



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

ANÁLISIS JURÍDICO- JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL SECTOR MINERO

Julio Aguilar-Rosado

Piura, 2016

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Aguilar, J. (2016). *Análisis jurídico-jurisprudencial del derecho a la seguridad y salud en el sector minero* (Tesis de pregrado en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

JULIO EDUARDO AGUILAR ROSADO

**ANÁLISIS JURÍDICO-JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA
SEGURIDAD Y SALUD EN EL SECTOR MINERO**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogado

2016

APROBACIÓN

La tesis titulada “*Análisis jurídico-jurisprudencial del derecho a la seguridad y salud en el sector minero*”, presentada por Julio Eduardo Aguilar Rosado en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Luis Fernando Castillo Córdova

Directora de Tesis

DEDICATORIA

A mis padres por su invaluable amor y confianza y, a todas aquellas personas que hicieron posible el presente trabajo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO A NIVEL CONSTITUCIONAL	3
1.1 Delimitación conceptual del derecho a la seguridad y salud en el trabajo.....	3
1.1.1. Derechos naturales, derechos humanos y derechos fundamentales	4
1.1.2. Derechos sociales y derechos políticos	6
1.1.2.1. Los derechos sociales.....	6
1.1.2.2. Los derechos políticos.....	7
1.1.3. Delimitación conceptual.....	8
1.2. Fundamentos para la inclusión del derecho a la seguridad en el trabajo dentro de la constitución	9
1.2.1. La ausencia en la constitución de 1993 y la protección constitucional en la carta de 1979	9
1.2.2. Fundamentos para la inclusión del derecho a la seguridad dentro de la constitución.....	10
1.2.2.1. Su relación con el derecho a la salud y la integridad física.....	11
1.2.2.2. Los derechos implícitos o no enumerados y el artículo 3 de la constitución	14
1.2.2.3. Los tratados internacionales y la cuarta disposición final y transitoria de nuestra constitución vigente	21

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL Y REGLAMENTARIO	25
2.1. Aplicación supletoria de la ley 29783 y su reglamento en la actividad minera	26
2.2. Principios del derecho a la seguridad y salud en el trabajo	29
2.2.1. Principio de prevención	29
2.2.1.1. Definición	29
2.2.1.2. Especial relación con el principio precautorio	32
2.2.1.3. Relación con otros principios del derecho a la seguridad y salud en el trabajo	33
2.2.2. Principio de información y capacitación	35
2.2.2.1. Definición	35
2.2.2.2. Programación de capacitación. Análisis del Art. 69 del reglamento sectorial	37
2.2.2.3. Implicancia en las empresas contratistas mineras y empresas contratistas de actividades conexas	40
2.2.3. Principio de consulta y participación	41
2.2.3.1. Definición	41
2.2.3.2. Política nacional de seguridad y salud en el trabajo	44
2.2.4. Principio de primacía de la realidad	46
2.2.4.1. Definición	46
2.2.4.2. Aplicación del principio de primacía de la realidad a seguridad y salud en el trabajo	47

CAPÍTULO III: SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD OCUPACIONAL	49
3.1. Sistemas de gestión de seguridad y salud ocupacional	49
3.1.1. Definición	49
3.1.2. Funciones	50
3.1.3. Elementos	53
3.1.3.1. Planificación y aplicación	53
3.1.3.2. Evaluación	54
3.1.3.3. Mejora continua	54
3.1.4. Importancia de la correcta implementación de los sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo	54

3.1.4.1.	Permite una mejor gestión de los riesgos a fin de prevenir la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales	55
3.1.4.2.	Facilita el cumplimiento de las obligaciones	55
3.1.4.3.	Mejora el clima laboral generando el compromiso de los trabajadores con los objetivos de la organización.....	55
3.2.	Comité de seguridad y salud ocupacional.....	55
3.2.1.	Definición.....	55
3.2.2.	Formación y organización.....	57
3.2.2.1.	Formación	57
3.2.2.2.	Organización	57
3.2.3.	Protección laboral de los miembros del comité frente al empleador	60

CAPÍTULO IV: EL EQUIPO DE PROTECCIÓN PERSONAL COMO GARANTÍA DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO..... 63

4.1.	Equipo de protección personal. Análisis de la obligatoriedad compartida.....	63
4.1.1.	Definición.....	63
4.1.2.	Obligatoriedad del empleador	65
4.1.3.	Derecho-deber del trabajador	66
4.2.	Efectos del incumplimiento. Indemnización por daños a la salud del trabajador.....	67

CAPÍTULO V: SALUD OCUPACIONAL..... 69

5.1.	Exámenes médicos.....	71
5.1.1.	Examen médico pre-ocupacional	72
5.1.2.	Examen médico periódico	72
5.1.3.	Examen médico de salida.....	73
5.2.	Sobre el seguro complementario de trabajo de riesgo	74
5.2.1.	Análisis de STC N° 2513-2007-PA/TC-ICA.....	74
5.2.1.1.	Plazo de prescripción para solicitar renta vitalicia.....	76
5.2.1.2.	Simultaneidad de pensiones	76

5.2.1.3. Examen médico emitido por una comisión médica evaluadora de incapacidades del ministerio de salud vs examen médico emitido por una entidad particular en los procesos de amparo	77
5.2.2. Análisis de la STC N° 61-2008-PA/TC-LIMA	79
CONCLUSIONES	83
BIBLIOGRAFÍA	87
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	91

LISTA DE ABREVIATURAS

- D.L.: Decreto Legislativo.
- D.S.: Decreto Supremo.
- EPP: Equipo de protección personal.
- ESSALUD: Seguro Social de Salud del Perú.
- LEY GENERAL: Ley 29783 (Ley General de Seguridad y Salud ocupacional).
- LGA: Ley General de Arbitraje.
- MINSA: Ministerio de Salud.
- MTPE: Ministerio de trabajo y promoción del empleo.
- R.M.: Resolución Ministerial.
- REGLAMENTO DE LA LEY: D.S. 005-2012-TR.
- REGLAMENTO SECTORIAL: D.S. 055-2010-EM. (Reglamento
- SCTR: Seguro complementario de trabajo de riesgo.
- SGS: Sistema de gestión en seguridad y salud.
- STC: Sentencia del Tribunal constitucional.
- TC: Tribunal constitucional.

INTRODUCCIÓN

Cuando empecé a dictar charlas de capacitación en una empresa minera, me di cuenta de la escasa información que tenían los trabajadores del sector minero sobre sus propios derechos; esto me hizo pensar que las causas podrían ser dos: o ha habido una mala capacitación brindada por parte del empleador, o bien no existe un adecuado estudio jurídico dogmático sobre el derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Una vez iniciada esta investigación me encontré con la ingrata sorpresa que en realidad en el Perú no existe un adecuado estudio y mucho menos un análisis sistemático y profundo sobre las normas y reglamentos que están vigentes en la actualidad y que de cierta manera intentan mejorar la calidad del ambiente donde labora el trabajador minero. En efecto, si bien existen libros que intentan menguar la escasa información jurídica sobre esta materia, también es verdad que son trabajos algo pobres y muy poco explicativos, porque se limitan a reproducir literalmente lo que dice la norma; y lo que es aún más grave, nuestro Tribunal Constitucional tampoco se ha pronunciado directa y expresamente sobre este derecho con lo que sólo se ha hablado de instituciones complementarias como el principio de precautorio enfocado en el campo del derecho ambiental y sobre el seguro complementario de trabajo de alto riesgo.

Con el presente estudio se intentará superar esta deficiencia; así, se realizará un análisis del derecho a la seguridad y salud ocupacional tomando como base el sector minero, para ello se efectuará un análisis comparativo de la Ley 29783 que regula la Ley General de Seguridad y Salud Ocupacional, su reglamento el D.S. 005-2012-TR, tomando como base el D.S. 055-2010-EM que regula el Reglamento de Seguridad y

Salud Ocupacional en el Sector Minero, a fin de unificar criterios y se pueda dar un tratamiento más amplio y, como consecuencia de ello, se pueda dar una mejor aplicación mejorando el conocimiento que muchas veces ha sido olvidado donde finalmente los más perjudicados han sido los trabajadores mineros.

Para conseguir realizar un trabajo lo más completo posible, se ha decidido dividir el presente estudio monográfico en cinco capítulos. En el **CAPÍTULO I**, se realizará un análisis desde la perspectiva del Derecho constitucional. Si bien es cierto el derecho a la salud y seguridad ocupacional no se encuentra reconocido en nuestra Constitución, sí se encuentra en los distintos tratados internacionales ratificados por el Perú y que mediante la IV Disposición Final y Transitoria forman parte de nuestro cuerpo normativo. Realizado el análisis constitucional, es necesario efectuar un análisis desde el punto de vista legal y reglamentario. A ese análisis se destina el **CAPÍTULO II**, el cual se ha dividido en dos partes. En la primera se procederá a explicar si La Ley y su Reglamento son de aplicación supletoria al Sector Minero, toda vez que ya se tiene un Reglamento Sectorial y además la misma Ley o su reglamento no contienen un artículo específico que nos de luces sobre su aplicación supletoria. En la segunda parte se procederá con un estudio de aquellos principios que se encuentra recogidos en La Ley.

Una vez hecho el análisis del ámbito constitucional, legal y reglamentario, en el **CAPÍTULO III** se analizará los sistemas de gestión de seguridad y salud ocupacional. Para ello se ha decidido hacer un estudio más extensivo de la figura del Comité de seguridad, siendo el órgano base dentro de los sistemas de gestión de seguridad y salud. A continuación, en el **CAPÍTULO IV**, se analizará la figura de los Equipos de Protección Personal, tomando en cuenta que son un derecho y un deber de los trabajadores. Así mismo se analizará brevemente los efectos por el incumplimiento de las normas de seguridad y salud.

Por último lo que respecta a la salud ocupacional lo trataremos en el **CAPÍTULO V**, debido a que todo el cuerpo normativo habla en realidad sobre la seguridad más no sobre la salud ocupacional, se analizará normas del sector salud que se aplican a nuestro trabajo, así como el estudio de las distintas figuras con las que se encuentran relacionadas.

CAPÍTULO I: CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO A NIVEL CONSTITUCIONAL

Tal como lo habíamos adelantado en la parte introductoria el desarrollo del presente capítulo está dividido en dos partes. En la primera parte se realizará una delimitación conceptual del derecho a la seguridad y salud en el trabajo del trabajador minero y, la segunda parte que es el grueso del presente capítulo será dedicada a realizar un análisis sobre los fundamentos por los cuales se debería incluir al derecho a la seguridad en el trabajo dentro de la Constitución.

1.1. Delimitación conceptual del derecho a la seguridad y salud en el trabajo

Cada vez que se intenta definir los derechos del hombre existen una serie de conceptos que nos ayudan y, aunque dicho análisis podría ser considerado ocioso es necesario el estudio previo de algunos conceptos que nos ayudarán a definir y plantear una diferenciación terminológica.

1.1.1. Derechos naturales, derechos humanos y derechos fundamentales

La expresión **derechos naturales** fue difundida durante la etapa del iusnaturalismo racionalista de modo que entendía al hombre, su naturaleza y exigencias de modo abstracto, meramente racional y, por tanto, con el riesgo de concebirlo al margen de la concreta realidad en la que tendría que desenvolverse y ejercer sus atributos naturales. Por tanto el contenido de los derechos son principalmente formulaciones filosóficas, estrictamente de índole racional. El hombre es una realidad natural y como tal tiene atribuidas una serie de exigencias y facultades al margen de cualquier tiempo y lugar y por encima de cualquier otra realidad¹.

Para Peces-Barba, los denominados derechos naturales presentan tres características fundamentales: a) Son unos derechos previos al poder y al derecho positivo, b) Se descubren por la razón en la naturaleza humana, y c) Se imponen a todas las normas del derecho creado por el Soberano y son su límite a su acción². De ello podemos extraer varias consecuencias lógicas: a) Los derechos y las exigencias del hombre no son creaciones de él mismo a través de una norma y por tanto que estén recogidos o no positivamente no les quita la calidad de exigencias propias de la naturaleza humana al ser realidades anteriores al mismo derecho positivo, b) Que al ser realidades que escapan de todo tiempo y espacio, no existirá norma alguna que en un momento dado pueda variar o intentar modificar su naturaleza esencial ni órgano que la intérprete de un modo diferente, c) La fuerza de inspiración de la naturaleza del hombre y sus exigencias son de tal magnitud que no sólo vinculan al derecho positivo sino que además se convierten en un límite para el estado, de manera que deben estar en función de los derechos del hombre, d) Que la única manera de poder descubrir dichos derechos son a través de un proceso lógico racional, lo que rompe todo intento de caer en la arbitrariedad.

¹ CASTILLO CORDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales: Elementos de una teoría general*, Palestra Editores, 2007, Lima, p. 67.

² PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, citado por CASTILLO CORDOVA, Luis, *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*, Ara Editores, 2003, Lima, p. 10-11.

Para diferenciar las expresiones **derechos humanos** y **derechos fundamentales**, debemos de utilizar dos criterios:

- 1) Los **derechos humanos** son sólo criterios morales sin ninguna connotación positiva y por consiguiente sin la posibilidad de vincular u obligar jurídicamente ante ningún tribunal, de manera que son realidades pre-jurídicas y son llamados derechos por la fuerza de la costumbre. Si dichos derechos son positivizados es decir incorporados en un concreto ordenamiento jurídico en ese momento dejan de convertirse en simples criterios morales y pasan a ser verdaderos derechos, y exigibles ante cualquier tribunal y estos derechos se les denominará **derechos fundamentales**³.

Como consecuencia de ello, los derechos fundamentales serian invocados únicamente en un contexto de tiempo y lugar, es decir en el ordenamiento jurídico de una nación que los haya recogido, ello quiere decir que no todos los ordenamientos recogen los mismos derechos fundamentales y si lo hacen no todos tienen el mismo significado y alcance jurídico constitucional y sumado a ello, no siempre a nivel del tiempo se tiene la misma connotación.

- 2) El segundo criterio consiste en que se referirá a **derechos humanos** a aquellos recogidos en las distintas declaraciones y pactos internacionales. Mientras que **derechos fundamentales**, serán aquellos que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno, generalmente en la constitución. Así mismo pueden ser entendidos por fundamentales a aquellos derechos que a pesar de ser derechos humanos, es decir recogidos en una norma internacional son ratificados por el país, incorporándolos en el derecho interno convirtiéndose de igual manera en derechos fundamentales⁴.

³ CASTILLO CORDOVA, *op. cit.*, p. 14-17.

⁴ En el caso del Perú, de conformidad con la IV Disposición final y transitoria de nuestra constitución vigente.

1.1.2. Derechos sociales y derechos políticos

1.1.2.1. Los derechos sociales

Los derechos sociales pueden entenderse en un doble sentido. En sentido **objetivo** se entienden como el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales, en cambio en el sentido **subjetivo**, pueden entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos⁵. Se podría decir que dichos derechos surgen como una traducción jurídica de las exigencias sociales toda vez que el hombre no es solo un individuo sino que existe y se realiza en comunidad y es allí donde puede alcanzar su pleno desarrollo como persona humana que es, fin supremo de la sociedad y del Estado⁶.

Dentro de un sector de la doctrina son considerados como derechos de segundo orden o de segunda categoría, dicha apreciación la debemos descartar por cuatro razones fundamentales. En primer lugar, porque los derechos sociales, al suponer una actuación positiva por parte del Estado de favorecer tanto al individuo como a la sociedad en su conjunto, van a implicar la adopción de decisiones que al menos potencialmente, tendrán grandes repercusiones para el tesoro público. En segundo lugar, si consideramos que las prestaciones a las que se obliga el Estado se concretarán fruto de decisiones de índole política, que sin ser arbitrarias, ilegales o inconstitucionales se manejan dentro de un campo que ofrece grandes márgenes de actuación y en virtud del principio de oportunidad será el Estado quien a través del Poder Legislativo o de la propia Administración Pública de manera directa, y conociendo sus propias posibilidades materiales, decida poner en marcha uno u otro sistema

⁵ CASTILLO CORDOVA, Luis, *Op.cit.*, p. 56 y 57.

⁶ CASTILLO CORDOVA, Luis, *Derechos Fundamentales y Derechos Constitucionales*, Grijley, 2008, Lima, p. 9.

prestacional⁷. En tercer lugar, los derechos sociales y económicos son necesarios para el desarrollo digno del hombre, así ha sido entendido también en el ámbito internacional, en el cual se han aprobado tratados como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y más concretamente en el ámbito latinoamericano en el llamado Protocolo de San Salvador⁸. Y en cuarto lugar, sin ellos no serán posibles las libertades, al menos no como una realidad ejercida plenamente por el conjunto social⁹, de manera que no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real¹⁰.

1.1.2.2. Los derechos políticos

Los derechos políticos son entendidos como aquellos mecanismos que otorga el Estado para que los ciudadanos puedan participar de manera efectiva, directa o indirectamente, en la formación de la voluntad estatal, de manera que de conformidad con el principio de soberanía popular se reconocen ciertos derechos con la finalidad de que los ciudadanos, tomando en cuenta que para ello deben ser titulares y libres de ejercer dicho derecho, puedan participar activamente en la soberanía del estado con la finalidad de afianzar la voluntad popular que rige nuestro estado social de nuestro país.

Así mismo, dichos derechos son un límite al poder de los gobernantes para asegurar una esfera de derechos y libertades del ciudadano, de manera que el frenar el poder no esta reñido con la idea de organizar las instituciones políticas, sino que solo reduce el ámbito de lo inconstitucional¹¹.

⁷ CASTILLO CORDOVA, *Op. cit.*, p. 57 y 58.

⁸ CASTILLO CORDOVA, Luis, *Derechos Fundamentales y Derechos Constitucionales*, Grijley, 2008, Lima, p. 10.

⁹ CASTILLO CORDOVA, *Op. cit.*, p. 10.

¹⁰ STC N° 0020-2005-PI/TC, fundamento 21.

¹¹ HAKANSSON NIETO, Carlos, *Curso de derecho constitucional*, Palestra, 2012, Lima, p.76.

Dichos derechos quedan legitimados en la medida que la titularidad del poder reside en el pueblo, y que en un momento determinado quienes tienen atribuido el ejercicio del poder lo tienen por delegación, de manera que los mecanismos que permiten la participación de la población en el ejercicio del poder, al menos en aquellas situaciones especialmente relevantes para la existencia de la comunidad política¹².

1.1.3. Delimitación conceptual

Según las definiciones antes descritas podríamos enmarcarlo como un derecho fundamental, y si bien no ha sido recogido literalmente en el cuerpo de nuestra constitución, se infiere de la naturaleza humana y por tanto es necesaria su protección dado que se relaciona con la dignidad humana, así como ha sido recogidos en los distintos tratados internacionales que nuestro país ha refrendado¹³. Se trata de un derecho fundamental implícito una de cuyas justificaciones es el artículo 3 de la Constitución, tal como se argumentará más adelante.

Podríamos considerarlo como un derecho social en base a las siguientes razones: *i)* Constituye una fuerza equilibradora de las desigualdades sociales, toda vez que si tomamos en cuenta la desigualdad propia de la una relación jurídico laboral siempre el empleador tendrá una ventaja frente al trabajador, de manera que el ejercicio de dicho derecho podrá menguar dicha diferencia; *ii)* Busca generar una mejora en la posición o ubicación de los estándares de vida de los trabajadores, y que de no hacerlos no se estaría acorde al respeto de la dignidad humana; *iii)* La mínima protección de este derecho por parte del estado representa una garantía indispensable para el goce de los demás derechos, toda vez que si no se protege el derecho a la seguridad se estaría vulnerando el derecho a la integridad física, al derecho a la vida.

¹² NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas, 7ª edición, Temis, 1997, Santa Fe de Bogotá, p. 450.

¹³ Más adelante veremos que se le incluye de manera implícita a través del artículo 3 de nuestra constitución.

Por otro lado no podría ser considerado un derecho político en el sentido de que la función de dicho derecho tal como lo hemos dicho en el párrafo anterior, está orientado a la protección del trabajador, así como frenar las desigualdades que existe en toda relación jurídico laboral y no, la de ejercer una participación en la formación de la voluntad popular a través de los órganos del Estado. Que si bien existe una serie de derechos como el de consulta y participación, están en función de la relación empleador-trabajador y no la de Estado-pueblo que rigen los derechos políticos. Por otro lado el ejercicio del derecho a la seguridad está enfocado a la protección de un sector de la población y este es la clase trabajadora del sector minero donde existe un riesgo presumible que pueda afectar su salud.

1.2. Fundamentos para la inclusión del derecho a la seguridad en el trabajo dentro de la constitución

1.2.1. La ausencia en la constitución de 1993 y la protección constitucional en la carta de 1979

Analizando nuestra actual Constitución, con la regulación que tenía la Constitución de 1979, uno de los aspectos resaltantes de esta última fue reconocer el derecho a la seguridad en el trabajo, el artículo 47 de la Constitución de 1979 ubicado en el Capítulo V sobre los derechos que emanan del derecho fundamental al trabajo, estableciendo el carácter fundamental de estos derechos y otorgándole un trato específico; en cambio nuestra actual Constitución no lo ha reconocido ni dentro del Título de los derechos fundamentales ni dentro del capítulo de los derechos sociales y con ello se le retiró formalmente la prioridad que la anterior Constitución les reconocía. De manera que para exigir su protección, defensa y ejercicio, se necesita de la intermediación de actos legislativos o medidas de gobierno, toda vez que son de preceptividad aplazada y no inmediata, y queda sujeto a lo que establezcan las normas legales de inferior jerarquía que las desarrolle.

Ante este retroceso normativo a nivel constitucional, debemos entender que si antes con el rango constitucional de la seguridad y salud ocupacional la afectación constitucional a dicho derecho era posible y, que si bien es cierto a la fecha se han ido estableciendo normas que pese a no tener rango constitucional, tienen por finalidad proteger la integridad de los trabajadores y que buscan superar la situación del retroceso normativo, resultaría perfectamente argumentable evadir responsabilidad e inobservancia de la seguridad y salud de los trabajadores. Esto aumentado a que con el objeto de fomentar el aumento de la productividad, se aumentan las horas de trabajo, las cargas laborales, y con todo esto se flexibiliza las medidas de protección y seguridad en los lugares de trabajo, sobreexponiendo a la fuerza de trabajo a condiciones de seguridad, higiene y trabajo lamentables.

1.2.2. Fundamentos para la inclusión del derecho a la seguridad dentro de la constitución

Ahora bien, es pertinente explicar por qué se considera el Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo, como un derecho integrante de la Constitución y en tal sentido fundamentar su incorporación, para lo cual dividiremos esta sección en tres razones que fundamentan su inclusión y que más adelante se desarrollaran :

- a) **Su relación con el artículo 7 de nuestra Constitución vigente y por tanto su relación con el derecho a la salud y la integridad física:** Analizaremos la estrecha relación que existe entre el derecho que estamos analizando y el derecho a la salud y a la integridad física, ambos derechos que si se encuentra reconocidos en nuestra Constitución.
- b) **La teoría de los derechos implícitos o no enumerados y el artículo 3 de la Constitución:** Donde desarrollaremos la Teoría de los derechos implícitos o no enumerados, teoría que ha sido desarrollada por nuestro TC, para ello enlazaremos el artículo 3 de nuestra Constitución que permite la entrada de otros derechos que no han sido reconocidos.

- c) **Los tratados internacionales y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución vigente:** Sobre este tema analizaremos de manera rápida el tratamiento que nuestra Constitución otorga a los distintos tratados internacionales que han sido ratificados en nuestro país y cómo es que se aplican en nuestro ordenamiento legal.

1.2.2.1. Su relación con el derecho a la salud y la integridad física

a) Concepto del derecho a la salud y la integridad física

La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. Así, la salud implica el gozo del normal desarrollo funcional de nuestro organismo, lo que ha motivado que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estime que dicho concepto no se limita a asociarlo con la ausencia de enfermedad, sino con el reconocimiento de una condición física mental saludable. El artículo 7 de la Constitución, cuando hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad. Dicho derecho debe ser abordado en tres perspectivas: la salud de cada persona en particular, dentro de un contexto familiar y comunitario¹⁴.

La salud tiene la característica de ser, por un lado, un derecho en sí mismo y, por el otro, condición habilitante para el ejercicio de otros derechos. El derecho a la salud debe

¹⁴ STC N° 2945-2003-AA/TC, fundamento 30.

entenderse como la facultad que tiene toda persona para el disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. A veces las condiciones de salud de una persona varían según el grado de libertad en que viven, o de la vivienda que habitan, del acceso a alimentación adecuada, a vestido y, claro está al trabajo. Según lo dispone la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, abarca los siguientes elementos esenciales: disponibilidad (número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud), accesibilidad (en cuatro dimensiones: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica –o asequibilidad– y acceso a la información), aceptabilidad (los establecimientos deben respetar la cultura de las minorías) y calidad (capacitación del personal, equipamiento hospitalario, medicamentos y suministro de agua potable). Entonces, como parte de la accesibilidad, encontramos que existe una proscripción de la discriminación, por lo que el derecho a la salud se termina integrando con el derecho a la igualdad¹⁵.

b) El derecho a la salud como fundamento del derecho a la seguridad en el trabajo

Tal como lo habíamos adelantado el fundamento del derecho a la seguridad en el trabajo se puede encontrar en primer lugar en el derecho a la salud e integridad física, y éste a su vez, encuentra fundamento en el reconocimiento de la dignidad humana. Sobre el derecho a la dignidad el Tribunal Constitucional Peruano; ha dicho que “(...) la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales. De este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un

¹⁵ STC N° 2064-2004-AA/TC, fundamento 2.

fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre”¹⁶.

En este orden de ideas ningún derecho puede considerarse como superior si va en contra de la dignidad humana; ésta constituye un límite intangible para cada uno y todos los derechos fundamentales, siendo deber del estado su promoción y defensa¹⁷. Nuestra Constitución Política ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la salud, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se constituye como el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o sería inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos¹⁸.

El TC ha señalado que "La vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva del peligro de muerte, sino que se consolida con un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Por esta razón, es indispensable la consideración de la vida en dignidad, que se manifiesta como vida saludable"¹⁹. El Tribunal Constitucional ratifica la dignidad de la persona humana como parte sustancial del Derecho a la Vida y por ende sólo se da protección a este derecho si los ciudadanos tienen acceso a una vida digna.

Por tanto, el respeto de la persona humana es la única forma de garantizar que la sociabilidad sea digna y se concrete en el despliegue de sistemas jurídicos y políticos

¹⁶ STC N° 008-2003-AI/TC, fundamento 14.

¹⁷ C.P. Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

¹⁸ STC N° 2945-2003-AATC, fundamento 27.

¹⁹ STC N° 05954-2007-PHC/TC, fundamento 11.

que trascienden de la virtual inmunidad de la que gozan las garantías formales de la legalidad, a favor de sistemas legítimos asentados en la idea misma de dignidad humana. De ahí que la dignidad sea el resultado de las exigencias que la naturaleza humana descubre en cada momento histórico como imprescindibles para posibilitar una convivencia verdaderamente humana, en un clima de seguridad jurídica en el cual se desenvuelve la actividad estatal²⁰.

En este sentido, **MESIA RAMIREZ**²¹ indica a este respecto que "la tutela de la integridad física y psíquica de la persona, no se circunscribe a la simple ausencia de enfermedades, sino que abarca la protección del equilibrio psicofísico frente a cualquier amenaza proveniente del ambiente externo. Su haz protector se proyecta respecto de las agresiones a la salud que se deriven de las condiciones propias del lugar de trabajo, de la escuela, de la ciudad o de cualquier otro ambiente".

1.2.2.2. Los derechos implícitos o no enumerados y el artículo 3 de la constitución

Ya habíamos adelantado que no todos los derechos fundamentales son aquellos que están contenidos expresamente en la Constitución, ya que por un lado los nuevos cambios sociales invitan a repensar lo que es el derecho y cuáles son las nuevas necesidades a las que tendrá que enfrentarse el Estado. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales a consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen

²⁰ CANALES CAMA, Carolina, *La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico constitucional peruano*, en *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Gaceta Jurídica S.A., 2010, Lima, p. 13.

²¹ MESIA RAMIREZ, Carlos, *Derechos de la persona. Dogmática Constitucional*, Fondo Editorial del Congreso de la Republica, 2004, Lima, p. 80-82.

habilitar una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales²².

En el constitucionalismo peruano, la primera vez que se introdujo una disposición sobre derechos no enumerados fue con la Constitución de 1979, cuyo artículo 4²³, con ciertas variantes, contenía una redacción semejante al artículo 3 de la Constitución actual. En esencia, la diferencia más importante entre uno y otro precepto constitucionales se da en la variación de un verbo por otro. Mientras que el artículo 4 de la Carta del 79 señalaba que la enumeración de los derechos que se efectuaba en su capítulo 1 era a título de derechos “reconocidos”, el artículo 3 de la actual los considera como “establecidos”. EL utilizar el verbo reconocer exigía que la enunciación de determinados atributos subjetivos en el cuerpo de aquella ley suprema solo podía entenderse con unos alcances meramente declarativos; es decir, los derechos esenciales del ser humano existían no porque se creasen y garantizasen en una norma jurídica estatal como la Constitución, sino por su calidad de realidades previas y superiores a la norma jurídica, en cambio la Constitución de 1993 al utilizar el término establecidos, en virtud de la cual pareciera dar la idea de que en ejercicio del poder de reforma constitucional, no solo se puede disminuir sino también suprimir derechos fundamentales. Evidentemente, la hipótesis de la supresión de los derechos es inadmisibles en una concepción según la cual los derechos son pre estatales²⁴.

Es decir que es imprescindible la protección de ciertos derechos que si bien no están reconocidos en nuestra constitución su protección e inclusión es necesaria toda vez

²² STC N° 01865-2010-PA/TC, fundamento 19.

²³ **Artículo 4 de la Constitución de 1979:** "La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado Social y Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno".

²⁴ CARPIO MARCOS, Edgar, "*Los derechos no enumerados en la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*", Revista Gaceta Constitucional, N° 5, Mayo de 2008, p. 19.

que garanticen el respeto de la dignidad de las personas y con más razón si tomamos al ser humano no solo en su individualidad sino como miembro de un particular grupo social. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de “desarrollo de los derechos fundamentales”, cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3 de nuestra Constitución²⁵.

Nuestro Tribunal, en una primera línea jurisprudencial, ha sostenido que los derechos contenidos en el artículo 2 de nuestra Constitución: “En tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena (...). Si bien dichos derechos son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean creación del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por este”²⁶.

Por otro lado, la propia naturaleza de los derechos origina que no puedan ser asimilados en cuanto a su existencia por la presencia de un texto legal que los reconozca, por cuanto se ha sostenido comúnmente que su reconocimiento deriva no tanto por la aprobación que pueda otorgar una autoridad, sino por su conexidad intrínseca con el

²⁵ STC N° 0895-2001-AA/TC, fundamento 5.

²⁶ STC N° 01417-2005-PA/TC, fundamentos 13 y 14.

principio de la dignidad humana, el cual inspira y conduce el accionar tanto de la sociedad como del propio Estado²⁷.

Dicho esto, podemos definir a los derechos constitucionales implícitos como aquellos derechos no expresados clara y determinantemente en el texto de una disposición constitucional, pero que se desprenden de normas o principios constitucionales si recogidos expresamente²⁸. En ese sentido, la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de las garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía. Solo así la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado Social y Democrático de Derecho²⁹.

En base a lo expuesto anteriormente, debemos hacernos la siguiente pregunta clave: **¿El derecho a la seguridad en el trabajo es un derecho nuevo o es un contenido implícito de derechos constitucionales expresos?** Para responder a esta pregunta debemos primero definir lo que es un contenido implícito de un derecho expreso para inmediatamente diferenciar entre un contenido implícito nuevo y un contenido implícito viejo.

En la medida que el concreto contenido constitucional de un derecho fundamental no se encuentra reconocido expresamente en el texto del dispositivo constitucional que reconoce el derecho, sino que es consecuencia de la interpretación que del mismo formule los encargados de realizar una interpretación vinculante de la Constitución (en particular el Tribunal Constitucional como supremo

²⁷ PAZO PINEDA, Oscar Andrés, *Los derechos fundamentales y el tribunal constitucional*, Gaceta Jurídica S.A., 2014, Lima, p. 172.

²⁸ CASTILLO CORDOVA, Luis, *Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos*, Revista Gaceta Constitucional, N° 5, Mayo de 2008, p. 31.

²⁹ STC N° 2273-2005-PHC, fundamento 8.

intérprete de la Constitución), en estricto toda concreta formulación del contenido constitucional de un derecho fundamental, estaremos frente a un contenido implícito del derecho fundamental³⁰. El **contenido implícito nuevo** de un derecho fundamental es el o los elementos conformantes del contenido que son fruto del redimensionamiento del derecho humano y del bien humano que está detrás de todo derecho humano, que ocurre en un momento determinado por el cambio de las circunstancias o de las valoraciones sociales³¹. De manera que el contenido constitucional de un derecho fundamental se va adecuando siempre en función de una concreta realidad fáctica y a su consecuente realidad valorativa³². En cambio el **contenido implícito viejo** de un derecho fundamental viene conformado por todos los elementos del contenido constitucional no que son fruto de nuevas circunstancias o valoraciones, sino que se reconocen como confortantes del contenido del derecho fundamental desde que este es reconocido como tal³³. Situación que no ha escapado a nuestro Tribunal constitucional que ha vertido también definiciones sobre ambas figuras del contenido implícito nuevo³⁴ y el contenido implícito viejo³⁵.

Dicho esto, podemos inferir, que si bien es cierto el derecho a la seguridad en el trabajo se apoya fuertemente en el derecho a la salud y al derecho a la integridad física de manera que se configura como un derecho fundamental implícito del derecho a la salud y del derecho a la integridad física toda vez que de dicho derecho se desprende la protección al valor máximo de la vida como parte de la protección que brinda el estado a la dignidad humana. Sin

³⁰ CASTILLO CORDOVA, Luis, *Justificación y significación...*, p. 40.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Ídem*, p. 41.

³⁴ Fundamento 5 de la STC N° 0895-2001-AA/TC: "Que existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional".

³⁵ *Ibidem*: "En ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, es susceptible de ser configurado autónomamente".

embargo también debemos tener en cuenta que podríamos definirlo como un derecho autónomo distinto al derecho a la salud y la integridad física toda vez que vendría a ser una aplicación de este segundo derecho en el ámbito laboral, también es verdad que es posible reconocerle una configuración propia y como consecuencia una autonomía jurídica propia.

Ahora ya habiendo reconocido que el derecho a la seguridad en el trabajo constituye un contenido implícito del derecho a la salud y a la integridad física, queda por responder la segunda parte de nuestra interrogante, **¿Se trata de un contenido implícito nuevo o un contenido implícito viejo?** Mi postura es considerarlo como un contenido implícito nuevo del derecho a la vida e integridad física en base a los siguientes fundamentos:

- i.* Que el fundamento de todo derecho fundamental se encuentra y se busca en la Constitución³⁶, en el caso del derecho a la seguridad en el trabajo lo encontramos en el respeto por la vida y la integridad física de las personas en tanto que se desprende de la dignidad humana.
- ii.* Que tras el surgimiento acelerado de la actividad industrial, también surgieron nuevos riesgos en el trabajador industrial de manera que se ha tenido que adecuar el derecho a la vida y a la integridad física en función del tipo de trabajo que realizan los trabajadores como parte de su actividad laboral.
- iii.* Que el derecho presenta una estructura y una naturaleza propia que lo distingue de los demás derechos y por tanto lo diferencia de los demás.³⁷

³⁶ PESTANA URIBE, Enrique, "*La configuración constitucional de los derechos no enumerados en la cláusula abierta del sistema de derechos y libertades*" en *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica S.A., 2009, p. 121.

³⁷ *Ibídem*, p. 123.

- iv. Que parte de la singularidad del derecho, tal como lo hemos referido en el punto anterior, se ha reglado mediante una ley general y su reglamento así como distintos reglamentos sectoriales, por tanto presenta una adecuación de la norma nacional a los distintos cambios que se han ido presentando en el ámbito industrial.
- v. El reconocimiento de este derecho que aunque resultan novedoso en su contenido, su estructura o naturaleza no es autónoma sino que en puridad le pertenece a otra mucho más amplia o genérica que, por el contrario, sí se encuentra expresamente reconocida o incorporada en el texto de la Constitución, más que de un derecho nuevo, se trata en lo esencial de una porción novedosa que pasa a integrarse al contenido de un derecho antiguo o normativamente preexistente³⁸.

Así mismo respecto a la protección constitucional que van a tener el derecho a la seguridad en tanto que es contenido implícito, el que no se encuentre recogido expresamente no le quita la protección constitucional que puede estar sujeto mediante los distintos procesos constitucionales recogidos en nuestro Código Procesal Constitucional, toda vez que la finalidad de los procesos constitucionales es garantizar la vigencia de los derechos que la Constitución reconoce, ya sea de modo explícito, así como de manera implícita. De modo que la finalidad esencial de los procesos constitucionales es una misma: favorecer la efectiva vigencia de la Constitución, la cual se manifiesta también asegurando la plena vigencia de las normas iusfundamentales. Así, de los dos fines esenciales a los que alude el artículo I de la Constitución, el segundo –la vigencia efectiva de los derechos constitucionales– aparece como una concreción del primero –la plena vigencia de la Constitución–³⁹.

³⁸ SÁENZ DÁVALOS, Luis R., "Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización" en *Derechos constitucionales no escritos...*, Gaceta Jurídica S.A., 2009, p. 30.

³⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional" en *Estudios y jurisprudencia del Código procesal constitucional*.

Sin embargo debemos tener en cuenta que únicamente el proceso de amparo sería el indicado para proteger el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, a este respecto el TC ha manifestado que procesos como el amparo, por la propia naturaleza del objeto a proteger, solo tutelan pretensiones que están relacionadas con el ámbito constitucional de un derecho fundamental⁴⁰. De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales⁴¹.

1.2.2.3. Los tratados internacionales y la cuarta disposición final y transitoria de nuestra constitución vigente

HAKANSSON NIETO⁴², al referirse a la Cuarta Disposición Final y Transitoria nuestra Constitución vigente indica: “El contenido de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos también integra el bloque de constitucionalidad, las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú (...)”. Teniendo en cuenta que el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1968 ha sido ratificado

análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo, Gaceta Jurídica S.A., 2009, Lima, p. 12.

⁴⁰ STC N° 03227-2007-PA/TC, fundamento Jurídico 3.

⁴¹ STC N° 1417-2005-AA/TC, fundamento 4.

⁴² HAKANSSON NIETO, Carlos Guillermo, *El reconocimiento judicial del bloque de constitucionalidad. Un estudio con especial referencia al ordenamiento jurídico peruano*, IDEMSA, 2009, Lima, p. 419-435.

por nuestro país y en éste se estableció el Derecho a la Seguridad e Higiene en el trabajo (artículo 7) resulta claro que el Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo forma parte de la Constitución y por ende goza de la máxima jerarquía normativa y protección subsecuente.

Así mismo de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano⁴³.

En efecto, conforme al artículo 55 de la Constitución, los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico. En ese sentido, por el hecho de que una ley no se refiera a ellos o que no regule las mismas materias, no se dejarán de aplicar los tratados internacionales que reconocen derechos a los empleados públicos, puesto que son normas jurídicas válidas y vinculantes dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional⁴⁴. Igualmente, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Norma Suprema, los tratados internacionales en materia de derechos humanos deberán aplicarse para la interpretación de los derechos y libertades que la Constitución consagra en materia de seguridad y salud en el trabajo. En efecto, los derechos laborales, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y por el Protocolo

⁴³ STC N° 1124-2001-AA-TC, fundamento 9.

⁴⁴ STC N° 008-2005-PI/TC, fundamento 50.

Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o “Protocolo de San Salvador”, entre otros.

Ya habiendo identificado la naturaleza constitucional del derecho que estamos estudiando y habiendo establecido que se trata de un contenido implícito nuevo del derecho a la vida y a la integridad física, es necesario analizar ciertos aspectos que se encuentran recogidos en las normas que desarrollan la protección en un nivel legal y reglamentario.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL Y REGLAMENTARIO

Como punto de partida tenemos que decir que en cuanto a la normatividad interna tenemos:

- La Ley 29783 (Ley de Seguridad y Salud en el trabajo), publicada el 11 de agosto del año 2011; la misma que ha sido materia de modificación mediante Ley 30222 (Ley que modifica la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el trabajo) publicada el día 11 de julio del año 2014.
- El Decreto Supremo 005-2012-TR (Reglamento de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el trabajo) publicada el día 25 de abril del año 2012; la misma que ha sido materia de modificación mediante Decreto Supremo 006-2014-TR (Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el trabajo aprobado por Decreto Supremo 005-2012-TR) publicada el día 09 de agosto del año 2014.
- El Decreto Supremo 055-2010-EM (Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Seguridad y Salud ocupacional y otras medidas complementarias en minería) publicada el día 22 de agosto del año 2010.

Tal como lo veremos más adelante dichas normas se complementan, e inclusive en algunos caso existen algunas divergencias que solucionaremos en el desarrollo del presente capítulo. El presente capítulo será dividido en dos segmentos, en primer lugar que se destinará a la solución de la interrogante si la Ley 29783 y su reglamento se aplica al sector minero; y en segundo lugar al análisis de los principios del derecho materia del presente trabajo.

2.1. Aplicación supletoria de la ley 29783 y su reglamento en la actividad minera

Sobre este punto se pueden presentar varias interrogantes. La Ley 29783 y su Reglamento, el D.S. 005-2012-TR ¿son aplicables dentro del sector minero? o ¿sólo es aplicable el D.S. 055-2010-EM, al sector minero en base al principio del especialidad? La resolución de dichas preguntas es fundamental con la finalidad de tener claro en el caso que se presenten situaciones que generen dudas sobre que norma aplicar en un caso en concreto.

Si bien la ley general o su reglamento no han establecido un dispositivo específico referente a su aplicación supletoria en caso de algún vacío o discordancia del reglamento sectorial, considero que sí es aplicable la ley y su reglamento a pesar de que ya existe un reglamento sectorial que regula la seguridad y salud, en base a los siguientes fundamentos:

1. El **artículo 2 de la Ley** explícitamente dice: "*La presente Ley es aplicable a todos los sectores económicos y de servicios...*", siendo el sector minero uno de los principales sectores económicos del país, es perfectamente aplicable dicho artículo al sector minero.
2. La **Primera disposición complementaria y final de la ley general** establece que los ministerios, instituciones públicas y organismos públicos descentralizados adecuan sus reglamentos sectoriales de seguridad y salud en el trabajo a la presente Ley en un plazo no mayor de ciento ochenta días a partir de su entrada en vigencia, teniendo en cuenta que el reglamento sectorial fue refrendado por el Ministerio de energía y minas en su oportunidad.

3. En base al **Principio de Jerarquía de Normas**, la ley tiene una preponderancia frente a cualquier reglamento, siempre y cuando se legisle a un mismo sector.

Ahora ¿Qué sucedería en los casos de existir divergencia entre la ley general, su reglamento y el reglamento sectorial? ¿Qué debemos aplicar? ¿El reglamento sectorial o la ley y su reglamento? Es claro que las tres normas regulan la seguridad y salud en el trabajo, sin embargo existen divergencias normativas en las que no sabríamos que norma aplicar al momento presentarse un caso específico. Ya hemos indicado que en base al Principio de jerarquía de normas, la Ley tendría una preponderancia frente a cualquier reglamento, sin embargo mi postura es que en caso de divergencias entre lo regulado por el reglamento sectorial con La Ley y su Reglamento deberíamos de aplicar la norma que más favorezca al trabajador, o la que mejor garantice el respeto del derecho a la seguridad y salud del trabajador, sin embargo debemos agregar que existen dentro del mismo cuerpo de la Ley, argumentos que podrían favorecer la aplicación del reglamento sectorial en base al principio de especialidad:

1. El artículo 3 de la ley general establece que "la presente Ley regula las normas mínimas para la prevención de los riesgos laborales", de manera que la ley general solo establece el piso, pudiendo aplicarse el reglamento sectorial si esta fuera más beneficiosa.
2. En base al Principio de especialidad la norma más específica es la que se aplica al caso concreto, poniendo como límite a ello la mayor protección al trabajador. Dado que tenemos dos reglamentos que regulan la seguridad y salud en el trabajo, donde uno de ellos no sólo la seguridad y salud en el trabajo sino que lo regula en base al sector minero.
3. Así mismo el reglamento de la Ley, en su artículo 4 establece que "cuando los reglamentos sectoriales establezcan obligaciones y derechos superiores a los contenidos en la Ley y el presente Reglamento, aquéllas prevalecerán sobre la Ley y su Reglamento". Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que dichos reglamentos sectoriales no resulten incompatibles con lo dispuesto por la ley.

Sin perjuicio de lo indicado, y tal como ya lo habíamos adelantado existen circunstancias en que la ley general será más favorable para el trabajador que el propio reglamento sectorial por lo que debemos analizar caso por caso, a fin de obtener una absoluta protección a nivel normativo del trabajador y de sus derechos frente a incongruencias de la norma, así tenemos:

1. El artículo 29 de ley general regula que los empleadores con veinte o más trabajadores a su cargo están en la obligación de constituir un comité de seguridad y salud en el trabajo, sin embargo el artículo 61 del reglamento sectorial regula que todo titular minero con veinticinco trabajadores o más (incluidos los trabajadores de empresas contratistas mineras y empresas contratistas) están en la obligación de constituir un comité de seguridad y salud en el trabajo. En el presente caso se debería aplicar lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley, ya que es la norma que más beneficiosa para el trabajador de manera que abarca a un número mayor de trabajadores que el artículo del reglamento sectorial está excluyendo.
2. Así mismo tenemos una divergencia entre el **artículo 39 del reglamento de la ley general**⁴⁵ y **artículo 62 del reglamento sectorial**⁴⁶, en el sentido que el primero obliga al empleador tener un supervisor si tuviera menos de veinte trabajadores, sin embargo el reglamento sectorial estipula que debe ser con veinticinco. En este caso aplicando el criterio que estamos analizando consideramos que se debe aplicar lo consignado por el reglamento de la ley, ya que sería más beneficio para el trabajador toda vez que se protegería a esos cinco trabajadores que el artículo del reglamento sectorial está excluyendo.

⁴⁵ Artículo 39.- El empleador que tenga menos de veinte trabajadores debe garantizar que la elección del Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo se realice por los trabajadores.

⁴⁶ Artículo 62.- Todo titular minero con menos de veinticinco trabajadores debe capacitar y nombrar entre los trabajadores de sus áreas productivas, cuando menos, a un supervisor de seguridad

Por tanto al momento de realizar el análisis de que norma o reglamento aplicar en un caso específico es necesario aplicar la norma que más favorezca al trabajador de manera que salvaguarde de mejor manera su derecho a la seguridad y salud.

2.2. Principios del derecho a la seguridad y salud en el trabajo

Los principios que giran en torno y que desarrollan al derecho a la seguridad y salud en el trabajo se encuentran recogidos en el **TÍTULO PRELIMINAR** de la Ley general, siendo el único cuerpo normativo que ha tenido a bien analizar y legislar los distintos principios que rigen este derecho, así mismo sus distintas disposiciones se encuentran vertidas en los distintos artículos de su reglamento como en el reglamento sectorial.

2.2.1. Principio de prevención

2.2.1.1. Definición

La Ley 29783 en su artículo I del Título Preliminar sobre el principio de prevención establece lo siguiente:

"El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral"⁴⁷.

El principio de prevención es el principio rector que engloba todo el derecho a la seguridad y salud ocupacional, ya que tanto la Ley, su reglamento y el reglamento sectorial buscan implementar un sistema preventivo más que correctivo. Esto responde a un concepto lógico, ya que ante la falta de implementación de un sistema preventivo la norma caería en un absurdo, ¿qué protección daríamos y de que serviría tantos tratados y preceptos que busca la protección de

⁴⁷ Artículo I del Título Preliminar de la Ley 29783.

los derechos de los trabajadores si la propia norma no ayuda a conseguir este fin? Visto de otro modo ¿existiría un perfecto derecho a la seguridad y salud ocupacional si la misma norma fomenta a que los empleadores sólo se dedicaran a pagar indemnizaciones? Indemnizaciones que muchas veces se realizan "bajo la mesa" pagando sumas irrisorias en calidad de indemnizaciones, abusando de la posición de desventaja del trabajador frente a un Poder Judicial lento y sumado a los gastos en costos y costas judiciales que se ocasionan, obligando al trabajador o familiares del trabajador en caso de un accidente fatal a firmar una transacción extrajudicial que contendría una clausula liberatoria de responsabilidad⁴⁸, esto sería liquidante frente a cualquier reclamo posterior que quisiera iniciar el trabajador o familiares del trabajador en caso de un accidente fatal, dado que en sede judicial podría presentarse como Transacción Extrajudicial mediante una excepción al momento de contradecir la demanda.

La redacción que nos entrega la ley traslada la responsabilidad de la labor preventiva únicamente al empleador, esto podría deberse a dos razones fundamentales: a) Se buscó dar mayor énfasis a la responsabilidad del empleador frente al trabajador, dado que el empleador siempre tendrá una ventaja dentro de la relación jurídico laboral y por lo tanto el derecho laboral busca equiparar o menguar dicha asimetría y, b) Se pensó que dentro de la cabeza del trabajador se tendría una situación de semi o total desconocimiento frente al derecho de Seguridad y Salud y esto viene fundado en la responsabilidad del empleador del deber de capacitación de sus trabajadores.

Por una u otra razones, consideramos que dicho artículo no guarda concordancia con la totalidad del cuerpo normativo, toda vez que si revisamos diferentes artículos, y no sólo de la ley, vemos que las normas también trasladan la responsabilidad de prevención y garantizar la seguridad y

⁴⁸ Que como lo veremos en el capítulo pertinente, la modificatoria del artículo 168-A, deslinda responsabilidad penal al empleador bajo ciertas circunstancias.

salud hacia los trabajadores, no siendo una única responsabilidad del empleador sino que también corresponde a una de las obligaciones de los trabajadores que la distinta normativa de seguridad y salud regula así como de la autoridad minera⁴⁹.

La Ley al indicar: "(...) Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo(...)" amplia el marco de acción toda vez que se consideran todos aquellos factores que pueda dañar a la salud de un trabajador ya que debemos tomar factores de maternidad, riesgos para el feto, posible infertilidad tanto masculina como femenina; igualmente importante es al mencionar aquellos relacionados con lo social, laboral y biológico, no sólo considerándolo como la sola ausencia de enfermedad.

⁴⁹ **ARTÍCULO 44° DECRETO SUPREMO N° 055-2010-EM.-** Los trabajadores en general están obligados a realizar toda acción conducente a prevenir o conjurar cualquier accidente y a informar dichos hechos, en el acto, a su jefe inmediato o al representante del titular minero. Sus principales obligaciones son:
(...).

b) Ser responsables por su seguridad personal y la de sus compañeros de trabajo (...).

ARTÍCULO 79 DE LA LEY 29783. Obligaciones del trabajador: En materia de prevención de riesgos laborales, los trabajadores tienen las siguientes obligaciones:
(...)

g) Comunicar al empleador todo evento o situación que ponga o pueda poner en riesgo su seguridad y salud o las instalaciones físicas, debiendo adoptar inmediatamente, de ser posible, las medidas correctivas del caso sin que genere sanción de ningún tipo (...).

ARTÍCULO 110 DECRETO SUPREMO N° 005-2012-TR.- La notificación a que se refiere el artículo 82 de la Ley debe realizarse en los plazos siguientes:
(...)

b) Centro Médico Asistencial (público, privado, militar, policial o de seguridad social): La obligación de informar cualquier otro tipo de situaciones que alteren o pongan en riesgo la vida, integridad física y psicológica del trabajador suscitadas en el ámbito laboral, prevista en el literal c) del artículo 82 de la Ley, será efectuada en aquellos casos específicos que sean solicitados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

2.2.1.2. Especial relación con el principio precautorio

El **PRINCIPIO PRECAUTORIO** también denominado “de precaución” o “de cautela” se encuentra vinculado al denominado principio de prevención y, aunque no ha sido regulado ni en la ley ni en los reglamentos de seguridad que estamos analizando, sí ha sido desarrollado por nuestro TC⁵⁰ diferenciándolo del principio de prevención indicando que el primero exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente⁵¹; mientras que en el segundo se adoptan medidas de cautela ante la amenaza de un daño probable a la salud o al medio ambiente pues la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos no es óbice para que se adopten las acciones tendentes a tutelar el derecho al medio ambiente y a la salud de las personas. De manera que el haz de protección del principio de Precautorio es anterior al principio de prevención sin esperar que se produzca un daño o una amenaza latente.

Nuestro Supremo Interprete ha establecido que el principio de prevención “(...) exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el daño mientras que el precautorio “opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos”⁵².

Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este. El elemento esencial del referido principio es entonces la falta de la certeza científica, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad o la negligencia del riesgo, sí resulta exigible la existencia de indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la

⁵⁰ STC N° 05387-2008-PA/TC-LIMA, fundamento 12.

⁵¹ Si bien es cierto el Principio de Prevención y Precaución ha sido tomado desde una óptica de prevención del Derecho Constitucional a un medio ambiente equilibrado y adecuado, dichos argumentos pueden ser enfocados desde la misma óptica del derecho constitucional que estamos estudiando.

⁵² STC N° 9340-2006-PA/TC, fundamento 4.

necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables⁵³.

En base a ello consideramos que debería haber sido necesaria la incorporación de dicho principio, ya que en primer lugar, no necesita la sola existencia o probabilidad de un daño como consecuencia del trabajo que se realiza, en segundo lugar porque su aplicación es más beneficiosa para el trabajador toda vez que se protege de manera más eficaz al trabajador.

2.2.1.3. Relación con otros principios del derecho a la seguridad y salud en el trabajo

En base al **PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD** el empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes⁵⁴. Considero acertado que se traslade toda la responsabilidad al empleador, dado que en principio tiene la responsabilidad por la prevención de la seguridad y salud de sus trabajadores y asumiendo que se haga caso omiso a dichas normas imperativas tendría la responsabilidad asumiendo la totalidad de las implicancias ya sea económica y legales.

Siguiendo el análisis de dicho principio la ley menciona: "...el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores...", tenemos que presentar un campo amplio del ámbito subjetivo, con lo que no sólo incluye a aquellas personas que son trabajadores directos del titular minero, sino a todo aquel personal que brinda algún tipo de servicio personal o no, permanente o temporal, ya sea del giro mismo de la actividad

⁵³ "Aplicación del principio precautorio en la protección del derecho al medio ambiente sano y adecuado". En: Revista Gaceta Constitucional, N° 6, Junio de 2008, p. 125.

⁵⁴ Artículo II del Título Preliminar de la Ley 29783.

minera o si se tratase de una actividad conexas con la finalidad de no caer en alguna discriminación por el estatus que tienen dichos trabajadores o darle alguna preferencia a uno u otro trabajador.

En relación con el **PRINCIPIO DE COOPERACIÓN** el Estado, los empleadores y los trabajadores, y sus organizaciones sindicales establecen mecanismos que garanticen una permanente colaboración y coordinación en materia de seguridad y salud en el trabajo⁵⁵. Dicho principio complementa el principio de prevención, dado que engloba a todos los sujetos que participan dentro de la relación laboral como aquellos órganos de fiscalización, sin embargo dentro del concepto de empleadores y trabajadores debemos tener en cuenta a las contratistas y trabajadores de ellas y a aquellos trabajadores que no teniendo vínculo laboral prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores, con lo cual se podría entender de manera extensiva con la finalidad de incluir a dichos trabajadores en base al principio de responsabilidad.

Por último en relación al **PRINCIPIO DE PROTECCIÓN**, los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua⁵⁶.

De manera que la ley le otorga la responsabilidad solidaria tanto al Estado como al empleador de velar por la seguridad del trabajador, esa misma responsabilidad responde no sólo por una vida saludable, sino también por una salud física, mental y social, de forma continua, debiendo tener en cuenta dos razones primordiales para el trabajador:

- Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable. Ello implica no sólo una buena infraestructura, sino también una adecuada

⁵⁵ Artículo III del Título Preliminar de la Ley 29783.

⁵⁶ Artículo IX del Título Preliminar de la Ley 29783.

señalización, el respeto por las normas técnicas, un ambiente saludable, y sobre todo un ambiente acorde a la actividad que se realiza.

- Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores. Tal como se ha mencionado el derecho a la seguridad y salud está valorado siempre al respeto de la dignidad humana.

2.2.2. Principio de información y capacitación

2.2.2.1. Definición

La ley general en su artículo IV del título preliminar establece lo siguiente:

"Las organizaciones sindicales y los trabajadores reciben del empleador una oportuna y adecuada información y capacitación preventiva en la tarea a desarrollar, con énfasis en lo potencialmente riesgoso para la vida y salud de los trabajadores y su familia."⁵⁷

El principio de información y capacitación es uno de los principios de mayor implicancia dentro del principio de prevención, dado que es necesario que el trabajador reciba charlas de capacitación con la finalidad de poder reforzar su conocimiento en los distintos riesgos existentes y desempeñar su trabajo y como consecuencia de ello evitar los distintos riesgos que ponen en peligro su salud dentro del centro de trabajo propios de la actividad. Este principio, está a cargo netamente del empleador, siendo responsable no sólo de capacitar a sus trabajadores sino además llevar a cabo el programa de capacitación⁵⁸, esto no colisiona con el principio

⁵⁷ Artículo IV del Título Preliminar de la Ley 29783.

⁵⁸ **Artículo 49 del D.S 005-2012.TR. :**

Obligaciones del empleador El empleador, entre otras, tiene las siguientes obligaciones:
g) Garantizar, oportuna y apropiadamente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica, tal como se señala a

del cooperación⁵⁹ dado que se convierte en un mandato imperativo que debe realizar el empleador. Sin embargo debemos tener en cuenta los artículos 74 y 79 del Reglamento de la ley de manera que los trabajadores o sus representantes tienen la obligación de revisar los programas de capacitación formulando las recomendaciones al empleador con el fin de mejorar la efectividad de los mismos, de manera que los trabajadores realizan una labor de control sobre las capacitaciones o las empresas capacitadoras que el empleador contrata, reforzándose el principio de cooperación.

Así mismo es necesario aclarar los términos "capacitación" e "inducción". Tanto el Glosario de términos del reglamento de la ley como el artículo 7 del reglamento sectorial, definen de manera similar ambos términos. Así tenemos que **Capacitación** consiste en transmitir conocimientos teóricos y prácticos para el desarrollo de competencias, capacidades y destrezas acerca del proceso de trabajo, la prevención de los riesgos, la seguridad y la salud.

Inducción u Orientación es toda capacitación inicial dirigida a otorgar conocimientos e instrucciones al trabajador para que ejecute su labor en forma segura, eficiente y correcta. Se divide normalmente en: **Inducción General:** Capacitación al trabajador sobre temas generales como política, beneficios, servicios, facilidades, normas, prácticas, y el conocimiento del ambiente laboral del empleador, efectuada antes de asumir su puesto. **Inducción Específica:** Capacitación que brinda al trabajador la información y el conocimiento necesario que lo prepara para su labor específica.

continuación: 1. Al momento de la contratación, cualquiera sea la modalidad o duración. 2. Durante el desempeño de la labor. 3. Cuando se produzcan cambios en la función o puesto de trabajo o en la tecnología.

⁵⁹ Mediante el Principio de Cooperación todos los sujetos que intervienen dentro de la actividad minera y sus conexas, actúan de manera conjunta a fin de evitar un riesgo que ponga en peligro la vida o la salud de los trabajadores.

De manera que podríamos decir que capacitación vendría a constituirse como el género mientras la inducción es la especie. Toda vez que el concepto de capacitación incluye al de inducción en tanto esta última se dirige al trabajador de manera inicial, ya sea como parte de la inducción al momento de ingreso del trabajador por parte de su nuevo empleador o cuando es derivado a otra unidad minera; en cambio capacitación es una actividad que se realiza de manera periódica, con la finalidad de reforzar ciertos conocimientos que el trabajador ya viene recibiendo.

Mediante el artículo 1 del D.S. 006-2014-TR, que modifica el artículo 27 del Reglamento de la ley, agrega un párrafo indicando que serán tomadas como válidas todos aquellos servicios de formación en seguridad y salud que brinda la autoridad minera de manera gratuita a efectos de que sean computadas y tomadas como válidas como cumplimiento del deber de capacitación. Sin perjuicio de ello, tanto los trabajadores como los miembros del comité de seguridad tienen la obligación de verificar que temas se van a dictar con la finalidad de impugnar dichas capacitaciones.

Por último cabe indicar que la infracción por el incumplimiento de esta obligación es considerada una falta grave de conformidad con el artículo 27 del D.S. N° 019-2006-TR (Reglamento de la Ley de Inspección Laboral).

2.2.2.2. Programación de capacitación. análisis del art. 69 del reglamento sectorial

El artículo 69 del reglamento sectorial, establece un programa para las capacitaciones dentro de la actividad minera, norma que de igual modo se encuentra concordado con el artículo 35 inciso b) de la Ley general al establecer como mínimo cuatro capacitaciones al año en materia de seguridad y salud, así mismo el artículo 27 del Reglamento de la ley, establece los puntos sobre los que se debe realizar el proceso de formación o capacitación:

- a) En el puesto de trabajo específico o en la función que cada trabajador desempeña, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo, modalidad o duración de su contrato.
- b) En los cambios de las funciones que desempeñe, cuando éstos se produzcan.
- c) En los cambios de las tecnologías o en los equipos de trabajo, cuando éstos se produzcan.
- d) En las medidas que permitan la adaptación a la evolución de los riesgos y la prevención de nuevos riesgos.
- e) En la actualización periódica de los conocimientos.

De conformidad con el principio de prevención se está tomando en cuenta situaciones que modifiquen el ritmo de trabajo como aquellos trabajadores que son designados a otras áreas o cambios en las funciones a fin de minimizar los daños emergentes a los que podrían estar expuestos dichos trabajadores al estar frente a nuevas competencias. Así mismo se está tomando en cuenta la adquisición de nuevas tecnologías, ello engloba no sólo software que adquiere el titular minero a fin de maximizar su producción y calidad, sino también la distinta maquinaria que adquiere para el mismo fin. Respecto a la manipulación de maquinaria el artículo 44 c) del reglamento sectorial, establece que ningún trabajador podrá manipular u operar máquinas, válvulas, tuberías, conductores eléctricos, si no se encuentra capacitados y no hayan sido debidamente autorizados, con lo cual se establecen dos límites: a) Por un lado pone un límite a los trabajadores en tanto que dicho artículo se encuentra dentro de los derechos de los trabajadores, y b) por otro pone un límite a la labor del empleador, con lo cual no podrá alegar como causal de despido la desobediencia por parte del trabajador al rehusarse a manipular maquinaria sino está debidamente capacitado.

El mismo artículo 69 del reglamento sectorial, establece un programa de capacitación cuando se trata de trabajadores nuevos, estableciendo lo siguiente:

- Inducción y orientación básica no menor de ocho horas diarias durante dos días, de acuerdo al ANEXO N° 14.
- La capacitación en el área de trabajo consistirá en el aprendizaje teórico-práctico. Esta capacitación en ningún caso podrá ser menor de ocho horas diarias durante cuatro días, en tareas mineras, según el ANEXO N° 14-A. Luego de concluir estas etapas, se emitirá una constancia en la que se consigne que el trabajador ha sido evaluado y es apto para ocupar el puesto que se le asigne.
- Efectuada la capacitación antes mencionada, los trabajadores deberán obtener una certificación de calificación de competencia, la misma que será otorgada dentro de los seis meses de experiencia acumulada en el puesto de trabajo asignado.

En cuanto a cambios en la relación laboral del trabajador ya sea porque se inicie una nueva relación laboral con otro empleador o es reubicado a otra unidad de producción deberá recibir en la nueva empresa o en la nueva unidad de producción una capacitación de inducción de ocho horas. Dicho precepto es importante dado que presumiendo de la inexistencia de dicha norma tanto el mismo empleador o el nuevo empleador del trabajador podría ampararse en que el trabajador ya presenta una certificación de calificación de competencia, con la finalidad de evitar la obligatoriedad de volver a capacitar a dicho trabajador, toda vez que cada unidad minera presenta estándares específicos que difieren de otra unidad minera lo que hace necesaria la inclusión de este mandato legislativo.

Respecto a los trabajadores que no son considerados nuevos, supervisores y de la alta gerencia deben ser debidamente capacitados al menos con una capacitación

trimestral no menor a quince horas, de acuerdo a lo establecido en la matriz básica de capacitación en seguridad y salud ocupacional minero según el ANEXO N° 14-B, no debiendo tomarse para efectos del cómputo de las horas de capacitación las reuniones de seguridad denominadas “de cinco minutos”, previas al inicio de las labores.

Así mismo respecto a las visitas, es decir auditores, inspectores, consultores o demás personal contratado por el titular minero o sus contratistas, entendidas como aquellas sobre las cuales no va a existir una continuidad de trabajo dentro de la unidad de producción, deberán realizar una inducción general no menor a una hora.

Por último el numeral 4 del artículo 69 del Reglamento sectorial establece lineamientos básicos de infraestructura del ambiente donde se realizarán las capacitaciones las cuales deberán contar con infraestructura habilitada como por ejemplo aulas con mobiliario, equipos de proyección adecuados, películas, videos, diapositivas, transparencias, folletos, afiches, revistas, entre otros. Así mismo respecto del formato para la ficha de participación en la cual se deberá registrar el tema, instructor, fecha, tiempo de duración, lugar, nombres y firmas de los asistentes a la misma con la evaluación correspondiente de acuerdo a su competencia.

2.2.2.3. Implicancia en las empresas contratistas mineras y empresas contratistas de actividades conexas

El artículo 51 del reglamento sectorial, establece que tanto las empresas contratistas mineras y empresas contratistas de actividades conexas están obligadas a cumplir con lo establecido en el Reglamento Interno de Seguridad y Salud Ocupacional del titular minero donde brindan sus servicios y demás disposiciones legales que les fueran aplicables, es decir es perfectamente aplicable del mismo modo la ley general y su reglamento, debiendo estar sujetos así mismo con el programa de capacitación del mismo titular minero.

Así mismo de conformidad con el artículo 53 del Reglamento sectorial, las empresas contratistas mineras tienen responsabilidad solidaria con el titular minero, debiendo proporcionar a sus trabajadores capacitaciones, de acuerdo a la actividad que dichos trabajadores desarrollan.

2.2.3. Principio de consulta y participación

2.2.3.1. definición

"El Estado promueve mecanismos de consulta y participación de las organizaciones de empleadores y trabajadores más representativos y de los actores sociales para la adopción de mejoras en materia de seguridad y salud en el trabajo"⁶⁰.

Mediante éste principio, que se relaciona con el principio de cooperación y, establece la obligación del Estado de promover mecanismos de participación, entre los distintos grupos de empleadores y trabajadores más representativos. Si bien su inclusión es importante dado que por medio de la ley general se toma la iniciativa de crear una serie de herramientas estatales en pro de velar por la seguridad y salud (Política nacional de seguridad y salud en el trabajo, Sistema nacional de seguridad y salud en el trabajo, Consejo nacional de seguridad y salud en el trabajo, Secretaría técnica del consejo nacional de seguridad y salud en el trabajo, y las modificación de la fiscalización de materia de seguridad y salud en el MTPE) creemos que no sólo se debe tomar en cuenta la relación de Estado y grupos de empleadores y trabajadores, sino que debería ser enfocado principalmente en la relación de empleador y trabajador.

Como primer argumento para defender dicha postura, tenemos una serie de artículos en los distintos dispositivos legales y reglamentarios que reconocen el derecho de los trabajadores a la participación y consulta en su relación directa con el empleador, siendo los siguientes:

⁶⁰ Artículo VII del Título Preliminar de la Ley 29783.

- “El trabajador tiene derecho a ser consultado por el empleador para la formación de los lineamientos de la política en materia de seguridad y salud en el trabajo⁶¹,
- “El empleador tiene la obligación de disponer de tiempo y de recursos para participar activamente en los procesos de organización en materia de seguridad y salud en el trabajo”⁶²,
- “El trabajador tiene derecho a participar en la consulta sobre la selección del auditor y en todas las fases del Procedimiento de Auditoria del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, incluido el análisis de los resultados de la misma”⁶³,
- “El trabajador tiene derecho a ser considerado como una parte esencial dentro de la organización del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo”⁶⁴,
- “El trabajador tiene derecho a participar en la elaboración de un mapa de riesgos”⁶⁵,
- “El trabajador tiene derecho a participar en el análisis de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales”⁶⁶.
- “El trabajador tiene derecho a revisar los programas de capacitación y entrenamiento, así como formular las recomendaciones al empleador con el fin de mejorar la efectividad de los mismos”⁶⁷,

⁶¹ Artículo 22 de la Ley 29783, Artículo 26 i) del D.S. 005-2012-TR.

⁶² Artículo 25 de la Ley 29783, Artículo 24 del D.S. 005-2012-TR.

⁶³ Artículo 43 de la Ley 29783.

⁶⁴ Artículo 24 de la Ley 29783.

⁶⁵ Artículo 35 e) de la Ley 29783.

⁶⁶ Artículo 36 k) de la Ley 29783.

⁶⁷ Artículo 74 de la Ley 29783.

- “Los representantes de los trabajadores en seguridad y salud en el trabajo tienen el derecho a participar en la identificación de los peligros y en la evaluación de los riesgos en el trabajo”⁶⁸,
- “El trabajador tiene derecho a participar conjuntamente con el empleador y la autoridad administrativa de trabajo, en las investigaciones de los accidentes de trabajo mortales”⁶⁹,
- “El trabajador tiene derecho a participar de los trabajadores en los Comités de Seguridad y Salud Ocupacional respecto a los aspectos de salud ocupacional”⁷⁰.

Con la finalidad de evitar arbitrariedades y excesos ya sea de la parte empleadora como por los mismos trabajadores, se debe de entender como una lista de numerus clausus, sólo en base a ello los trabajadores podrán ejercer su derecho, a ello debemos de agregar las distintas funciones que debe de tener los trabajadores en función al principio de información y capacitación⁷¹, así como aquellos mencionados en los artículos que recogen los derechos y obligaciones de los trabajadores.

Como segundo argumento de conformidad con el principio de cooperación, todas las partes intervinientes deben de cooperar en lo referente a seguridad y salud y, habiendo ya establecido que la ley general es perfectamente aplicable dentro del sector minero y de conformidad con el artículo 3 de la misma ley, el empleador podría establecer otros mecanismos de participación para el trabajador con la

⁶⁸ Artículo 75 de la Ley 29783, Artículo 42 j) del D.S. 005-2012-TR.

⁶⁹ Artículo 92. de la Ley 29783, Artículo 88 del D.S. 005-2012-TR, Artículo 155 b) del D.S. 055-2010-EM.

⁷⁰ Artículo 93 del D.S. 055-2010-EM.

⁷¹ Referente a aquellos derechos que tienen los trabajadores de poder impugnar un programa de capacitación o revisar las distintas capacitaciones que son impartidas por el empleador.

finalidad de incrementar la calidad en lo referente a seguridad y salud.

Por último cabe indicar que, la infracción por el incumplimiento de esta obligación es considerada una falta grave de conformidad con el artículo 27 del D.S. N° 019-2006-TR (Reglamento de la Ley de Inspección Laboral).

2.2.3.2. Política nacional de seguridad y salud en el trabajo

Tal como ya lo habíamos indicado el Estado en base al principio de consulta y participación, interviene en la mejora de los lineamientos de la seguridad y salud ocupacional a través de las distintas herramientas establecidas en la ley general. De manera que no sólo ejerce una función fiscalizadora sino que así mismo participa activamente estableciendo nuevas políticas de seguridad y salud, políticas que en base al principio preventivo buscar asegurar la integridad física del trabajador.

Mediante dicha herramienta el Estado, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, tiene la obligación de formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional de seguridad y salud que tenga por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia de la actividad realizada, de manera que debe guardar relación estricta con la actividad laboral o aquella que sobrevenga 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.

Respecto de la periodicidad, se deberá realizar por lo menos una vez al año con la participación consultiva del Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, así mismo con una periodicidad no mayor a dos años debe realizarse un examen global o un examen sectorial de la situación de la Seguridad y Salud en el Trabajo, en función de las prioridades establecidas en la Política Nacional de

Seguridad y Salud en el Trabajo, el cual se somete a consulta del Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Por último el artículo 5 de la ley general, establece las grandes esferas de acción sobre la que incide la POLITICA NACIONAL, en la medida en que afecten la seguridad y la salud de los trabajadores, siendo las siguientes:

- a) Medidas para combatir los riesgos profesionales en el origen, diseño, ensayo, elección, reemplazo, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los componentes materiales del trabajo (como los lugares de trabajo, medio ambiente de trabajo, herramientas, maquinaria y equipo, sustancias y agentes químicos, biológicos y físicos, operaciones y procesos).
- b) Medidas para controlar y evaluar los riesgos y peligros de trabajo en las relaciones existentes entre los componentes materiales del trabajo y las personas que lo ejecutan o supervisan, y en la adaptación de la maquinaria, del equipo, del tiempo de trabajo, de la organización del trabajo y de las operaciones y procesos a las capacidades físicas y mentales de los trabajadores.
- c) Medidas para la formación, incluida la formación complementaria necesaria, calificaciones y motivación de las personas que intervienen para que se alcancen niveles adecuados de seguridad e higiene.
- d) Medidas de comunicación y cooperación a niveles de grupo de trabajo y de empresa y en todos los niveles apropiados, hasta el nivel nacional inclusive.
- e) Medidas para garantizar la compensación o reparación de los daños sufridos por el trabajador en casos de accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales, y establecer los procedimientos para la rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral por discapacidad temporal o permanente.

2.2.4. Principio de primacía de la realidad

2.2.4.1. Definición

El Artículo VII del título preliminar de la Ley general establece:

"Los empleadores, los trabajadores y los representantes de ambos, y demás entidades públicas y privadas responsables del cumplimiento de la legislación en seguridad y salud en el trabajo brindan información completa y veraz sobre la materia. De existir discrepancia entre el soporte documental y la realidad, las autoridades optan por lo constatado en la realidad"⁷².

Para nuestro TC en la STC N° 1944-2002-AA/TC "el principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos".

PLA RODRÍGUEZ⁷³ respecto del principio de primacía de la realidad establece: a) La realidad refleja siempre necesariamente la verdad. La documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder la verdad, y muy a pesar que no siempre la oposición entre los hechos y los documentos provenga de la mala fe, lo cierto es que la afirmación de la primacía de los hechos – es decir, de la verdad sobre la ficción – sirve para cubrir tanto aquellas divergencias inspiradas intencionalmente, como las procedentes de simple error involuntario, sin necesidad de obligar a la discriminación precisa del grado de intencionalidad existente en cada caso, b) El trabajador no suele tener la libertad para discutir de igual a igual con su empleador, de manera que la forma de corregir toda posible anomalía en ese sentido consiste justamente en darle prioridad a lo que ocurre en la práctica”, c) Los hechos revelan la voluntad real

⁷² Artículo VII del Título Preliminar de la Ley 29783.

⁷³ **PLÁ RODRÍGUEZ**, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, Citado por **FIGUEROA**, Guillermo. Principios fundamentales del derecho al trabajo. Leyer, 1999, Santa Fe de Bogotá, p. 94.

de las partes, ya que si el contrato se cumple de determinada manera es porque las dos partes consienten en ello, sin embargo en el camino se puede desnaturalizar el contrato y realizar trabajos o circunstancias no previstas en el contrato, o aplicado al caso que estamos estudiando la realidad no suele ser reflejada en lo que una parte informa a la autoridad competente.

TOYAMA MIYAGUSUKU⁷⁴, citando al profesor **PLA RODRIGUEZ** se refiere a este principio como: "En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos suscritos entre las partes, debe otorgarse preferencia a lo primero, es decir, lo que sucede en el terreno de los hechos".

2.2.4.2. Aplicación del principio de primacía de la realidad a la seguridad y salud en el trabajo

El principio de primacía de la realidad cabe señalar es considerado como uno de los más importantes principios en materia laboral, aplicado básicamente para establecer una real relación laboral, su inclusión deviene en importante a fin de salvaguardar el principio de protección y de no aplicarse tendríamos las siguientes consecuencias: a) tendríamos un derecho muy formalista, tomando en cuenta únicamente lo declarado por el titular minero, b) se fomentaría al encubrimiento basándonos en que sólo sería un derecho formalista, en el sentido que el sustento de cargo y descargo se realizaría sólo vía documento emitido por el titular minero y c) de no usarse dicho principio, la labor realizada por los fiscalizadores del MTPE, devendría en innecesaria, agotándose únicamente a la presentación de informes y cartas de respuesta.

⁷⁴ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones del derecho Laboral*, Gaceta Jurídica, 2004, Lima, p. 117.

Considero que es importante que el legislador haya recogido este principio dentro de la ley general, ya que como sabemos es común la práctica de encubrimiento de ciertas circunstancias que en el papel no existe, es decir de nada serviría que la autoridad minera -si lo fuese sus fiscalizadores- sólo se ajustarían a las actas o los reportes emitidos por el propio titular minero, sino se constatase lo que sucede en la realidad y en el campo de los hechos

CAPÍTULO III: SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD OCUPACIONAL

3.1. Sistemas de gestión de seguridad y salud ocupacional

3.1.1. Definición

Podríamos definir al sistema de gestión en seguridad y salud, como "un conjunto de etapas unidas en un proceso continuo, que permite trabajar ordenadamente una idea hasta lograr mejoras y su continuidad"⁷⁵, de manera que a efectos de establecer un adecuado SGS se deberá tener en cuenta cuatro directrices básicas: a) identificación de los riesgos generados en el trabajo o riesgos vinculados a aquellos, b) detección de los estándares para la medición de riesgos generados en el trabajo o riesgos vinculados aquellos, c) detección de las desviaciones en relación al estándar establecido y, d) en base a lo anterior se determinará las acciones correctivas y preventivas.

Partiendo de ello entendemos que los SGS, tienen por finalidad implementar un sistema que garantice no sólo la falta de la ausencia de accidentes, sino que además se realice todo un procedimiento para identificar los posibles riesgos en el trabajo y, una vez identificados dichos riesgos realizar un plan de contingencia a fin de disminuir todos los daños posibles, para ello se deberá realizar monitoreos a fin de que controlar en todo momento el surgimiento ya sea de nuevos riesgos o

⁷⁵ Artículo 4 de la OSHA 18001.

riesgos asociados a los anteriores y por último concientizar al trabajador a fin de que tomen conciencia de cómo evitar los daños.

El artículo 54 del Reglamento sectorial, reconoce la obligación de la alta gerencia del titular minero como la encargada de liderar y brindar los recursos para el desarrollo de todas las actividades en la empresa conducentes a la implementación del SGS, a fin de lograr el éxito en la prevención de incidentes y enfermedades ocupacionales.

3.1.2. Funciones⁷⁶

Como principales funciones tenemos las siguientes:

- **Asegurar un compromiso visible del empleador con la salud y seguridad de los trabajadores:** Este debe ser visible, a través del principio de publicidad. uno de los documentos a través de los cuales se muestra este compromiso es la política en seguridad y salud, así como el establecimiento claro de funciones en la asignación de recursos que posibiliten el cumplimiento de los objetivos.
- **Propiciar el mejoramiento continuo, a través de una metodología que lo garantice⁷⁷:** Supone que el SGS no se agota en su implementación, sino que debe ir mejorando con el tiempo puesto que los riesgos van variando, el sistema debe irse adaptando a los cambios, siempre enfocado en los objetivos que se persigue.
- **Evaluar los principales riesgos que puedan ocasionar los mayores perjuicios a la salud y seguridad de los trabajadores, al empleador y otros⁷⁸:** En la identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos, es importante visualizar y atender aquellos riesgos que son capaces de originar mayores perjuicios para la seguridad y salud del

⁷⁶ La presente sección ha sido desarrollado en base a: CARO PACCINI, Eliana, "La importancia del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo en la prevención de riesgos laborales". En: Revista Soluciones Laborales, N° 88, Abril de 2015, p. 60.

⁷⁷ Inciso b) del artículo 18 de la Ley 29783.

⁷⁸ Inciso i) del artículo 18 de la Ley 29783.

personal, así como para la organización, a fin de aplicar la jerarquía de controles con la finalidad de evitar que la contingencia se produzca. Ello sin perjuicio de la atención de los demás riesgos presentes en el ambiente de trabajo.

- **Crear oportunidades para alentar una empatía del empleador hacia los trabajadores y viceversa:** Es importante que los actores que suelen tener siempre una relación de latente conflicto, puedan generar una sinergia que les permita a ambos alcanzar los objetivos trazados.
- **Lograr coherencia entre lo que se planifica y lo que se realiza:** El SGS debe ser coherente. La planificación debe ser coherente con la política y los objetivos, la implementación con lo planificado, la evaluación con los elementos anteriores y de igual forma la mejora continua.
- **Mejorar la autoestima y fomentar el trabajo en equipo a fin de incentivar la cooperación de los trabajadores:** La manera de lograr que el sistema sea exitoso es que todas las piezas trabajen adecuadamente y enfocados al logro de los objetivos, por lo que se requiere fomentar el trabajo en equipo, un trabajo orientado a la conducta segura y saludable, comunicando al miembro del equipo competente según los niveles de autoridad, cualquier alteración o disconformidad.
- **Fomentar la cultura de la prevención de los riesgos laborales para que toda la organización interiorice los conceptos de prevención y pro actividad, promoviendo comportamientos seguros:** Para la interiorización del concepto de prevención y pro actividad y la promoción del comportamiento seguro, a fin de salvaguardar la propia integridad, así como la de las personas que laboran a nuestro alrededor, como parte de un cambio organizacional orientado a la prevención.
- **Comprometerse con la prevención de incidentes, lesiones y enfermedades ocupacionales, promoviendo la participación de los trabajadores en el desarrollo e implementación de actividades de Seguridad y Salud**

Ocupacional⁷⁹: Es importante que los trabajadores y sus organizaciones sindicales puedan participar en el cumplimiento de lo establecido en el SGS y del mismo modo puedan aportar información relevante para su mejora continua.

- **Asegurar la existencia de medios de retroalimentación desde los trabajadores al empleador en seguridad y salud en el trabajo:** Es fundamental que el SGS cuente con un mecanismo de comunicación que permita a los trabajadores comunicarse con el empleador a fin de compartir información sobre el funcionamiento de las medidas implementadas, la generación de nuevos riesgos, entre otros.

Los SGS, no sólo son herramientas que busca la prevención de riesgos que pueda sufrir el trabajador, sino que además son herramienta que busca la cooperación de tanto la alta gerencia con el trabajador de manera que ambas partes, bajo el liderazgo del gerente general, puedan retroalimentarse en la búsqueda de la prevención de riesgos para el trabajador, así mismo a través de estas herramientas se logra menguar la situación de desventaja que existe entre empleador y trabajador, dándole a este último herramientas que permitan la cooperación entre ambas partes y puedan interactuar, ayudándose entre ambos a fin de obtener un objetivo común.

Para el artículo 19 de la Ley general, la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales es indispensable el SGS, sin embargo el mismo artículo establece límites a la participación en el SGS⁸⁰. Como es lógico ello no implica que los

⁷⁹ Concordado con el Inciso j) del artículo 18 de la Ley 29783:

j) Fomentar y respetar la participación de las organizaciones sindicales o, en defecto de estas, la de los representantes de los trabajadores en las decisiones sobre la seguridad y salud en el trabajo.

⁸⁰ Dichos límites se refieren: a) La consulta, información y capacitación en todos los aspectos de la seguridad y salud en el trabajo, b) la convocatoria a las elecciones, la elección y el funcionamiento del comité de seguridad y salud en el trabajo, c) el reconocimiento de los representantes de los trabajadores a fin de que ellos estén sensibilizados y comprometidos con el sistema, d) la identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos al interior de cada unidad empresarial y en la elaboración del mapa de riesgos.

trabajadores perderían sus demás derechos a participar dentro de la prevención de seguridad, ya que sólo se está mencionando aquello sobre lo que cual podrá participar el trabajo en materia del SGS, y tal como se ha analizado anteriormente de conformidad con el principio de cooperación, así como en base al principio de consulta y participación, los trabajadores participan activamente en el aseguramiento de la prevención de la seguridad y salud de sus compañeros de trabajo.

Tal como ya lo habíamos mencionado los SGS, buscan un mejoramiento continuo con el objetivo de alcanzar un ambiente laboral seguro para el trabajador, precepto que es normado en el artículo 20 de la ley general estableciendo que para el mejoramiento continuo es necesario tener en cuenta lo siguiente: *i)* la identificación de las desviaciones de las prácticas y condiciones aceptadas como seguras, *ii)* el establecimiento de estándares de seguridad, *iii)* la medición periódica del desempeño con respecto a los estándares, *iv)* la evaluación periódica del desempeño con respecto a los estándares, *v)* la corrección y reconocimiento del desempeño.

3.1.3. Elementos

3.1.3.1. Planificación y aplicación:

Supone un conocimiento de la realidad de la organización en materia de prevención de riesgos laborales. De ahí que para planificar un requisito indispensable es el estudio de la línea base, el cual permitirá identificar los peligros presentes y proceder a la evaluación de los riesgos. Esta labor arrojará aquellos riesgos por su nivel de importancia, en función a dos variables, la probabilidad y la consecuencia sobre la salud o la seguridad de las personas, de llegar a concretarse.

Una vez que se cuenta con dicha información se procede a planificar los procesos, procedimientos, actividades, documentación, entre otros del SGS y a ponerlos en práctica con el fin de lograr al menos los objetivos trazados en el programa anual.

3.1.3.2. Evaluación:

Una vez que se implementan las medidas diseñadas en la planificación es necesario realizar una labor de evaluación del adecuado desarrollo de las mismas, y de la eficacia en el logro de los resultados esperados para el cumplimiento de los objetivos del SGS.

Algunas de esas actividades de verificación serán permanentes, como la supervisión, otras se realizarán ante la ocurrencia de algunas contingencias, como el caso de la investigación y algunas tendrán que ser realizadas de manera periódica por personal interno o externo a la organización, por ejemplo los monitoreos, las auditorías entre otros.

3.1.3.3. Mejora continua:

De conformidad con la normativa vigente, la metodología del mejoramiento continuo incluye una serie de aspectos como: *i)* identificar las desviaciones de las prácticas y condiciones aceptadas como seguras, *ii)* establecer estándares de seguridad, *iii)* medir periódicamente el desempeño del SGS en función a los estándares establecidos. Una vez analizadas las oportunidades de mejora del SGS, la máxima autoridad del empleador minero deberá tomar las decisiones al respecto.

3.1.4. Importancia de la correcta implementación de los sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo

Podríamos resumir en tres las distintas razones por las cuales es importante el desarrollo de un SGS, para la gestión de riesgos en el lugar del trabajo. Así mismo cabe indicar que hoy por hoy existe una preocupación para contratar con organizaciones o empresas con conciencia social expresada no solo en la calidad del producto sino también en el respeto y cuidado medioambiental y el bienestar de sus colaboradores con lo que se ha convertido en un activo y porque no un plus que se agrega en el coste del producto o servicio; ello enmarcado siempre en la búsqueda de la captación de nuevos clientes.

3.1.4.1. Permite una mejor gestión de los riesgos a fin de prevenir la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales:

Con un sistema se pueden llevar de manera sistemática el control de la siniestralidad laboral y poder y, en base a ello, tomar o ajustar las medidas que permitan ir reduciendo dicha situación, lo que significará de por sí un ahorro para la empresa en costos directos e indirectos frente a la ocurrencia de dichas contingencias.

3.1.4.2. Facilita el cumplimiento de las obligaciones:

Es una herramienta que permite a las organizaciones cumplir de manera sistemática las obligaciones contenidas en las normas nacionales, normas internacionales ratificadas, certificaciones a las que hubiera sometido voluntariamente, las impuestas por códigos de buenas prácticas, normas internas propias del sistema, así como llevar un adecuado control de otros compromisos que la empresa hubiera asumido de manera voluntaria.

3.1.4.3. Mejora el clima laboral generando el compromiso de los trabajadores con los objetivos de la organización:

El demostrar una efectiva preocupación por la vida y la salud de los trabajadores a través de un sistema que funciona y demuestra el control de los riesgos permite mejorar la imagen de la organización por parte del personal, el cual se verá motivado a aportar a los objetivos empresariales.

3.2. Comité de seguridad y salud ocupacional

3.2.1. Definición

El comité de seguridad y salud en el trabajo podemos definirlo como un órgano bipartito y paritario constituido por representantes del empleador y de los trabajadores, con las facultades y obligaciones previstas por la legislación y la práctica

nacional, destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones del empleador en materia de prevención de riesgos⁸¹.

De esta definición podemos extraer tres ideas fundamentales:

- a. ***"Es un órgano bipartito y paritario"***: Ello implica que no sólo va a estar constituido por representantes del empleador o titular minero sino que también va a estar representado por los trabajadores o sus representantes, ello es importante así ambas fuerzas dentro de la relación laboral van a estar divididas y no se tendrá una comité parcializado únicamente diseñado para cumplir con los intereses del titular minero menguando los derechos y obligaciones de los trabajadores o viceversa. Así mismo no sólo basta que sus miembros sean representantes del empleador o titular minero y de los trabajadores o sus representantes, sino que además implica que sea conformado en partes iguales. Por último de contar con sindicatos mayoritarios se deberá incorporar un miembro del respectivo sindicato en calidad de observador contando con las demás funciones pero no teniendo derecho a voto durante las reuniones del Comité.
- b. ***"Con las facultades y obligaciones previstas por la legislación y la práctica nacional"***: Las funciones y obligaciones están ya establecidas dentro de la ley general, su reglamento o en el reglamento sectorial como una suerte de *numerus clausus*, sin embargo consideramos que en base al artículo 1 de la ley general, que establece lineamientos mínimos sobre seguridad y salud, el empleador podría otorgar facultades y obligaciones adicionales a las establecidas por la ley general y su reglamento, siempre y cuando tenga como finalidad aumentar las medidas de seguridad y salud en el trabajo.
- c. ***"Destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones del empleador en materia de prevención de riesgos"***: Ello genera el dinamismo y la participación de ambas partes en la revisión de la seguridad y salud en el

⁸¹ Glosario de términos del D.S. 005-2012-TR

centro de trabajo, generando una mejora continua tomando como base siempre el principio de prevención. Ahora la periodicidad varía según lo establecido en el programa anual, sin embargo la ley general nos da como mínimo que se deberá revisar una vez al mes de forma ordinaria, ahora también se podrá realizar de forma extraordinaria según los siguientes presupuestos: a) por convocatoria de su presidente, b) a solicitud de al menos dos de sus miembros, c) o en caso de ocurrir un accidente mortal.

3.2.2. Formación y organización

3.2.2.1. Formación

Respecto de la obligatoriedad de formación de un comité en seguridad y salud, como ya se había analizado en el Capítulo II de la presente tesis, existe una divergencia entre el artículo 29 de la Ley general y el artículo 61 del Reglamento sectorial, de manera que el primero obliga al empleador a formar un comité con veinte o más trabajadores, mientras que el segundo otorga la obligatoriedad a partir de veinticinco trabajadores, tal como se indicó se deberá seguir lo dispuesto por la ley ya que dicha norma otorga mayor protección al trabajador dado que el reglamento sectorial dejaría de lado veinticinco trabajadores por los cinco que la ley si contempla en base a los fundamentos ya explicados.

3.2.2.2. Organización

El comité deberá estar integrado por un número no menor de cuatro hasta por un máximo de doce miembros, a falta de acuerdo, sin embargo si el número de miembros del comité no es menor de seis en los empleadores con más de cien trabajadores, se deberá agregar al menos dos miembros por cada cien trabajadores adicionales, hasta un máximo de doce miembros. Deberán estar incluidos como miembros por parte de la parte empleadora: a) El Gerente general o la máxima autoridad de la empresa, b) El Gerente del programa de Seguridad y Salud Ocupacional; c) El Médico del Programa de Salud Ocupacional y d) Otros integrantes

nominados por el titular minero; por parte de la parte de los trabajadores debe estar compuesta por los representantes de los trabajadores que no ostenten el cargo de supervisor o realicen labores similares y que el trabajo que desempeñen sea por cuenta del titular minero o de las empresas contratistas mineras o de las empresas contratistas de actividades conexas⁸².

Con la finalidad de que el comité pueda funcionar válidamente y se ejecuten las funciones en pro de velar por la seguridad y salud deberá estar conformado por los siguientes órganos:

- **El Presidente**, que es elegido por el propio Comité, entre los representantes. Es el encargado de convocar, presidir y dirigir las reuniones del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como facilitar la aplicación y vigencia de los acuerdos de éste. Representa al comité ante el empleador⁸³.
- **El Secretario**, quien es el responsable de las labores administrativas del comité de seguridad y salud en el trabajo.
- **Los miembros**, son los demás integrantes del comité designados, además de las funciones reguladas en el reglamento de la ley, así mismo podrán aportar iniciativas propias o del personal del empleador para ser tratadas en las sesiones y son los encargados de fomentar y hacer cumplir las disposiciones o acuerdos tomados por el comité de seguridad y salud en el trabajo.

⁸² Artículo 43 del D.S. 005-2012-TR y artículo 61 del D.S. 055-2010-EM.

⁸³ A fin de lograr mayor imparcialidad, y aunque la norma no lo prevé, es conveniente que el presidente del comité sea un representante del trabajador, ya que se caería de cierta manera en la imparcialidad si el presidente es por ejemplo el mismo

Para ser miembro del Comité se requiere:

- **Ser trabajador permanente del empleador.** Ya que un personal considerado como visita o personal externo contratado por el titular minero o alguna contrata no podrá formar parte del Comité.
- **Tener dieciocho años de edad como mínimo.** dado puesto que a partir de esa edad es que se pueden ejercer sus derechos de manera libre.
- **De preferencia, tener capacitación en temas de seguridad y salud en el trabajo o laborar en puestos que permitan tener conocimiento o información sobre riesgos laborales,** puesto que de nada serviría que los trabajadores estén representados por personal que tienen poco o nada de conocimiento en temas de seguridad y salud, con lo que de no existir este requisito el empleador podría abusar de dicho desconocimiento y usarlo a su favor. La frase "*de preferencia*" debería ser extirpada dado que da pie a algunos abusos de manera indirecta, ya que puede ser usado a fin de evitar la falta de representatividad por parte de los trabajadores.
- **El observador,** Esta figura se da cuando en una unidad minera se cuenta con sindicatos mayoritarios para lo cual se deberá incorporar un miembro del respectivo sindicato en calidad de observador contando con las demás funciones pero no teniendo derecho a voto durante las reuniones del Comité, con lo que podrá participar en las reuniones del Comité, y tendrá las siguientes facultades: a) Asistir, sin voz ni voto, a las reuniones del Comité, b) Solicitar información al Comité, a pedido de las organizaciones sindicales que representan, sobre el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, c) Alertar a los representantes de los trabajadores ante el Comité de la existencia de riesgos que pudieran afectar la transparencia, probidad o cumplimiento de objetivos y de la normativa correspondiente

3.2.3. Protección laboral de los miembros del comité frente al empleador

Los miembros del comité gozan de una amplia protección frente al empleador en los casos en que éste realice actos con la finalidad de impedir que se ejecute las funciones propias del cargo⁸⁴. Así tenemos que poseen las siguientes garantías:

- a) Protección contra el despido incausado. La protección contra el despido incausado opera desde que se produzca la convocatoria a elecciones y hasta seis meses después del ejercicio de su función como representante ante el comité.
- b) A recibir facilidades para el desempeño de sus funciones en sus respectivas áreas de trabajo, seis meses antes y hasta seis meses después del término de su función.
- c) Gozar de licencia con goce de haber para la realización de sus funciones por treinta días naturales por año calendario para la realización de sus funciones. En caso las actividades tengan duración menor a un año, el número de días de licencia será computado en forma proporcional. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 32 de la ley general, los días de licencia o su fracción se consideran efectivamente laborados para todo efecto legal.

Con la modificatoria de este artículo a través de la Ley 30222, se agregan dos requisitos importantes a efectos de gozar con dicha licencia de manera que se garantiza el uso no arbitrario de ciertos derechos ya sea por parte de los miembros representantes de

⁸⁴ Artículo 49 de la Ley 29783. Obligaciones del empleador

f) Garantizar el real y efectivo trabajo del comité paritario de seguridad y salud en el trabajo, asignando los recursos necesarios.

Artículo 26 del D.S. 055-2010-EM. El empleador está obligado a:

i) Asegurar la adopción de medidas efectivas que garanticen la plena participación de los trabajadores y de sus representantes en la ejecución de la Política de Seguridad y Salud en el Trabajo y en los Comités de Seguridad y Salud en el Trabajo.

j) Proporcionar los recursos adecuados para garantizar que las personas responsables de la seguridad y salud en el trabajo, incluido el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo o el Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo, puedan cumplir los planes y programas preventivos establecidos.

los trabajadores, como de los miembros representantes de la parte empleadora:

- Que dicha licencia debe ser autorizada por el mismo comité, de manera que se evita la toma de licencias arbitrarias sin poder el trabajador abusar de sus derechos aludiendo ser miembro del Comité.
 - Que para efectos de la ampliación de la licencia se requiere de igual modo la opinión favorable del comité.
- d) A que se les otorgue distintivos que permitan a los trabajadores identificarlos, tales como una tarjeta de identificación o un distintivo especial visible, que acredite su condición a fin de poder llevar a cabo adecuadamente sus funciones⁸⁵.
- e) Así mismo cuenta con protección contra los actos de hostilidad⁸⁶ de manera que los trabajadores, sus representantes o miembros de los comités o comisiones de seguridad y salud ocupacional están protegidos contra cualquier acto de hostilidad y otras medidas coercitivas por parte del empleador que se originen como consecuencia del cumplimiento de sus funciones en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo.
- f) Aunque no ha sido regulado por la ley y reglamentos especiales en seguridad, también tienen derecho a no ser trasladados de sede a dichos miembros. Ante ello nuestro TC en la STC N° 03627-2006-AA/TC-LIMA en material sindical, que bien podríamos aplicarlo de manera extensiva para el caso de los comités de seguridad y salud en el trabajo, considera que el traslado de sede laboral de determinados trabajadores por necesidades administrativas, promoviéndolos a cargos de confianza, no vulnera derechos

⁸⁵ **Artículo 46 del D.S. 005-2012-TR.**

⁸⁶ Se considera acto de hostilidad a toda acción que, careciendo de causa objetiva o razonable, impide u obstaculiza de cualquier forma el desarrollo de las funciones que corresponden a los miembros del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo o a los Supervisores de Seguridad y Salud en el Trabajo.

constitucionales si dichos trabajadores no ostentan cargos diligenciales dentro del sindicato, aun cuando sí tengan la condición de afiliados a la organización sindical. No obstante, tratándose del traslado de sede de dirigentes sindicales (secretarios de economía y de asistencia social), se afecta las funciones diligenciales de estos como representantes de los trabajadores, si con ello se limita el ejercicio de defensa de los intereses colectivos de los afiliados a la organización sindical⁸⁷.

⁸⁷ "Afectación de la libertad sindical al trasladar de sede a dirigentes sindicales". En: Revista Gaceta Constitucional, N° 11, Noviembre de 2008, p. 411.

CAPÍTULO IV: EL EQUIPO DE PROTECCIÓN PERSONAL COMO GARANTÍA DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

4.1. Equipo de protección personal. análisis de la obligatoriedad compartida

4.1.1. Definición

El equipo de protección personal es definido como todo dispositivo, material e indumentaria personal destinados a cada trabajador para protegerlo de uno o varios riesgos presentes en el trabajo y que puedan amenazar su seguridad y salud, son una alternativa temporal y complementaria a las medidas preventivas de carácter colectivo. De dicha definición podemos inferir lo siguiente:

- a) Con destinados a cada trabajador, se entiende que por cada trabajador le corresponde un equipo de protección personal de manera individual.
- b) Si bien se ha tomado dentro de los artículos referentes a los derechos de los trabajadores y no en la definición esgrimida, es importante resaltar que dicho EPP debe ser acorde al trabajo que se realiza y en función de los riesgos que se podrían presentar propios del trabajo que se realiza.

- c) Con alternativas y temporales, no quiere decir que la obligatoriedad de su uso o de la entrega de los mismos es facultativa, sino que el tipo de equipo de protección estará siempre en función del tipo de trabajo que realice el trabajador.

La utilización del EPP también se entiende como parte del mejoramiento del SGS, de manera que será provisto por el empleador para ser utilizado por el trabajador y éste tendrá la obligación de usarlos y conservarlos de manera correcta. Esto como parte de un sistema de protección ante riesgos laborales, ya que el titular minero, para controlar, corregir y eliminar los riesgos deberá seguir la siguiente secuencia: 1) Eliminación, 2) Sustitución, 3) Controles de ingeniería, 4) Señalizaciones, alertas y/o controles administrativos y por último, 5. Usar Equipos de Protección Personal (EPP) adecuado para el tipo de actividad que se desarrolla en dichas áreas. Ello es importante ya que en base al Principio de Prevención, lo más beneficioso para el trabajador es la eliminación del riesgo o eliminar las causas que podrían generar un riesgo potencial, ya que de nada serviría que se utilice un adecuado equipo de protección si no se realizan las labores pertinentes para eliminar un peligro constante exponiendo continuamente al trabajador. Ahora, ello no implica que a pesar de haberse realizado las debidas acciones de eliminación de riesgos se deje o se obligue al trabajador a no utilizar los equipos de protección personal básicos, dado que siempre existirá, así sea menor, un riesgo potencial que pueda afectar la vida o la integridad física del trabajador de conformidad precautorio.

Tal como lo hemos mencionado existe una obligatoriedad compartida ya que por un lado tenemos que es una obligación del empleador o titular minero la entrega a los trabajadores sin ningún coste transferido a los mismos como que también es una obligación el uso adecuado de estos últimos.

4.1.2. Obligatoriedad del empleador

El empleador tiene la obligación de proporcionar a sus trabajadores equipos de protección personal. La obligatoriedad no sólo se agota con la entrega de los EPPs sino que además: *i)* tienen que ser adecuados, *ii)* en función al trabajo realizado y *iii)* en función a los riesgos específicos presentes en el desempeño de sus funciones. De manera que la entrega del equipo de protección personal es una obligación de carácter imperativo que va dirigido hacia el empleador, no pudiendo trasladar al trabajador el costo de las acciones, decisiones y medidas de seguridad y salud ejecutadas en el centro de trabajo o con ocasión del mismo, pero si puede ejercer la función de fiscalización a fin de ordenar el uso del mismo.

Así mismo dentro de las facultades de fiscalización del empleador, los trabajadores que deterioren, alteren o perjudiquen, ya sea por acción u omisión su propio equipo de protección personal o el de algún compañero de trabajo, o que incumplan las reglas de seguridad, serán severamente amonestados o sancionados.

Por último de conformidad con el principio de protección, el empleador puede adoptar las medidas necesarias cuando se detecte que la utilización de indumentaria y equipos de trabajo o de protección personal representan riesgos específicos para la seguridad y salud de los trabajadores, esto se puede generar principalmente por dos razones: *i)* o bien el equipo de protección no es el adecuado, *ii)* o existe una deficiente calidad en el EPP entregado, de manera que el empleador no sólo está en la obligación de entregar un equipo de protección sino que además está en la obligación de entregar un equipo de protección adecuado al trabajo que se realiza y con la debida fiscalización periódica a fin de evitar que la utilización de dicho equipo sea más perjudicial para el trabajador

4.1.3. Derecho-deber del trabajador

Tal como lo habíamos adelantado el uso del equipo de protección personal es un derecho y un deber del trabajador de manera que el trabajador tiene no sólo el derecho de recibir por parte de su empleador el adecuado equipo de protección personal sino que además tienen el deber de utilizarlo correctamente durante la ejecución de su trabajo.

Como derecho el trabajador tiene lo siguiente: *i)* recibir un equipo de protección personal básico, *ii)* recibir un adecuado equipo de protección personal acorde a la labor que va a realizar, *iii)* recibir un equipo de protección personal que debe atender a las medidas antropométricas del trabajador que los utilizará, *iv)* ser previamente informados y capacitados sobre el uso adecuado del equipo de protección personal, *v)* en las labores que por la naturaleza del trabajo se requiera cambio de vestimenta, se dispondrá el cambio de ropa antes y después de ellas, realizándose en vestuarios instalados para el caso, debidamente implementados, mantenidos y aseados, *vi)* los trabajadores expuestos a sustancias infecciosas, irritantes y tóxicas se cambiarán la ropa de trabajo antes de ingerir alimentos o abandonar el lugar o área de trabajo, con lo cual se dispondrá en lugares asignados para ello, *vii)* el personal que ingresa al interior de una mina deberá usar su equipo de protección personal con elementos reflectantes para que puedan ser vistos por los operadores de las maquinarias.

Como deber en cambio se tiene que: *i)* los trabajadores no podrán ingresar a las instalaciones de la unidad minera y efectuar trabajos de la actividad minera sin tener en uso sus dispositivos que cumplan con las especificaciones técnicas, *ii)* que en caso de incumplimiento del uso de equipo de protección personal serán sancionados por el titular minero o quien haga sus veces, *iii)* se retirará de la actividad al trabajador que no utilice su equipo de protección personal adecuadamente; hasta que cumpla con esta obligación, este último funciona también como una obligación del empleador.

4.2. Efectos del incumplimiento. indemnización por daños a la salud del trabajador

Ante el incumplimiento del empleador del deber de prevención se genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de trabajo y promoción del empleo determina el pago de la indemnización respectiva.

Así mismo los trabajadores víctimas de accidentes de trabajo tendrán derecho: *i)* primeros auxilios, que deberán ser proporcionados por el titular minero, *ii)* atenciones médica y quirúrgica, generales y especializadas, *iii)* asistencia hospitalaria y de farmacia, *iv)* rehabilitación, recibiendo, cuando sea necesario, los aparatos de prótesis o de corrección o su renovación por desgaste natural, no procediendo sustituirlos por dinero, *v)* reeducación ocupacional, *vi)* el derecho a recibir el íntegro de su salario por el día del accidente ocasionado.

El empleador tendrá el deber de adecuación del trabajador al puesto de trabajo o transferirlo en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría. Sin embargo con la modificatoria del artículo 76 de la ley general, se hace la acotación que dicha situación se realizará en todos los casos salvo en caso de invalidez absoluta permanente. La imposición de este artículo es importante ya que el empleador tendrá siempre la tendencia de evitar o disminuir gastos y el hecho de tener un trabajador accidentado que finalmente no sólo va a tener que seguirle pagando mientras dure su licencia médica sino que además no le va a producir ninguna hora de trabajo, es factible que dicho trabajador sea sujeto de un futuro despido, o algún futuro hostigamiento laboral, de manera que este artículo frena la acción del empleador de despedir al trabajador y evitar algún maltrato a los derechos del trabajador

Así mismo el titular minero que acumule dos accidentes mortales en los últimos doce meses será objeto de una fiscalización especial, en los términos y plazos que considere la autoridad minera competente. Llevada a cabo la fiscalización especial, el fiscalizador o funcionario presentará a la autoridad minera competente un informe en el que se determinará las debilidades del sistema de gestión de seguridad, incluyendo el análisis del historial de los accidentes leves, incapacitantes y mortales, registrados por el titular minero, indicando las medidas correctivas que deberá implementarse antes de la siguiente fiscalización programada. La autoridad minera competente resolverá, en el plazo de siete días calendario de recibido el informe, sobre la procedencia o no de las medidas recomendadas por el fiscalizador o funcionario, notificando al titular minero para que cumpla dichas medidas, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones establecidas.

Sin perjuicio de las medidas de prevención y sanción aplicadas, de persistir los accidentes mortales en la misma unidad minera, la autoridad minera competente podrá disponer la suspensión preventiva total o parcial de operaciones por el período necesario para una revisión de emergencia de la gestión de seguridad en dicha unidad. Para tal efecto, podrá disponer la participación de instituciones o especialistas designados por dicha autoridad, cuyos costos serán asumidos por el titular minero.

CAPÍTULO V: SALUD OCUPACIONAL

En relación con el Derecho a la Salud, nuestro TC, ha indicado que: “La salud es un derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y por ende este vínculo es irresoluble, por lo que es necesario realizar acciones que permitan cuidar la vida. Respecto del contenido específico del Derecho a la Salud posee una doble dimensión: a) El derecho de todos los miembros de una determinada comunidad de no recibir por parte del Estado un tratamiento que atente contra la salud y b) El derecho de exigir del Estado las actuaciones necesarias para el goce de parte de los ciudadanos de servicios de calidad en lo relacionado a la asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica (...)”⁸⁸. Sin embargo debemos anotar que si bien se reconoce la conexión del derecho a la salud y el derecho a la vida, no se ha descrito una esfera preventiva entendida como acciones de reducción o mitigación de

Respecto a nuestra normativa interna, existe una incongruencia en la ley general, dado que si bien el título de la norma denota que no solo se legislará sobre seguridad y salud, dentro del cuerpo normativo sólo se ha realizado un análisis sobre la figura de seguridad más no sobre la salud ocupacional, circunstancia que se repite en el reglamento de dicha ley. Por lo que debemos remitirnos a los escasos artículos que presenta el reglamento sectorial, así como los distintos dispositivos sectoriales dictados por el MINSA que darán mayores luces sobre esta figura.

⁸⁸ STC N° 03599-2007-AA, fundamento 2.

Dicho ello, podemos definir la Salud Ocupacional como aquella rama de la Salud Pública que tiene como finalidad promover y mantener el mayor grado de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las ocupaciones; prevenir todo daño a la salud causado por las condiciones de trabajo y por los factores de riesgo; y adecuar el trabajo, atendiendo a las aptitudes y capacidades del trabajador.

El artículo 93 del Reglamento sectorial regula todo lo referido a la gestión de salud ocupacional, el cual debe incluir:

- a) El reconocimiento y evaluación de la salud de los trabajadores con relación a su exposición a factores de riesgo de origen ocupacional, incluyendo el conocimiento de los niveles de exposición y emisión de las fuentes de riesgo.
- b) Participar en la incorporación de prácticas y procedimientos seguros y saludables a todo nivel de la operación.
- c) El registro de enfermedades ocurridas por exposición ocupacional, descansos médicos, ausentismo por enfermedades, planes de acción y evaluación estadística de los resultados.
- d) El asesoramiento técnico y participación en materia de control de salud del trabajador, enfermedad ocupacional, primeros auxilios, atención de urgencias y emergencias médicas por accidentes de trabajo y enfermedad ocupacional y Equipos de Protección Personal (EPP).
- e) Participación en los Comités de Seguridad y Salud Ocupacional respecto a los aspectos de salud ocupacional;
- f) La promoción de la participación de los trabajadores en el desarrollo e implementación de actividades de salud ocupacional.
- g) El control de riesgos respecto a los agentes físicos, químicos, ergonómicos y biológicos cuando se supere los límites permisibles.

Incidencias que menoscaben a la salud de los ciudadanos; lo que habría permitido generar un marco jurisprudencial al principio de prevención contenidos en el derecho a la salud en el trabajo.

5.1. Exámenes médicos

Los trabajadores se someterán, por cuenta de su empleador, a los exámenes médicos pre ocupacionales, de control anual y de retiro. El empleador podrá fijar las fechas de los exámenes médicos anuales, así como otros exámenes médicos por motivos justificados de acuerdo a las necesidades del sector. Además considerará la realización de aquellos exámenes que el equipo de salud ocupacional recomiende en base a su identificación de peligros y la evaluación y control de riesgos.

Al momento de realizar dichos exámenes médicos se deberá seguir los siguientes criterios:

- i)* Los resultados de los exámenes médicos ocupacionales deben respetar la confidencialidad del trabajador, usándose la terminología referida a aptitud, salvo que lo autorice el trabajador o la autoridad minera competente.
- ii)* La historia médica ocupacional de cada trabajador deberá ser registrada y archivada por su propio empleador. El titular minero podrá solicitar en cualquier momento a la empresa contratista minera y/o a la empresa de actividades conexas mostrar los registros antes referidos.
- iii)* Los exámenes médicos ocupacionales deben ser archivados por el empleador a través de su área de salud ocupacional hasta cinco años después de finalizar el vínculo laboral con el trabajador. Luego, los exámenes médicos mencionados serán guardados en un archivo pasivo hasta cuarenta años en concordancia con la Norma Técnica de Salud para la Gestión de la Historia Clínica, de conformidad con la R.M. N° 597-2006-MINSA sus reglamentos y demás modificatorias vigentes aplicables,
- iv)* El trabajador que no cuente con la constancia de aptitud emitida por el área de salud ocupacional no podrá laborar. Esta decisión será respetada por el trabajador, postulante y el titular minero y,
- v)* El trabajador deberá realizar un examen médico pre ocupacional al momento del ingreso al centro de trabajo, un examen ocupacional anual, y un examen médico ocupacional de salida

5.1.1. Examen médico pre-ocupacional

Se realiza antes de emplear a un trabajador o de asignarle un puesto de trabajo que entrañe riesgos para la salud. De este modo, el médico puede conocer el estado de salud del trabajador, y los datos obtenidos con ello se constituye una referencia de gran utilidad para seguir su evolución ulterior, así mismo este examen ayuda al trabajador a certificar que ante una posterior enfermedad ya sea ocupacional o profesional, ingresó con ausencia de dicha enfermedad con lo que podrá acreditarse que existe un detrimento en su salud a consecuencia del trabajo realizado para el empleador.

En la práctica se ha convertido en un filtro para determinar que trabajador será el más apto para un puesto en específico, ya que se prefiere a un trabajador sano a uno que pueda significar en un futuro un riesgo económico para el empleador.

5.1.2. Examen médico periódico

El examen médico periódico, como su propio nombre lo dice es aquel que se realiza de manera periódica a fin de realizar un seguimiento y monitoreo de la salud de los trabajadores, si bien la ley ha establecido que el examen periódico se debe realizar cada dos años⁸⁹, esto no debería ser tomado de manera literal ya que la amplitud y la periodicidad del reconocimiento dependerá de la naturaleza y el alcance del riesgo correspondiente. Por ejemplo, la prueba de audiometría es la más importante para quienes trabajan en un ambiente ruidoso en los casos que exista una exposición constante al ruido por encima de 85 decibeles en una jornada de ocho horas diarias⁹⁰, así mismo se necesita constantemente un examen radiológico del tórax para detectar diversas formas de neumoconiosis, y un reconocimiento clínico con especial atención al sistema respiratorio.

⁸⁹ De conformidad con el artículo 2 de la Ley 30222, que modifica el artículo 49 d) de la Ley 29783.

⁹⁰ Fuente: MSHA (Mine Safety and Health Agency de USA).

Podemos concluir que la frecuencia con que se realizarán los exámenes médicos estará en función de: *i)* La historia natural de la enfermedad ocupacional, en particular la rapidez con que pueden aparecer alteraciones bioquímicas, morfológicas, de comportamiento, etc., *ii)* El grado de exposición al agente nocivo o a cualquier otro agente interactivo, *iii)* La sensibilidad y especificidad prevista de los grupos e individuos expuestos, *iv)* Los signos manifiestos de enfermedad ocupacional o profesional.

5.1.3. Examen médico de salida

Dicho examen es aquel que se realiza cuando al trabajador establece una nueva relación laboral con otro empleador o cuando el trabajador sea reubicado a otra unidad minera o unidad de producción, dicho examen es importante dado que con ello se identifica a favor del trabajador si sale con alguna enfermedad profesional u ocupacional, esto contrastado con el examen médico pre ocupacional⁹¹.

De conformidad con artículo 2 de la Ley 30222, que modifica el inciso d) del artículo 49 de la ley general, 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. Sin embargo considero que la modificatoria de dicho artículo es perjudicial para el trabajador, toda vez que evita la responsabilidad del empleador de realizar un examen de salida con la finalidad de que el trabajador pueda identificar en qué estado se encuentra su salud, luego de haber terminado su vínculo laboral, ante todo ello lo único que podría el trabajador es vía amparo y previamente haber realizado el examen médico a través de una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, tal como lo analizaremos las

⁹¹ Aunque en la práctica si se detectase alguna enfermedad profesional u ocupacional en el examen médico pre ocupacional, difícilmente será contratado un trabajador, dado que en el intering del trabajo existirá un riesgo concreto de incremento de dicha enfermedad lo que sería muy oneroso para el empleador

sentencias de nuestro TC sobre el seguro complementario de trabajo de riesgo.

Tomando en cuenta que una de esas sentencias se emitió de manera anterior a la modificatoria de la ley general, con lo que se generó una contraposición entre la sentencia del TC y la modificatoria de la ley. En ese sentido si la sentencia de nuestro TC exige al empleador de un trabajador que demanda vía amparo la entrega del certificado médico de retiro, existe una ley que no obliga al empleador indicando que dicho examen es facultativo, ante ello creemos que lo más sano y para efectos de obtener una mejor seguridad que se debería modificar dicho artículo y volver a la exigencia de la obligatoriedad del examen médico de salida.

Sin perjuicio de lo antes indicado, dicha norma trae una salvedad a favor del trabajador en el sentido que podría ser exigido el certificado médico de salida al empleador a solicitud del trabajador con lo que los gastos de igual modo serán asumidos de manera íntegra por el empleador.

5.2. Sobre el seguro complementario de trabajo de riesgo

En este punto con la finalidad de analizar dicha figura se tomará lo expuesto en la STC N° 2513-2007-PA/TC-ICA, la cual unifica precedentes vinculantes sobre la figura del EL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO, y la STC N° 61-2008-PA/TC-LIMA; ambas sentencias establecidas como precedentes de observancia obligatoria.

5.2.1. Análisis de STC N° 2513-2007-PA/TC-ICA

La presente sentencia unifica criterios interpretativos establecidos en las STC N° 10063-2006-PA/TC, STC N° 06612-2005-PA/TC, STC N° 10087-2005-PA/TC y STC N° 00061-2008-PA/TC estableciendo los criterios vinculantes para la interpretación y aplicación del Seguro por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) regulado por el Decreto Ley N° 18846 y el Decreto Supremo N° 002-72-TR y del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) regulado por la Ley N° 26790 y el Decreto Supremo N° 003-98-SA, contenidas en los considerandos

9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 24, 26, 27, 31, 34, 37, 40, 42 y 45 de dicha sentencia. Así mismo establece nuevos precedentes vinculantes contenidos en los considerandos 21, 29, 46, 48 y 49 de la misma.

El Tribunal Constitucional peruano, en su pleno realizado el día 13 de octubre de 2008, se pronunció en la STC N° 02513-2007-PA/TC, sobre proceso de amparo incoado por Ernesto Casimiro Hernández Hernández contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fecha 31 de enero de 2007, que declara improcedente la demanda de amparo. A modo de antecedente se discutió que el proceso de amparo se inició con ocasión de la reclamación formulada por el demandante contra la empresa Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros a quien se le solicitó que se le otorgue pensión de invalidez permanente o renta vitalicia⁹² por padecer la enfermedad profesional de neumoconiosis, conforme a la Ley N° 26790 y al Capítulo VII del D.S. N° 003-98-SA, más el pago de las pensiones devengadas, pues al haber laborado para su ex empleadora (Minera Shou-gang Hierro Perú S.A.A.), estuvo expuesto a la contaminación ambiental del polvo mineral, razón por la cual en la actualidad padece de neumoconiosis con 80% de incapacidad; sin embargo, durante la tramitación del proceso en sede judicial se advirtió que el demandante se encontraba percibiendo una prestación económica o renta vitalicia por enfermedad profesional a cargo del régimen del D.L. N° 18846, Ley del Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, razón por la que finalmente se declaró infundada.

⁹² Sobre la diferencia de ambas figuras el TC en la STC N° 01417-2005-PA/TC nos dice "Si bien no existe una definición legal del concepto "pensión", en la práctica se entiende por tal a la prestación económica de carácter permanente que se otorgará al asegurado cuando cumpla los requisitos previstos normativamente, siendo el sustento de dicho beneficio –en un sistema de reparto como el del SNP– las aportaciones que efectuó el trabajador. Para el goce de una renta vitalicia, bastará con acreditar el padecimiento de la contingencia para el acceso a la prestación, independientemente que el trabajador siga laborando".

Cabe indicar que si bien el presente precedente también habla sobre la excepción de arbitraje en base al artículo 9 del D.S. N° 003-98-SA, dicho tema se detallará de manera más extensiva cuando toquemos el análisis de la STC N° 61-2008-PA/TC-LIMA.

5.2.1.1. Plazo de prescripción para solicitar renta vitalicia

Respecto del plazo para solicitar pensión vitalicia de acuerdo al artículo 13 del D.L. N° 18846, nuestro tribunal constitucional reitera que no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia sustentándolo en que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, el cual tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible. Es decir basta que la persona evidencie una dolencia (principalmente enfermedad profesional), sin importar que a la fecha de reclamo no tenga relación laboral vigente.

Este precedente reitera la imprescriptibilidad del plazo para reclamar una prestación del régimen del D.L. N° 18846, pues excede el plazo más lato que se previó en la norma y que era de tres años computados a partir de culminada la relación laboral con el empleador, momento en el que podría hacerse efectivo el reclamo. Sin embargo, el TC ratifica el carácter imprescriptible para estas reclamaciones.

5.2.1.2. Simultaneidad de pensiones

Nuestro tribunal indica que no puede percibir por ambos derechos si ya viene recibiendo pensión vitalicia mediante el D.L. N° 18846. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115 del D.S. N° 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del sistema privado de pensiones no comprende la invalidez total

o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Para determinar en qué supuestos resulta compatible e incompatible la percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración o pensión vitalicia y pensión de invalidez, el TC reitera como precedente vinculante lo establecido en los fundamentos 100 a 102, 104 a 105 y 109 de la STC N° 10063-2006-PA/TC de manera que: a) resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración, b) resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración, c) resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.

Asimismo, con relación a la percepción simultánea de pensión de invalidez y remuneración, también ha de reiterarse como precedente vinculante que: a) resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración, b) resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración, c) resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

5.2.1.3. Examen médico emitido por una comisión médica evaluadora de incapacidades del ministerio de salud vs examen médico emitido por una entidad particular en los procesos de amparo

En los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al D.L. N° 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26 del D.L. N° 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o

dictamen médico de incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, así como el propio solicitante.

De manera que los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al D.L. N° 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al D.S. N° 003-98-SA, que aún no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de declararse improcedente la demanda.

En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al D.L. N° 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al D.S.N° 003-98-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia, el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida, sino declarar improcedente la demanda, pues

dichos certificados o exámenes médicos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

En los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un ex trabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

Ahora la obligatoriedad que ha impuesto el TC, se debe básicamente a que, hasta antes de la promulgación del precedente se detectaron muchos casos de falsificación de dichos exámenes con la finalidad de reclamar derechos que no correspondían tales como las indemnizaciones o cobros de los seguros que venimos hablando, de manera que la causa justificante de dicho precedente se encuentra en la seguridad jurídica que busca proteger nuestro tribunal.

5.2.2. Análisis de la STC N° 61-2008-PA/TC-LIMA

Como ya lo habíamos indicado, la presente demanda de amparo tiene por finalidad analizar la figura de la excepción de arbitraje en un proceso de amparo cuando se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al D.S. 003-98-SA, y cuando la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9 del D.S. N° 003-98-SA, ante ello el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida,

debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.

Sin embargo a diferencia del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, el previsto en el artículo 25.5.4 del mismo cuerpo normativo es un arbitraje voluntario, que se inicia porque una de las partes está disconforme con el pronunciamiento del Instituto Nacional de Rehabilitación, y que concluye con la resolución del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud. El TC considera que este arbitraje voluntario tiene la presunción de ser constitucional debido a que su inicio tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y el fundamento del proceso arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial.

Así mismo para que el arbitraje voluntario sea considerado constitucional debe cumplir con determinados requisitos en el momento de la instalación del órgano arbitral y deberán dejar constancia que se informó: a) Sobre las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, b) Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, c) Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial, d) Que contra el laudo arbitral caben los recursos que prevé la Ley General de Arbitraje, e) El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.

Asimismo, cabe recordar que contra el laudo arbitral procede la demanda de amparo, siempre que se haya agotado previamente el recurso que prevé la LGA y exista una resolución judicial firme que resuelva dicho recurso.

Por último en cuanto a la fecha en que se genera el derecho, se considera que debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del D.L N° 18846 o pensión de invalidez de la Ley N° 26790 y sus normas complementarias y conexas.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Si bien el derecho a la seguridad y salud no ha sido recogido en nuestra Constitución de manera explícita, sí existen fundamentos para la inclusión dentro de la Constitución, ya sea porque dicho derecho ha sido reconocido dentro de los distintos tratados internacionales que el Perú ha venido ratificando y que por lo tanto de conformidad con la IV Disposición final y Transitoria vienen a formar parte de nuestra legislación nacional en el nivel constitucional, bien porque dicho derecho se desprende de aquellos derechos que sí han sido recogidos dentro de nuestra Constitución vigente como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física o bien porque dicho derecho ha sido desarrollado a través de las distintas normas que ya hemos analizado y, por último, existe abundante jurisprudencia de nuestro TC que regula derechos periféricos de dicho derecho que encuentran su fundamento en el derecho a la seguridad y salud.

SEGUNDA.- Si bien nuestra Ley general no establece un artículo específico sobre la aplicación supletoria de dicha ley a los demás sectores como es el caso del sector minero, sí existen artículos y fundamentos necesarios para la aplicación supletoria, toda vez que a pesar de que la misma norma establece que regula aspectos mínimos y tal como se ha venido analizando, existen circunstancias en que la propia ley general es más beneficiosa que el Reglamento sectorial y por lo tanto hace necesaria su

aplicación en contraposición al reglamento sectorial, debiendo revisar caso por caso a fin de proteger de manera más efectiva al trabajador.

TERCERA.- La actitud de todos los actores del sector minero debería ser una en base al principio de prevención, estableciéndose como la piedra angular de la legislación en seguridad y salud, con lo que de nada serviría que sólo sea una norma castigadora y que busque cubrir un daño o detrimento a la salud o la integridad física, a través de la entrega de indemnizaciones, por lo que sería necesario que el MTPE realice inspecciones que no solo busque encontrar alguna irregularidad sino que también genere recomendaciones al titular minero con la finalidad de evitar algún posible daño a la salud de los trabajadores que podrían ser afectados.

CUARTA.- Mediante las normas que hemos venido analizando se genera un puente que ayuda a menguar la desventaja que tiene todo trabajador que se desenvuelve en el ámbito minero frente a su empleador tales como: *i)* herramientas del sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo, *ii)* la misma fiscalización que realiza el comité y sus miembros sobre ciertos temas en los que puede incidir sobre el empleador, como el verificar las capacitaciones que se le van a impartir, *iii)* la participación de los trabajadores en la investigación en la ocurrencia de algún accidente ya sea mortal o no, *iv)* el mismo principio de consulta y participación que regula todo el marco de la participación del trabajador en asuntos de seguridad y salud considerando al mismo como un actor imprescindible dentro de la seguridad y salud. De manera que el trabajador participa activamente en el ejercicio y respeto de su derecho a la seguridad y salud exigiendo y fiscalizando a su empleador una defensa más efectiva.

- QUINTA.-** La participación activa de los trabajadores o sus representantes es de vital importancia dentro de la gestión de seguridad y salud de manera que, el empleador está obligado a asegurar que los trabajadores y sus representantes sean consultados, informados y capacitados en todos los aspectos de seguridad y salud relacionados con su trabajo, y como consecuencia de esta obligación se tendrá que adoptar medidas para que los trabajadores y sus representantes en materia de seguridad y salud, dispongan de tiempo y de recursos para participar activamente en los procesos de organización, de planificación y de aplicación, evaluación y acción del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.
- SEXTA.-** El Comité de seguridad y salud en el trabajo es el órgano por excelencia que pone un freno ante alguna arbitrariedad del empleador, promoviendo una cultura de prevención en pro del trabajador y del mismo empleador, de manera que participa activamente en la investigación de accidentes, así mismo participa en la elaboración de las distintas herramientas del SGS.
- SEPTIMA.-** Existe una incongruencia entre la STC N° 2513-2007-PA/TC-ICA y el artículo 49 d) de la Ley general modificado por el artículo 2 de la Ley 30222, ya que la sentencia transmite al empleador la obligatoriedad de presentar los certificados médicos anuales de salida bajo apercibimiento de presumir el daño que alega el trabajador; mientras que el inciso d) del artículo 49 de la Ley general nos indica que es facultativo el examen médico de salida, pero nos da la salvedad que se volverá obligatoria siempre y cuando sea a solicitud del trabajador. A efectos de una mayor seguridad jurídica para el trabajador sería necesario que vuelva a ser obligatorio el examen de salida a efectos de evitar abusos por parte de la parte empleadora sobre el trabajador.

OCTAVA.- Tal como está estructurado el artículo 168-A del Código Penal genera muchas inseguridades en la defensa de los derechos de los trabajadores, tanto así que se generan ventanas para evitar la responsabilidad penal, condicionando el tipo penal no solo al requerimiento previo de la fiscalización por parte del MTPE, transmitiendo la responsabilidad al trabajador. Como ya lo habíamos indicado la transmisión de la responsabilidad al trabajador da cabida a que se manipule una serie de documentos como informes de tal manera que el verdadero responsable de algún accidente o muerte quede libre de responsabilidad con lo que la inclusión de dicho artículo atenta contra el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA

BASADRE AYULO, Jorge, *Derecho Minero Peruano*, Grijley, 1996, Lima.

C. RAY, Asfhal, *Seguridad Industrial y Salud*, Prentice Hall, 2000, México D.F.

CANALES CAMA, Carolina, *La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico constitucional peruano*, en *LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Gaceta Jurídica, 2010, Lima.

CASTILLO CORDOVA, Luis, *Derechos constitucionales y procesos constitucionales*, Grijley, 2008, Lima.

-----, "*El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*" en *Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo*, GACETA JURÍDICA S.A., 2009, Lima.

-----, *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*, Ara Editores, 2004, Lima.

-----, *DERECHOS CONSTITUCIONALES. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, 2007, Lima.

-----, *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, 2014, Lima.

- DIAZ QUINTANILLA, Raquel, *Seguridad y Salud en los Regímenes Laborales Especiales*, Gaceta Jurídica, 2011, Lima.
- FAVOREAU, Luis, *El bloque de constitucionalidad* (Simposio Franco-Español de Derecho Constitucional), CIVITAS, 1991, Madrid.
- GUERRA PEÑALOZA, José, *Elementos del Derecho Minero*, Rodhas, 1996, Lima.
- HAKANSSON NIETO Carlos Guillermo, *Curso de Derecho Constitucional*, Colección Jurídica Universidad de Piura, Palestra, 2012, Lima.
- , *El reconocimiento judicial del bloque de constitucionalidad. Un estudio con especial referencia al ordenamiento jurídico peruano*, IDEMSA, 2009, Lima.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, 2009, Madrid.
- MESIA RAMIREZ, Carlos, *Derechos de la persona. Dogmática Constitucional*, Fondo Editorial del Congreso de la Republica, 2004, Lima.
- NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 7ª edición, Temis, 1997, Santa Fe de Bogotá.
- PAREDES ESPINOZA, Brucy, *Seguridad y Salud en el trabajo: Nueva Normativa*, Soluciones Laborales, 2013, Lima.
- PAZO PINEDA, Oscar Andrés, *LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*, Gaceta Jurídica S.A., 2014, Lima.
- PESTANA URIBE, Enrique, "La configuración Constitucional de los Derechos no enumerados en la cláusula abierta del Sistema de Derechos y Libertades" en *Derechos Constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica S.A., 2009.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo, Citado por FIGUEROA, Guillermo. Principios fundamentales del derecho al trabajo.* Leyer, 1999, Santa Fe de Bogotá.

Revista Gaceta Constitucional, N° 4, Abril de 2008.

Revista Gaceta Constitucional, N° 5, Mayo de 2008.

Revista Gaceta Constitucional, N° 6, Junio de 2008.

Revista Gaceta Constitucional, N° 11, Noviembre de 2008.

Revista Gaceta Constitucional, N° 14, Febrero de 2009.

Revista Soluciones Laborales, N° 88, Abril de 2015.

RUBIO CORREA, Marcial, *Para conocer la Constitución de 1993,* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, Lima.

SÁENZ DÁVALOS, Luis R., "*Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización*" en *Derechos Constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica S.A., 2009

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones del derecho Laboral,* Gaceta Jurídica, 2004, Lima.

VILELA ESPINOSA, Anna, *Seguridad y Salud en el trabajo: Normatividad Aplicable,* AELE, 2012, Lima.

NORMATIVIDAD

- LEY 29783 (Ley General de Seguridad y Salud en el Trabajo), modificado mediante Ley 30222.
- D.S. 005-2012-TR (Reglamento de la Ley 29783 modificado mediante D.S 006-2014-TR).
- D.S. 055-2010-EM (Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo en el Sector Minero).
- Convenio 176 sobre Seguridad y Salud en las Minas de la OIT.
- Convenio 194 Seguridad y Salud de la OIT.
- Resolución Ministerial N° 480-2008/MINSA modificado mediante Resolución Ministerial N° 798-2010-MINSA.
- Decreto Supremo N° 009-97-EM (Reglamento de Seguridad Radiológica).
- Decreto Supremo N° 015-2005-SA (Reglamento de Seguridad sobre Agentes Químicos).
- Resolución Ministerial N° 597-2006-MINSA.
- Artículo 168-A del Código Penal, modificado mediante Ley 30222.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC N° 008-2003-AI/TC.
- STC N° 01008-2005-AA/TC
- STC N° 01417-2005-PA/TC.
- STC N° 2273-2005-PHC.
- STC N° 09340-2006-PA/TC-AREQUIPA.
- STC N° 02513-2007-PA/TC-ICA.
- STC N° 03227-2007-PA/TC.
- STC N° 03599-2007-AA.
- STC N° 05954-2007- HC.
- STC N° 00061-2008-PA/TC-LIMA.
- STC N° 05387-2008-PA/TC-LIMA.
- STC N° 01865-2010-PA/TC.