

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencia Política

Carrera Profesional de Derecho



Fundamentos jurídico-sociales para modificar la ley de seguridad y salud en el trabajo y su reglamento respecto de la no obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador al término de la relación laboral

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Por:

Bach. Ronal Manuel Díaz Díaz

Bach. Neptali Ciro Cáceres Santa Cruz

Asesor:

Abg. Juan Miguel Llanos Cruzado

Cajamarca – Perú

Mayo - 2017

COPYRIGHT 2017 © by

Ronal Manuel Díaz Díaz

Neptali Ciro Cáceres Santa Cruz

Todos los derechos reservados

DEDICATORIA

Al Padre Celestial, por la vida, la perseverancia y el don de la fuerza de seguir adelante en el camino de la vida, cumpliendo nuestros sueños y metas, he aquí el resultado de una de ellas.

Nuestros familiares, amigos por su motivación, apoyo constante, por la paciencia, esto es para ustedes.

INDICE

INDICE.....	4
RESUMEN	8
ABSTRAC	9
CAPITULO I	10
MARCO METODOLÓGICO.....	10
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	10
1.1.1. Planteamiento del problema de investigación.....	10
1.1.2. Formulación del problema	13
1.1.3. Justificación e importancia de la investigación.....	13
1.1.4. Objetivos de la investigación	14
1.1.4.1. Objetivo general.....	14
1.1.4.2. Objetivo específicos.....	14
1.2. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	15
1.2.1. Operacionalización de las variables	16
1.3. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	17
1.3.1. Aspectos generales.....	17
1.3.1.1. Enfoque	17
1.3.1.2. Tipo.....	17
1.3.1.3. Diseño	17
1.3.1.4. Dimensión temporal y espacial	18
1.3.2. Aspectos específicos	18
1.3.2.1. Unidad de análisis, universo y muestra.....	18
1.3.2.1.1. Unidad de análisis	18
1.3.2.1.2. Universo y muestra	18
1.3.3. Métodos.....	19
1.3.4. Técnicas de investigación	19

1.3.5.	Instrumentos.....	20
1.3.6.	Técnicas estadísticas de procesamiento para el análisis de datos	20
1.3.7.	Limitaciones de la investigación.....	20
1.4.	ASPECTOS ÉTICOS DE LA INVESTIGACIÓN	20
CAPITULO II		22
MARCO TEÓRICO.....		22
2.1.	ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	22
2.2.	TEORÍAS QUE SUSTENTAN LA INVESTIGACIÓN	25
2.2.1.	Teoría del riesgo profesional.....	25
2.2.2.	Teoría de la eficacia de los derechos fundamentales laborales	26
2.2.3.	Teoría de la motivación.....	27
2.3.	BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN	28
2.3.1.	La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR, modificados por Ley N° 30222 y por Decreto Supremo N° 016-2016-TR, respecto al examen médico ocupacional al término de la relación laboral.....	28
2.3.1.1.	Aproximaciones del derecho a la seguridad y salud en el trabajo	30
2.3.1.2.	Contexto de la seguridad y salud en el trabajo en el Perú.....	33
2.3.1.3.	Análisis de la seguridad y salud en el trabajo – Ley N° 29783, D.S. N° 005-2012-TR y modificatorias Ley N° 30222 y Decreto Supremo N° 016-2016-TR	35
2.3.1.4.	El sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo.....	37
2.3.1.5.	Etapas para la implementación del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo	39
2.3.1.6.	Actividades de vigilancia de la salud de los trabajadores a cargo de la salud ocupacional	41
2.3.2.	Evaluación del cumplimiento por parte de los empleadores de la Ley General de Seguridad y Salud en el Trabajo, respecto al examen médico ocupacional a solicitud escrita del trabajador	43

2.3.2.1.	Cumplimiento por parte de los empleadores de la Ley General de Seguridad y Salud en el Trabajo, respecto al examen médico ocupacional a solicitud escrita del trabajador	47
2.4.	DISCUSIÓN TEÓRICA	49
2.5.	DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS	51
2.5.1.	Seguridad y Salud en el Trabajo	51
2.5.2.	Examen Medico Ocupacional	52
CAPÍTULO III.....		54
FUNDAMENTOS JURÍDICO-SOCIALES PARA MODIFICAR LA LEY DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO Y SU REGLAMENTO.....		54
3.1.	Protección de los derechos laborales y del derecho a la salud del trabajador	54
3.1.1.	Garantía constitucional de los derechos laborales	57
3.1.2.	Protección al trabajador	59
3.1.3.	Principio de igualdad y no discriminación.....	60
3.1.4.	El derecho a la vida, integridad personal como fundamentos de los derechos laborales y del derecho a la seguridad y salud	62
3.1.5.	Fundamento del derecho a la salud	64
3.1.6.	Cuestiones establecidas por el tribunal constitucional respecto de la salud ocupacional y seguridad en el trabajo	66
3.1.7.	Cuestiones establecidas respecto a la salud y seguridad ocupacional en la actividad minera	70
3.1.8.	Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783 Art. 49 inciso d, modificado por el art. 2 de la Ley N° 30222.....	73
3.2.	Evitar posibles indemnizaciones asociadas a enfermedades ocupacionales que no fueron identificadas al terminar el vínculo laboral y que limiten los próximos trabajos	744
3.2.1.	Los accidentes de trabajo	75
3.2.2.	Las enfermedades profesionales	766
3.2.3.	Sobre el accidente de trabajo y enfermedad profesional en cuanto al seguro social... ..	79

3.2.4.	Sobre la implementación de un servicio médico ocupacional	82
3.2.5.	La enfermedad ocupacional y deterioro de la salud como parametro para modificar la ley de seguridad y salud en el trabajo	88
	CAPÍTULO IV	92
	RESULTADOS Y DISCUSIÓN	92
4.1.	PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	92
4.2.	ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	99
4.3.	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	111
	CAPÍTULO V	112
	PROPUESTA NORMATIVA QUE MODIFICA LA LEY DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, LEY N° 29783, Y SU REGLAMENTO APROBADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 005-2012-TR, MODIFICADOS POR LEY N° 30222 Y POR DECRETO SUPREMO N° 016-2016-TR	112
5.1.	PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY	112
	CONCLUSIONES	118
	RECOMENDACIONES	120
	LISTA DE REFERENCIAS	121

RESUMEN

La presente investigación tiene por finalidad determinar los fundamentos jurídico-sociales para modificar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, respecto de la no obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador, al término de la relación laboral, para ello se iniciaría realizando un análisis de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR, y la reciente modificatoria materia de discusión, evaluando el cumplimiento de dicha normativa en la realidad jurídico social, mediante las entrevistas respectivas, a efectos de verificar el procedimiento y cumplimiento del examen médico ocupacional a solicitud escrita del trabajador, apoyando con sustento doctrinario nacional y comparado, así como de los instrumentos internacionales que buscan la protección de los derechos del trabajador, con la finalidad proponer una modificatoria a la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR, estableciendo la obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador, al término de la relación laboral.

Palabras claves:

Seguridad y Salud en el Trabajo, Derechos Laborales, Examen Médico Ocupacional.

ABSTRAC

The purpose of the present investigation is to determine the legal and social grounds for amending the Occupational Safety and Health Act and its Regulations, the non-compulsory nature of the occupational medical examination, an employer's initiative, the termination of the employment relationship, This will begin by carrying out an analysis of the Occupational Safety and Health Act, Law No. 29783, its Regulation approved by Supreme Decree No. 005-2012-TR, and the recent modification of the subject of discussion, evaluating compliance Of the normative in The legal social reality, through the respective interviews, for the purpose of verification of the procedure and the fulfillment of the occupational medical examination a request of employment of the worker, supporting with national and comparative doctrinal sustenance, as well as of the international instruments That seek the protection of the rights of the Worker, with the purpose of proposing a modification to the Law of the And Health and Safety at Work, Law No. 29783, and its Regulations approved by Supreme Decree No. 005-2012-TR, establishing mandatory occupational medical examination at the initiative of the employer, at the end of the employment relationship.

Key Words:

Occupational Safety and Health, Labor Rights, Occupational Medical Examination.

CAPITULO I

MARCO METODOLÓGICO

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Planteamiento del problema de investigación

El trabajo es entendido como el uso de la fuerza humana, en todas sus facultades morales, intelectuales, físicas para lograr dos elementos básicos; lograr la producción de algo útil y obtener una manera o medio para sustentarse, es decir sirve como sustento de la vida de hombre, entendido como un deber inherente impuesto por la misma naturaleza; en ese escenario se tiene que el trabajo como actividad no solo cumple una función personal sino también social, de allí que el surgimiento del denominado derecho del trabajo o derecho laboral, reconocido en el artículo 22° de la Constitución, implica el derecho de toda persona de acceder de un puesto, el derecho a no ser despedido sin causa justa, el derecho de una remuneración digna, derecho a la jornada de trabajo, entre otros derechos personales y colectivos o sindicales; que buscan la debida protección del trabajador, como parte débil de la relación laboral.

A partir de ello, se tiene que dentro de una relación laboral, se busca establecer el ambiente y condiciones adecuadas para el ejercicio de la actividad laboral, debiendo ello ser beneficioso para el trabajador y generar una mayor producción por parte del empleador.

Por lo que, dentro de una relación laboral el empleador tiene en sus obligaciones el de garantizar en el centro de trabajo, los medios y condiciones que protejan la vida, salud y bienestar de sus trabajadores, asumiendo así la responsabilidad económica y legal frente a un accidente o enfermedad que sufra en trabajador como consecuencia de su actividad laboral, debiendo para ello establecer mecanismos entre el Estado, empleadores y trabajadores (asumir políticas nacional de seguridad y salud, capacitaciones de prevención, etc.) que garanticen una colaboración y coordinación en materia de seguridad y salud en el trabajo.

El contexto de la seguridad y salud en el ámbito laboral en nuestro país se encuentra regulado mediante la Ley N° 29783 y su reglamento Decreto Supremo N° 005-2012-TR, y de manera específica en el rubro respecto a los derechos y obligaciones de los empleadores en su artículo 101° prescribe “El empleador debe realizar los exámenes médicos comprendidos en el inciso d) del artículo 49 de la Ley, acorde a las labores desempeñadas por el trabajador en su récord histórico en la organización, dándole énfasis a los riesgos a los que estuvo expuesto a lo largo de desempeño laboral. Los exámenes médicos deben ser realizados respetando lo dispuesto en los Documentos Técnicos de la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores expedidos por el Ministerio de Salud, o por el organismo competente, según corresponda”, dicho dispositivo legal ha sido recientemente modificado mediante Decreto Supremo N° 016-

2016-TR¹, de fecha 23 de septiembre del 2016, el mismo que modifica el artículo antes acotado estableciendo que el examen médico ocupacional se practican cada dos años, pero que es el trabajador quien podrá solicitar al término de la relación laboral la realización del examen médico ocupacional.

Sobre ello, consideramos que si bien el examen médico ocupacional se realiza antes, durante y al término del vínculo laboral, este debe ser realizado con carácter obligatorio y de oficio por parte del empleador, no debiendo de ser solicitada por el trabajador, por cuanto consideramos que afecta considerablemente el derecho laboral, respecto al derecho a la salud, en la medida que tiene que ser este quien solicite la aplicación del examen ocupacional al término de la relación laboral, evitando de esta manera el empleador posibles indemnizaciones. De lo indicado, es evidente que esta reciente modificatoria privilegia al empleador dentro de la relación laboral afectando los derechos laborales, no solo por la indebida e incorrecta modificatoria, sino que esta se ha realizado sin tomar en cuenta los diversos casos de accidentes laborales, ello genera la imperiosa necesidad de estudiar e identificar las razones jurídicas y sociales para su respectiva modificación, fin que persigue la realización de la presente investigación.

¹ a) Los exámenes médicos ocupacionales se practican cada dos (2) años. En el caso de nuevos trabajadores se tendrá en cuenta su fecha de ingreso, para el caso de los trabajadores con vínculo vigente se tomará en cuenta la fecha del último examen médico ocupacional practicado por su empleador. b) Los trabajadores o empleadores podrán solicitar, al término de la relación laboral, la realización de un examen médico ocupacional de salida. La obligación del empleador de efectuar exámenes médicos ocupacionales de salida establecida por el artículo 49 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se genera al existir la solicitud escrita del trabajador.

1.1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídico-sociales para modificar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, respecto de la no obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador, al término de la relación laboral?

1.1.3. Justificación e importancia de la investigación

1.1.3.1. Justificación socio jurídica

El tema elegido resulta de vital importancia, porque tiene como propósito lograr la modificación de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, respecto a que el examen médico ocupacional debe ser realizado de oficio por el empleador al inicio, durante y al término de la relación laboral, y no a solicitud del trabajador; ello con la finalidad de resolver el actual problema del examen médico ocupacional, mediante la revisión de casuística que evidencie la realidad y con el análisis de la normatividad que busca proteger los derechos del trabajador, en fin esta investigación encuentra su justificación jurídica social, pues se trata de un tema actual en debate que busca la modificación en base a un sustento normativo, logrando de esta manera cubrir las falencias de la reciente modificación.

1.1.3.2. Justificación teórica

Desde el punto de vista teórico el presente proyecto de investigación, se justifica en la medida de que, con este tema se pretende

establecer los fundamentos facticos y jurídicos para lograr la modificatoria a la Ley de Seguridad Social y de Salud, constituyendo así un aporte que favorecerá a la sociedad y a los legisladores, producto del carácter relevante social y académicamente de este tema; que, si bien es cierto, ha sido objeto de estudio social, no se ha realizado desde el enfoque jurídico, mucho menos se han propuesto soluciones eficaces para reducir este problema.

1.1.4. Objetivos de la investigación

1.1.4.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídico-sociales para modificar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, respecto de la no obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador, al término de la relación laboral.

1.1.4.2. Objetivo específicos

- Analizar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR, modificados por Ley N° 30222 y por Decreto Supremo N° 016-2016-TR, respecto al examen médico ocupacional al término de la relación laboral.
- Evaluar el cumplimiento por parte de los empleadores de la Ley General de Seguridad y Salud en el Trabajo, respecto al examen médico ocupacional a solicitud escrita del trabajador.

- Modificar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR, estableciendo la obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador, al término de la relación laboral.

1.2. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

Los fundamentos jurídico-sociales para modificar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, respecto de la no obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador, al término de la relación laboral, son:

- a. Protección de los derechos laborales y del derecho a la salud del trabajador.
- b. Evitar posibles indemnizaciones asociadas a enfermedades ocupacionales que no fueron identificadas al terminar el vínculo laboral y que limiten los próximos trabajos.

1.2.1. Operacionalización de las variables

OBJETIVO	PROBLEMA	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADOR	INSTRUMENTO
<p>General -Determinar los fundamentos jurídico-sociales para modificar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, respecto de la no obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador, al término de la relación laboral</p> <p>Específicos -Analizar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR, modificados por Ley N° 30222 y por Decreto Supremo N° 016-2016-TR, respecto al examen médico ocupacional al término de la relación laboral. -Evaluar el cumplimiento por parte de los empleadores de la Ley General de Seguridad y Salud en el Trabajo, respecto al examen médico ocupacional a solicitud escrita del trabajador. -Modificar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR, estableciendo la obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador, al término de la relación laboral.</p>	<p>Formulación: ¿Cuáles son los fundamentos jurídico-sociales para modificar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, respecto de la no obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador, al término de la relación laboral?</p>	<p>Hi. Los fundamentos jurídico-sociales para modificar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, respecto de la no obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador, al término de la relación laboral, son: i) Protección de los derechos laborales y del derecho a la salud del trabajador; ii) Evitar posibles indemnizaciones asociadas a enfermedades ocupacionales que no fueron identificadas al terminar el vínculo laboral y que limiten los próximos trabajos.</p>	<p>Categoría 1 Fundamentos jurídico-sociales para modificar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo</p> <p>Categoría 2 No obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador, al término de la relación laboral</p>	<p>-Análisis normativo y doctrinal</p> <p>-Protección de los derechos laborales y del derecho a la salud del trabajador.</p> <p>-Evitar posibles indemnizaciones asociadas a enfermedades ocupacionales que no fueron identificadas al terminar el vínculo laboral y que limiten los próximos trabajos.</p>	<p>- Fichas de Observación documental</p> <p>- Entrevistas</p>

1.3. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Aspectos generales

1.3.1.1. Enfoque

Es *cualitativo*, porque evalúa el desarrollo natural de los sucesos, este enfoque realiza la recolección de datos para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 7).

1.3.1.2. Tipo

Es *básica*, de *lege data* porque busca interpretar y proponer soluciones dentro de un ordenamiento jurídico sin modificarlo (Sánchez Zorrilla, Tantaleán Odar, & Coba Uriarte, 2016, p. 12); es decir, determinar los fundamentos jurídico-sociales para modificar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, respecto de la no obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador, al término de la relación laboral.

1.3.1.3. Diseño

Es *no experimental*, en tanto no existe manipulación de variables, restringiéndose éste al tratamiento de fenómenos que se han producido ya en la realidad y sobre los cuales no se pueden incidir de otra forma que no sea a lo mucho, mediante la descripción, análisis y explicación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 148).

1.3.1.4. Dimensión temporal y espacial

Es *transversal*, porque estudia los aspectos de desarrollo de la materia a investigar en un momento único; en este caso en la actualidad (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 151).

1.3.2. Aspectos específicos

1.3.2.1. Unidad de análisis, universo y muestra

1.3.2.1.1. Unidad de análisis

La unidad de análisis está circunscrita al marco normativo de nivel constitucional y laboral, específicamente al análisis de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR, modificados por Ley N° 30222 y por Decreto Supremo N° 016-2016-TR, respecto al examen médico ocupacional al término de la relación laboral.

1.3.2.1.2. Universo y muestra

Debido al tipo de investigación que realizaremos, no es posible señalar un universo y una muestra, ya que el diseño de investigación muestra no es aplicable a la presente investigación, debido, básicamente, a que las connotaciones de la misma apuntan más bien a aspectos teórico-formales del Derecho, antes que a una investigación de naturaleza empírico

jurídica, tal y como se corrobora en el detalle hecho al hablar del tipo de investigación. En ese sentido es necesario tener presente que el objeto de una investigación formalista-dogmática, como es la presente, apunta al análisis de las limitaciones, las lagunas o el sentido de las instituciones jurídicas a la luz de sus elementos formales normativos (Witker, 1995, p. 65).

Sin embargo, para la aplicación de las entrevistas y análisis de casos se realizará una muestra no probabilística dentro del ámbito del Distrito de Cajamarca. Tales entrevistas se han previsto a especialistas en Derecho Laboral y en Seguridad y Salud en el Trabajo, principalmente.

1.3.3. Métodos

Es *hermenéutica – jurídica*, porque busca que la interpretación del texto normativo no sea aislada sino que busca uniones entre ellas (Ramos Nuñez, 2005, p. 103). Y *dogmática jurídica*, en tanto analizaremos e interpretaremos la doctrina y jurisprudencias afines a nuestra investigación.

1.3.4. Técnicas de investigación

Se utilizara la *técnica de observación documental*, porque es el análisis de las fuentes documentales, mediante esta técnica se iniciará la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que

son de interés para la investigación. Asimismo también se utilizara la *técnica de la entrevista*, porque se da a través de preguntas y respuestas, se logra una comunicación y la construcción conjunta de significados respecto a un tema (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 418).

1.3.5. Instrumentos

Las *fichas de observación documental* y el *cuestionario*, que es el instrumento más utilizado para recolectar los datos, consiste en un conjunto de preguntas respecto de una o más variables a medir (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 217).

1.3.6. Técnicas estadísticas de procesamiento para el análisis de datos

Serán codificadas mediante un registro sistemático de cuadros a través del software Excel.

1.3.7. Limitaciones de la investigación

La presente investigación tiene como limitación la falta de acceso a expedientes que contengan exámenes médico ocupacional al término de la relación laboral, a efectos de verificar lo establecido por la Ley de la materia.

1.4. ASPECTOS ÉTICOS DE LA INVESTIGACIÓN

En la investigación se respetarán las posiciones de los doctrinarios, juristas y especialistas respecto al tema planteado, así como se mantendrá la confidencialidad de las personas que se entrevisten y que sean parte en los expedientes materia de

análisis. Asimismo, los autores de la tesis garantizan la originalidad del presente estudio.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Habiendo realizado las indagaciones en las bibliotecas de las Universidades: Universidad Nacional de Cajamarca, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Universidad Privada del Norte, es necesario señalar que respecto al presente trabajo de investigación no existe trabajo igual alguno. No obstante, ello, hemos podido encontrar algunos trabajos de investigación que se encuentran relacionados con la temática a investigar y procederemos a mencionar en las líneas siguientes, procedentes de diversas universidades de nuestro país.

Iniciamos este acápite señalando la tesis presentada por el Bach. César Lengua Apolaya, titulada *“La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional: Naturaleza Jurídica, su impacto sobre las facultades empresariales de extinción del contrato de trabajo y alcances sobre la exigibilidad del derecho”*, realizado en la Pontificia Universidad Católica del Perú para obtener el grado académico de Magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, correspondiente al año 2013, cuyo planteamiento del problema fue ¿Cuáles son los motivos por los que procede la reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional?, y cuyas principales conclusiones fueron:

“1. El derecho de reubicación del trabajador ante un supuesto de accidente de trabajo o enfermedad profesional surge esencialmente en lo que podríamos identificar como una “tercera etapa” dentro de la evolución del Derecho del Trabajo en relación a los riesgos profesionales. 2. Es en primer lugar una obligación del empleador justificada en razones preventivas de seguridad y

salud ocupacional, con el propósito de aislar al trabajador de la exposición a sustancias o condiciones de trabajo nocivas a su salud, lo cual puede advertirse a partir del estudio de instrumentos vinculados a ciertos riesgos específicos, tales como las radiaciones, y contaminación del aire, ruido y vibraciones, o sobre el cáncer profesional. 3. La normativa regional andina establece también obligaciones relativas a la reubicación laboral. El Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo obliga a los estados parte de la CAN al establecimiento de normas internas sobre reubicación laboral de trabajadores con discapacidad temporal o permanente por accidentes y/o enfermedades ocupacionales, y establece a su vez el derecho del trabajador a cambiar de puesto de trabajo por razones de salud, rehabilitación, reinserción y recapacitación. El Reglamento de este Instrumento incluso enlaza el derecho de reubicación con la vigilancia de la salud de los trabajadores, en el sentido que este deber debe permitir al empleador la realización de acciones de prevención, ubicación, reubicación o adecuación del puesto de trabajo en función de las condiciones personales del trabajador y exposición a factores de riesgo” (Lengua Apolaya, 2013, p. 248).

Por otro lado, tenemos como antecedente a nivel de una especialidad diferente del derecho a la investigación realizada por el Bach. Dennis Jesús Alejo Ramírez, cuya tesis titulada ***“Implementación de un Sistema de Gestión en seguridad y salud ocupacional en el rubro de construcción de carreteras”***, realizado en la Pontificia Universidad Católica del Perú para obtener el título de Ingeniera Civil, correspondiente al año 2012, cuyas principales conclusiones fueron:

“1.La implementación de un Sistema de Gestión en Seguridad y Salud Ocupacional puede resultar un trabajo arduo; sin embargo, proteger la salud de nuestros trabajadores y terceras personas siempre será muy importante; por otro lado, la implementación un SGSSO hace competitivas a las empresas y aseguran las buenas prácticas en materia de SSO.

2.La realidad peruana requiere un SGSSO que sea moldeable a las circunstancias, ya que las múltiples entidades, instituciones, empresas, fondos, etc. a los que se les presta servicio han adoptado diferentes sistemas de gestión; es así que, elaborar todo un sistema para cada trabajo a realizar con las diferentes empresas resultaría complejo pero necesario; de esta manera, es preferible contar con un SGSSO que pueda ser moldeado a las diferentes circunstancias y retroalimentado para su mejora continua” (Alejo Ramírez, 2012, p. 119).

Consideramos pertinente citar, como antecedente de la presente investigación realizada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, conjuntamente con el Ministerio de Salud, solventado por el Instituto de Salud y Trabajo de Canadá, en el Informe denominado **“Diagnostico Situacional en Seguridad y Salud en el Trabajo en Perú”**, cuyo finalidad es de describir el panorama de la situación de la seguridad y salud social en el trabajo, así como identificar los problemas, limitaciones y toma de acciones o estrategias, entre las conclusiones arribadas las principales fueron:

“1. El Perú sigue enfrentando un contexto de pobreza y desigualdad que afecta a un porcentaje importante de la población, cerca del 39% es pobre y del cual el 14% se encuentra en extrema pobreza. No obstante el crecimiento económica sostenido de los últimos años, el modelo de desarrollo sigue siendo desigual y excluyente, y en esta medida determinante de las condiciones laborales de miles de trabajadores y, por ende, de la situación deficitaria en la seguridad y salud del trabajo.

2. El 79.9% de los trabajadores se concentran en empresas de 1 a 10 personas, es decir micro empresas, en donde la informalidad es importante y las medidas de seguridad y salud en el trabajo son escasas, en otras palabras son trabajos precarios.

3. El Perú no ha ratificado los convenios principales sobre SST que ha expedido la OIT, como son el convenio 155, Convenio sobre Seguridad y Salud de los trabajadores, 161 Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo y 187 Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo.

4. Si bien, el Perú cuenta con la Decisión N° 584, Instrumento Andino de SST, existen algunos aspectos programáticos de dicha norma que aún no ha sido desarrollada internamente tales como: la actualización, sistematización y armonización de las normas, la certificación de los profesionales, la formación del recurso humano y principalmente, lo referido a los servicios de salud.

5. Puede observarse que algunas obligaciones necesitan ser reguladas para poder ser exigibles, en ese sentido las autoridades competentes deben cumplir con expedir las regulaciones, un caso evidente es el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, el cual necesita que se regule el tema de las auditorias, así como los instrumentos sobre evaluaciones médicas” (Yupanqui Godo, 2011, p. 142).

2.2. TEORÍAS QUE SUSTENTAN LA INVESTIGACIÓN

2.2.1. Teoría del riesgo profesional

Constituye una de las teorías fundamentales que explican y sustentan la presente investigación, esta teoría aplicada en el ámbito laboral, propugna que “quien genera una situación de riesgo, al margen de toda consideración de culpa o negligencia, ha de pechar con las actualizaciones del riesgo en siniestro, aunque éstas se deban al azar; tal es el principio a aplicar a las situaciones de riesgo generadas por el funcionamiento de la empresa” (Alonso Olea, 1995, p. 112).

El jurista Ruiz Moreno, entiende que “la responsabilidad se percibe, por tanto, como una consecuencia natural frente a una fuente de riesgo permitido, que es la propia actividad empresarial, pues la producción industrial y el maquinismo exponen al trabajador a accidentes inevitables, ante los cuales incluso la previsión humana se muestra impotente de evitar su ocurrencia, por lo que dicho riesgo es inherente a la forma moderna de producción” (Ruiz Moreno, 2002, p. 458).

Sobre dicho contexto, se tiene que toda actividad laboral e industrial se constituye como un riesgo lícito y permitido, tolerado por el ordenamiento jurídico, pero que se considera riesgo el hecho de no considerar circunstancias que puedan afectar la actividad laboral del trabajador, como un evento propio de la actividad que realiza, pues si el accidente se producirá por causa de la realización de la actividad industrial o profesional, la responsabilidad del

patrono debería circunscribirse a situaciones igualmente relacionadas con su industria y con esa profesionalidad, vale decir, con causas atribuibles al trabajo.

por su parte esta teoría sustenta que:

“La teoría parte de la idea de que la industria es en si misma una actividad riesgosa y ello debe aceptarse como premisa para cualquier formulación jurídica posterior, pues los accidentes ineludiblemente van a ocurrir, porque ello va asociado a la propia noción de empresa. A pesar de las precauciones tomadas, los accidentes se producirían, en la mayor parte de los casos, sin que pueda determinarse la causa de la desgracia. De ahí que resulta poco fructífero buscar responsabilidades subjetivas en el patrono o en el trabajador; sin embargo, como es aquél quien se beneficia de la técnica, de los frutos del trabajo y de los provechos del negocio, debería corresponderle asumir su responsabilidad en los infortunios” (Vásquez Vialard, 1983, p. 280).

2.2.2. Teoría de la eficacia de los derechos fundamentales laborales

Esta teoría inspira y orienta a toda la presente investigación, puesto que los derechos concedidos e inherentes al trabajador y a su vínculo contractual, busca la eficacia de los mismos, como es el caso de derecho a la igualdad y no discriminación, derecho al trabajo entre otros; y en aplicación al derecho laboral, se establece que:

“La tradición jurídica constitucional indica que, “tradicionalmente se entendía que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales se aplicaban únicamente a las relaciones entre los ciudadanos y el Estado; los derechos fundamentales habían aparecido históricamente como derechos de defensa frente a injerencias de los poderes públicos en la libertad de los particulares, y en consecuencia, no alcanzaban relaciones entre particulares” (Ferrer Riba, 1997, p. 89).

A su vez, se ha indicado que los derechos fundamentos contenidos en la Constitución Política del Perú, constituyen limites frente a los abusos del poder ya sea estatal o privado, con se trata en este caso, es así que estos serán eficaces

en la medida que se garantice un irrestricto cumplimiento de los mismos, esta teoría postula lo siguiente:

“En una relación laboral regida por el derecho privado se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares” (Prieto Sanchíz, 2007, p. 216).

2.2.3. Teoría de la motivación

Esta teoría si bien es cierto, tiene su origen en la psicología, es aplicable a la presente tesis, pues mediante esta se busca explicar las condiciones para que los trabajadores puedan ejercer su actividad con la menor exposición a los accidentes laborales, así esta tesis postula:

“La teoría de la motivación fue desarrollada por Abraham Maslow, la que se visualiza en la conocida Pirámide de Maslow. Un ser humano tiende a satisfacer sus necesidades primarias (más bajas en la pirámide), antes de buscar las de más alto nivel. Las necesidades fisiológicas (necesidades biológicas básicas de subsistencia, cuya satisfacción es urgente, impostergable más allá de un límite) y con motivadores como el hambre, la sed, el cansancio, el sueño, el apetito sexual) son primarias comparadas con las necesidades de seguridad y estabilidad (como el amor). Luego siguen las necesidades de ego y finalmente las de autorrealización” (Raffo Lecca, 2013, p. 12).

Es decir, las necesidades de seguridad son entendidas como necesidades psicológicas que dan al trabajador tranquilidad y confianza respecto a las labores que este realice, entre los motivadores se encuentran la certeza sobre algo, el bienestar físico, la salud u orden; los mismos que deben mantenerse y garantizarse desde el inicio, durante y al término de la relación laboral. Pues, la salud del trabajador puede verse afectado por los accidentes en el trabajo, las enfermedades ocupacionales derivados de las actividades que realiza, las patologías asociadas al trabajo, y aquellas derivadas fuera del centro de labores, donde el empleador no tiene mayor responsabilidad.

Respecto a esta teoría que la Organización Internacional del Trabajo ha elaborado directrices sobre los sistemas de gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo que reflejan los valores e instrumentos pertinentes de la OIT para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores; directrices que consideramos que debido a la reciente modificatoria han sido vulnerados.

2.3. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN

2.3.1. La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR, modificados por Ley N° 30222 y por Decreto Supremo N° 016-2016-TR, respecto al examen médico ocupacional al término de la relación laboral

La Ley N° 29783, denominada “Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo”, fue publicada en el Diario el Peruano, el 20 de agosto del 2011, en tanto que su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR,

de fecha 24 de abril del 2012, tiene por finalidad implementar la normatividad adecuada y necesarias que responda a una política de prevención de riesgos laborales y vigilar su cumplimiento; el deber de los empleadores de identificar, evaluar, prevenir y comunicar los riesgos en el trabajo a sus trabajadores; y el derecho de los trabajadores a estar informados de los riesgos de las actividades que prestan, entre otros; ello a razón de que nuestro país forma parte de la Comunidad Andina de Naciones, los mismos que son guiados por las recomendaciones impuestos por la OIT.

En otras palabras se busca no solo la implementación de una política nacional en pro de los derechos del trabajador, sino generar una cultura de prevención de accidentes y enfermedades y establecer un sistema de control de riesgos laborales; necesitando para ello una coordinación y colaboración entre los sectores y actores sociales, entre los cuales no solo se encuentra el trabajador y empleador, sino también el Estado como garante de los derechos fundamentales. Es en dicho contexto que, dicha norma consagra una serie de principios orientadores de la relación laboral en este sistema como es la prevención por parte del empleador, el control y fiscalización por parte del Estado, la posibilidad de reclamos ante el ente administrativo o jurisdiccional mediante la participación y organización sindical. Sobre lo expuestos, se tiene que “las normas referidas a la seguridad y salud en el trabajo tienen como objetivo proteger la salud y vida de los trabajadores. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos existentes por optimizar la defensa de los trabajadores en tales

materias, el número de accidentes y enfermedades a nivel mundial sigue siendo preocupantemente alto” (Ugaz Olivares, 2005, p. 166).

2.3.1.1. Aproximaciones del derecho a la seguridad y salud en el trabajo

Los términos de “seguridad” y “salud”, siempre han estado presente en el derecho, no obstante nos interesa de forma peculiar su incorporación en el derecho laboral, al respecto se tiene que los primeros vestigios se encuentran en Grecia y Roma, en ese sentido Walter Arias indica que en “Grecia, los primeros indicios que se registran y destacan en la historia son los siguientes: Hipócrates (siglo IV a.C) escribió un tratado sobre las enfermedades de los mineros, a quienes recomendaba tomar baños higiénicos para evitar la saturación de plomo. Preocupado por los efectos perniciosos de los trabajos con plomo, describió los síntomas de la intoxicación por este mineral y por el mercurio. Indicó, además, que los determinantes de las enfermedades se relacionaban con el ambiente social, familiar y laboral. Destaca el maestro Aristóteles (384-322 a.C.), quien intervino en la salud ocupacional de su época, pues estudió ciertas deformaciones físicas producidas por las actividades ocupacionales, planteando la necesidad de su prevención (Arias Gallegos, 2012, p. 46).

Por su parte, Obregon expone que en “Roma se resalta el personaje de Plinio el Viejo (siglo I), quien estudió las consecuencias

patógenas de la inhalación de polvo en las minas de cinabrio (mineral del mercurio); además, siendo cuna del derecho y la jurisprudencia, de las leyes de conducta y de protección de los bienes privados, también se tomaron medidas legales sobre la salubridad, como la instalación de baños públicos, y de protección para los trabajadores” (Obregón, 1998, p. 10).

Dichos vestigios sobre el origen de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se extendieron a la edad media, donde el jurista antes citado indica que en dicha época existieron “las famosas Ordenanzas de Francia (1413 y 1417), donde se dictaminaban temas relativos a la salud y seguridad de la clase obrera. Es en Alemania, gracias al descubrimiento de la pólvora en 1473, que se publica una nómina de algunas de las enfermedades que surgen con motivo de la ocupación, de modo que este sería el primer documento impreso que trata, por primera vez, sobre la seguridad. Así, es uno de los primeros textos sobre salud ocupacional” (Idem, pp. 12-13).

La edad moderna no fue ajena a dicha regulación normativa, pues en palabras del jurista Alfredo Montoya sustenta que “en el año 1700 aparece el primer tratado realmente científico, orientado a la higiene del trabajo, es decir la obra de Bernardino Ramazzini denominado “tratado de las enfermedades de los artesanos”, obra que, acreditó a su autor como el padre de la Medicina del Trabajo. En ella se

estudian alrededor de medio centenar de enfermedades profesionales, así como las condiciones de trabajo que dan lugar a ellas, y recomendaciones sobre medidas higiénicas a adoptar” (Montoya Melgar, 1996, p. 15).

Tal y como se advierte, existen elementos suficientes para establecer que desde tiempo antiguos se establecieron importantes precedentes en materia de salud ocupacional en el trabajo, no obstante fue a partir de la revolución industrial, en donde el crecimiento de esta rama del derecho tuvo mayor importancia.

Respecto a la seguridad en el trabajo, se establece que en virtud a la primera revolución industrial “los oficios artesanales fueron reemplazados por la producción en serie, donde las condiciones de salud y seguridad eran mínimas, principalmente por la falta de una cultura de seguridad eficiente, tanto de parte de los trabajadores, como de los empleadores. Prueba de ello fueron el hacinamiento de personas en los lugares de trabajo, la explotación a las mujeres y niños, las jornadas de trabajo prácticamente ilimitadas, etc. Esto constituye el marco de referencia o contexto en el que nació la Seguridad y Salud Ocupacional” (H., 1968, p. 34).

Frente a dicha situación “los primeros intentos legislativos sobre el problema tomaron la forma de leyes de inspección de factorías .

Inglaterra inauguró esta modalidad en 1833, y transcurridos 15 ó 20 años, las inspecciones empezaron a producir algún fruto, mejorando las condiciones de trabajo (p. 36).

La historia y realidad laboral ha hecho necesario e indispensable adoptar medidas en protección de los trabajadores, mas aun en los casos en los que estos se ven expuestos a factores de riesgo que antes no se consideraban como prioritarios, ello ha originado que dentro del Derecho Laboral se estudie esta rama bajo la expresión de salud y seguridad en el Trabajo.

2.3.1.2. Contexto de la seguridad y salud en el trabajo en el Perú

Como se ha mencionado anteriormente, la revolución industrial, los estudios históricos, la evolución del mercado, los avances tecnológicos, los procesos productivos y las condiciones impuestas por el empleador, han originado una serie de actividades en algunos casos peligrosos o riesgosos para el trabajador; situación que en nuestro país, no es ajeno a ello, es así que se define en principio al trabajo como “una actividad peligrosa, en la medida en que el proceso de producción y transformación de bienes y servicios exige la interacción del hombre con un entorno que, en ocasiones, de forma directa o indirecta, es susceptible de influir negativamente en su salud y seguridad. Debido a ello, el Estado establece normas que permitan mantener en un nivel óptimo la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, así

como de los procesos e instalaciones de las empresas” (Sempere Navarro, 2001, p. 19).

Partiendo de la definición antes esgrimida y en virtud lo dispuesto por la Constitución Política del Perú, se consagra como derechos fundamentales “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (...)”, “el derecho de toda persona a la vida, a su integridad moral, psíquica y física (...)”, asimismo se reconoce el “derecho a la protección de su salud”, y además, se reconoce expresamente el deber del Estado de garantizar la protección de la salud en materia laboral; dichos dispositivos legales no hacen más que obligar al Estado a efectos de que mediante los instrumentos jurídicos específicos regule dicha situación, en sus diversas modalidades (capacitación, prevención, fiscalización y sanción). En nuestro país, el surgimiento de esta rama del derecho laboral es reciente, no obstante se encuentra como antecedente legislativo “El TLC entre el Perú y Estados Unidos, que resaltan en la materia, datan a partir del 2005. En esta normativa, particularmente, destacan el DS 009-2005; las Resoluciones Ministeriales N° 148-2007 y N° 161- 2007; y el DS 012-2010” (Pickvance, 2012, p. 22).

2.3.1.3. Análisis de la seguridad y salud en el trabajo – Ley N° 29783, D.S. N° 005-2012-TR y modificatorias Ley N° 30222 y Decreto Supremo N° 016-2016-TR

El Estado Peruano, ha emitido el Decreto Supremo N° 009-2005, el mismo que regulaba el Reglamento de seguridad y salud en el trabajo, que básicamente establece normas mínimas para la prevención de los riesgos laborales. Al respecto Placido indica “es la primera norma que introduce la promoción de una cultura de prevención de riesgos laborales en el país, contando con la participación de trabajadores, empleadores y el Estado. Asimismo, trae consigo un novedoso mecanismo llamado Sistema de Gestión de seguridad y salud en el trabajo (SGSST), con el cual se planea gestionar los riesgos en el trabajo; además, dicho reglamento tiene como ámbito de aplicación todos los sectores económicos del país sujetos al régimen de la actividad laboral privada.

Posterior a ello, se emite la Resolución Ministerial N° 148-20018, que otorga el Reglamento de Constitución y funcionamiento del Comité, y Designación de Funciones del Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo; es decir se regula uno de los instrumentos normativos necesarios que contribuirá a garantizar las condiciones básicas de seguridad y salud en el trabajo para la protección social y desarrollo del trabajo decente.

Asimismo, surge la Resolución Ministerial N° 161-2007-MEM/DM que regulaba el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo de las Actividades Eléctricas; que enmarca entre sus objetivos: el proteger, preservar y mejorar la integridad psicofísica de los trabajadores y el establecimiento lineamientos para los planes y programas de control, eliminación y reducción de riesgos.

En tanto, el D.S. N° 012-2010 regula la obligación de reportar y notificar, mediante el uso de aplicativos informáticos, los accidentes de trabajo, incidentes peligrosos y enfermedades ocupacionales. Establece las instancias responsables de la remisión de esta información, su análisis y sistematización, la elaboración de estadísticas y el desarrollo de acciones de inspección, con la finalidad de fortalecer la prevención de accidentes laborales y enfermedades ocupacionales” (Placido, 2004, p. 10).

Las normas antes citadas, constituyen un intento e interés por parte del Estado Peruano, de regular dicha situación laboral, es así que el 20 de agosto del 2011 se emite la Ley N° 29783, denominada Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo; y con fecha 25 de abril del 2012 mediante D.S. N° 005-2012-TR, se expide el Reglamento de dicha ley. Como un aspecto innovador de dicha ley, es que incluye un modelo de organización de un Sistema Nacional de Prevención de Riesgos; el mismo que será materia de explicación posteriormente.

2.3.1.4. El sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo

El antecedente internacional del presente sistema, lo encontramos en la Organización Internacional de Trabajo – OIT, en donde mediante los convenios 155, 161 y 187, se establecen disposiciones necesarias, así como la orientación técnica necesaria para establecer aplicar y gestionar sistemas de seguridad y salud en el trabajo que tratan de orientar la labor de los empleadores y trabajadores del rubro.

En ese sentido, se establece que “*El Convenio 155*, emitido en el año 1981, es de suma importancia ya que en él se prevé por primera vez la adopción de una política nacional de seguridad y salud en el trabajo, es decir, se proporciona un marco de acción para garantizar que se minimizan en la medida en que sea razonable y factible las causas de los riesgos existentes en el medio ambiente de trabajo nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo. Además, se describen las acciones a adoptar por los gobiernos y en las empresas para promover la seguridad y salud en el trabajo y mejorar el entorno laboral. *El Convenio 161*, emitido en 1985, prevé el establecimiento, en el ámbito de la empresa, de servicios de salud en el trabajo dirigido a garantizar la aplicación de sistemas de vigilancia de la salud y a contribuir a la ejecución de la política en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Finalmente, *el Convenio 187* fue emitido en junio del 2006, y se refiere específicamente al marco promocional de la seguridad y salud en el trabajo. Dicho convenio, además de ser el más actual, establece como deber del Estado la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo, a la luz de dos conceptos fundamentales: el desarrollo y mantenimiento de una cultura preventiva de la seguridad y salud en el trabajo, y la aplicación en el ámbito nacional de un enfoque de sistemas de gestión a la seguridad y salud en el trabajo” (Alli O, 2009, p. 36).

Se define al Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo – SGSST como “se trata de un conjunto de elementos (procesos), interrelacionados entre sí, los cuales son capaces de generar una respuesta repetible e identificable para administrar lo referente a la seguridad y salud en el trabajo; se trata de un sistema que contemple acciones que contengan responsabilidades, compromisos y recursos, comenzando por la alta gerencia e incluyendo a todos los empleados, para garantizar, así, que se tomen medidas necesarias en materia de seguridad y salud en el trabajo. Entonces, en un SGSST deberá existir la administración de la prevención, eliminación y/o control de los peligros que puedan ocasionar riesgos a la seguridad y salud del trabajador” (Paredes, 2014, pp. 51-60).

2.3.1.5. Etapas para la implementación del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo

Toda implementación de un sistema de gestión de seguridad y salud, requiere del cumplimiento de algunas medidas o pasos, solo así se logrará: la disminución de fallos, aumento de la eficacia y eficiencia, solución de problemas, previsión y eliminación de riesgos potenciales.

Según Pastor Perez y Munera Vasquez (2000, p. 51), el primer paso corresponde a *Planificar*, es decir el qué hacer y cómo hacer algo, con lleva a establecer una política de seguridad y salud en el trabajo, elaborar planes que incluyan la asignación de recursos, la facilitación de competencias profesionales, la organización del sistema y la identificación de los peligros y evaluación de los riesgos. En este primer paso es importante elaborar planes que incluyan la asignación de recursos, entendidos como los elementos financieros y humanos suficientes para el correcto funcionamiento del programa de seguridad y salud en el trabajo. El proceso de organizar y gestionar un sistema de seguridad y salud en el trabajo requiere de inversiones de capitales relevantes para gestionar la salud y seguridad de forma eficiente.

En segundo es *Hacer*, el cual significa tomar las medidas necesarias para implementar el plan elaborado; se refiere a la aplicación y puesta en práctica del programa de Seguridad y Salud en el Trabajo. Se trata de cumplir la política de Seguridad y Salud en el Trabajo, las

estrategias planteadas para la asignación de recursos, la facilitación de competencias profesionales y la organización del sistema, la identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos.

Seguidamente, encontramos a *Verificar*, en esta etapa se espera que las cosas se desarrollen según lo planificado. Verificar los resultados de nuestras medidas reuniendo datos para cerciorarnos de que se alcanzó lo planeado. Aquí se comparan los resultados esperados con los que obtuvimos realmente. Antes de eso, se establece un indicador de medición porque lo que no se puede medir no se puede mejorar de forma sistemática. Se centra en evaluar los resultados tanto activos como reactivos del sistema. Se debe analizar los resultados para averiguar, si en la práctica, con el cambio se habría logrado lo planificado.

Finalmente, el *Actuar*, implica el examen del sistema en el contexto de la mejora continua y la preparación del sistema para el próximo ciclo. Los procesos de mejora continua consisten en medición y análisis, que incluyen recopilar datos para observar la eficacia y la eficiencia. Incluyen, en ese sentido, procesos de medición, seguimiento, auditoría y acciones correctivas y preventivas. Se decide la conservación del cambio, el refinamiento o la toma de decisiones en pro de una mejora. Con esta etapa se concluye el ciclo. Si al verificar los resultados se logró lo que teníamos planeado, entonces se sistematizan y

documentan las medidas correctivas. En cambio, si al hacer una verificación, nos damos cuenta de que no logramos el objetivo, se debe actuar rápidamente y corregir la teoría de solución para establecer un nuevo plan de trabajo” (Pastor Perez y Munera Vasquez, 2000, p. 50).

2.3.1.6. Actividades de vigilancia de la salud de los trabajadores a cargo de la salud ocupacional

El empleador entre sus diversas obligaciones con el trabajador, se encuentran la vigilancia de la salud y el análisis de la ocurrencia de accidentes de trabajo; respecto al primero, se tiene que este comprende la realización de exámenes médico – ocupacionales, los mismos que son realizados antes, durante y al término de la relación laboral tiene que ver con aquellas enfermedades relacionadas al trabajo y de los estados pre-patogénicos en un determinado período de tiempo; en tanto el segundo tipo, abarca la realización de evaluaciones cualitativas y cuantitativas de los agentes o factores de riesgo (físicos, químicos, biológicos, etcétera). Capta nuestra especial atención, respecto a los exámenes médicos ocupacionales, sobre los cuales realizaremos un especial análisis.

Mario Uggaz, establece que determinados criterios para la realización de “los exámenes médicos ocupacionales (antes, durante y al término de la relación laboral), tenemos realización de exámenes médico ocupacionales, como es la oportunidad, es decir existen tres

clases generales de exámenes médico-ocupacionales: los pre – ocupacionales; los periódicos; y, los de retiro o egreso.

Respecto a los exámenes pre-ocupacionales o pre-empleo se realizan antes que un trabajador ingrese a la empresa con el objetivo de conocer el estado de salud del postulante y determinar si se encuentra apto para desempeñar las funciones propias del puesto de trabajo que se le piensa asignar.

Los exámenes periódicos se realizan durante la relación laboral, con una periodicidad no mayor a un año, con el objetivo de monitorear el estado de salud del trabajador (lo que, por ejemplo, permitiría detectar oportunamente dolencias ocasionadas por el trabajo) y confirmar que este aún se encuentra apto para realizar sus funciones.

Los exámenes de retiro o egreso se realizan en días previos al cese laboral -no más de dos (2) meses antes del cese-, con el objetivo de detectar enfermedades relacionadas al trabajo, secuelas de accidentes de trabajo y, en general, determinar si alguna alteración médica o dolencia se ha visto agrada por el trabajo” (Ugaz Olivares, 2005, pp. 10-11).

Del cual, se desprende que el examen médico ocupacional “solo podrá llevarse a cabo si se cumplen los siguientes requisitos: que el trabajador haya prestado su consentimiento; que el trabajador haya

sido informado oportunamente por el Servicio de Salud Ocupacional sobre la finalidad del examen; y, que el examen sea respetuoso de los derechos fundamentales del trabajador; en particular, de sus derechos a la salud y a la vida” (p. 11).

2.3.2. Evaluación del cumplimiento por parte de los empleadores de la Ley General de Seguridad y Salud en el Trabajo, respecto al examen médico ocupacional a solicitud escrita del trabajador

El cumplimiento por parte de los empleadores del cumplimiento del examen médico ocupacional, guarda estrecha relación con el cumplimiento de los principios de prevención, protección e información y capacitación en el Perú, pues en la medida que los empleadores estén debidamente capacitados, tendrán una mayor disposición por el cumplimiento de la normatividad en protección de los derechos del trabajador.

En dicho contexto, Alcides define los principios que informan a la seguridad y salud en el trabajo, así “el Principio de Prevención implica una cultura nacional de respeto del derecho a gozar de un medio ambiente de trabajo seguro y saludable a todos los niveles, y la participación activa de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, a través de un sistema de derechos, responsabilidades y deberes definidos. A fin de hacer efectivo todo ello, se necesita el uso de los medios disponibles para aumentar la sensibilización, el conocimiento y la comprensión general de la seguridad, el empleador es quien tiene una actividad generadora de riesgos para la seguridad

y salud de sus trabajadores, el orden jurídico establece normas que regulan la obligación de garantizar o minimizar los riesgos relativos a la seguridad y salud en el trabajo. Para ilustrar el tema, un deber genérico es el contemplado en el art.49 inc. a) LSST: El empleador, entre otras, tiene las siguientes obligaciones 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 al mismo. El legislador establece, en este principio de prevención, que la evaluación de riesgos y la protección que se dé a los trabajadores deberá realizarse atendiendo a la diferenciación de género. Es importante tomar en cuenta la visión de género ante la exposición a riesgos del trabajo, ya que existen diferencias en cuanto a los efectos que producen estos riesgos entre hombres y mujeres desde las diferencias biológicas hasta las sociales” (Alcides Chambi, 2013, p. 13).

Por su parte Alarcón, define al Principio de Protección “como el deber de protección de la seguridad y salud le corresponde, de forma distinta, tanto al empleador y al Estado; es decir, dicho deber grava al empleador frente a sus trabajadores, pero también frente al Estado, en la medida en que este ejerce el rol de fiscalización y control de cumplimiento de esa obligación. El Estado, además, debe promover una cultura de prevención de riesgos laborales en la que deberá participar de manera activa. La política nacional de seguridad y salud en el trabajo tiene como objeto la prevención de accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la

medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo.

En este sentido, por medio de la Ley N° 29981, crea uno de los organismos principales en la materia de seguridad y salud en el trabajo: la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), técnico y especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico socio laboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias” (Alarcon Caracuel, 1996, p. 107).

Por el principio de información y capacitación se entiende “como el cúmulo de indicaciones y medidas de protección que el empleador transmite al trabajador, mientras que en la capacitación, además de transmitirse cierto grado de teoría, el empleador deberá instruir al trabajador y verificar que ponga en marcha estas indicaciones y medidas para evitar los riesgos. En atención a esto último, es deber del empleador dar al trabajador esta capacitación, y también es obligación del trabajador recibirla, siempre y cuando el tiempo invertido se encuentre dentro de la jornada de laboral, o de lo contrario se realice el pago correspondiente, el trabajador deberá ser capacitado frente a los cambios, ya sea por asignación de nuevas funciones o a causa de la tecnología.

Finalmente, resaltar que la información y capacitación que se otorga al trabajador debe ser, como en el mismo principio y en otros artículos se enuncia, adecuada y oportuna. Será adecuada en cuanto sea ajustada al puesto singular de trabajo y a las características mismas del trabajador, pues dependiendo de sus capacidades, incluso físicas, habrá que dar una u otra formación teórica y práctica. Además, la información y capacitación ha de ser oportuna. Esta última característica está ligada a un factor temporal y espacial, es decir, el empleador debe evaluar el mejor momento y las circunstancias para ejecutar la capacitación” (Vicente Paches, 2002, p. 141).

Sobre los principios que deben guiar y orientar la actuación de los empleadores, se ha emitido una serie de resoluciones que buscan ya sea de forma coercitiva o persuasiva, generar el cumplimiento de estos principios por parte del empleador, es así que se tiene la Resolución Directoral N° 327-2013-MTPE1/20.4, en la que se sanciona con una multa de S/1,080.00 (mil ochenta y 00/100 soles) por incurrir en infracción al no verificar el uso efectivo de equipo de protección personal, respecto de Gustavo A. Veliz Calderón, presentamos un resumen sobre el caso “el señor Veliz prestaba servicios como locador en la obra de construcción, de igual forma la inspeccionada era responsable de verificar que efectivamente usaba EPP, lo que se desprende claramente del Principio de Prevención; si bien la inspeccionada ha acreditado que le otorgó EPP al señor Veliz, no cumplió con la obligación dispuesta por el art. 50° del reglamento de seguridad y salud en el trabajo. De lo contrario, no se habría suscitado el accidente laboral” (Leodegario Fernandez, 1995, p. 58).

En la Resolución Directoral N° 108-2013-MTPE/1/20.4, se “dispuso sancionar con una multa equivalente a S/7, 200.00 (siete mil doscientos y 00/100 soles) por haber incurrido en infracción al no haber implementado, un reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo, que contenga los estándares de control de los peligros existentes y riesgos, ejecutada por el trabajador fallecido Ezequiel Girald Palomino Cueto, al momento del accidente” (Idem, p. 60).

Por último, respecto a este apartado se tiene la Resolución Directoral N°152-2013-MTPE/20.4, que establece una “sanción ascendente a S/. 1,080.00 (mil ochenta con 00/100 soles) por incurrir en infracción al no cumplir con informar al señor Girón Sabino Silverio Florentino sobre los riesgos de su puesto de trabajo. Motivo por el cual el trabajador sufre el accidente laboral: aprisionamiento del antebrazo derecho en una máquina de prensa” (Idem, p. 65).

2.3.2.1. Cumplimiento por parte de los empleadores de la Ley General de Seguridad y Salud en el Trabajo, respecto al examen médico ocupacional a solicitud escrita del trabajador

Constituye una obligación de los empleadores el brindar una serie de condiciones, mejoras y beneficios, a fin de que el trabajador pueda desarrollar su actividad laboral, no solo en el marco de una relación laboral estable y tranquila, sino que se garantice que ello no afecte su seguridad y salud, para ello ha nacido los denominados riesgos

profesionales los mismos que implica “la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo, siendo que para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorará conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo” (Cañada Clé, 2011, p. 11). Para prevenir dichos riesgos profesionales, el empleador entre sus diversas obligaciones contenidas en el artículo 49° de la citada ley, entre las cual llama peculiarmente nuestra atención lo dispuesto en el literal d) que es el de practicar los exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral a los trabajadores, pero que debido a esta modificatoria el examen debe ser a solicitud del trabajador, hecho que será materia de discusión e investigación en la presente investigación.

En consecuencia, aquellos trabajadores que pongan en peligro su vida, la de sus compañeros o de otras personas durante el desempeño de sus funciones laborales están en la obligación de realizar el reconocimiento médico según lo haya estipulado la empresa o bien según los plazos marcados por el convenio; y este examen de salud “deberá incluir en todo caso, una historia clínico-laboral, en la que, además de los datos de anamnesis, exploración clínica y control biológico y estudios complementarios en función de los riesgos inherentes al trabajo, se hará constar una descripción detallada del puesto de trabajo, el tiempo de permanencia en el mismo, los riesgos

detectados en el análisis de las condiciones de trabajo y las medidas de prevención adoptadas” (Toyama Miyagusuku, 2006, p. 414).

2.4. DISCUSIÓN TEÓRICA

Después de una ardua investigación sobre el tema del examen médico ocupacional por parte del empleador y obligatoriedad, hemos advertido que si bien no existen trabajos iguales, existen investigaciones similares con variadas opiniones acerca de este problema latente en nuestra sociedad, e inclusive estudiadas por el derecho comparado, como es el caso del Derecho Español, que brinda una mayor una mayor protección en temas de seguridad y salud al trabajador; sin embargo, hemos podido corroborar que la mayoría de los estudios encontrados, se refieren a las medidas que debe adoptar el empleador a fin de prever los riesgos operacionales e industriales, más pocos o nulos son aquellos que estudian al examen médico operacional como obligación del empleador. Situación que resulta preocupante, puesto que muchas veces se evitan el pago de indemnizaciones debido a que es el trabajador quien solicita el examen, cuando el evento dañoso ya ocurrió, debiendo el empleador actuar de oficio y ordenar la realización del examen.

Es así que, concordamos con la opinión de César Lengua, pues indica refiere de manera correcta la importancia de las obligaciones del empleador en acciones de prevención de seguridad y salud ocupacional, dirigido a brindar mejor condiciones de trabajo evitando generar potencialmente un evento dañoso para el trabajador, asimismo compartimos la idea del investigador antes acotado, pues si bien la normatividad regional andina establece obligaciones relativas sobre seguridad y salud

en el trabajo, estos no son adoptados o implementados por nuestro país. Sin perjuicio de ello, consideramos que el Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el trabajo, debe ser susceptible de revisión teniendo en cuenta los derechos fundamentales y las recomendaciones dadas por la Organización Internacional del Trabajo.

Por otro lado, es menester hacer mención a la investigación realizada por Denis Alejo Ramírez, cuya investigación si bien se realiza en el marco de la carrera profesional de Ingeniería Civil, se advierte que es indispensable, necesario y obligatorio tratar los temas de seguridad y salud en el trabajo, acreditando de esta manera la urgencia en cuanto a la modificatoria realizada. Es así que, apoyamos la conclusión arribada por el investigador, al referir que la realidad laboral peruana requiere de un moderno sistema de seguridad y salud, no obstante consideramos que es el Estado quien debe ser el llamado a garantizar los derechos de los trabajadores y no convertirse en vulnerador de los mismos, pues solo así estaría favoreciendo y dotando de mayor poder al empleador; además que es este último quien debe implementar un política empresarial dirigido al cumplimiento de las normas laborales, ya sea en el sector público o privado.

Finalmente, respecto a la investigación realizada por el Ministerio de Salud y de Trabajo, no hace más que sostener y apoyar la viabilidad de la presente investigación, pues se resumen en datos estadísticos, la realidad jurídico laboral peruana, donde existe altos niveles de informalidad y por ende de vulneración de los derechos laborales, dejando aún más de lado, el aspecto de la seguridad y salud en el ámbito

laboral, por lo que aún nos encontramos en un modelo laboral desigual y excluyente, donde muchas veces el trabajador tiene que recurrir a un órgano jurisdiccional para solicitar el reconocimiento de un derecho o resarcir un daño causado por el empleador, pues este último no tiene una cultura de prevención, organizacional y de respeto de los derechos de sus trabajadores, más aun cuando el Estado no contribuye a dicho respeto, puesto que no ha ratificado los principales convenios de la OIT, todo ello reviste de especial importancia y peculiaridad la presente investigación.

2.5. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

2.5.1. Seguridad y Salud en el Trabajo

El término de la seguridad y salud en el trabajo ha sido incluido en nuestra legislación a través de la ley que lleva el mismo nombre y en especial es definido como “un sistema probado para la gestión y mejora continua de políticas, procedimientos y procesos de la organización y la estructura operacional de trabajo, bien documentada e integrada a los procedimientos técnicos y gerenciales, para guiar las acciones de la fuerza de trabajo, la maquinaria o equipos, y la información de la organización de manera práctica y coordinada, y que asegure la satisfacción del cliente y bajos costos para la calidad” (Cánova Talledo, 2014, p. 7).

Algunos estudiosos de la materia que la seguridad y salud en el trabajo, tiene de forma inherente “la implementación de la Seguridad y Salud basada en el comportamiento se funda en la formación de los trabajadores no sólo en el desarrollo de las competencias, sino en el análisis y mejoramiento de actitudes

del trabajador responsable de su seguridad al momento del desarrollo de sus funciones en el puesto de trabajo específico. Consecuentemente, el deber de prevención no puede recaer exclusivamente en el empleador, toda vez que para su eficaz cumplimiento se requiere de la participación adecuada del trabajador” (Ackerman, 2007, p. 85)

2.5.2. Examen Medico Ocupacional

El Manual de Salud Ocupacional emitido por el Ministerio de Salud, de forma específica por la Dirección General de Salud Ambiental y Dirección Ejecutiva de Salud Ocupacional, define al examen médico ocupacional y al examen médico periódico, respecto al primero lo conceptúa como “el reconocimiento se práctica antes de emplear a un trabajador o de asignarle un puesto de trabajo que entrañe riesgos para la salud. De este modo, el médico (y la dirección) pueden conocer el estado de salud del empleado, y los datos obtenidos son una referencia de gran utilidad para seguir su evolución ulterior. El reconocimiento permite también a la dirección asignarle tareas adaptadas a sus aptitudes y limitaciones.

La información médica necesaria se anota en un formulario cuya estructura varía según las ocupaciones y que suele contener un cuestionario sobre los antecedentes médicos, laborales y sociales del futuro trabajador. En el formulario se registran los resultados de los análisis de sangre y orina, del examen radiológico y ocular y, en determinados casos del reconocimiento audiométrico, además de los datos obtenidos en el reconocimiento físico de

diversos órganos y sistemas corporales. En el reconocimiento de ingreso conviene tener en cuenta ciertos factores de riesgo como la edad, el sexo y la sensibilidad individual. Entre otros factores de interés figuran la nutrición, los estados patológicos anteriores o actuales, así como la exposición previa o simultánea a uno o más riesgos profesionales para la salud” (DIGESA, 2005, p. 22).

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS JURÍDICO-SOCIALES PARA MODIFICAR LA LEY DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO Y SU REGLAMENTO

3.1. Protección de los derechos laborales y del derecho a la salud del trabajador

Con la finalidad de demostrar los fundamentos jurídicos sociales, como argumentos suficientes, capaces de modificar la Ley N° 29783, en el artículo 101°, a efectos de garantizar la protección de los derechos laborales, principalmente el derecho a la salud. Siguiendo dicho contexto, se evidencia como primer fundamento jurídico la eficacia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, sobre el cual resulta necesario proponer una definición sobre los derechos sociales, pues dentro de ellos se encuentran los denominados derechos laborales, así “en las concepciones liberales se pensaba que el ser humano era capaz de satisfacer por sí mismo sus necesidades y que solamente debía ser protegido de los ataques externos y por ello el sistema de derechos estaba integrado de manera exclusiva por obligaciones de abstención. La concepción era que todos los individuos somos igualmente libres y somos autosuficientes por lo que sólo debemos preocuparnos por ponerle límites al Estado y a terceros a fin de que no transgredan nuestra libertad. En la medida en que todos los individuos somos capaces, y autosuficientes intervenimos de manera igualitaria en las decisiones políticas. El objetivo era preservar ciertos derechos que se consideraban innatos, inalienables y universales y cuyo titular era el hombre abstracto, racional e independiente. Estos hombres independientes e iguales celebraban un contrato social que les permitía crear instituciones que protegieran su derecho a la propiedad y le permitieran desarrollar sus intereses particulares. En esta

visión no importaba la condición social de los que intervenían, ni cuáles eran los bienes que se intercambiaban. Para garantizar que estas libertades no fueran vulneradas se estableció la figura de la supremacía constitucional que estaba por encima del Estado, instituciones y los particulares, en la medida en que provenía de un Congreso Constituyente o soberano al que todos deben someterse, incluyendo las mayorías” (Carbonell, 2001, pp. 59-61).

Asumimos la postura que señala “el tema de los derechos sociales no debe estudiarse exclusivamente en mérito al derecho de libertad, sino que debe tenerse una visión integral de dichos derechos tomando en cuenta otros conceptos como los de igualdad, solidaridad, dignidad y seguridad” (Contreras Peláez, 2004, p. 15).

El escenario antes esgrimido, no hace más que notar la imperiosa necesidad de proteger a aquel sujeto en particular que tiene un vínculo con el empleador y a quien le presta un esfuerzo físico o intelectual, destinado a la productividad, y que muchas veces se encuentra en desventaja, así el surgimiento del derecho laboral hace notar la protección de los siguientes derechos “Derecho al trabajo como derecho y/o deber, derecho al trabajo como valor social, derecho a la protección al trabajo, derecho a la protección a la mujer o madre, derecho a la protección al menor de edad, protección al discapacitado, fomento del empleo, principio de igualdad y no discriminación, trabajo libre y remunerado, trabajo digno, derecho a la remuneración mínima y remuneración justa, jornada de trabajo, derecho al descanso semanal, vacaciones y feriados, derecho a la libertad sindical, los convenios Colectivos de trabajo, derecho a

la huelga, derecho a la participación de los trabajadores en la empresa, estabilidad laboral, seguridad e higiene, negociación colectiva” (Castro Cid, 1993, p. 62).

Como se advierte uno de los elementos de forman parte del cúmulo de derechos de protección de los derechos laborales, es el de seguridad e higiene, a ello agregamos el derecho a la salud de los trabajadores, pues el “artículo 27° de la Constitución contiene una fórmula de protección a favor del trabajador pero delegada al legislador, el derecho al trabajo solamente está mencionado en cinco constituciones europeas de un total de 24 constituciones y en cinco latinoamericanas de un total de 19 constituciones” (Toyama Miyagusuku J. , 2012, p. 481). De ello, se infiere que la salud y seguridad en el trabajo, son parte esencial del derecho laboral, pues “aunque no existe una obligación jurídica de trabajar, la gran mayoría de personas tiene la necesidad de hacerlo para poder subsistir por lo que las circunstancias de la vida misma les señala una cierta coerción. Además el sistema jurídico otorga algunas ventajas a los que trabajan, es decir, a quienes aportan su esfuerzo para crear riqueza en la sociedad.

Así, quien trabaja tendrá derecho a mayores ventajas en la protección de la seguridad social. En los sistemas de seguridad social denominados contributivos se tiene derecho a los beneficios como consecuencia de los aportes efectuados, ya sea como trabajador dependiente o independiente (Martin Valverde, 1980, p. 194).

3.1.1. Garantía constitucional de los derechos laborales

Atendiendo a la relevancia jurídico social que tienen los derechos laborales, resulta indispensable conocer su eficacia de los mismos, en cuanto a sus características y categoría de derechos fundamentales que han adquirido, tal como lo expone Valdés, los derechos laboral se caracterizan por que “sea de carácter universal, lo que permitirá que el derecho sea atribuible a todos los trabajadores por igual, esto es, a quienes se les reconozca la condición jurídica de trabajador; de carácter indisponible, con lo cual se restará la condición de derechos fundamentales a todos aquellos derechos que se encuentren a disposición de la autonomía privada; y, que sea reconocido en reglas generales y abstractas en el más alto nivel en el ordenamiento, de modo que no se encuentre en normas subordinadas a un criterio de jerarquía normativa; la fundamentabilidad no podrá predicarse de aquellos derechos laborales que, aún estando sancionados mediante reglas generales y abstractas, vengán enunciados en normas téticas sujetas al principio de jerarquía normativa (...) o, en su caso, sometidas al control jurisdiccional de constitucionalidad” (Valdes Dalré, 2003, p. 37).

Es decir, en materia de derecho laboral los derechos fundamentales se indentifican debido a que son inherentes a ellos, como es el caso de la remuneración digna o la estabilidad laboral, no obstante cuando nos referimos al derecho a la salud, este puede ser visto de forma genérica por ser inherente a toda persona, no obstante reviste especial particularidad en el derecho laboral, así Palomeque ha precisado “existen los denominados derechos de la

personalidad del trabajador o derechos de la persona del trabajador, estos derechos son los también denominados derechos primarios o sustanciales, en vista de que se reconocen en función a la condición de persona. De otro lado, se encuentran los derechos fundamentales de naturaleza específica, los que se reconocen en virtud de la condición del trabajador, vale decir, en función de la categoría profesional de trabajador; estos derechos se recogen en normas iusfundamentales materialmente laborales, en los que la condición de trabajador se transforma en el presupuesto esencial de su nacimiento y su ejercicio” (Palomeque, 1991, p. 59).

De todo ello, se advierte que los derechos fundamentales en el derecho laboral, poseen una eficacia en la medida que serán garantizados y promovidos, pues estos derechos no pueden ser materia de disponibilidad ni siquiera por el propio trabajador, y con mayor fundamento evitar cualquier forma de injerencia o arbitrariedad por parte del empleador, que lamentablemente con el D.S. N° 006-2016-TR, es que se pretende lesionar los derechos fundamentales, al pretender que el examen médico ocupacional al término de la relación laboral tenga que ser solicitado por el trabajador, constituyendo una norma pro empleador, más aun si se tiene en cuenta que ninguna de la relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, ni mucho menos desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. En consecuencia, es deber del Estado promover un ámbito de respeto y pleno ejercicio de los derechos laborales.

El máximo interprete de la Constitución, en reiteras oportunidades se ha pronunciado sobre la posición privilegiada en la que se encuentra el empleador frente al trabajador, señalando al respecto: “En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23°, segundo párrafo)” (Expediente N° 1124-2001-AA/TC, p. 12).

Por lo que consideramos conveniente, analizar algunos de los derechos laborales importantes, que guardan una estrecha relación con el derecho a la seguridad y salud.

3.1.2. Protección al trabajador

Nuestra Constitución Política de Estado, establece como unas de las prioridades del Estado, el deber de proteger y garantizar el derecho al trabajo, debiendo por ende propiciar las condiciones para generar trabajo, cumpliendo de esta manera su finalidad tuitiva. Así, se ha señalado “las causas que motivan esta protección especial son diversas en cada caso. Sin embargo, su ubicación conjunta en este artículo obedece a dos razones. La primera, que estos grupos

requieren de una atención especial por parte del Estado, de carácter tuitivo, protector. La segunda, es que este es un artículo constitucional relativo al Derecho del Trabajo, estableciéndose el deber estatal de protección a estos grupos en tanto trabajadores” (Martinez Vivot, 2012, p. 242).

3.1.3. Principio de igualdad y no discriminación

Este principio constituye un pilar no solo del derecho laboral, sino de la teoría general del derecho; en el caso que nos ocupa resulta de vital importancia pues orienta, interpreta y dirige la relación jurídica laboral, bajo la regla de igualdad de oportunidades sin discriminación, en donde se busca el fiel cumplimiento de lo dispuesto constitucionalmente, es decir la Constitución de 1993 señala que la persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Así Oscar Uriarte expresa “la redacción propuesta en el proyecto de Constitución del año 2002 cuando se refiere a los principios que deben regir en las relaciones de trabajo, entre los cuales está el de igualdad de trato, de oportunidades y no discriminación. La Constitución vigente se refiere solo a la igualdad de oportunidades. Sin otorgar preferencias a los trabajadores nacionales en la medida que se trataría de una evidente discriminación que está expresamente prohibida” (Ermida Uriarte, 2002, p. 15).

Consideramos, que este principio encuentra su máxima aplicación en el ámbito del derecho a la salud y seguridad ocupacional, en la medida que el empleador tiene que realizar el examen médico de oficio, a todos los trabajadores de la empresa, conforme bien lo señala las causas expresamente establecidas en la Constitución, sin que exista discriminación.

Es así, que “en las relaciones de trabajo, el marco protector del mandato de no discriminación cobra plena vigencia, pues no es ajeno que los empleadores busquen personas que reúnan especiales características para el desempeño de un puesto de trabajo. Sin embargo, cuando los requisitos para el acceso y mantenimiento del empleo se fundamentan en motivos proscritos por la Constitución y por las normas internacionales se generan diferenciaciones odiosas que merman la dignidad de aquellas personas que pertenecen a colectivos socialmente e históricamente tratados de forma diferenciada. Debiendo de recurrir a la definición contenida en el Convenio 111 de la OIT² sobre la discriminación (empleo y ocupación), convenio ha sido ratificado por el Perú y por la mayoría de países en el mundo” (Balta Varillas, 1995, pp. 91-96).

² 1) 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;

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

Por ende, se sostiene que “la discriminación en el empleo se presenta cuando se identifiquen los siguientes tres elementos esenciales: a) un acto, esto es, cuando el empleador realiza una exclusión, distinción o preferencia vinculada al empleo; b) un motivo y razón, vale decir, sobre la base de un motivo prohibido o sobre una diferenciación carece de base objetiva y razonable; y, c) un resultado, conforme a los términos del Convenio OIT N° 111, es anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o en la ocupación” (p. 99). Por lo que, el tema tratado en este apartado no es ajeno al presente investigación, debido a que en algunos casos los trabajadores se ven discriminados por razones de salud, de allí la imperiosa necesidad de nuestra legislación laboral (salud y seguridad), de modificar y/o implementar los mecanismo adecuados.

3.1.4. El derecho a la vida, integridad personal como fundamentos de los derechos laborales y del derecho a la seguridad y salud

Iniciaremos este acápite precisando lo expuesto por la Organización Internacional de Trabajo, así se tiene que “de acuerdo a la OIT, al día mueren 6,300 personas a causas de accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo, casi más 2.3 millones de personas por año, y anualmente se producen más de 317 millones de accidentes de trabajo. Estas cifras demuestran que los lugares de trabajo son importantes centros generadores de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo que inciden sobre la vida, integridad personal y salud de los trabajadores y de todos aquellos que realizan alguna actividad laboral. Estos derechos, pues, resultan esenciales para el desarrollo

personal de todo ser humano, por lo que las garantías de su pleno ejercicio y respeto debe erigirse como la máxima prioridad de los Estados” (OIT, 2012, p. 48).

Por lo que, el respeto del derecho a la vida e integridad física en el ámbito laboral ha sido materia de estudio, interés y reconocimiento expreso, por parte de diversos instrumentos internacional, como es el caso de la Organización Internacional de Trabajo, ello a efecto de garantizar el adecuado ejercicio y respeto de los derechos fundamentales del trabajador.

Así, podemos citar entre otros documentos internacionales a la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su artículo 3° establece expresamente que “toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Por su parte, el numeral 1° del artículo 6° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se señaló que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”; instrumentos que representan un fundamento jurídico social por el cual se debe realizar un modificatoria a la Ley de Seguridad y Salud Ocupacional, en la medidas que esta se encuentre acorde a lo dispuesto por los instrumentos internacionales, tal y como es el caso de examen médico ocupacional, debiendo por ende disponerse que este deberá ser realizar de oficio y a cuenta del empleador antes, durante y al término de la relación laboral.

Finalmente, adoptamos lo expuesto por Afanador al indicar que “el fundamento del derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo es la protección de la vida e integridad física de todas aquellas personas que realizan algún tipo de ocupación, ya sea, inclusive, si se trate de una relación laboral o una relación civil, o de algún otro tipo. Lo trascendente, por tanto, será la adopción de las acciones necesarias para que se garantice que las personas desarrollen sus actividades de manera segura sin que expongan su vida, salud e integridad personal. Por tanto, no puede desvincularse el derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo sin que se haga referencia expresa a un derecho fundamental básico o primario como la vida e integridad personal” (Afanador C, 2002, pp. 93-95).

3.1.5. Fundamento del derecho a la salud

Conforme se ha tratado en los considerandos precedentes, los derechos laborales, el derecho a la seguridad en el trabajo, el derecho a la protección de la vida y la integridad de los trabajadores, en estricto son el componente esencial para el reconocimiento del derecho a la salud de los trabajadores, por lo que previamente a analizar el examen médico ocupacional, es indispensable realizar el desarrollo respecto al reconocimiento del derecho a la salud en la constitución y demás normas legales.

Así, de forma genérica encontramos reconocido este derecho en el artículo 7° de la Constitución Política, que a cuya letra reza “todos tienen derecho a la protección de su salud”, que si bien es cierto se encuentra ubicado

dentro de la segunda categoría, es decir, de los derechos sociales y económicos, ello no resta importancia a su categoría de derecho humano, pues atendiendo a que una de las características de los derechos humanos son progresivos, universales y se interpretan en conjunto, se tiene que sin la debida protección o regulación del derecho a la salud, el derecho a la vida se vería gravemente afectado.

De allí que “podemos extraer las siguientes conclusiones respecto al derecho a la salud: a) es un derecho fundamental; b) implica una condición inherente a todo ser humano conservar un estado orgánico funcional que le permita desarrollarse con normalidad; c) se encuentra protegido ante cualquier perturbación de cualquier persona, del Estado y de particulares; d) requiere acciones prestacionales para su completa satisfacción; e) es esencial para llevar una vida digna en condiciones saludables” (Alcántara Moreno, 2008, p. 107).

Así, la Organización Mundial de la Salud, define a la salud como “es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Sin perjuicio de los diversos cuestionamientos existentes respecto a la definición de salud establecida por la OMS respecto a las consideraciones ideológicas, políticas y subjetivas que esta puede tener, dicha definición presenta diversas ventajas, puesto que permite abordar el problema de la salud desde un enfoque multidisciplinario, debido a que actuarán múltiples disciplinas que se integrarán entre sí” (p. 109).

Las disposiciones del derecho a la salud, resultan de plena aplicación al ámbito del derecho de la seguridad y salud en el trabajo, más aún si se tiene en cuenta lo dispuesto por el Convenio N° 155 de la OIT, el mismo que ha sido ratificado por el Perú, que regula cuestiones y términos de salud, aplicables en la relación de trabajo, el mismo que va más allá de afecciones o enfermedades, dentro de estas se encuentra las disposiciones propias del examen médico ocupacional, que será tratado más adelante, pues se refiere a un conjunto de elemento físicos y mentales a fin de evitar que afecten la salud y estén relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo.

3.1.6. Cuestiones establecidas por el tribunal constitucional respecto de la salud ocupacional y seguridad en el trabajo

El máximo intérprete se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre a la ley de salud y seguridad laboral, en ese sentido citamos algunos extractos de las más importantes resoluciones:

- a) **Exp. 3287-2012-PA/TC:** “el respeto del test de protección requiere, entre otras cosas, que el empleador cumpla las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera y otorgue adecuadas garantías para la protección del derecho a la salud y adecuada alimentación para resistir jornadas de trabajo mayores a la ordinaria, además de precisar el órgano competente para acreditar las situaciones mencionadas. Obviamente, la acreditación de las condiciones de seguridad laboral y de la adecuada alimentación para resistir jornadas mayores a la ordinaria tenía que ser efectuada por un órgano de la

Administración Pública, por ser los competentes para verificar el cumplimiento de la normativa laboral y las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera, así como la adecuada alimentación para resistir jornadas de trabajo mayores a la ordinaria” (STC, Exp. N° 3287-2012-PA/TC, pp. 1-8)

b) **Exp. N° 6515-2013-PA/TC:** “Conforme a la interpretación del artículo 6 de la Ley 25009, efectuada por este Tribunal, los trabajadores que adolezcan del primer grado de silicosis o su equivalente en la tabla de enfermedades profesionales, tienen derecho a una pensión de jubilación sin necesidad de que se les exija los requisitos previstos legalmente. En atención al precedente vigente y por identidad de razón, debe extenderse por analogía su aplicación para determinar la procedencia de la pensión de jubilación minera por enfermedad profesional. En consecuencia, el medio idóneo para acreditar la enfermedad profesional, en la vía de amparo, será el examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS” (STC Exp. N° 6515-2013-PA/TC, pp. 1-4).

c) **Exp. N° 1623-2006-PA/TC:** “este Tribunal Constitucional ha establecido los criterios para determinar el grado de incapacidad generada por la enfermedad según su estadio de evolución y la procedencia del reajuste del monto de la pensión de invalidez percibida.

Para lograr los criterios interpretativos que permitan el reconocimiento efectivo del derecho fundamental se ha establecido, respecto a la acreditación de la enfermedad profesional, que en aplicación del artículo 191 y los siguientes del Código Procesal Civil, el examen médico ocupacional que practica la Dirección General de Salud Ambiental – Salud Ocupacional del Ministerio de Salud constituye prueba suficiente para su comprobación, añadiendo en dicho contexto, que no es exigible la certificación por la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de EsSalud. Tal afirmación, no debe entenderse como la sustitución de un documento por otro, ni mucho menos como la inexigibilidad del dictamen de la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de EsSalud, sino como la posibilidad de demostrar la enfermedad profesional con otro instrumento apropiado y expedido por autoridad pública competente. En ese sentido debe precisarse que solamente los exámenes médicos ocupacionales, certificados médicos o dictámenes médicos expedidos por los entes públicos competentes, previa evaluación de una comisión médica, son susceptibles de acreditar de manera suficiente la incapacidad laboral por enfermedad profesional o de ser el caso el padecimiento de aquélla, por lo que se reitera que el criterio uniforme de este Tribunal, como el expresado en la STC. N° 1459-20022-PA es que los documentos expedidos por entes privados con el objeto de acreditar la incapacidad laboral originada en el padecimiento de una enfermedad profesional y cuya finalidad última es obtener el reconocimiento de un derecho previsional carecen de

idoneidad y no resultan suficientes para la comprobación del requisito indicado al no tratarse de entidades públicas competentes” (STC. Exp. N° 1623-2006-PA/TC, pp. 1-2).

En la primera sentencia antes citada hace referencia al Principio de Protección que regula la ley de seguridad y salud en el trabajador y el reglamento respectivo, en virtud del cual se resalta la obligación por parte del empleador de cumplir con las normas socio laborales y por otro el deber de la administración pública respecto de su rol fiscalizador; hecho que conforme se verá en el segundo fundamento se viene cumpliendo, pero que debido a una indebida regulación el empleador comete una serie de infracciones, más aun con la reciente modificatoria que beneficia a este último y desprotege al trabajador, teniendo en cuenta que los tres casos antes citados se refieren a la pensión de jubilación producto de una enfermedad profesional, que no se les otorga por cuanto esta no habría sido debidamente acreditada con el examen médico ocupacional respectivo. Es justamente, la segunda y tercera sentencia que versa sobre las entidades competentes para la realización del examen, pues no se le otorga merito probatorio o validez probatoria al examen realizado en una entidad particular, a diferencia de aquellas realizadas en entidades públicas como EsSalud, aspectos que el legislador no ha valorado y que de manera contraria a los preceptos constitucionales expide modificatorias transgresora de derechos; pues es evidente que el Poder Legislativo, ni siquiera ha tomado en cuenta el Protocolo de Exámenes Médicos Ocupaciones y Guías de Diagnostico

de los exámenes médicos obligatorios por actividad aprobados mediante Resolución Ministerial N° 312-2011-MINSA.

3.1.7. Cuestiones establecidas respecto a la salud y seguridad ocupacional en la actividad minera

Consideramos pertinente realizar un acápite que verse de forma exclusiva sobre la salud y seguridad ocupacional en la actividad minera, pues, es el rubro donde se presentes más casos de incumplimiento de esta ley, así la actividad minera ha sido considerado como una de las actividades de alto riesgo en nuestro país, debido a que como “consecuencia de los procesos tecnológicos que se utilizan, debido a las características geográficas y el medio ambiente en el que se ubican los emplazamientos de los yacimientos, los modos operativos en que se planifica y ejecuta el trabajo (tales como la duración y forma en que se organizan las jornadas o los turnos laborales), o aún por otros factores biológicos y psicosociales concomitantes. Por unas u otras razones, la vida, la seguridad y la salud de los mineros requieren de medidas especiales destinadas a protegerlos” (OIT, 2002, p. 5).

Corresponde al Estado, como garante de los derechos adoptar las medida legislativas necesarias, adecuada y cumplimiento de los dispositivos internacionales; así el propio informe de la OIT identifica determinados criterios o factores, por los cuales el Estado Peruano debe emitir normas tomando en consideracion estas recomendaciones dadas por el organismo internacional; entre las cuales citamos “la OIT hace referencia a una serie de

factores que justifican medidas especiales a tener en cuenta al momento de abordar la regulación jurídica del trabajo minero en el Perú; por ejemplo, respecto de las condiciones básicas de vida, se destaca la diferencia de la vida en soledad o con familia en el campamento; estos, en su mayoría, solo otorgan alojamiento a los trabajadores. Con la implantación de los sistemas acumulativos de trabajo, el trabajador, en esas circunstancias adquiere comportamientos ansiosos y depresivos en diferentes grados, que en algunos casos son enfrentados con la ingesta excesiva de alcohol” (p. 8).

A su vez, se hizo referencia a la alimentación en el sector minero “en el desayuno, gran parte de los trabajadores ingiere una taza o jarro de café, o una infusión de hierbas, o a veces una taza de avena o leche, acompañadas de dos panes solos o con mantequilla o queso. El almuerzo es una porción de caldo, con papas, fideos, algunas verduras y a veces un pedazo de carne; un plato con arroz, habas, mote o pan o maíz tostado, complementado con una taza o jarra de infusión de hierbas. La comida es similar al almuerzo. El horario de trabajo y la distancia del centro de trabajo respecto de los hogares hacen más difícil la alimentación del minero, debiendo éste comer fuera de su casa alimentos fríos y a deshora. El déficit alimentario en cantidad y calidad (especialmente en proteínas, grasas, vitaminas y otros elementos indispensables) hace que el número de calorías aportadas a la dieta sea cubierto casi en su totalidad por carbohidratos. En consecuencia, la realidad de la dieta del trabajador minero peruano es deficitaria en términos de rendimiento energético (...) Esta realidad

se agrava aún más si constatamos que muchos trabajadores (...) trabajan hasta 12 horas diarias” (Idem, p. 10).

Todos los factores antes esgrimidos, como el lugar, alimentación reflejan condiciones de salud que sin duda son evidenciados en el examen médico ocupacional, el mismo que arrojará los posibles o futuros problemas de salud que padecerán los trabajadores, frente ello realizamos el siguiente enunciado, si dichos problemas se presentan y al culminar el vínculo laboral el trabajador padece de alguna enfermedad no diagnosticada ¿No es necesario que el empleador de oficio al culminar la relación laboral ordene la realización del examen?, o es necesario que el trabajador lo solicite por escrito, cuál sería la finalidad. La pregunta antes formulada, nos lleva a la reflexión sobre la necesidad del examen médico ocupacional a realizarse de oficio al término del vínculo laboral.

Más aun si las condiciones de salud y riesgos de los trabajadores mineros han sido calificados como enfermedades profesionales: entre las que podemos destacar “neumoconiosis, causada por polvos minerales esclerógenos (silicosis, antracosis, asbestosis) y sílico tuberculosis; enfermedades causadas por el belirio, fósforo, manganeso, cromo, arsénico, mercurio, plomo, sulfuro de carbono, benceno, cadmio, sustancias asfixiantes (como óxido de carbono, entre otras); bronconeumopatías debidas al polvo de metales duros; asma profesional causada por agentes sensibilizantes o irritantes; hipoacusia causada por el ruido constante; enfermedades causadas por las vibraciones (afecciones

de los músculos, tendones, huesos, articulaciones, vasos sanguíneos periféricos o nervios periféricos) y neoplasia pulmonar o mesotelioma causada por el asbesto. Los trabajadores mineros, también, están expuestos a riesgos físicos como el ruido, vibraciones, humedad extrema, radiaciones, así como a riesgos biológicos y químicos, entre otros. Asimismo, se destaca también las dificultades y los trastornos fisiológicos que comporta el trabajo físico en altura” (Puntriano Rojas, 2006, p. 29).

3.1.8. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783 Art. 49 inciso d) modificado por el Art. N° 2 de la Ley N° 30222, publicado el 11 de julio de 2014; prescribe “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.

Frente al citado artículo la investigación realizada propone lo siguiente:

““practicar exámenes médicos cada dos años, de manera obligatoria, a cargo del empleador. Los exámenes médicos de salida deben ser practicados de oficio por parte del empleador. 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.

3.2. Evitar posibles indemnizaciones asociadas a enfermedades ocupacionales que no fueron identificadas al terminar el vínculo laboral y que limiten los próximos trabajos

El segundo fundamento y no menos importante es prevenir las posibles indemnizaciones derivadas de los accidentes laborales, pues constituyen un grave y serio problema de la salud pública, problema que se puede prevenir y evitar con la realización de forma oportuna del examen médico ocupacional y a través de una cultura de prevención de riesgos, que el empleador no pone en práctica, viéndose perjudicado los trabajadores más aun con la reciente modificatoria en donde es este último que debido a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, tiene que solicitar al término de la relación laboral la aplicación del examen médico ocupacional. Por lo que dada, la magnitud del problema son diversos los pronunciamientos y recomendaciones por parte de la OIT, no obstante debe considerarse que tanto las enfermedades profesionales como los accidentes de trabajo, están asociadas a una serie de condiciones propios de la actividad laboral como el lugar de trabajo, alimentación, estrés laboral entre otros; todos esos factores son notados en la ficha médico ocupacional, en la ficha psicológica ocupacional y en el informe técnico de vigilancia de la salud de los trabajadores, regulado por el protocolo emitido por el Ministerio de Salud, frente a ello cabe la pregunta ¿Qué importancia tiene la emisión de estos informes al término de la relación laboral? Sin duda, la respuesta cae por sí misma, es que dichas evaluaciones le permitirán tanto al trabajador como al empleador conocer el estado de salud en que se encuentra el

trabajador, a efectos de determinar de ser el caso de una indemnización y/o pensión vitalicia producto de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional. Pero, el problema se presenta cuando esta evaluación que debe realizar de oficio al término de la relación laboral tiene que ser solicitada por el trabajador, sobre ello no encontramos ningún fundamento razonable, lógico y coherente por el cual sea el trabajador quien deberá solicitar dicho examen, advirtiendo con ello la enorme lesión a los principios o preceptos constitucionales.

Así, Esteve precisa “la población trabajadora se somete a una mayor susceptibilidad a enfermedades, accidentes y desgaste laboral, entendiendo al accidente de trabajo de conformidad con el D.S. N° 007-2007-TR como todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo” (Esteve, 2001, p. 59). Por ello consideramos pertinente analizar las instituciones relativas a los accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

3.2.1. Los accidentes de trabajo

Para Vásquez Vialard, en los accidentes de trabajo se identifican los siguientes elementos:

- *La necesidad de un siniestro ocurrido sobre la persona del trabajador; concretamente, una lesión o daño corporal (herida, golpe, contusión, etc.):* Aunque la noción podrá estar en principio asociada a impactos o golpes, hay que reparar en que no necesariamente ello es así. Así, por ejemplo, se ha mencionado que

en lo que respecta a lesiones corporales, debería entenderse incluidos los supuestos de inhalación súbita de sustancias químicas que producen un daño corporal. Entendiendo la limitación que podría suponer orbitar el concepto alrededor de una lesión corporal, es que muchas legislaciones han optado por incluir también, como consecuencia del accidente, cualquier tipo de perturbaciones funcionales. Eventos con resultados gravosos (incapacidades para el trabajo) o penosos (como la muerte del trabajador), con mayor razón, se deben entender incluidos en el concepto.

- *El sufrimiento de dicha circunstancia en ejercicio (o a causa) del trabajo o con motivo (u ocasión) del trabajo:* Estamos ante el elemento causal esencial que reclamaba la teoría del riesgo profesional y sobre el cual se han construido mayormente los diferentes conceptos legales referidos a la temática. Cabe señalar que a causa del trabajo y con ocasión del trabajo no son conceptos sinónimos, sino que ambos tienen proyecciones e implicancias distintas.
- Finalmente, y como un factor relevante para la diferenciación del accidente de trabajo del otro riesgo profesional típico constituido por la enfermedad profesional, la doctrina ha reafirmado que la afectación sobre el trabajador debe producirse por una causa exterior anormal y, generalmente, repentina y violenta (Vázquez Vialard, 1983, p. 249).

3.2.2. Las enfermedades profesionales

Esta institución ha sido desarrollada en diversos sistemas jurídicos del mundo, es así que en algunos países se considera el sistema de lista cerrada de enfermedades y el sistema de la cláusula abierta, en el ámbito de la seguridad social se usa el sistema de lista cerrada, mientras que en una cultura de prevención se opta por la cláusula abierta.

En nuestro país se optado por un sistema mixto, no obstante es la ley quien determina las enfermedades que tienen origen en el ámbito laboral; sobre el particular se tiene que “las legislaciones que adoptan posturas como ésta parten del entendido que los accidentes de trabajo son de más fácil e inmediata

verificación, de determinación más segura, mientras que las enfermedades profesionales, debido a su adquisición paulatina y la necesidad de contar con estudios médicos especializados, son de plasmación más compleja. De ahí que la ley establezca cuáles son las enfermedades que, para efectos legales, tendrán la consideración de ocupacionales” (Moreno Solada, 2010, p. 33).

María Igartua, establece como beneficios del sistema cerrado “la liberación de la carga de la prueba para la víctima respecto del nexo causal con el trabajo, pues la sola adquisición de la enfermedad catalogada en la lista legal será atribuida al trabajo bajo una presunción virtualmente absoluta, agilizando el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social. Como contrapartida, la gran desventaja es que el legislador no siempre actualiza la lista de manera periódica y existen muchas enfermedades posibles de ser atribuidas al trabajo que no se encuentran catalogadas (imputables a las nuevas sustancias empleadas, a los nuevos procedimientos, a las nuevas tecnologías, etc.), generando un desajuste, un anacronismo frente al progreso de la técnica y un cierto grado de desprotección al dilatar o perjudicar los legítimos intereses pensionarios y asistenciales de la víctima del siniestro” (Igartua Miro, 2005, p. 375).

Por otro lado, la citada jurista define a su vez el sistema de la cláusula abierta, la misma que “abierto supone la plasmación de un concepto general de enfermedad profesional, siendo que cada caso deberá ser evaluado conforme a dichas pautas generales a fin de determinar si existe la causalidad con las labores. Como lo mencionamos, éste es el método típico de las normas

preventivas de riesgos laborales, por cuanto el objetivo de éstas es lograr una prevención integral del riesgo y la garantía de la seguridad y salud del trabajador en todos los aspectos del trabajo, mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias; objetivo que se vería de alguna forma truncado si las normas de seguridad y salud en el trabajo optasen por encasillar y anquilosar los daños a la salud de los trabajadores en una lista estática y desentendida de la múltiple y evolutiva exposición a factores de riesgo físico, biológico, químico, ergonómico y psicosocial que pueden ser enfrentados, lo que ciertamente, el legislador está imposibilitado de advertir de antemano (p. 391).

En el caso peruano, las normas de seguridad y salud en el trabajo optan precisamente por este método de cláusula abierta, con el propósito de reconocer y viabilizar el dinamismo que debe ostentar el deber de prevención del empleador; es decir se entiende que las enfermedades profesionales son aquellas inherentes a determinadas tareas propias del ejercicio del trabajo o debido a condición o situación excepcional; es así que se resalta la importancia del examen médico ocupacional, a efecto de evitar posibles indemnizaciones derivadas de enfermedades profesionales que no fueron diagnosticadas al término de la relación profesional.

Así, la OIT “cree firmemente que los accidentes y las enfermedades profesionales pueden y deben ser prevenidos y que para conseguirlo es necesario adoptar medidas en el ámbito internacional, regional, nacional y empresarial. Parte de la respuesta consiste en promulgar una legislación

nacional adecuada sobre seguridad y salud en el trabajo y fomentar su observancia; los organismos de inspección del trabajo desempeñan aquí un papel clave. Parte de la respuesta también reside en que haya más o mejor educación y formación, y en que la seguridad y la salud en el trabajo estén mejor integradas en los cursos de formación vocacional así como en los programas de formación empresarial. Sin embargo, el verdadero éxito en la reducción de los accidentes y las enfermedades laborales sólo puede alcanzarse si todas las partes involucradas en la prevención asumen un compromiso concreto, un concepto que constituye el eje de lo que se ha dado en llamar una cultura de prevención en materia de seguridad y salud. Prevenir supone gestionar, prever, planificar y comprometerse para anticiparse a los peligros, evaluar los riesgos y adoptar medidas antes de que ocurra un accidente o se contraiga una enfermedad” (OIT, 2005, p. 32).

3.2.3. Sobre el accidente de trabajo y enfermedad profesional en cuanto al seguro social

De forma adicional, a la ley de seguridad y salud en el trabajo se ha emitido el decreto ley N° 18846 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°. 002-72-TR que crea el régimen legal del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP), el mismo que fue diseñado con la finalidad de brindar el seguro al personal obrero, bajo el razonamiento de que los obreros se encuentran expuestos a agentes causantes de enfermedades ocupacionales y a accidentes de trabajo, situación que hoy en día parecería

subjetivo, debido a que en diversas áreas laborales, el trabajador se encontraría expuesto a diversas enfermedades y/o accidentes de trabajo.

Por ende, las normas que integran el SATEP fueron las primeras, en la historia de la legislación peruana, definieron qué debía entenderse por accidente de trabajo y por enfermedad profesional, recogiendo el principio de causalidad con el trabajo y el accidente producido con ocasión del trabajo. Esta fue una necesidad que pasaron a ser contingencias cubiertas para la Seguridad Social, por lo que fue imprescindible que la ley determine el supuesto de hecho habilitante para que el trabajador siniestrado acceda a estos derechos de protección social y se genere, como contrapartida, la obligación estatal de asistencia. Es así, que el D.S. N° 002-72-TR fue la norma legal encargada de definir el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

Ahora bien, el SATEP fue derogado mediante la Ley N° 26790, denominada como ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, de fecha 17 de mayo de 1997, creándose el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) que sustituyó al SATEP. Este nuevo seguro complementario no estableció distinción entre los trabajadores afiliados, que sufriesen de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, puesto que podrían ser contratadas con el seguro social de EsSalud, entidad prestadora de salud (EPS) u oficina de normalización previsional (ONP), asimismo este nuevo régimen no limitó su ámbito de aplicación a los trabajadores obreros, sino a todo trabajador que se encuentre inmerso en las dos situaciones anteriormente descritas, debiendo para

ello establecerse las normas técnicas del seguro complementario, por ende el examen médico ocupacional a realizarse al término de la relación laboral va a prevenir de forma oportuna los siguientes supuestos:

- Detectar la enfermedad profesional o el accidente de trabajo ocasionado.
- Realizar de manera oportuna la acción civil, penal o previsional contra el empleador.

En ese contexto, y concordante con la opinión versada, el jurista Salcedo ha llegado a identificar los siguientes criterios:

“a) El elemento subjetivo: el trabajador: El sistema de protección está diseñado esencialmente para los trabajadores por cuenta ajena. Éste es su ámbito obligatorio.

b) Un elemento objetivo: la lesión orgánica o perturbación funcional, esto es, el accidente de trabajo supone un daño sufrido por el cuerpo del trabajador, pudiendo originarse típicamente por traumatismos, heridas, cortes, quemaduras, aplastamientos, etc. Estos eventos tienen la particularidad de ser externalidades que no pueden ser controladas por el trabajador, de ahí que la ley preceptúe como condición el que exista una acción imprevista, fortuita u ocasional externa, repentina y violenta.

c) El factor conector: en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo, es considerado como el elemento más conflictivo de todos, pues es el que, con diversa casuística, permite atribuir la dolencia del trabajador a la realización o ejecución de las prestaciones comprometidas en el contrato de trabajo” (Salcedo Beltrán, 2000, p. 45).

De ello, se desprende que los accidentes de trabajo como las enfermedades profesionales, se derivan del factor preventivo que debe realizar el empleador, como medida o mecanismo de la prevención de los riesgos laborales, y un claro ejemplo de ello es el examen médico ocupacional, que debe ser realizado de manera obligatoria y a cuenta del empleador, en el inicio,

durante y al término de la relación laboral, otorgándole mayor importancia a esta última etapa, pues ello determinará en gran medida la atribución de responsabilidades contractuales o extracontractuales, de allí que radica el deber de prevención del empresario.

Por lo que, la actual modificatoria, lejos de promover la cultura preventiva, permite exclusiones, genera la ineficacia de gestión de riesgos laborales, propicia por el contrario un ambiente, procedimiento o circunstancia que pudiese generar un daño o un perjuicio a la seguridad, a la integridad o a la vida del trabajador, de allí que el empleador es el responsable de verificar la idoneidad y seguridad; así como las condiciones de profesionalidad.

3.2.4. Sobre la implementación de un servicio médico ocupacional

A raíz de que la presente investigación, tiene por finalidad modificar la ley de seguridad y salud en el trabajo, respecto a la obligatoriedad del examen médico ocupacional, al término de la relación laboral y de oficio por parte del empleador, ha surgido la necesidad de que el examen médico ocupacional sea extendido a un servicio de salud ocupacional, el mismo que se constituye mediante un equipo multidisciplinario liderado por un médico ocupacional, el mismo que tiene por misión ejecutar todas las actividades de vigilancia de la salud de los trabajadores, este servicio será de gran beneficio y utilidad tanto para los empleadores como los trabajadores, pues se trata de un área especializada encargada de detectar una enfermedad profesional y por otro lado, brindar el tratamiento adecuado ante un accidente laboral.

Así, se establece que “un médico con especialidad en Medicina Ocupacional, Medicina del Trabajo o Medicina Interna, o ser un médico cirujano con maestría en Salud Ocupacional o con un mínimo de tres (3) años de experiencia en Medicina Ocupacional, con habilitación profesional emitida por el Colegio Médico del Perú. El médico ocupacional debe estar acompañado, por lo menos, por un ingeniero de higiene y seguridad ocupacional, un profesional de la salud (licenciado en Enfermería o Psicología) o un Ingeniero con especialidad en Seguridad y Salud Ocupacional. El Servicio de Salud Ocupacional deberá contar con un espacio físico adecuado, equipo médico básico y el personal administrativo necesario para la ejecución de sus actividades.

Con respecto a los servicios de apoyo (toxicología, laboratorio, radiología, espirometría y audiometría) que pudiera requerir el Servicio de Salud Ocupacional, estos deberán tener sus funciones acreditadas y aprobadas por la autoridad de salud de su jurisdicción, de acuerdo a las normas del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de Servicios de Salud y Salud Ocupacional del Ministerio de Salud, de las Direcciones Regionales de Salud o de la DIGESA. Asimismo, deberán contar con personal capacitado en salud ocupacional, infraestructura mínima, material tecnológico y una póliza en caso de perjuicio para la salud de los trabajadores” (Ugaz Olivares, 2005, p. 7).

Resulta necesario y por ende obligatorio, citar la doctrina impuesta por la Corte Suprema, sobre accidentes de trabajo, así lo definió la Corte Suprema

de Justicia, mediante la sentencia recaída en la Casación Laboral N° 1225-2015 Lima, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria del máximo tribunal, que declara infundado el recurso interpuesto en un proceso ordinario de indemnización por daños y perjuicios.

Este máximo tribunal, indica “el trabajo es realizado conforme a las instrucciones del empleador con sometimiento a sus directrices respecto al modo, intensidad, tiempo y lugar, integrándose el trabajador a un todo organizado, el que no controla y, más bien, se encuentra impedido de establecer por sí mismo las medidas de seguridad necesarias para realizar su labor, por lo que ellas recaen en el empresario.

Por lo tanto, considera que la deuda del empleador se extiende a la protección íntegra del trabajador, de su salud y seguridad, siendo suficiente con que el daño se produzca como causa de la prestación laboral para que se proceda al análisis de los demás elementos tipificantes de la responsabilidad contractual a fin de determinar si el daño se deriva de un incumplimiento contractual del empleador. En consecuencia, el tribunal concluye que la responsabilidad del empleador frente a un accidente de trabajo o enfermedad profesional es contractual.

En ese contexto, agrega que la obligación esencial de todo empleador es cumplir las obligaciones fijadas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, garantizando la protección, 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. Es decir, para la Corte Suprema ya no solo es suficiente contar con un seguro para que asuma los daños del accidente, sino que el empleador o empresa deberá, asimismo, acreditar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, a fin de evitar su responsabilidad.

En función a la doctrina acogida, el supremo tribunal considera que si le ocurre un accidente al trabajador o a un tercero como un locador, y el empleador no acredita el cumplimiento de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo, este deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados, incluso aun cuando acredite el pago del seguro complementario de trabajo de riesgo.

Corresponde al empleador garantizar en el centro de trabajo el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, salud y bienestar de los trabajadores y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o están dentro del ámbito del lugar de labores. El empleador debe asumir las implicancias económicas, legales y de cualquier índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones. Los trabajadores tienen derecho a que el Estado y

los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas” (Arturo de Diego, 2016, p. 24).

Con ello, se evidencia urgente necesidad de protección del trabajador, frente a un accidente de trabajo, donde no solo será necesario un seguro complementario de trabajo, sino también la implementación de todo un sistema ocupacional, de lo contrario el empleador se encontrará sujeto a indemnizaciones. La situación expuesta por la Corte Suprema, no ha sido tomada en cuenta por el legislador, pues este último lejos de asumir una en pro del trabajador, se ha orientado en establecer que el examen médico ocupacional al término de la relación laboral sea solicitado por el trabajador, cuando debe ser realizado de oficio por el empleador.

Así, el Decreto Supremo N° 016-2016-TR que modifica el artículo 101 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo establece, además, que los trabajadores o empleadores podrán solicitar, al término de la relación laboral, la realización de un examen médico ocupacional de salida, mediante una interpretación contrario sensus se establece que la obligación del empleador de efectuar este tipo de prueba, se generará al existir la solicitud escrita del trabajador, no obstante el legislador no se ha planteado las siguientes interrogantes ¿Qué sucede si el trabajador no puede firmar?, ¿Qué sucede si luego de firmado y entregado el documento el empleador hace caso omiso al examen médico ocupacional?, ¿podría el trabajador demandar sobre la base de un examen de salud particular?, ¿Si los exámenes al término de la relación son

facultativos, que sucede si al trabajador se le diagnostica una enfermedad profesional?, ¿No se estaría generando en el empleador la posibilidad de omitir algunas situaciones indemnizatorias? Todas las preguntas formuladas, no hacen mas que avisorar la urgente necesidad de establecer una modificación a la ley y reglamento respectivo.

Independientemente, de lo antes esgrimido podemos señalar el impacto social que genera los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, tanto en el trabajador como en su entorno, evidentemente este impacto social se deriva de la suma de los costos directos más los efectos indirectos originados por los accidentes de trabajo y las enfermedades de trabajo. “Se han mencionado múltiples fenómenos adicionales cuya magnitud es muy difícil de precisar, pero que deben ser considerados y ponderados por su gran relevancia. Estos son a saber:

a) Para el trabajador: Las afectaciones directas a su persona, a sus capacidades personales y a sus expectativas de desarrollo individual, tales como: El sufrimiento físico y moral, la disminución o pérdida de sus capacidades físicas, la disminución de su vida productiva, la restricción de su ingreso económico y presupuesto personal, la disminución de sus expectativas de desarrollo personal, la disminución de su esperanza y calidad de vida.

b) Para la familia: La disminución de las expectativas de desarrollo de los miembros del núcleo familiar que dependen del trabajador, así como aparición de fenómenos de alteración de la dinámica familiar en relación con la

disminución del ingreso y presupuesto familiar y la presencia de disfunción familiar.

c) Para la sociedad: Desde el punto de vista social, de acuerdo a la magnitud de las secuelas de los Riesgos de Trabajo y en forma inversamente proporcional a la efectividad de la rehabilitación se presentan habitualmente fenómenos tales como la discriminación laboral, la segregación social, las conductas antisociales, la psicopatología, la mortalidad prematura” (Casma Rodas, 2003, p. 348).

3.2.5. La enfermedad ocupacional y deterioro de la salud como parametro para modificar la ley de seguridad y salud en el trabajo

En toda situación laboral, existen determinadas situaciones y características capaces de producir o generar un riesgo y por ende potenciar un daño a la salud del trabajador, es así que la enfermedad ocupacional se debe a los estados patológicos contraídos o agravados con ocasión del trabajo o la exposición al medio en el que el trabajador se encuentra obligado a trabajar; como aquellos imputables a la acción de condiciones antiergonómicas, meteorológicas, agentes físicos, mecánicos, químicos, biológicos, factores psicosociales y emocionales, que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes, que afectan la salud del trabajador.

En tanto, el deterioro de la salud se constituye como un daño potencial, que el legislador no ha tomado en cuenta como fundamento para no modificar la ley de seguridad y salud en el trabajo, pues tal como indica Enríquez y Sánchez el deterioro de la salud implida “la condición física o mental adversa identificable, que sobreviene y/o se empeora por la actividad laboral y/o situaciones relacionadas con el trabajo” (Enríquez, 2010, p. 27). De ello, se colige que el legislador peruano unicamente, ha adoptado la figura de las enfermedades ocupacionales, mas no al deterioro de la salud, el mismo que en nuestra opinión será determinado al término de la relación laboral, con el examen médico ocupacional de salida, que debe ser realizado de oficio por el empleador, a efectos de determinar el estado integral de salud, en el que se retira el trabajador y verificar si existe o no un deterioro en su salud, la magnitud de este y las posibilidades de que se originen determinadas enfermedades, esto será beneficioso pues a nos permite establecer la existencia de determinados casos de responsabilidad civil.

Un claro fundamento que sustenta la presente investigación, es lo expuesto por el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, que establece la indenzamizacion por daños y perjuicios derivados de enfermedades profesionales, en cuanto a *la responsabilidad del empleador en los daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional y su naturaleza contractual*, así como la necesidad de calificar la misma como tal por el demandante, el pleno estableció que “la relación causal entre la enfermedad profesional y la clase de trabajo que desempeña el trabajador o el ambiente en el que ha desarrollado su

labor; por lo tanto, los reclamos como consecuencia de sus estragos son calificados como un conflicto esencialmente laboral.

Este entorno laboral que rodea a la responsabilidad contractual, hace que las normas que inspiran el Derecho del Trabajo, también sean exigidas a nivel de la prestación de servicios; sino que también, sirven como fundamento del proceso en que se ventile un conflicto de este naturaleza; así, al momento de interponer una demanda de indemnización por daños y perjuicios, y aún cuando la calificación efectuada por el trabajador demandante.

Llegando a la conclusión que la responsabilidad del empleador por los daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional es de naturaleza contractual, y así debe ser calificada por el Juez, independientemente de la calificación o de la omisión en la calificación por parte del demandante o del demandado” (García Murcia, 1997, p. 190).

En cuanto a la necesidad de que el demandante acredite los elementos de la responsabilidad civil, se establece que en “los casos de indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional, se hace necesario analizar las especiales características del contrato de trabajo entre las partes y las obligaciones que de él emanen, entre las que se encuentran las inherentes a la actividad productiva desarrollada por el empleador en determinada área (minero, por ejemplo); dicho de otro modo, la observancia de las disposiciones legales especiales dictadas para dicho sector. En este sentido, el empleador

tiene la obligación de brindar al trabajador todas las seguridades para que pueda efectuar su trabajo de una manera adecuada, sin riesgos o con la protección debido frente a los riesgos de la propia actividad.

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” (Pleno Laboral, 2012, p. 51).

Finalmente, en cuanto a la forma de determinar el quantum indemnizatorio el pleno ha llegado a indicar que “probada la existencia del daño, pero no el monto preciso del resarcimiento, para efectos de determinar el quantum indemnizatorio es de aplicación lo establecido en el artículo 1332° del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas suficientes sobre el valor del mismo” (Pazos Hayashida, 2007, p. 676).

El pleno antes citado, que ha sido comentado por varios juristas, precisa de manera clara y concreta, que es el trabajador quien debe probar ante la existencia de un daño, en consecuencia, se tiene que solo se podrá acreditar en la medida que el examen médico ocupacional sea realizada al término de la relación laboral de oficio, sin que sea necesario esperar a que sea el trabajador quien solicite el examen, con ello acreditamos que la modificatoria realizada colisiona con el aspectos procesal laboral.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

La presente investigación, tiene por finalidad establecer los fundamentos socio jurídico, por los cuales se debe modificar la ley de seguridad y salud en el trabajo, así como su reglamento, respecto a la no obligatoriedad del examen médico ocupacional a iniciativa del empleador, al término de la relación laboral.

El conflicto jurídico surge a raíz de la modificatoria realizada mediante D.S. N° 016-2016, que modifica el artículo 101° del reglamento de la ley de salud y seguridad en el trabajo. Este artículo prescribe que, el examen médico ocupacional será realizado por el empleador al término de la relación laboral y a costo de este, siempre y cuando el trabajador lo solicita por escrito. Por ende consideramos que dicha modificatoria contraviene preceptos constitucionales laborales, pues no existe protección de los derechos laborales y del derecho a la salud del trabajador y sobre todo con esta modificatoria se estaría evitando posibles indemnizaciones asociadas a enfermedades ocupacionales que no fueron identificadas al terminar el vínculo laboral y que limiten los próximos trabajos.

Por lo que, atendiendo a la naturaleza de la muestra no probabilística, y dado el desarrollo de la presente investigación, se ha creído conveniente realizar entrevista a especialistas del derecho laboral, de salud y seguridad laboral (entre abogados y médicos ocupacionales) en la medida que tiene por finalidad demostrar como

fundamento fáctico, que el examen ocupacional debe ser realizado en las tres etapas de la relación laboral (inicio, vigencia, término) de oficio y a cuenta del empleador, así como las falencias que giran en torno al examen médico ocupacional. En ese contexto, se establecen los siguientes cuadros a efectos de acreditar y dar mayor validez a nuestra hipótesis, teniendo presente que los datos de identidad han sido reservados por cuestiones de ética en el desarrollo de investigación; se hace hincapie que a los entrevistados se les explico el contenido y alcances de la presente tesis; los resultados son expresados de la siguiente manera:

Entrevistado N° 01

Entrevistado	MEDICO OCUPACIONAL MEDICO AUDITOR
Cobertura	Ciudad de Cajamarca
Instrumento Utilizado	Entrevista
Fecha de Aplicación	Marzo del 2017
<u>Pregunta N° 01</u> ¿El empleador cumple con realizar los exámenes al término de la relación laboral? Indique el procedimiento que se sigue.	El empleador, debe cumplir los exámenes ocupacionales según lo que establece el Reglamento de la ley de SST “Artículo 101.- El empleador debe realizar los exámenes médicos comprendidos en el inciso d) del artículo 49 de la Ley, acorde a las labores desempeñadas por el trabajador en su récord histórico en la organización, dándole énfasis a los riesgos a los que estuvo expuesto a lo largo de desempeño laboral. Los exámenes médicos deben ser realizados respetando lo dispuesto en los Documentos Técnicos de la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores expedidos por el Ministerio de Salud, o por el organismo competente, según corresponda” El procedimiento a seguir se encuentra descrito en los Documentos Técnicos emitidos por el MINSA, denominados “Protocolo de Exámenes Médico Ocupacionales y Guías de Diagnósticos de los Exámenes Médicos” los cuales son Obligatorios por Actividad, y han sido aprobados mediante Resolución Ministerial N° 312-2011-MINSA.

<p align="center"><u>Pregunta N° 02</u></p> <p>¿Cuáles eran las ventajas de que el examen médico ocupacional sea realizado de oficio por el empleador al término de la relación laboral?</p>	<p>VENTAJAS PARA EL COLABORADOR:</p> <p>Las ventajas las podemos explicar en base al concepto a continuación:</p> <p>El concepto de Examen Ocupacional de Retiro, extraído del documento Técnico : “PROTOSCOLOS DE EXAMENES MEDICOS OCUPACIONALES Y GUIAS DE DIAGNOSTICO DE LOS EXAMENES MEDICOS OBLIGATORIOS POR ACTIVIDAD, es el siguiente:</p> <p>“Evaluación Médico Ocupacionales de Retiro o de Egreso: Evaluación médica realizada al trabajador respecto de su estado y condición de salud días previos al cese laboral, tendrán validez los exámenes ocupacionales realizados con una antigüedad no mayor de 2 meses. Mediante este examen se busca detectar enfermedades relacionadas al trabajo, secuelas de accidentes de trabajo y en general lo agravado por el trabajo”</p> <p>El objetivo de este examen es claro, pues al finalizar el vínculo laboral, el medico ocupacional, deberá decidir que exámenes realiza en busca de posibles enfermedades ocupacionales y en base a los antecedentes el colaborador.</p> <p>Ejm: Si tengo un trabajador de oficina (NO ALTO RIESGO), cuya frecuencia de examen es cada dos años, YO como médico de la empresa, decido un examen de salida pues considero que el trabajador tiene LUMBALGIA mi responsabilidad me obliga a no dejar que ningún trabajador se retire con alguna enfermedad, tengo que asegurar que sea apto en otros trabajos, sino puede DEMANDAR a la empresa.</p> <p>VENTAJAS PARA LA EMPRESA:</p> <p>Asegurar que todos sus trabajadores sean APTOS para otros trabajos, y evitar demandas.</p>
<p align="center"><u>Pregunta N° 03</u></p> <p>¿Cuáles son las desventajas de que el examen médico ocupacional no sea realizado de oficio por el empleador al término de la relación laboral?</p>	<p>DESVENTAJAS PARA EL COLABORADOR:</p> <p>Ninguna</p> <p>DESVENTAJAS PARA LA EMPRESA:</p> <p>Los exámenes ocupacionales son muy costosos, la desventaja podría ser económica.</p>
<p align="center"><u>CONCLUSION</u></p>	<p>Al hacer que los exámenes de salida sean FACULTATIVOS, se genera un vacío en la protección al trabajador ya que el examen se realizará a solicitud de : “ el empleador o el trabajador”</p> <p>NO se puede dejar en manos del trabajador una DECISION TECNICA, esto dependerá del médico, quien evaluara los antecedentes del trabajador y decidirá su examen, y por otro lado si depende del empleador, este SIEMPRE preferirá AHORRAR y podría coaccionar al médico y no solicitar el examen de salida.</p>

Entrevistado N° 02

Entrevistado	MEDICO OCUPACIONAL MEDICO AUDITOR
Cobertura	Ciudad de Cajamarca
Instrumento Utilizado	Entrevista
Fecha de Aplicación	Marzo del 2017
<u>Pregunta N° 01</u> ¿El empleador cumple con realizar los exámenes al término de la relación laboral? Indique el procedimiento que se sigue.	Si el colaborador solicita se le pase el examen de término de la relación laboral y se procede; sino lo solicita, la empresa no se responsabiliza
<u>Pregunta N° 02</u> ¿Cuáles eran las ventajas de que el examen médico ocupacional sea realizado de oficio por el empleador al término de la relación laboral?	Tener acceso al seguro para el colaborador en caso este tenga una enfermedad ocupacional.
<u>Pregunta N° 03</u> ¿Cuáles son las desventajas de que el examen médico ocupacional no sea realizado de oficio por el empleador al término de la relación laboral?	Los gastos que lo exámenes de termino de relación laboral que se generan.
<u>CONCLUSION</u>	Si se tiene en cuenta que los exámenes médicos ocupacionales se realizan en tres etapas de la relación laboral, como médicos nos limitamos a realizar la evaluación y diagnóstico correspondiente, no obstante hemos visto que la mayoría de enfermedades diagnosticadas se presentan al término del vínculo laboral, entre las más comunes el estrés laboral y aquellos relacionados a la fibromialgia crónica con repercusiones futuras.

Entrevistado N° 03

Entrevistado	MEDICO OCUPACIONAL MEDICO AUDITOR
Cobertura	Ciudad de Cajamarca
Instrumento Utilizado	Entrevista
Fecha de Aplicación	Marzo del 2017
<u>Pregunta N° 01</u> ¿El empleador cumple con realizar los exámenes al término de la relación laboral? Indique el procedimiento que se sigue.	El empleador mediante el área de bienestar nos remite, normalmente de forma trimestral la lista de trabajadores que se tienen que someter al examen ocupacional, para ello evaluamos los antecedentes laborales, genéticos entre otros. No obstante, hemos podido advertir que al término de la relación laboral se remite un oficio donde indica el fin del vínculo laboral. Por lo que, considero que en atención a la nueva modificatoria el empleador estaría cumpliendo la ley.
<u>Pregunta N° 02</u> ¿Cuáles eran las ventajas de que el examen médico ocupacional sea realizado de oficio por el empleador al término de la relación laboral?	Atendiendo a la nueva modificación legislativa que se ha realizado, las ventajas que hemos podido advertir son: impulso por parte del empleador de realizar los exámenes médicos, rapidez en cuanto a la notificación al empleador para realizarle el examen, y certeza en cuanto al diagnóstico médico pues permitirá establecer una relación entre la actividad laboral y enfermedad detectada.
<u>Pregunta N° 03</u> ¿Cuáles son las desventajas de que el examen médico ocupacional no sea realizado de oficio por el empleador al término de la relación laboral?	Pues, perjudicará al trabajador debido a que este tendrá que solicitar por escrito la realización de su examen, ello genera algunos inconvenientes como lo es cuando no está el trabajador presente o este se encuentre imposibilitado físicamente. Ello le afecta, debido a que con la nueva modificatoria es el trabajador quien debe solicitar por escrito la realización del examen médico ocupacional.
<u>CONCLUSION</u>	En calidad de médicos nos ceñimos a las disposiciones reglamentarias para la realización de un examen médico ocupacional, existiendo parámetros para ello. Pero, en mi opinión considero que se da una afectación al trabajador al requerir que este último solicite el examen médico por escrito, no encuentro una razón para ello.

Entrevistado N° 04

Entrevistado	ESPECIALISTA EN SALUD Y SEGURIDAD LABORAL
Cobertura	Ciudad de Cajamarca
Instrumento Utilizado	Entrevista
Fecha de Aplicación	Marzo del 2017
<u>Pregunta N° 01</u> ¿El empleador cumple con realizar los exámenes al término de la relación laboral? Indique el procedimiento que se sigue.	El empleador se encuentra obligado a realizar los exámenes médicos ocupacionales, de lo contrario será pasible de multa. No obstante, se advierte una situación peculiar, el hecho de que al término del vínculo laboral es el trabajador quien lo solicita por escrito, por ende ahora la obligación recae en este último.
<u>Pregunta N° 02</u> ¿Cuáles eran las ventajas de que el examen médico ocupacional sea realizado de oficio por el empleador al término de la relación laboral?	En cuanto a las ventajas puedo indicar: Que la actividad e iniciativa recaía en el empleador, es decir este tenía que realizar los trámites necesarios para el cumplimiento del examen médico. Por otro lado, está el hecho de que se garantiza el respaldo y seguridad a trabajador, de que culminado su contrato laboral, sea sometido de oficio por al examen médico.
<u>Pregunta N° 03</u> ¿Cuáles son las desventajas de que el examen médico ocupacional no sea realizado de oficio por el empleador al término de la relación laboral?	Como desventaja tenemos: -La afectación potencial a los derechos laborales del trabajador, debido a recae en él, la obligación de impulsar y lograr la realización del examen médico ocupacional. -Limita de forma considerable al trabajador ante la posibilidad de accionar por indemnización de daños y perjuicios debido a que la actual jurisprudencia requiere como requisito principal el examen médico ocupacional.
<u>CONCLUSION</u>	En virtud a la explicación realizada y como conocedor de la materia considero que la reciente modificatoria afecta seriamente los derechos del trabajador, pues libera al empleador de que este realice el examen médico ocupacional, es decir solo lo realizará en la medida que sea solicitado.

Entrevistado N° 05

Entrevistado	ESPECIALISTA EN SALUD Y SEGURIDAD LABORAL
Cobertura	Ciudad de Cajamarca
Instrumento Utilizado	Entrevista
Fecha de Aplicación	Marzo del 2017
<u>Pregunta N° 01</u> ¿El empleador cumple con realizar los exámenes al término de la relación laboral? Indique el procedimiento que se sigue.	Antes de la modificatoria el empleador era el obligado a cumplir con el examen médico ocupacional, en cuanto al término de la relación laboral se refiere, ahora el empleador se ciñe a los protocolos de examen médicos ocupacionales así como guías de diagnóstico para exámenes médicos ocupacionales una vez que sea petitionado por escrito.
<u>Pregunta N° 02</u> ¿Cuáles eran las ventajas de que el examen médico ocupacional no sea realizado de oficio por el empleador al término de la relación laboral?	En cuanto a las ventajas: -Permite al trabajador que de forma automática al término de la relación laboral el examen médico sea realizado sin mayor trámite. -Genera menores costos al trabajador.
<u>Pregunta N° 03</u> ¿Cuáles son las desventajas de que el examen médico ocupacional no sea realizado de oficio por el empleador al término de la relación laboral?	Como desventajas podemos identificar: -Genera gastos innecesarios en el trabajador. -Evita de manera gradual plantear una acción civil. -Atenta los derechos laborales
<u>CONCLUSION</u>	Actualmente se ha dejado de lado los principios de la ley de seguridad y salud en el trabajo, esto es, la prevención de daños, por lo que la finalidad de los exámenes médicos es promover la salud de los trabajadores así como generar ambientes de trabajo saludables; y servicios de salud ocupacional adecuados para los trabajadores.

4.2. ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

De acuerdo a las entrevistas realizadas y en virtud al análisis dogmático desarrollado, hemos encontrado fundamentos jurídicos sociales suficientes por los cuales se debe modificar la Ley de Seguridad y Salud en el trabajo en el extremo del examen médico ocupacional.

En principio, hemos podido advertir que el contexto socio jurídico en virtud del cual se emite la legislación laboral (salud ocupacional) ha cambiado de forma considerable, pues el objetivo de proteger la salud y seguridad de los trabajadores, hoy en día viene a la par del principio de prevención y organización, no obstante a pesar de los reiterados esfuerzos existen serias falencias, entre ellas el D.S. N° 016-2016-TR que modifica la realización del examen médico ocupacional estableciendo que en cuanto a la realización del examen al término del vínculo laboral este sea realizado por escrito y a petición del trabajador. Sobre ello se tiene que, los instrumentos internacionales como es el caso de la Organización Internacional del Trabajo conjuntamente con la Organización Mundial de la Salud han precisado que ocurren mayor índice de enfermedades profesionales detectadas, precisando al respecto que más de 160 millones de enfermedades profesionales son no mortales, en tanto que 2.3. millones de muertes relacionadas al trabajo son consecuencia de 350,000 por accidentes mortales y 1.7 a 2 millones son consecuencia de enfermedades profesionales.

Ello refleja la importancia vital de una correcta y eficiente regulación, esta “correcta y eficiente regulación” debe ser guiada por principios pro trabajador, es

decir por el Principio de Prevención, Responsabilidad, Gestión Integral, Atención Integral de Salud y Protección, nos referiremos de forma peculiar a cada principio y su afectación por esta reciente modificatoria:

a) En cuanto al Principio de Prevención: Este principio implica la obligación del Empleador de establecer los medios y condiciones que protejan la vida, salud y bienestar de los trabajadores. Ahora bien, se entiende que este principio rige no solo durante la relación laboral sino al término de la misma, es decir el último mecanismo a realizar por parte del empleador es la realización de examen médico ocupacional que debe ser realizado de oficio, solo así podemos decir que se da cumplimiento a este principio.

Realza nuestro comentario, el hecho de que la segunda parte de este principio indica que el empleador debe considerar los factores sociales, laborales y biológicos entre otros; al respecto es claro que el trabajador es la parte débil de la relación laboral, muchas veces con poca estabilidad económica, de allí que el empleador debe valorar esos factores sociales y realizar el examen médico ocupacional de oficio, con ello se advierte que el legislador no ha valorado este principio inherente del derecho laboral.

b) Sobre el Principio de Responsabilidad: En virtud de cual el empleador asume las implicancias económicas legales y de cualquier otra índole, es decir derivadas de un accidente o enfermedad que sufra en trabajador en el desempeño de sus funciones. Este principio, queda lesionado y vulnerado con la citada modificatoria, pues tal y como ha advertido en la hipótesis evita

posibles indemnizaciones por parte del empleador, debido a que el examen médico al final del vínculo laboral debe ser solicitado por el trabajador y en caso que no lo realice e inicie un proceso judicial, hemos verificado que no le otorgan mayor protección, debido a que señalan que el informe pericial médico debe ser expedido por el médico ocupacional, más no un examen médico de parte.

Por lo que, si bien es cierto la responsabilidad implica asumir los gastos derivados de accidentes y/o enfermedades profesionales, este principio debió ser tomado en cuenta al momento de emitir el decreto supremo que origino la presente investigación.

c) Principio de Gestión Integral: Es uno de los principios más importantes en virtud del cual todo empleador promueve e integra la gestión de seguridad y salud en el trabajo a la gestión general de la empresa. Esto ha sido verificado mediante el SGSST (Sistema de Gestión de Salud y Seguridad en el Trabajo) en virtud del cual toda empresa se encuentra en la obligación legal de implementar políticas que unifiquen la gestión de la empresa con la salud y seguridad de los trabajadores.

Ahora bien, la relación existente con el examen médico ocupacional es, que la gestión que se entiende abarca la realización de estos exámenes deben estar debidamente organizados y orientados a fin de que culminado el vínculo laboral, el trabajador sin mayor trámite se someta a dicho examen,

con ello se garantiza el cumplimiento de la norma por parte del empleador y la rapidez y celeridad para el trabajador.

d) Principio de atención integral de la salud: en nuestra opinión es el principio más importante que sustenta la presente tesis, y cuyo fundamento se evidencia en nuestra hipótesis, y las encuentra realizadas, pues este principio implica que los trabajadores que sufran de algún accidente de trabajo o enfermedad ocupacional tiene derecho a las prestaciones de salud necesarias y suficientes. Es decir, ese derecho o acceso a la prestaciones de salud, no solo debe entenderse una vez que el daño o enfermedad se cometió sino que debe ser de aplicación con anterioridad al inicio y término de la relación laboral, pues el acceso a la prestación de salud se da en cuanto a la realización del examen médico ocupacional de oficio, sin mayor trámite alguno que el realizado por el empleador, ello queda corroborado con la entrevista realizada a los médicos ocupacionales, quienes de forma unánime respondieron que el examen médico de salida es facultativo, pues dependía del trabajador si lo solicita o no, con ello no se garantiza de forma concreta, real y total el acceso a la salud, pues deja a potestad de este último la aplicación de dicho examen.

e) Principio de Protección: Este principio se encuentra relacionado de forma directa con el primer fundamento de nuestra hipótesis, es decir que la modificatoria lesiona los derechos laborales y la salud del trabajador, pues al ser el Estado el llamado a asegurar las condiciones de trabajo dignas que

garanticen un estado de vida saludable, física y mental al trabajador, entendido en el ambiente de trabajo y las condiciones de trabajo, destinados al logro de los objetivos personales de los trabajadores.

En otras palabras, el Estado no puede ser a la vez garante y vulnerador de derechos, o es uno o el otro, y en el presente caso, es lamentable que haya tomado una decisión sin antes realizar una investigación previa sobre los pronunciamientos de organismos internacionales y la realidad socio jurídica de nuestro país.

Habiendo establecido la relación de los principios rectores de la salud y seguridad en el trabajo con nuestra investigación, conviene ahora indicar que la actual ley y reglamento refiere de forma expresa que sus disposiciones constituyen mínimos criterios para la prevención de riesgos laborales, es decir que los trabajadores conjuntamente con su empleador pueden negociar mejores condiciones que lamentablemente no se da; por lo que consideramos de darse la modificatoria esta encuentra sustento no solo en los principios regulados en la propia ley, sino también en las disposiciones de la Constitución Política del Perú en materia de protección de los derechos del trabajador.

Un aspecto importante e innovador que se debe adoptar, y que debe ser materia de fiscalización por parte de la autoridad administrativa de trabajo son las obligaciones que contempla la ley de seguridad y salud en el trabajo, de manera específica en el extremo de capacitar al personal en esta materia, es decir estos

programas que deberán forma parte de la jornada de trabajo deberán estar referidas entre otros materias a la realización del examen médico ocupacional en cuanto al trámite, beneficios, ventajas siendo necesario para ello que el empleador conjuntamente con el médico ocupacional realicen un cronograma de capacitaciones, a fin de acreditar su cumplimiento de esta obligación en el marco de una eventual fiscalización por parte del Ministerio de Trabajo.

Consideramos que en el Contrato de Trabajo, se deberá incluir como clausula expresa la realización del examen médico ocupacional, con mención expresa de que este se realizará al inicio, durante y al término del vínculo laboral de oficio por parte del Empleador, solo así se estará garantizando plenamente los derechos del trabajador. Por lo que, si bien esta propuesta abarca a aquellos que mantiene una relación laboral sujeto al D.L. N° 728, sería recomendable que esta descripción también se adjunte a los convenciones de las personas contratadas bajo alguna formalidad formativa u otros regímenes laborales especiales. Asimismo, un aspecto a tenerse en cuenta es que en el caso de los contratos de tercerización o intermediación se incluya de forma expresa la obligación de tercero de incluir la cláusula previamente señalada.

Solo se garantizará el respeto de los derechos del trabajador, en la medida que se genere un comité a cargo del control interno, gestión y realización del examen médico ocupacional, conformado por un médico ocupacional, el gerente de la empresa, asesor legal de la misma, quien deberá verificar el cumplimiento de los

requisitos expresamente establecidos en la norma, con ello la entidad empresarial vela por la seguridad y salud de su personal.

El empleador con la finalidad de evitar posibles demandas de indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de enfermedades ocupacionales se encuentra en la obligación de reubicar a los trabajadores vulnerables, la calidad de vulnerabilidad se encuentra acreditada con el examen médico ocupacional, con ello una vez más se acredita la importancia de que este examen será realizado en las tres etapas de la relación laboral, y con mayor fundamento sea realizado al término del vínculo laboral y con carácter de obligatorio, más no facultativo. Asimismo, el empleador está en la obligación de adoptar las políticas de trabajo que mejor les convenga, sin que ello implique un menoscabo a los derechos del trabajador.

Un aspecto que justifica la modificación del D.S. N° 016-2016-TR, es la responsabilidad penal del empleador, debido a la comisión del delito de atentado contra las condiciones de seguridad, tipificado en el artículo 168-A del Código Penal, en ese sentido se tiene la importancia de la realización del examen médico ocupacional obligatorio al término de la relación laboral, pues de lo contrario el empleador estaría infringiendo las normas propias de salud en el trabajo, en consecuencia, lo expuesto constituye un fundamento suficiente para la revisión y modificación de la ley y reglamento de salud y seguridad social.

Existe un argumento con base constitucional descrita en el primer fundamento de nuestra hipótesis, referida la protección de los derechos laborales, y dentro de esto se encuentra inmerso de forma implícita el principio de proporcionalidad, el que se

rige por los criterios de idoneidad, necesidad y proporcional, así nos pronunciaremos sobre cada uno de ellos, en relación a la obligatoriedad del examen médico ocupacional.

El *juicio de idoneidad* aplicado a la colisión de derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo, supone determinar si la medida o conducta empresarial es adecuada para la consecución de un interés o fin respaldado constitucionalmente. En otra idea, la no obligatoriedad del empleador de no realizar el examen médico ocupacional colisiona de forma expresa con varios derechos fundamentales como el derecho a la salud, derecho a la seguridad en el trabajo, derecho a laborar en un ambiente adecuado. Es decir, mediante el juicio de idoneidad se trata simplemente de que el medio (limitación) sea apropiado para conseguir la finalidad (protección de un bien o derecho constitucional). Donde el juez habrá de comprobar si la limitación impuesta por el empresario sirve o no para garantizar su libertad de empresa y las facultades de ella derivadas; si existe o no adecuación entre el acto limitativo del derecho fundamental de la persona del trabajador y el único derecho que puede enfrentarse a aquél.

El requisito de la idoneidad tiene forma de regla jurídica, es decir, obliga a rechazar aquellas medidas que no sean aptas para conseguir una determinada finalidad” y en ese sentido, se basa “en consideraciones fácticas: la adecuación o inadecuación de una medida no depende de sus consecuencias jurídicas o de su mayor o menor incidencia en ámbitos protegidos constitucionalmente, sino únicamente en su capacidad para conseguir la finalidad perseguida.

Por lo que la medida empresarial, es decir que el examen médico ocupacional por parte del empleador sea facultativo al término de la relación laboral es desproporcionada por falta de idoneidad o adecuación, ya sea tanto porque no sirva para su fin inmediato –no logra asegurar el fin concreto- como porque no sirve para el fin mediato –no hay conexión entre esa finalidad concreta y el derecho o interés constitucional alegado.

Se trata de determinar si el fin inmediato buscado por el empresario tiene conexión con un interés constitucional o derecho fundamental involucrado en la colisión respectiva. De modo tal que será inidónea la medida si entre el estado de cosas valioso perseguido por el empresario (fin inmediato) y su derecho constitucional (fin mediato), no existe relación ni conexión necesaria.

El juicio de necesidad implica que la medida que restringe un derecho fundamental no puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, y que a la vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor, es decir en el presente caso se tiene que el examen médico ocupacional restringe el derecho fundamental a la salud, la misma que no puede ser alcanzada con otro medio que no sea el informe o examen del médico ocupacional encargado, de lo contrario será imposible acudir a la vía judicial a demandar indemnización, siendo así el órgano judicial habrá de constatar si la constricción al derecho fundamental es estrictamente indispensable o imprescindible para salvaguardar la facultad que ha legitimado su adopción. Por consiguiente, el saldo del

juicio de indispensabilidad resultará negativo cuando la decisión empresarial sea la alternativa más gravosa entre las posibles.

La estructura del juicio de necesidad supone, en rigor, la concurrencia de tres elementos fundamentales: a) la existencia de medidas alternativas a aquella que es objeto del juicio de ponderación; b) la constatación de que existe una de dichas medidas que es igual o más eficaz para lograr el fin inmediato perseguido por el empresario y; c) que dicha medida restrinja de menor medida el derecho fundamental del trabajador; supuestos que la presente modificatoria no se dan, pues no existe otra medida o mecanismo que imite o reemplace al examen médico ocupacional, más aun si la jurisprudencia no valora un examen médico de parte que uno emitido por el medico ocupacional, siendo este último quien determina la existencia de enfermedades ocupacionales y su relación la actividad del trabajador.

Finalmente, en cuanto al *juicio de proporcionalidad*, denominado juicio de proporcionalidad en sentido estricto; exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican, es decir cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

La ponderación supondrá, entonces, avanzar el siguiente recorrido argumentativo: primero, el grado de afectación de la intervención o restricción provocada por la medida empresarial en el derecho fundamental del trabajador;

segundo, el grado de importancia para la satisfacción del interés ius fundamental del empresario de la medida en cuestión: y tercero, la comparación de ambas intensidades o grados para determinar qué derecho fundamental de la colisión entre trabajador y empresario debe prevalecer transitoriamente, cuya respuesta de forma definitiva debe ser la protección del derecho de la salud y seguridad del trabajador.

Por lo que, habiendo determinado los elementos por cuales es necesario modificar la ley y reglamento de salud y seguridad en el trabajo, en cuanto al examen médico ocupacional, corresponde precisar el grado de afectación del derecho del trabajador, como consecuencia de esta modificatoria legislativa, por lo que la intervención en el derecho fundamental del trabajador es negativa si la medida empresarial (no obligatoriedad del examen médico ocupacional) conduce a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental se ve disminuida, en relación con el estado de cosas que existía antes de la conducta empresarial.

Ello supone, que el grado de afectación negativa del derecho debe determinarse en relación con la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración que la medida empresarial tiene sobre la posición del trabajador que forma parte de su derecho fundamental. En consecuencia lo dispuesto por el D.S. N° 016-2016-TR no tiene eficacia alguna y mucho menos rapidez, pues es el trabajador quien debe solicitar la aplicación del examen médico ocupacional, lo que refiere que su duración y alcance dependerá de la solicitud escrita del trabajador, limitando de esta manera su derecho a acceder a una instancia judicial o administrativa.

Asimismo, es necesario determinar la importancia que la medida restrictiva tiene para el derecho fundamental del empresario. Y ello di ce relación con el nivel de satisfacción que el fin inmediato perseguido por la medida supone para este derecho fundamental.

La intensidad de la importancia de la medida empresarial para la satisfacción del derecho fundamental del empresario, dependerá de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con que contribuya a lograr el fin inmediato de la medida. De este modo, por ejemplo, la decisión empresarial de instalar un sistema de vigilancia de televisión será más importante cuanto mayor sea la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con la que colabora al fi n inmediato perseguido, el resguardo del patrimonio de la empresa- en relación con otras medidas aplicables.

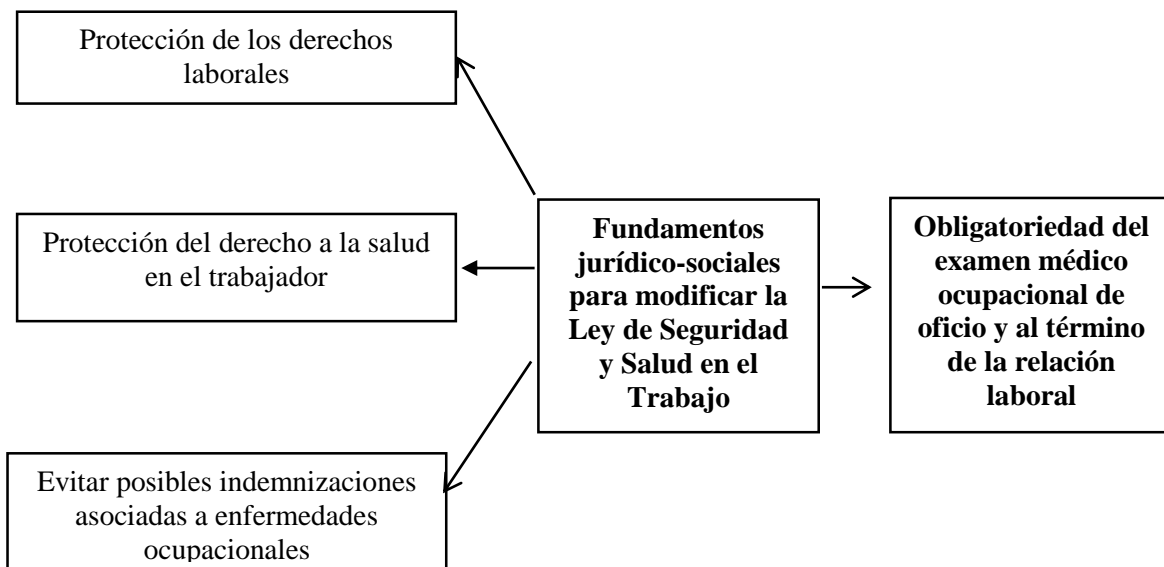
Un claro ejemplo que se ha citado en el capítulo anterior, es sobre la relación existente entre las enfermedades ocupacionales y la actividad minera, en la que se presentan un mayor índice de afectación de derechos laborales y poca o nula intervención de las autoridad administrativas de trabajo, de allí que recae la necesidad de realizar una reforma y evaluación a la ley y el reglamento, de forma específica señalar la obligatoriedad del examen médico ocupacional al término de la relación laboral.

El análisis de tipo dogmático desarrollado a lo largo de nuestra tesis, se ha visto reforzado con las entrevistas realizadas, en donde tanto los médicos ocupacionales como los abogados conocedores de la materia, han opinado que esta modificatoria

legislativa trae desventajas al trabajador, llegando a definirla como una norma pro empresario, pues no es posible dejar a criterio del trabajador, una decisión técnica, pues el empleador siempre va a preferir reducir costos laborales, y de esta manera no realizar el examen médico ocupacional de salida.

De lo expuesto se colige, que existen suficientes fundamentos por los cuales se deberá realizar una modificatoria legislativa disponiendo que el examen médico ocupacional sea realizado al inicio, durante y al término del vínculo laboral de forma obligatoria y a cuenta del empleador, independientemente si el trabajador no presenta solicitud, solo así estaremos en un Estado Constitucional de Derecho, donde se garantice el cumplimiento de las normas y principios laborales.

4.3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS



CAPÍTULO V

PROPUESTA NORMATIVA QUE MODIFICA LA LEY DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, LEY N° 29783, Y SU REGLAMENTO APROBADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 005-2012-TR, MODIFICADOS POR LEY N° 30222 Y POR DECRETO SUPREMO N° 016-2016-TR

5.1. PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY

En virtud de lo desarrollado en la presente tesis se ha creído conveniente realizar un Proyecto de Ley que servirá para modificar el Reglamento de la Ley N° 29783, aprobado mediante D.S. N° 005-2012-TR en el extremo del examen médico ocupacional y por otro lado derogar el D.S. N° 016-2016-TR, de forma específica se busca la modificación de los artículos 101° de la citada norma; en el sentido de que dicho artículo establece una serie de criterios para la aplicación de este examen, entre los cuales tenemos:

- El empleador debe realizar los exámenes médicos comprendidos en el inciso d) del artículo 49 de la Ley.
- Los exámenes médicos deben ser realizados respetando lo dispuesto en los Documentos Técnicos de la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores expedidos por el Ministerio de Salud.
- Al inicio de la relación laboral o, para el inicio de la relación laboral, se realiza un examen médico ocupacional que acredite el estado de salud del trabajador.

- Los certificados de los exámenes médicos ocupacionales que se realizan durante la relación laboral, tienen igual período de validez (2 años).
- Los trabajadores o empleadores de empresas podrán solicitar, al término de la relación laboral, la realización de un examen médico ocupacional que debe ser pagado por el empleador.
- La obligación del empleador de efectuar exámenes médicos ocupacionales de salida establecida por el artículo 49 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se genera al existir la solicitud escrita del trabajador.

A dichos requisitos, se busca modificar y ampliar los mismos, a efectos de garantizar una debida protección, de los derechos laborales y salud del trabajador, frente al empleador quien goza de mayor privilegio frente a este, generando una relación vertical más no horizontal; así mediante la aprobación de la propuesta legislativa e inclusión al citado reglamento, es que se coadyuvara con la problemática existente debido a la modificatoria dada por el D.S. N° 016-2016-TR. Por lo que teniendo en cuenta la reglamentación vigente y tomando como ejemplo el proyecto de ley N° 2301/2012-CR.



Congreso de la República **PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 101°
DEL REGLAMENTO DE LA LEY N° 29783,
LEY DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL
TRABAJO**

(D.S. N° 005-2012-TR)

FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 101° DEL REGLAMENTO DE
LA LEY N° 29783, LEY DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**

(D.S. N° 005-2012-TR)

Artículo 1. Modificación:

Modifíquese el texto del artículo 101° del Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el trabajo, el que quedará redactado en los términos siguientes:

Art. 101°.-

El empleador debe realizar los exámenes médicos comprendidos en el inciso d) del artículo 49 de la Ley, acorde a las labores desempeñadas por el trabajador en su récord histórico en la organización, dándole énfasis a los riesgos a los que estuvo

expuesto a lo largo de desempeño laboral. Los exámenes médicos deben ser realizados respetando lo dispuesto en los Documentos Técnicos de la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores expedidos por el Ministerio de Salud.

Respecto a los exámenes médicos ocupacionales comprendidos en el literal d) del artículo 49 de la Ley:

- a) Los exámenes médicos ocupacionales se practican cada dos (2) años. En el caso de nuevos trabajadores se tendrá en cuenta su fecha de ingreso, para el caso de los trabajadores con vínculo vigente se tomará en cuenta la fecha del último examen médico ocupacional practicado por su empleador. Los exámenes médicos ocupacionales deberán realizarse de forma obligatoria al inicio, durante y término del vínculo laboral.
- b) Los empleadores adoptarán los mecanismos necesarios para la correcta aplicación de los examen médicos en las distintas etapas en las que se realizarán, las mismas que serán previamente comunicadas y por escrito al trabajador.
- c) Los estándares anteriores no se aplican a las empresas que realizan actividades de alto riesgo, conforme lo establece el inciso d) del artículo 49 de la Ley, las cuales deberán cumplir con los estándares mínimos de sus respectivos Sectores.
- d) En ningún caso el costo del examen médico será asumido por el trabajador.

Asimismo, el Ministerio de Salud pública los precios referenciales de las pruebas y exámenes auxiliares que realizan las empresas registradas que brindan servicios de apoyo al médico ocupacional.

Disposiciones finales

Primera.- Deróguese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

Segunda.- La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los días del mes de de

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los días del mes de

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente propuesta de ley surge como consecuencia de la problemática existente, que gira debido la deficiencia legislativa, referida al examen médico ocupacional la aplicación y obligatoriedad de la misma.

En ese sentido, la presente ley busca resolver el conflicto existente, pues modifica los criterios contenidos en el artículo 101° del Reglamento de la Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo, a fin de que antes que el trabajador tenga que solicitar por escrito la realización de estos exámenes, estos sean aplicados de oficio y a cuenta del empleador, teniendo como principal fundamento la debida y correcta protección de los derechos laborales, todo ello a efectos de generar un marco jurídico que regule la verdad realidad socio jurídico laboral

Pues, el contexto, nos permite evidenciar, la necesidad de modificar dicho dispositivo legal, máxime si nuestra legislación peruana y la jurisprudencia actual emitida viene

siendo objeto de diversas críticas, por vacíos y deficiencias en cuanto a la seguridad y salud en el trabajo. Por lo que, el presente proyecto de ley contribuirá a resolver dicho problema jurídico, pues, lo que se espera es implementar su incorporación en el Reglamento.

EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN

NACIONAL

La propuesta legislativa en estricto modifica el artículo 101° del Reglamento de la Ley Salud y Seguridad en el trabajo, Ley N° 29783, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional, por cuanto se trata de un requisito adicional que deberá tomar en cuenta el Empleador para realizar el examen médico ocupacional.

CONCLUSIONES

1. Los fundamentos jurídico-sociales para modificar la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, respecto de la obligatoriedad del examen médico ocupacional son la protección de los derechos laborales y del derecho a la salud del trabajador y evitar posibles indemnizaciones asociadas a enfermedades ocupacionales que no fueron identificadas al terminar el vínculo laboral y que limiten los próximos trabajos.
2. La implementación de la ley y reglamento de Seguridad y Salud en el trabajo constituye un avance en el reconocimiento de los derechos laborales (Ley N 29783, Decreto Supremo N° 005-2012-TR, y Ley N° 30222), donde además la implementación de un Sistema de Gestión de Salud y Seguridad en el Trabajo - SGSST exige contemplar varios elementos, teniendo en cuenta para ellos los pronunciamientos de organismo internacionales (OIT) que buscan una política adecuada, organización, planificación, evaluación y acción.
3. El examen médico ocupacional constituye una serie de investigación realizados por la persona legalmente adecuada y capacitada para prevenir, detectar o curar enfermedades y/o accidentes de trabajo, por lo que la realización de este constituye un deber que corresponde al empleador y al Estado de forma distinta: grava al empleador frente a sus trabajadores, pero también frente al Estado, en la medida en que este ejerce el rol de fiscalización.

4. La modificación al D.S. N° 016-2016-TR contribuye a la creación de una cultura de prevención. Es así que la aplicación correcta de este sistema aunada al respeto de los principios propende a asegurar y mantener un medio ambiente de trabajo seguro y saludable.

RECOMENDACIONES

- 1.** Se debe disponer una revisión general a la Ley y reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como la modificación del artículo 101° del citado reglamento, en el extremo que debe expresar con claridad que el examen médico sea realizado de forma obligatoria por el empleador al inicio, durante y término del vínculo laboral.
- 2.** Se debe realizar mesas de trabajo entre los sindicatos, empleadores y Gobierno a efecto de verificar el cumplimiento de esta normatividad, los efectos, aciertos y desaciertos que a fecha ha tenido, a fin de adoptar políticas legislativas o internas en cada empresa, en mejora de los derechos del trabajador.
- 3.** Se debe promover incentivos tributarios a aquellas empresas que cumplan con la normatividad de seguridad y salud en el trabajo, y de forma específica con la realización del examen médico ocupacional, así como con sus deberes como empleador para con sus trabajadores.
- 4.** Exhortamos a los jueces, registradores, abogados, estudiosos del derecho y alumnos en general a seguir abordando el tema del derecho a la seguridad y salud ocupacional en el trabajo, a fin de buscar soluciones jurídicas adecuadas que permitan contribuir con el amplio campo del derecho, logrando así la ansiada tutela jurisdiccional efectiva.

LISTA DE REFERENCIAS

- Ackerman, M. (2007). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal.
- Afanador C, M. (2002). *El Derecho a la Integridad Personal – Elementos para su análisis*. Lima: Reflexión Política.
- Alarcon Caracuel, M. (1996). *Deberes del Empresario respecto a seguridad y salud*. Pamplona: Arazandi.
- Alcántara Moreno, G. (2008). *La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad*. Madrid: Sapiens.
- Alcides Chambi, R. (2013). *Principios rectores del derecho peruano*. Lima: Grijley.
- Alejo Ramírez, D. J. (2012). *Implementacion de un sistema de gestion en seguridad y salud ocupacinoal en el rubro de construccion de carreteras*. Lima: PUCP.
- Aliaga Blanco, L. (2012). *La desnaturalización de la finalidad del registro de propiedad inmueble en el Perú*. Lima: PUCP.
- Alli O, B. (2009). *Principios Fundamentales de Salud y Seguridad en el Trabajo. Segunda edición*. Madrid: Ministro de trabajo e inmigración.
- Alonso Olea, M. (1995). *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid: Editorial Civitas S.A. .
- Alvarez Caperochipi, J. A. (2006). *Derechos Reales*.
- Arias Gallegos, W. L. (2012). *Revisión histórica de la salud ocupacional y la seguridad industrial*. Arequipa: BVS.
- Arturo de Diego, J. (02 de Junio de 2016). Suprema incorpora doctrina sobre accidentes de trabajo. *Diario El Peruano*, pág. 23. Sentencia del Tribunal Constitucional, 1124 (Tribunal Constitucional 17 de Julio de 2001).
- Proceso de Amparo, 1623-2006 (Sentencia del Tribunal Constitucional 30 de Noviembre de 2007).
- Proceso de Amparo, 3287 (Sentencia del Tribunal Constitucional 15 de Diciembre de 2012).
- Proceso de Amparo, 6515 (Sentencia del Tribunal Constitucional 24 de Junio de 2013).
- Ackerman, M. (2007). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal.
- Afanador C, M. (2002). *El Derecho a la Integridad Personal – Elementos para su análisis*. Lima: Reflexión Política.

- Alarcon Caracuel, M. (1996). *Deberes del Empresario respecto a seguridad y salud*. Pamplona: Arazandi.
- Alcántara Moreno, G. (2008). *La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad*. Madrid: Sapiens.
- Alcides Chambi, R. (2013). *Principios rectores del derecho peruano*. Lima: Grijley.
- Alejo Ramírez, D. J. (2012). *Implementación de un sistema de gestión en seguridad y salud ocupacional en el rubro de construcción de carreteras*. Lima: PUCP.
- Aliaga Blanco, L. (2012). *La desnaturalización de la finalidad del registro de propiedad inmueble en el Perú*. Lima: PUCP.
- Alli O, B. (2009). *Principios Fundamentales de Salud y Seguridad en el Trabajo. Segunda edición*. Madrid: Ministro de trabajo e inmigración.
- Alonso Olea, M. (1995). *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid: Editorial Civitas S.A. .
- Alvarez Caperochipi, J. A. (2006). *Derechos Reales*.
- Arias Gallegos, W. L. (2012). *Revisión histórica de la salud ocupacional y la seguridad industrial*. Arequipa: BVS.
- Arturo de Diego, J. (02 de Junio de 2016). Suprema incorpora doctrina sobre accidentes de trabajo. *Diario El Peruano*, pág. 23.
- Balta Varillas, J. (1995). Qué es la Discriminación en el Empleo. *Revista Jurídica del Perú*, 91-96.
- Barnes Vásquez, J. (1988). *La propiedad constitucional*. Madrid: Civitas.
- Borja Martínez, M. (2013). *Teoría General de las obligaciones*. México: Porrúa.
- Cachón Cadenas, M. (2011). *Ejecución Dineraria: El embargo. Apuntes de ejecución procesal civil*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.
- Cánova Talledo, K. (2014). *Seguridad y Salud en el trabajo basada en el Comportamiento*. Lima: USMP.
- Cañada Clé, I. (2011). *Manual para el profesor de seguridad y salud en el trabajo*. Madrid: Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
- Carbonell, M. (2001). *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. Mexico: Porrúa.
- Casmas Rodas, F. (2003). *La normativa internacional y comunitaria de Seguridad y Salud en el trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Castán Tobeñas, J. (1950). *Derecho Civil*. Madrid: Reus.
- Castro Cid, B. (1993). *Los derechos, económicos, sociales y culturales*. Madrid: Universidad de León.

- Cerna, R. (2014). Corte Suprema: embargo inscrito prevalece sobre propiedad no registrada. *La Ley*.
- Contreras Peláez, F. J. (2004). *Derechos Sociales. Teoría e Ideológico*. Madrid: Tecnos.
- De la Oliva, A. (2016). Embargo. *Enciclopedia Libre*.
- DIGESA. (2005). *Manual de Salud Ocupacional*. Lima: Perúgraf.
- Enríquez, A. &. (2010). *Sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo*. Madrid: FC Editorial.
- Ermida Uriarte, O. (2002). *Centralidad y Marginalidad del Trabajo*. Análisis Laboral.
- Esteve, L. (2001). *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. Lima: Secretaría Confederal de Formación Sindical de CC.OO.
- Ferrer Riba, J. (1997). *Derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas.
- García Murcia, J. (1997). *Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo*. Madrid: McGraw Hill.
- Gonzales Barrón, G. (2012). La teoría del derecho real construida a partir de la Constitución. En G. C. 56, *Análisis Civil, Comercial y Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- González Barrón, G. (2014). Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos. *Thomson Reuters*.
- Guerra Cerrón, M. E. (2015). En contra de una regla procesal de prevalencia: Entre el derecho real y personal. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, 7.
- Guzmán Altamirano, R. (2015). *El Advenimiento de la primacía del embargo inscrito: lege ferenda a proposito del VII Pleno Casatorio Civil*. Lima: USMP.
- H., R. (1968). *Organización de la seguridad en el trabajo*. Madrid: Rialps.
- Hernández Lozano, C. (1995). *Proceso Cautelar*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México: Mc Graw - Hill.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2010). *Metodología de la investigación* (Quinta ed.). México D.F.: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Hinostroza Minguez, A. (1998). *El embargo y otras medidas cautelares*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Igartua Miro, M. T. (2005). *Enfermedad profesional: tratamiento legislativo y jurisprudencial*. Trujillo: Editorial Normas Legales.
- Laboral, I. P. (2012). *Poder Judicial*. Lima: El Peruano.

- Lacruz Berdejo, J. (1990). *Elementos del Derecho Civil. Derechos Reales, Posesión y Propiedad*. Barcelona: Bosch.
- Lengua Apolaya, C. (2013). *La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional: naturaleza jurídica, su impacto sobre las facultades empresariales de extinción del contrato de trabajo y alcances sobre la exigibilidad del derecho*. Lima: PUCP.
- Leodegario Fernandez, M. (1995). *Derecho de seguridad e higiene en el trabajo*. Lima: EDIFAP.
- Ley, L. (2015). Lo que dijeron los amicus curiae en el VII Pleno Casatorio Civil. *La Ley*, 3-4.
- Ley, L. (2016). Las tres jurisprudencia más importantes en la materia. *La Ley*, 2-5.
- Lino Rodríguez, L. (2015). *El establecimiento del carácter constitutivo de inscripción sobre transferencia de bienes inmuebles en el registro de predios garantiza la seguridad jurídica*. Trujillo: UPAO.
- Lohmann Luca de Tena, J. G. (2015). Prevalece en los inmuebles registrados el Derecho Inscrito del embargante. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, 4-5.
- Martin Valverde, A. (1980). *Pleno Empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Martinez Vivot, J. (2012). *Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Porrúa.
- Mejorada, M. (2015). El poder del embargo inscrito. En *Enfoque - Derecho*. Lima: Themis.
- Mendoza del Maestro, G. (2013). Apuntes sobre el Derecho de Propiedad a partir de sus Contornos Constitucionales. *Foro Jurídico N° 12: PUCP*, 97-108.
- Montoya Melgar, A. (1996). *Curso en Seguridad y Salud en el trabajo*. Madrid: McGraw Hill.
- Moreno Solada, A. (2010). *La prevención de los riesgos profesionales de los trabajadores especialmente sensibles*. Valencia: Tirant lo Blanch. .
- Ninamanco Córdova, F. (2015). Ante la propiedad no registrada: Por la Supremacía del crédito inscrito. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, 6.
- Obregón, M. (1998). *Una semblanza sobre la seguridad industrial*. México: UNAM.
- OIT. (2005). *La prevención: una estrategia global. Promover la seguridad y salud en el trabajo*. Ginebra.
- Ortiz Sánchez, I. (2010). *El derecho de propiedad y la posesión informal*. Lima: PUCP.
- Palomeque, M. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Paredes Ciccía, C. Y. (2002). La Transferencia de propiedad de bienes inmuebles y los procesos de tercería de propiedad. *Revista de Investigación Jurídica Ius*.

- Paredes, B. (2014). El Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el trabajo. *Revista Soluciones Laborales*, 51-60.
- Pastor Perez, E. y. (2000). *Reflexiones para implementar un sistema de gestion de calidad en cooperativas y empresas de economía solidaria*. Medellín: Universidad cooperativa de Colombia.
- Pazos Hayashida, J. (2007). Factor atributivo de responsabilidad. Quantum indemnizatorio. Comentario al artículo 1321 del Código Civil. *Código Civil Comentado*, 676.
- Peña Bernaldo de Quiros, M. (1999). *Derechos Reales. Derecho hipotecario*. Madrid: CRPME.
- Pickvance, S. (2012). *Orígenes, medios institucionales, estructurales y jurídicos*. Biblioteca electrónica de la OIT.
- Placido, F. (2004). *El Derecho a la Integridad Personal en la Doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima: San Marcos.
- Pozo Sánchez, J. E. (2015). Análisis diferente para el pleno, desde la óptica de este proceso: La tercería excluyente. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, 8.
- Prieto Sanchíz, L. (2007). *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Puntriano Rojas, C. (2006). *Protección constitucional de la dignidad del trabajador*. Arequipa: Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo.
- Raffo Lecca, E. (2013). Riesgos Psicosociales. *Revista de la Facultad de Ingenieria Industrial - UNMSM*, 12.
- Ramírez Jimenez, N. (2015). Crónica del séptimo pleno casatorio civil: En debate propiedad no registrada y el embargo inscrito. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, 2-3.
- Ramos Nuñez, C. (2005). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ramos Nuñez, C. (2005). *Como hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rengifo Gardezabal, M. (2011). *Teoría general de la propiedad*. Bogotá: Temis.
- Rigaud, L. (1928). *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*. (J. Xirau, Trad.) Madrid: Reus.
- Rioja Bermudez, A. (2010). *Medida cautelar de embargo en forma de retención*. Lima: PUCP.
- Ronquillo Pascual, J. (2009). Lesión del crédito por terceros y conflicto entre derechos reales que recaen sobre un mismo bien inueble inscrito. *Actualidad Jurrídica. Tomo 189*, 58.
- Ronquillo Pascual, J. J. (2015). Algunas razones por las que debe prevalecer la posición del acreedor embargante. A propósito de la decisión pendiente en el VII Pleno Casatorio Civil. *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, 1-18.

- Ruiz Moreno, Á. G. (2002). *Nuevo derecho de la Seguridad Social*. . México: Porrúa.
- Salcedo Beltrán, C. (2000). *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch. .
- Sánchez Romero, S. (2015). *Embargo Inscrito vs. Propiedad no Inscrita: La infinita pugna en el marco jurisprudencial peruano*. Lambayeque: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- Sánchez Zorrilla, M. E., Tantaleán Odar, C. F., & Coba Uriarte, J. L. (2016). *Protocolos para proyectos de tesis y tesis de bachillerato y de titulación profesional*. Cajamarca: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.
- Sempere Navarro, A. (2001). *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Madrid: Civitas Editorial.
- Sevilla Agurt, P. (2014). Entre la propiedad y el embargo. *Dialogo con la jurisprudencia*, 131.
- Soria Alarcón, M. (1997). *Estudios de Derecho Registral*. Chile: Palestra Editores.
- Toyama Miyagusuku, J. (2006). *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.
- Toyama Miyagusuku, J. (2012). El despido arbitrario: Los criterios del Tribunal Constitucional. *Las Instituciones del Derecho Laboral.*, 481.
- Trabajo, O. I. (2002). *Condiciones de Trabajo, seguridad y salud ocupacional en la Minería en el Perú*. Lima: Equipo Técnico Multidisciplinario para los países andinos.
- Trabajo, O. I. (2012). *Informe de la Salud en el Trabajo*. Madrid: PIT.
- Ugaz Olivares, M. (2005). Implicancias de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. *Derecho & Sociedad*, 166.
- Valdes Dalré, F. (2003). *Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador*. Montevideo: Asociación Uruguaya de Derecho al Trabajo.
- Vásquez Vialard, A. (1983). *Tratado de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Editorial Astrea. .
- Vázquez Vialard, A. (1983). *Tratado de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Vicente Pacheco, F. (2002). *Política Preventiva y administración pública: actuación en materia de prevención de riesgos*. Atelier.
- Vigo Saldaña, F. V. (2013). La posición de la jurisprudencia nacional acerca de la prevalencia del derecho personal inscrito sobre el derecho real no inscrito: Especial consideración de la seguridad jurídica y la fé pública registral. *Poder Judicial*, 12-14.
- Witker, J. (1995). *La investigación jurídica*. México: Mc Graw-Hill.
- Yupanqui Godo, L. (2011). *Diagnostico Situacional en Seguridad y Salud en el Trabajo en el Perú*. Lima: Angeles Press.

