la misma que hemos venido aplicando frente a la situación de un contagio. Ello no variaría.

No obstante, en este supuesto, se dan principalmente dos variaciones: (i) el sujeto que demanda la indemnización y (ii) el tipo de daño que se alega. Por un lado, respecto al sujeto, serán los familiares del trabajador fallecido, llamémoslo *trabajador X*, quienes demanden al empleador los daños y perjuicios. Dentro de los daños patrimoniales, correspondería, además de los gastos para el tratamiento de la enfermedad, todos los gastos propios de un fallecimiento, sin olvidar los gastos que la familia asume ante la falta de un ingreso económico del hogar.

En este caso, podría predominar el daño extrapatrimonial, es decir el daño moral que se ocasiona en todos los familiares por la pérdida de su ser querido. En muchos casos, el *trabajador X* puede ser un padre o madre de familia que deja a menores de edad, con quienes se tendrá un especial tratamiento en cuanto al daño moral que la muerte de sus padres les puede ocasionar.

Por lo demás, no se identifica mayor variación respecto al análisis ya hecho. Por lo tanto, para concluir si el empleador debe indemnizar a los familiares del fallecido, se realizará en mismo análisis que hemos venido comentando.

IV. OTROS ASPECTOS RELEVANTES EN EL CONTEXTO COVID-19

En esta última sección, analizaremos otros aspectos relevantes que han surgido en el contexto Covid-19 y su relación con la responsabilidad del empleador.

1. ¿Responsabilidad frente a un daño considerable?

Dentro de la normativa que está surgiendo en el contexto Covid-19, es pertinente mencionar que el pasado 21 de agosto, fue presentado el proyecto de ley N.º 6044/2020-CR, el cual busca incorporar el artículo 53-A en la ley de SST, estableciendo que el trabajador podría solicitar una *indemnización por exposición laboral a un mal considerable*[11].

La imprecisión del término "mal considerable", puede prestarse a generalizaciones, no obstante, lo entenderemos como la exposición al SARS-CoV-2. Entonces, este proyecto buscaría proteger al trabajador en el supuesto de que el empleador lo exponga a contraer el virus.

De acuerdo a lo que hemos venido conversando, este proyecto de ley no tendría mayor aporte, ni generaría variación alguna a nuestro análisis, pues la determinación de una indemnización de daños y perjuicios frente a un contagio de trabajador por Covid-19 sería la misma que hemos planteado antes. Es decir, del mismo modo, se tendría que evaluar (i) el daño, (ii) el cumplimiento del empleador en la normativa de SST, (iii) el nexo causal y (iv) el factor de atribución.

2. ¿Covid-19: una enfermedad profesional en todos los casos?

Siguiendo con los proyectos de ley en el marco del Covid-19, el pasado 18 de junio, mediante la Ley N.º 31025, se aprobó la incorporación del Covid-19 al listado de enfermedades profesionales para el sector salud. En

11 El proyecto de Ley sobre Indemnización por exposición laboral a un mal considerable fue presentado por la congresista María Teresa Cabrera Vega, integrante del Grupo parlamentario Podemos Perú.

vista que los servidores de la salud son los más expuestos al virus ameritaba la aprobación de esta norma.

No obstante, a partir de esta calificación, surgen la siguiente interrogante: ¿puede incluirse el Covid-19 a la lista de enfermedades profesionales de otros trabajos? Al parecer, es un poco más complicado determinar ello, pues es necesario que exista una relación de causalidad entre los riesgos que implica determinada labor y la enfermedad. El artículo 3º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA establece, necesariamente, una relación de causalidad para el reconocimiento de la enfermedad profesional (Ospina, Bautista y Polanco, 2020, p. 94).

No cabe duda que los profesionales de la salud se encuentran en tal supuesto, ya que su exposición al virus, a través de sus pacientes, genera el nexo causal entre su labor y el Covid-19. Al respecto, la OIT ha considerado dentro del grupo "trabajadores sanitarios" a todos los trabajadores del sector de la salud, a nivel público o privado, sea cual sea su ocupación, es decir, también quienes prestan servicios de otras industrias como el personal de limpieza, de restauración, de seguridad o provenientes de otras agencias (OIT, 2020, p. 1).

Sin embargo, es más complejo determinar si otro tipo de trabajos que no tengan relación con las actividades de salud, puedan incluir al Covid-19 es su lista de enfermedades profesionales. En otro tipo de actividades, las cuales no mantengan una relación directa con el virus, es más difícil comprobar que la labor misma pueda conllevarlos, necesariamente, a contraer el virus.

A propósito, la OIT ha establecido que para considerar el Covid-19 como una enfermedad profesional, este debió ser contraído en el marco de las actividades relacionadas con el trabajo. Asimismo, estableció que se pueden reconocer como la causa de enfermedades profesionales "cuando se haya establecido, por medios científicos (…) la existencia de un vínculo directo entre la exposición de agentes bilógicos que resulte de las actividades laborales y una enfermedad contraída por trabajadores". En otras palabras, se remite también a la teoría del nexo causal (OIT, 2020, p. 22).

A raíz de la pandemia generada por el SARS-CoV-2, es evidente que toda actividad laboral se ha visto afectada y es cierto que, en todos los supuestos, en mayor o menor medida, existe un nivel de exposición al virus. No obstante, el factor determinante para incluir el Covid-19 en la lista de enfermedades profesionales de otros trabajos será la comprobación de la existencia de un vínculo directo entre el tipo de actividad laboral y el Covid-19, lo cual no termina siendo muy claro en otras actividades que no sean las relacionadas al sector de salud.

Sin embargo, ello no quiere decir que los trabajadores que no pertenecen al sector salud se encuentren desprotegidos. De acuerdo a lo comentado en este artículo, se encuentra la vía de indemnización por daños y perjuicios frente a un contagio de Covid-19, evidentemente, siempre y cuando se pueda determinar la responsabilidad del empleador, acreditando cada uno de los elementos configuradores.

3. El deber de prevención y protección en el trabajo remoto

De acuerdo con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, para finales de julio se registraban más de 220 mil trabajadores que laboraban en la modalidad de trabajo remoto[12]. Probablemente, el trabajo remoto es la medida que más ha modificado las relaciones laborales, ya que la tradicional forma de trabajo presencial ha sido de menor aplicación los últimos meses.

El trabajo remoto se implementó para las actividades en las que fuera posible realizarlo, como una medida para contrarrestar los contagios en el centro de trabajo. En definitiva, esta medida es la más segura para el trabajador, ya que evita a toda costa el contacto con otras personas fuera de su ámbito familiar, por ende, se encuentra, considerablemente, en menor grado de exposición al SARS-CoV-2.

12 El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dio a conocer esta cifra a través de sus redes sociales, mediante un flyer informativo en la campaña para obtener el voto de confianza del gabinete ministerial. Extraído de https://twitter.com/MTPE_Peru/status/1290319383496196096.

Por otro lado, el trabajo remoto también es beneficioso para el empleador, ya que significa la nula posibilidad de contagio en su centro de trabajo y la improbabilidad de ser demandado por contagios de Covid-19 en sus trabajadores. Encontrándose el trabajador en su domicilio o lugar de aislamiento, estos espacios quedan fuera del margen de dominio físico del empleador en lo que respecta a implementación o reestructuración de las instalaciones del centro de trabajo.

No obstante, es importante recalcar que el empleador no se exime del cumplimiento de la RM 448-2020 MINSA. Su deber de prevención y protección al trabajador se mantiene en lo que fuera posible como las capacitaciones de información relevante sobre el Covid-19, orientándoles sobre la prevención del Covid-19 en la familia y la comunidad. Por lo tanto, el empleador debe seguir siendo diligente y cumplir con toda la normativa en materia de SST.

V. CONCLUSIONES

- La RM 448-2020 MINSA regula nuevas obligaciones para el empleador en el marco de su deber de prevención y protección del trabajador. Por ello, el cumplimiento de esta norma y otras en materia de SST se han convertido en una prioridad para el empleador, ya que es la mejor manera de prevenir contagios en el centro de trabajo y, con ello, futuras contingencias laborales procesales.
- Las futuras demandas de indemnización por daños y perjuicios debido a contagios o fallecimientos por Covid-19 se determinarán de la misma manera que la Corte Suprema viene resolviendo la responsabilidad por daños y perjuicios en materia laboral: analizando (i) la configuración del daño, (ii) la conducta antijurídica, (iii) el nexo causal y (iv) el factor de atribución.
- Para la acreditación del nexo causal, se mantendrá el criterio del I Pleno Laboral. Por lo tanto, el trabajador debe probar que contrajo el virus en el centro de trabajo, mientras que el empleador deberá acreditar el cumplimiento de los lineamientos

de la RM 448-2020-MINSA y demás normas en materia de SST, o romper el nexo causal por conductas propias del trabajador.

- El tratamiento respecto de los casos de trabajadores fallecidos por Covid-19 es el mismo que el de un caso de contagio. El análisis para determinar la responsabilidad en ambos casos comprende los mismos criterios. Las variaciones se encuentran en el sujeto que demanda la indemnización y el tipo de daño que puede predominar en uno u otro caso.

BIBLIOGRAFÍA

Acuna Arrestegui, M. (2017). *Los límites de la responsabilidad del empleador en el pago de indemnización por daños y perjuicios por accidente de trabajo.*

Bautista, F., Ospina, E., & Polanco, N. (2020). Situación jurídica de las enfermedades profesionales en el Perú y el Covid-19. *Soluciones Laborales*, 70-100.

Cabrera, M. (2020). *Proyecto de Ley N.º 6044/2020-CR.* Lima.

Casación Laboral N.º 23868-2017 Lima (Corte Suprema 2017).

Casación Laboral N.º 4258-2016 Lima (Corte Suprema 2016).

Decreto de Urgencia N.º 026-2020. (15 de marzo de 2020). *Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para previnir la propagación del coronavirus (Covid-19) en el territorio nacional*.

Decreto de Urgencia N.º 029-2020. (20 de marzo de 2020). *Dictan medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa y otras medidas para la reducción del impacto del Covid-19 en la economía peruana*.

Decreto de Urgencia N.º 038-2020. (14 de abril de 2020). *Decreto de Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos*

económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el Covid-19 y otras medidas.

Decreto Supremo N.º 003-98-SA. (abril de 1998). *Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo*.

Decreto Supremo N.º 008-2020-SA. (11 de marzo de 2020). *Decreto Supremo que declara la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de 90 días caendario y dicta medidas de prevención y control del Covid-19*.

Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM. (15 de marzo de 2020). *Decreto Supremo que declara el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del Covid-19*.

Diario Gestión. (30 de agosto de 2020). Obtenido de https://gestion.pe/economia/management-empleo/coronavirus-peru-sunafil-recibio-mas-de-27000-denuncias-en-lo-que-va-del-estado-de-emergencia-por-covid-19-nndc-noticia/

Heredia, M. (2020). La enfermedad del Covid-19 y el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. *Soluciones Laborales*, 101-108.

I Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral (Corte Suprema 4 y 14 de mayo de 2012).

Johns Hopkins University. (2020). *Covid-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE).* Obtenido de https://gisanddata.maps.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6

Ley N.º 29783. (20 de agosto de 2011). *Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*.

Ley N.º 31025. (18 de junio de 2020). *Ley que incorpora a la enfermedad causada por el Covid-19 dentro del listado de enfermedades profesionales de los servidores de la salud*.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (julio de 2020). Obtenido de https://twitter.com/MTPE_Peru/status/1290319383496196096

MINSA. (12 de septiembre de 2020). *Ministerio de Salud.* Obtenido de https://twitter.com/Minsa_Peru/status/1305282391909466113/photo/1

OIT. (29 de mayo de 2020). *Las normas de la OIT y la Covid-19.* Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_739939.pdf

OIT. (11 de abril de 2020). *Nota informativa de la OIT.* Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/briefingnote/wcms_745391.pdf

OMS y OPS. (12 de agosto de 2020). *Alerta Epidemiológica: Complicaciones y secuelas por Covid-19.* Obtenido de https://www.paho.org/es/documentos/alerta-epidemiologica-complicaciones-secuelas-por-covid-19-12-agosto-2020

Paniura, D., & Paredez, I. (2020). El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo en tiempos del coronavirus. *Soluciones Laborales*, 34-42.

Quispe Tomas, A. J. (2019). Otorgamiento de Indemización por daños y perjuicios derivados de enfermedad laboral. *Actualidad Laboral*, 141-151.

Resolución Ministerial 239-2020 MINSA. (29 de abril de 2020). *Documento Técnico "Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a Covid-19"*.

Resolución Ministerial 448-2020 MINSA. (1 de julio de 2020). *Documento Técnico "Lineamientos para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a Covid-19"*.

VI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral (Corte Suprema 2 de octubre de 2017).

Yangali Iparraguirre, G. (2020). Seguridad y salud en el trabajo en el contexto del Covid-19. *Soluciones Laborales*, 15-24.

TECNOLOGÍA BLUETOOTH Y DERECHO LABORAL

ENZO ALFREDO YTURRIZAGA AGUIRRE
Estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Mención honorífica del Concurso Laboral Universitario.

1. INTRODUCCIÓN

La tecnología se ha vuelto una parte sustancial de la vida de las personas y esto no puede ser subestimado. Ahora, si los efectos del constante desarrollo de la tecnología son buenos o malos es una discusión sobre la cual no hay consenso en la actualidad; no obstante, sabemos que la ciencia no espera a que las personas se pongan de acuerdo. En los últimos tiempos, ha surgido una gran cantidad de literatura en torno a la tecnología y el impacto que tiene sobre todo ámbito humano; en particular hay muchos abogados que están aportando a la discusión con un enfoque desde el mundo del derecho. Esta preocupación por entrelazar las nuevas herramientas y el derecho es un buen indicador para el futuro. En un mundo donde los abogados tienden a concentrarse exclusivamente en la técnica y la ciencia del derecho en sí, es importante recordar la relevancia fundamental de la profesión (y es justamente lo que la tecnología ayuda a realizar): resolver problemas de la manera más sencilla.

Las nuevas tecnologías han tomado un rol protagónico debido a la pandemia del Covid-19 en el 2020. Pareciera que, cuando más confiábamos en el desarrollo tecnológico que la humanidad había logrado, esta pandemia ha revelado lo vulnerable que podemos ser, lo cual vislumbra -hoy más que nunca- la necesidad de implementar nuevas tecnologías para brindar soluciones. Y es que, gracias al avance de la tecnología, hemos podido solventar problemas de distancia para continuar prestando servicios y mantener niveles de producción, etc. Así pues, es fácil comprobar que nos hemos vuelto dependientes de estas nuevas herramientas. Así, el derecho (también como instrumento) debe adaptarse y brindar soluciones.

Específicamente en cuanto al derecho del trabajo, pareciera que hoy existe un vínculo inseparable entre las nuevas tecnologías y las relaciones laborales. El Perú no ha sido ajeno a este nuevo rumbo del derecho

laboral, más aún debido al contexto de pandemia, y de a pocos se están realizando cambios normativos de apertura hacia la era tecnológica. Esto lo podemos comprobar con normas que hacen posible el trabajo remoto, las nuevas formas de fiscalización laboral y el uso de medios virtuales para suscribir convenios, etc. Sin perjuicio de lo anterior, es innegable que aún se están dando los primeros pasos para hacer la vida de los empleadores y trabajadores más fácil. Lo cual no debe desmerecer la iniciativa.

El presente artículo pretende brindar una aproximación a la relación de la tecnología y el derecho laboral, a partir de una nueva herramienta: la tecnología bluetooth (o bluetooth technology). La tecnología bluetooth se viene usando alrededor del mundo para rastrear contactos y determinar posibles infectados de Covid-19. De manera general, nos planteamos si la tecnología bluetooth es compatible con los estándares legales y principios del derecho laboral peruano, referidos específicamente a las facultades del empleador. La idea base es preguntarnos si esta nueva tecnología puede ser útil para empleadores peruanos con la finalidad de rastrear trabajadores de manera preventiva y frenar posibles brotes en el centro de trabajo. Ante ello, debemos precisar el concepto "rastreo de contactos"; luego debemos explicar cómo aquello es posible con tecnología bluetooth, para finalmente determinar si es válido laboralmente aplicar esta herramienta en el Perú.

2. ACERCAMIENTO A LA TECNOLOGÍA BLUETOOTH

Debido al brote del Covid-19 en el mundo, países como Singapur y Suiza han combatido el virus a través de aplicaciones que utilizan la tecnología bluetooth para rastrear a posibles infectados de manera preventiva. Es importante resaltar que existen diversas aplicaciones, modalidades y propuestas en que esta tecnología puede ser empleada. Sobre el concepto de "tecnología bluetooth" y las distintas maneras en que puede ser utilizada volveremos seguidamente. Si queremos entender cabalmente esta herramienta, debemos primero tener claro el concepto de "rastreo de contactos".

El rastreo de contactos, según la Organización Mundial de la Salud, es el procedimiento mediante el cual se puede identificar, evaluar y gestionar posibles casos de enfermedades/patologías de manera preventiva

para frenar la transmisión a otras personas. La idea básica es que, ante un caso confirmado de alguna enfermedad (por ejemplo, el Covid-19), los especialistas pueden realizar un estudio para determinar los espacios en los que esta persona estuvo y con quién estableció contacto, para romper la cadena de transmisión, brindado información relevante a las personas que pudieran haber sido contagiadas. Sobre el particular, O'Neill señala:

> "Esta es la técnica que utilizan los trabajadores de salud pública para identificar a los portadores de una enfermedad infecciosa y encontrar a otras personas a las que hayan podido haber contagiado, para aislarlas y frenar la propagación de la pandemia. Es un método de investigación de eficacia probada para combatir con éxito los brotes de enfermedades como el sarampión, el VIH y el ébola." (MIT Technology Review: 2020).

De lo expuesto, esta manera tradicional de rastrear contactos parece ser la solución eficiente para evitar que la transmisión de enfermedades llegue a niveles incontrolables. A pesar de que ello puede ser así para ciertas enfermedades, surgen problemas cuando los trabajadores de salud se enfrentan a virus altamente contagiosos como el Covid-19. Es fácil distinguir las falencias que este procedimiento convencional conlleva: se basa estrictamente en la memoria del infectado (para señalar dónde y con quién estuvo), implica mayores recursos (personal de salud tiene que elaborar un historial), hay pocos rastreadores humanos para el gran número de infectados y posibles contagiados, etc. En fin, un claro ejemplo de la inefectividad de este rastreo "manual" es el esfuerzo estatal llevado a cabo en la ciudad de Nueva York, donde se implementó este mecanismo sin mayor éxito (como sabemos, Nueva York es -hasta el momento- la ciudad estadounidense más afectada por el Covid-19).

Luego de esta breve descripción del rastreo de contactos, podemos introducirnos formalmente en el mundo de la tecnología bluetooth para entender su relevancia práctica. Para empezar, y como expresamos anteriormente, quizá sea adecuado advertir que existen diversas maneras en que se puede emplear esta tecnología para ejecutar el rastreo de contactos; ya que la tecnología bluetooth es posible a través de aplicaciones de celular,

badges incorporados a dispositivos móviles, modernos carnets de identificación (fotocheck), etc., lo esencial es centrarnos en el concepto base y los objetivos a los que apunta. En efecto, tampoco pretendemos explicar a detalle el contenido técnico de esta tecnología aplicada a las plataformas mencionadas (no es un artículo de programación), sino que tomaremos las características esenciales para tener una noción sólida de esta herramienta y analizar su compatibilidad con el derecho laboral.

La tecnología bluetooth no es ajena a las diversas actividades que realizamos diariamente. Probablemente hemos empleado esta tecnología al usar audífonos inalámbricos para escuchar música, para realizar llamadas telefónicas mientras conducimos, o hasta para transmitir datos entre celulares sin *wifi* (internet). Sobre el particular, Gonzales Vergara menciona: "Bluetooth es una tecnología que provee un camino fácil para la computación móvil, para la comunicación entre dispositivos y conectarse a Internet a altas velocidades, sin el uso de cables. Además, se busca facilitar la sincronización de datos de computadoras móviles, teléfonos celulares y manejadores de dispositivos" (*Tecnología Bluetooth: 17*). Entonces, de manera muy simple y resumida, esta tecnología permite la conexión inalámbrica para recoger y transmitir datos, generalmente dentro de un radio de 10 metros aproximadamente. Si logramos entender el sentido práctico de esta herramienta, podemos fácilmente vincularla al procedimiento de rastreo de contactos.

A pesar de que esta herramienta puede ser incorporada en diversos dispositivos o plataformas, la forma más recurrente y accesible en que puede emplearse es a través de aplicaciones instaladas en celulares (smartphones). Estas aplicaciones pueden alertarnos cuando identifican que hemos estado en proximidad de algún "caso confirmado" de ciertas enfermedades -por ejemplo Covid-19-, debido a que registra la transmisión de datos entre personas que han estado en cercanía (dentro del radio de 10m). Esto puede parecer sumamente complejo, pero como veremos seguidamente, es relativamente sencillo. Para contribuir a la definición de la tecnología bluetooth aplicado al rastreo de contactos, citamos a Leith y Farrel:

> "La idea básica de una aplicación de rastreo de contactos es que si dos personas, que llevan teléfonos móviles instalados con la aplicación, pasan un tiempo considerable cerca uno del otro (por ejemplo, pasan 15 minutos en un radio de 2 metros), entonces las aplicaciones de sus teléfonos móviles ambos registran este evento de contacto. Si, posteriormente, una de estas personas se le diagnostica con Covid-19, entonces los eventos de contacto registrados al teléfono de esa persona en el pasado reciente, por ejemplo, dentro de las últimas dos semanas, se utilizan para identificar a las personas que han estado en estrecho contacto con la persona infectada. Estas personas podrán ser informadas sobre el contacto y se les aconsejará que se auto-aíslen o tomen otras precauciones apropiadas." *(Coronavirus Contact Tracing: Evaluating The Potential Of Using Bluetooth Received Signal Strength For Proximity Detection: 2020)*[1]

De esta manera, en vez de recurrir a la memoria del contagiado y realizar el estudio manual para determinar casos probables, la aplicación le notificará automáticamente a cada persona que haya estado en contacto con el "caso confirmado" para que tomen medidas de precaución -como realizar aislamiento o hacerse pruebas- con la finalidad de frenar la cadena de transmisión. Pues bien, el rastreo de contactos a través de la tecnología bluetooth asegura resultados que el formato convencional nunca podría lograr: por ejemplo, se identifican personas que estuvieron en contacto con el caso confirmado, que nunca hubiesen sido reconocidas en un estudio manual. Además, se recorta considerablemente el tiempo en que una persona puede ser informada de que -efectivamente- estuvo en contacto con un caso confirmado de Covid-19 u otras enfermedades; a diferencia del formato convencional, en que el estudio puede durar días y ser inexacto, con las aplicaciones se puede alertar a las demás personas, especificando fecha y hora del contacto, el mismo día que el contagiado confirma su

1 Texto Original: The basic idea of a contact tracing app is that if two people carrying mobile handsets installed with the app spend significant time in close proximity to one another (e.g. spending 15 minutes within 2 metres) then the apps on their handsets will both record this contact event. If, subsequently, one of these people is diagnosed with Covid-19 then the contact events logged on that person's handset in the recent past, e.g. over the last two weeks, are used to identify people who have been in close contact with the infected person. These people might then be made aware of the contact and advised to self-isolate or take other appropriate precautions.

diagnóstico positivo. Es fácil reconocer las ventajas de esta herramienta en cuanto a tiempo, recursos, accesibilidad y prevención.

En esa misma línea, durante los primeros meses de la pandemia del 2020, las empresas Apple y Google se juntaron en un proyecto que tenía como finalidad implementar la tecnología bluetooth para rastrear contactos, a propósito del virus Covid-19. Para terminar de explicar el concepto, a continuación mostramos una imagen del Proyecto Apple-Google que describe el funcionamiento de estas aplicaciones (de manera referencial):

Lo que han propuesto Apple y Google*

Cuando **A y B** se reúnen, sus celulares intercambian una clave (propio del bluetooth technology).

Cuando **A** contrae el virus, éste actualiza su estado en la aplicación y brinda consentimiento de compartir su clave con la base de datos general.

El celular de **B** descarga constantemente la base de datos para verificar si hay códigos que coinciden. Le alerta cuando alguien con quien estableció contacto dio positivo.

(Fuente: Apple/Google y BBC: 2020)

* El proyecto Apple-Google no es una aplicación per se, sino una plataforma sobre la cual otras empresas puedan crear aplicaciones efectivas para rastrear contactos a través de bluetooth.

Pues bien, este proyecto ha tomado el concepto base que venimos desarrollando en el presente artículo para construir una herramienta que apunta a ser útil de cara al futuro. Solo para concluir este acercamiento general a la tecnología bluetooth y a la relevancia práctica que tiene hoy en día, revisemos de manera breve cómo se viene utilizando en otros países.

Desde el brote del Covid-19, el Gobierno de Singapur implementó una aplicación de financiamiento estatal llamada “Trace Together”, que utiliza la tecnología bluetooth para identificar posibles casos del virus y brindar medidas preventivas. Esta aplicación ha traído buenos resultados

para el país, ayudando a "aplanar" la curva y manteniendo estándares de privacidad para los ciudadanos. Tanto es así que Australia también ha utilizado este modelo base de aplicación para emplearlo dentro de su competencia. Asimismo, países como Inglaterra, Austria y Estonia vienen empleando aplicaciones similares (todas en base a la tecnología bluetooth) para combatir el brote del Covid-19 en sus territorios. Ante ello, podemos ver que esta tecnología puede ser utilizada en distintas modalidades y con administración privada (proyecto Apple/Google) o estatal (gobiernos de Singapur, Inglaterra, etc.). Es importante conocer que también se viene empleando esta tecnología en centros de trabajo alrededor del mundo para combatir el virus, lo cual deja abierta la posibilidad de que los empleadores utilicen estas herramientas para disminuir riesgos. Sobre esto volveremos más adelante. Por ahora, cabe indicar que la tecnología bluetooth se perfila como una recurso de mucha utilidad en distintos sectores; no obstante, estas aplicaciones no son perfectas y la crítica lo ha advertido en más de una ocasión. A continuación, resaltamos las principales críticas sobre esta herramienta.

3. PRINCIPALES CRÍTICAS A LA TECNOLOGÍA BLUETOOTH

Desde que se vienen empleando estas aplicaciones en distintas partes del planeta, la crítica a su funcionamiento ha estado centrada en problemas de seguridad, privacidad y fiabilidad. El hecho de que las aplicaciones pueden generar pánico innecesario debido a falsos positivos (o negativos), o que se necesita la participación de muchas personas para que sean realmente eficaces genera la desconfianza en los ciudadanos. En esta misma línea, y de manera de crítica, Ponce de Castillo sostiene:

> "El defecto más evidente de estas aplicaciones está relacionado a la privacidad. La tecnología y la legislación de emergencia pueden ayudar a contener o limitar la crisis del Covid-19, pero es necesario mantener un debate democrático sobre el rápido despliegue de soluciones tecnológicas que parecen anular los derechos fundamentales, incluido el diálogo social, así como los derechos de información, consulta y

> participación.[2] *(Covid-19 contact-tracing apps: how to prevent privacy from becoming the next victim: 2020)*

A pesar de que puede variar según la aplicación y la entidad que administre la misma, utilizar estos recursos generalmente implica brindar información privada de uno mismo. Al utilizar la aplicación administrada por el Gobierno de Singapur, por ejemplo, las personas deben brindar consentimiento, proporcionar su número telefónico y demás información de geolocalización necesaria para ayudar al Gobierno a rastrear de manera eficaz. En otros países como Corea del Sur, la aplicación requiere brindar datos como nombres completos, sexo, nacionalidad, dirección donde van a realizar la cuarentena, etc., lo cual genera preocupación sobre la manipulación de estos datos por parte del Estado. En fin, lo que la gente no quiere es que haya un Gobierno central, o en su defecto un empleador (si nos ponemos en el ámbito laboral), que tenga su información personal y que pueda monitorear en cada momento qué hace, dónde lo hace y con quién lo hace. A pesar de que las entidades privadas, y los Estados que vienen implementando esta herramienta, han mencionado que los datos recibidos son utilizados estrictamente para combatir el virus, es primordial que se desarrollen mecanismos que protejan la privacidad de los ciudadanos y que garanticen la confidencialidad de la información.

En cuanto al ámbito laboral, también han surgido críticas en torno al uso de esta tecnología por parte de los empleadores, para monitorear a los trabajadores. Pero, ¿cómo exactamente funciona esta tecnología dentro del centro de trabajo? y, ¿por qué ha recibido críticas también? En cuanto a la primera pregunta, Murphy y McGee sostienen que con esta aplicación, cuando haya un "caso positivo" en la empresa, el empleador podría volver sobre sus pasos y analizar exactamente dónde estuvo y por cuánto tiempo otras personas interactuaron con dicho trabajador. Además, con esa información podrían limpiar y desinfectar todas las superficies que

2 Texto original: The most glaring shortcoming of these apps is related to privacy. Technology and emergency legislation can help to contain or limit the COVID-19 crisis, but there is a need to have a democratic discussion about the rapid deployment of technology solutions that seem to override fundamental rights, including social dialogue as well as information, consultation and participation rights.

estuvieron en contacto con el trabajador, por ejemplo, un montacargas o una fotocopiadora (*El sector privado sale en busca de apps para rastrear a sus empleados: 2020*). Este concepto ya se viene aplicando en diversos países del mundo, a través de la tecnología Bluetooth e, incluso, otras herramientas como el GPS y wifi, pero los problemas de privacidad y seguridad siguen generando preocupación.

Respondiendo esa segunda pregunta, las críticas nacen -justamente- fruto de estas preocupaciones. Las principales preocupaciones que pueden surgir para los trabajadores son: si puede haber represalias contra aquellos trabajadores que puedan generar un brote dentro del centro laboral, o si es legal que el empleador pueda monitorear cada paso que toma el trabajador, o si esta información después se la pueda traspasar al Estado por distintos motivos. En fin, hay muchos aspectos que se pueden someter a debate y sobre los cuales no hay respuesta aún, debido a la gran incertidumbre que ha causado la pandemia sobre el mundo laboral y en general. Algunos consideran que el uso de esas tecnologías va a tener que ser ponderado con los derechos fundamentales de los trabajadores (y en general los ciudadanos). Otros como Murphy y McGee citan a la abogada Jena Valdetero[3], y postulan: "Va a ser muy difícil lograr el objetivo de volver al trabajo sin sacrificar algo de privacidad" (*El sector privado sale en busca de apps para rastrear a sus empleados: 2020*). A partir de todo lo mencionado, cabe ahora analizar formalmente si esta tecnología se podría aplicar en el ámbito laboral peruano.

4. LA TECNOLOGÍA BLUETOOTH EN EL ÁMBITO LABORAL PERUANO

Confluyen distintos motivos por los que no se ha planteado aún, en el Perú, la posibilidad de emplear la tecnología bluetooth como recurso de monitoreo por parte del empleador. En primer lugar, los brotes de ciertos virus y otras patologías no parecían perjudicar el funcionamiento interno de las empresas o, por lo menos, no generaban el riesgo que hemos visto

3 Jena Valdetero es una abogada experta en Litigación, y Privacidad y Seguridad de Datos. Socia en Bryan Cave Leighton Paisner (Chicago, Estados Unidos).

a partir del brote de Covid-19. En segundo lugar, es recién a partir del brote del Covid-19 que empresas y Estados vienen planteando el uso de herramientas -como aplicaciones y badges con bluetooth- para retener cadenas de transmisión, y para otras actividades (es decir, es un tema nuevo en general). En tercer lugar, existe muy poca regulación laboral en torno al uso de nuevas tecnologías, lo cual dificulta la implementación de estas herramientas y obstaculiza su adaptación al ámbito local. Finalmente, para países en vía de desarrollo como el Perú, la inversión y viabilidad de estas herramientas puede ser complicado por distintos motivos que no vienen al caso ahora mismo (este último punto escapa lo netamente laboral). En fin, parece necesario, hoy más que nunca en contexto de pandemia, empezar a plantearnos estas cuestiones por dos grandes motivos: primero, porque parece que estas herramientas van a ser pieza clave para la transición de vuelta al trabajo "normal", incluso luego de una posible vacuna; y dos, porque todo apunta a que el mundo laboral se dirige en esa dirección, nos guste o no. Es decir, en algún momento vamos a tener que emplear todos los recursos que posibiliten el mejor desarrollo de relaciones laborales y aseguren niveles de producción, por lo que es recomendable empezar a tener esta discusión.

Hasta este punto, hemos explicado el concepto "rastreo de contactos" y su razón de ser en el contexto de pandemia. Luego, hemos desarrollado el concepto de tecnología bluetooth para establecer el vínculo que tiene que con el rastreo de contactos. Así, hemos tratado de brindar una visión general de cómo se emplea esta herramienta en el sector privado y estatal, resaltando sus ventajas y abordando sus puntos negativos. Toca ahora centrarnos en el Perú. Fundamentalmente, queremos saber si es posible que los empleadores peruanos puedan utilizar estas herramientas; es decir, si es válido laboralmente que empleen la tecnología bluetooth para monitorear sus trabajadores como parte de sus facultades. Para esto, debemos hacer un pequeño descargo: el análisis va a ser netamente laboral, por lo que no vamos a abordar eventuales conflictos con otras áreas del derecho como puede ser el sector administrativo o de protección de datos, aunque reconocemos que la discusión no estaría completa sin ellas.

Pues bien, debemos hacer una revisión breve de la normativa peruana en materia laboral para empezar a responder la pregunta. Ante todo, si queremos saber si es posible que los empleadores utilicen esta herramienta, es pertinente analizar el poder de dirección de los empleadores para indagar sobre su naturaleza y límites. El poder de dirección del empleador se encuentra desarrollado y justificado en el art. 9 [4] de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que nace con el contrato de

trabajo y, como todo poder/derecho contractual, tiene sus límites. Si partimos de la propia definición que brinda este art. 9 de la LPCL, se hace alusión a las distintas características del *ius variandi* [5], pero no específicamente al poder de control o fiscalización que tiene el empleador. Sin perjuicio de esto, lo que el artículo 9 propone es un principio clave que sirve de orientación (o guía) para ejercer el poder de dirección: razonabilidad. Es decir, si el empleador desea modificar o alterar unilateralmente algunas condiciones del contrato de trabajo (o de la relación laboral en general), lo puede hacer si dichos cambios se emplean dentro de un criterio de razonabilidad y proporcionalidad; en otras palabras, los cambios no pueden ser arbitrarios, porque el empleador simplemente decide realizarlos sin fundamento, afectando ilegítimamente los derechos de los trabajadores.

Entonces, la pregunta lógica que debemos formularnos es si emplear esta tecnología bluetooth, para rastrear contactos en el centro de trabajo, es una medida que guarda razonabilidad y proporcionalidad. No pretendemos hacer un test de proporcionalidad en sentido estricto, pero sí vamos a emplear un poco de esa lógica para llegar a una conclusión. Pues bien, en primer lugar, ¿cuál es la finalidad del rastreo de contactos con

4 Art. 9 LPCL: Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

5 Ius variandi: Facultad del empleador de modificar o alterar unilateralmente condiciones no esenciales del contrato de trabajo bajo márgenes de razonabilidad y proporcionalidad.

tecnología bluetooth? La finalidad de esta herramienta es poder conocer de manera rápida y sencilla quiénes han estado en contacto cercano con un contagiado/"caso positivo" (sea de Covid-19 u otras enfermedades). Segundo, ¿Por qué esta herramienta puede ser importante en un centro de trabajo? La principal ventaja de esta herramienta es que ayuda a tomar medidas preventivas, ahorrando tiempo, esfuerzos y recursos, para frenar una cadena de transmisión y que no se vean afectados el funcionamiento y productividad de una empresa. Este último punto no puede ser subestimado: tener la posibilidad de frenar un brote dentro de tu empresa en tiempo récord puede ser definitivo de cara a mantener el negocio o perderlo por no producir (y por no poder financiar tratamientos), especialmente en el contexto actual. Y, en tercer lugar, ¿implementar esta medida genera algún perjuicio a los trabajadores? Como se ha desarrollado líneas arriba, en estas primeras plataformas que han salido fruto de la pandemia sí pueden surgir problemas de privacidad y seguridad. Sin embargo, consideramos que estas desventajas pueden ser superadas con aplicaciones que garanticen derechos mínimos a la privacidad y confidencialidad de los datos, estableciendo responsabilidad para el empleador en caso esto no se cumpla. Incluso, se podría alegar que estos desperfectos en las aplicaciones son solo pequeños perjuicios, que deben ponderarse con las grandes ventajas que surgen de su implementación; por ejemplo, mantener la operatividad de las actividades, salvaguardar el derecho a la salud de los trabajadores y facilitar la apertura de TICs para el futuro. Con esto en mente, parece viable que el empleador pueda utilizar esta herramienta, ejerciendo su poder de dirección, atendiendo sólo lo dispuesto por el art. 9 de la LPCL.

Un debate similar surgió hace unos años en el Perú sobre la posibilidad de que el empleador utilice el sistema GPS para fiscalizar a sus trabajadores (generalmente enfocado para aquellos trabajadores que realizan labores fuera del centro de trabajo). Hasta la actualidad no hay criterios normativos firmes que brinden luz sobre este planteamiento. Sobre el particular, Toyama y Girao han escrito: "...en el Perú no existe una regulación general sobre la facultad de fiscalización del empleador como tal ni normativa específica respecto al uso del GPS o medios tecnológicos similares." No obstante, en su opinión: "El uso del GPS es válido en el

marco de una relación de trabajo como mecanismo de control y vigilancia, pero debe utilizarse sólo en aquellos casos en que, por la propia naturaleza de las labores, no exista otra forma de fiscalizar a los trabajadores" (*GPS Laboral: La facultad de Fiscalización del Empleador a partir de las Nuevas Tecnologías de la Información: 2015*). Así, Toyama y Girao sostienen que el uso estas tecnologías, o las también denominadas TICs[6], pueden ser empleadas atendiendo a situaciones particulares, y resolviendo contingencias que -de otra forma- no podrían ser neutralizadas. Se puede hacer un paralelo con la tecnología bluetooth: bajo el poder de dirección, los empleadores pueden atender la situación actual (contexto de pandemia), donde no se sabe si va a haber una vacuna eficaz o si puedan surgir otras enfermedades, utilizando estas aplicaciones con bluetooth para mitigar los efectos de un brote dentro del centro de labores. La idea sería que el empleador invierta en una aplicación del sector privado y regule que los trabajadores descarguen la aplicación, con los datos y demás información siendo administrada por el área recursos humanos o el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo (de haber Comité).

En cuanto a normas más específicas, no existe regulación sobre el uso de tecnologías como bluetooth o GPS. No obstante, a partir de la pandemia del Covid-19, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y el Ministerio de Salud han estado en constante cooperación para emitir normativa que sea útil para empleadores y trabajadores, de cara al regreso al centro de labores. Así, tenemos la Resolución Ministerial 448-2020-MINSA[7] que establece lineamientos básicos para regresar al trabajo de manera segura. Esta resolución podría ser la "luz verde" para el uso de nuevas tecnologías que pretendan salvaguardar la salud de los trabajadores; asimismo, puede servir como base vinculante para próximas normas que pretendan abrir el camino hacia el uso de nuevos recursos (fuera de los convencionales) que rijan las relaciones laborales. La resolución establece, de manera constante, que se deben tomar las medidas

6 TICs: Las Tecnologías de Información y Comunicación son herramientas que facilitan la transmisión, procesamiento y almacenamiento de datos e información digitalizada.

7 R.M 448-2020-MINSA: Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la salud de los trabajadores.

necesarias para velar por la seguridad y salud de los trabajadores; específicamente señala en el art. 7.2.5 lo siguiente: "Se promoverá el uso de medios digitales (APP, páginas web, correos electrónicos, redes sociales entre otros) para evitar contaminación indirecta de la Covid-19) por uso de papeles, bolígrafos, carpetas, entre otros" (*el subrayado es nuestro*). Esta disposición, por sí sola, atiende dos puntos esenciales que hemos tocado en este artículo: uso de herramientas digitales como las aplicaciones, y el objetivo de frenar la transmisión de enfermedades (específicamente a través de contaminación indirecta). Ante este planteamiento, y en conjunto con el poder de dirección del empleador, se crea un escenario favorable para que los empleadores utilicen la tecnología bluetooth con la finalidad de controlar/fiscalizar a sus trabajadores.

Ahora bien, a partir de la regulación revisada, y debido a que no existen otras fuentes -por el momento- que puedan esclarecer el panorama, nosotros postulamos que sí es posible aplicar la tecnología bluetooth en el Perú, con la finalidad de monitorear (o fiscalizar) a los trabajadores como medida preventiva. Por lo menos, en contexto de pandemia, ante la gran incertidumbre que se mantiene hasta la actualidad, es bastante razonable utilizar este tipo de herramientas. Ahora bien, como toda medida razonable, no puede ser ejecutada al libre albedrío del empleador (la arbitrariedad derrotaría todo el propósito). Por ello, para evitar posibles contingencias ante la Autoridad Administrativa del Trabajo y las entidades fiscalizadoras, se deben tomar en cuenta las siguientes consideraciones: la información recolectada debe ser utilizada exclusivamente para combatir el Covid-19 u otras enfermedades; no puede haber una vigilancia arbitraria hacia los trabajadores (es decir, solo dentro del contexto laboral y cuando la situación lo amerite); se debe plasmar en el Reglamento Interno de SST (o en el Plan de Regreso al Trabajo); y debe ser -por lo menos- comunicado a los trabajadores (en principio, no es necesario el convenio con el trabajador), promoviendo su participación en una especie de "controles y balances" con el empleador.

Una última reflexión que podemos hacer es la siguiente: ha quedado claro que las circunstancias actuales posibilitan la aplicación de TICs tales

como las aplicaciones con tecnología bluetooth, pero ¿es posible implementarlas en un contexto post-pandemia? Esta es una pregunta que puede ser respondida en un trabajo de investigación individual, por lo que nos limitaremos a señalar lo siguiente: las aplicaciones de tecnología bluetooth para rastrear contactos pueden ser útiles para mucho más que combatir virus y otras patologías. La facultad de controlar o fiscalizar del empleador no ha sido la materia más desarrollada por la legislación nacional, pero sin duda es una que tiene gran relevancia dentro de los centros laborales. Mientras avance la tecnología, la sociedad debe avanzar también; o en nuestro caso, el derecho del trabajo debe avanzar también. Con nuevas tecnologías que hagan más fácil la vida de los empleadores y que garanticen derechos de los trabajadores, nuevas formas de reglamentar/fiscalizar/sancionar tendrá el empleador. Así pues, no debemos descartar el uso de la tecnología bluetooth en los centros laborales peruanos. Especialmente en un contexto post-pandemia.

5. CONCLUSIONES

La pandemia del Covid-19 ha propiciado la creación de nuevos recursos para que la humanidad se adapte y sobrelleve una de las crisis humanitarias más graves de los últimos tiempos. En ese contexto, surge la tecnología bluetooth como una herramienta eficaz para el rastreo de contactos con la finalidad de frenar cadenas de transmisión y mitigar los efectos del brote. En el presente artículo hemos desarrollado el concepto "rastreo de contactos", señalando que es un mecanismo mediante el cual se puede conocer dónde y con quién estuvo una persona infectada. Luego, hemos explicado en qué consiste la tecnología bluetooth para establecer el vínculo que tiene con el rastreo de contactos. Finalmente, postulamos que el uso de herramientas tales como aplicaciones o badges con tecnología bluetooth pueden ser útiles para empleadores peruanos dentro del centro laboral. En efecto, concluimos que existe fundamento, en este contexto, para implementar estas medidas según las estipulaciones normativas que revisamos. Finalmente, indicamos que estas herramientas pueden ser parte esencial de las relaciones laborales en el futuro, por lo que no debemos

descartar su implementación en un contexto post-pandemia. Pues bien, hemos tratado de brindar un acercamiento general, con el espacio reducido que tenemos, a la tecnología bluetooth en el ámbito laboral peruano. A manera de conclusión, podemos decir que, a pesar de la poca regulación que existe sobre el uso de TICs en el ámbito laboral peruano, el debate y discusión en torno al uso de estas nuevas herramientas debe ser un ejercicio constante. Así pues, podemos tener posturas a favor o en contra de las nuevas tecnologías, pero similar a lo que mencionamos al comienzo de este artículo, lo más probable es que estas herramientas se empiecen a emplear en nuestro centros de trabajo mucho antes de que todos nos pongamos de acuerdo. Y *esto* es algo que no podemos subestimar.

BIBLIOGRAFÍA

Leith, Douglas J. & Farrell, Stephen. "Coronavirus Contact Tracing: Evaluating The Potential Of Using Bluetooth Received Signal Strength For Proximity Detection." (2020).

Ponce Del Castillo, Aida. "COVID-19 Contact-Tracing Apps: How to Prevent Privacy from Becoming the Next Victim." (5 de mayo, 2020).

Murphy, Hannah & Mcgee, Patrick. "El Sector Privado Sale En Busca de Apps Para Rastrear a Sus Empleados." El Cronista. (26 de abril, 2020), www.cronista.com/financialtimes/El-sector-privado-sale-en-busca-de-apps-para-rastrear-a-sus-empleados-20200426-0028.html.

Gonzalez Vergara, C. Sergio Alberto. "Tecnología Bluetooth." Instituto Politécnico Nacional. (2008).

Toyama Miyagusuku, Jorge & Girao La Rosa, Juan Carlos. "GPS Laboral: La facultad de Fiscalización del Empleador a partir de las Nuevas Tecnologías de la Información." IUS ET VERITAS, 24(49), 176-189. (2014).

Browne, Garrett. "El impacto de la tecnología portátil en los entornos laborales del siglo XXI." (2019).

Mclachlan, Scott, et al. "Bluetooth Smartphone Apps: Are they the most private and effective solution for COVID-19 contact tracing?". (2020).

Chowdhury, Mohammad Jabed Morshed, et al. "COVID-19 Contact Tracing: Challenges and Future Directions." (2020).

TechHR News Desk. "A New Contact Tracing Bluetooth Technology Helps Businesses Avoid Interruption Due To COVID-19." TecHR, (16 de junio, 2020) techrseries.com/technology/a-new-contact-tracing-bluetooth-technology-helps-businesses-avoid-interruption-due-to-covid-19/

O'neill, Patrick Howell. "Cinco Claves Para Usar El Rastreo Contactos de Forma Correcta y Eficaz." MIT Technology Review, (8 de mayo, 1970). www.technologyreview.es/s/12179/cinco-claves-para-usar-el-rastreo-contactos-de-forma-correcta-y-eficaz. Accessed 15 Sept. 2020.

Cascón-Katchadourian, Jesús-Daniel. "Tecnologías para luchar contra la pandemia Covid-19: geolocalización, rastreo, big data, SIG, inteligencia artificial y privacidad//Technologies to fight the Covid-19 pandemic: geolocation, tracking, big data, GIS, artificial intelligence, and privacy." Profesional de la información, vol. 29, no 4. (2020).

Luna, Nadia. "¿Qué Son Las TICs?" Entrepreneur, (26 de febrero, 2018). www.entrepreneur.com/article/308917

Randstad. "Cómo Influye La Tecnología En El Entorno Laboral | Randstad." Randstad. (12 de diciembre, 2016). www.randstad.es/tendencias360/como-influye-la-tecnologia-en-el-entorno-laboral/.

Kelion, Leo. "Apple and Google Accelerate Coronavirus Apps Plan." BBC News, (24 de abril, 2020). www.bbc.com/news/technology-52415593

Este libro se término de editar en el mes
de Noviembre 2020
Lima-Perú

GACETA JURIDICA

SOLUCIONES LABORALES

Vinatea & Toyama

congreso@spdtss.org.pe

SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ISBN: 978-9972-9422-3-5