

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



“LA INDEBIDA UTILIZACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN COMO MECANISMOS DE CONTROL DE LOS CONDUCTORES EN EL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA Y MERCANCÍAS DE MINERALES EN EL PERÚ 2015-2019”

Tesis presentada por el Bachiller:
Barraza Motta Diego Alonso
Para optar el Título Profesional de
Abogado

Asesor:
Dr. Matos Zegarra
Mauricio

Arequipa-Perú

2022

Arequipa, 28 de junio de 2021.

Señor Doctor:
GABRIEL TORREBLANCA LAZO
Decano de la facultad de Ciencias Jurídicas y
Políticas Universidad Católica de Santa María.
Ciudad.

Ref.: Oficio No. 005-FCJYP/CD/T-2021
Resolución No. 005–Coord. –FCJYP–
2021


De nuestra especial consideración,

Nos dirigimos a usted con relación al oficio de la referencia, mediante el que nos informe se nos ha designado como integrantes de la Comisión Dictaminadora del proyecto de tesis presentada por el señor Bachiller en Derecho **DIEGO ALONSO BARRAZA MOTTA**, la misma que tiene como título **“La Indevida Utilización de las Nuevas Tecnologías de la Comunicación como Mecanismos de Control de los Conductores en el Transporte Terrestre de Carga y Mercancías de Minerales en el Perú 2015-2019”**.

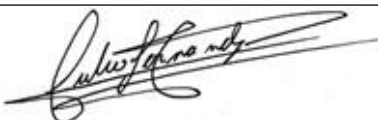
Al respecto y cumplimiento de lo establecido en el inciso i) del artículo 12, Capítulo III, Título III del Reglamento de Grados y Títulos de nuestra Facultad, hemos procedido a realizar una revisión integral del proyecto presentado sin que se hayan generado observaciones al respecto, **POR LO QUE, CONSIDERAMOS QUE EL PROYECTO PRESENTADO REÚNE LAS CONDICIONES SUFICIENTES PARA SER SUSTENTADO ORALMENTE**, pues el mismo se sujeta al Plan de tesis aprobado, habiéndose probado la hipótesis, se han cumplido los objetivos propuestos y las conclusiones y sugerencias corresponden a la investigación efectuada.

Sin otro particular, hacemos propicia la oportunidad para expresarle nuestros sentimientos de estima personal,

Atentamente,



Carlos A. Rodríguez Martínez
Docente Escuela Profesional de
Derecho



Julio Fernández Huaranca
Docente Escuela Profesional de
Derecho

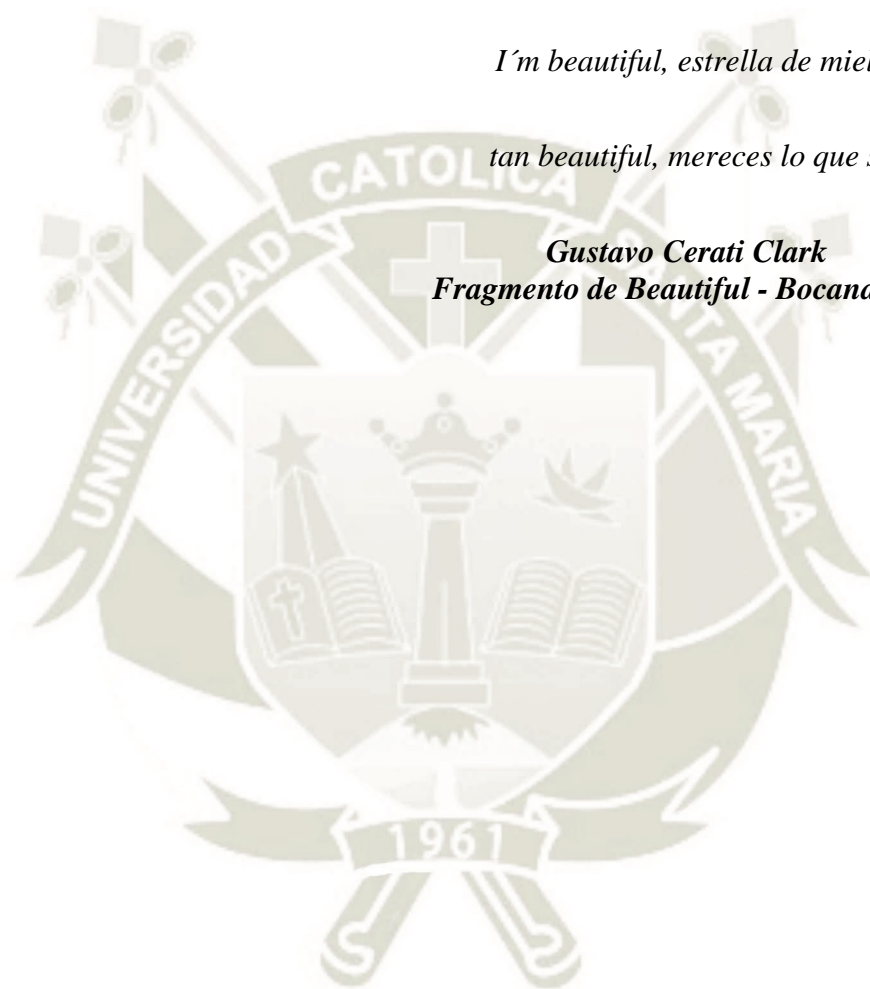
“Y es tan beautiful como lo pensás

I’m beautiful, estrella de miel, estrella de miel

tan beautiful, mereces lo que sueñas...”

Gustavo Cerati Clark

Fragmento de Beautiful - Bocanada – 1999



Dedicatorias

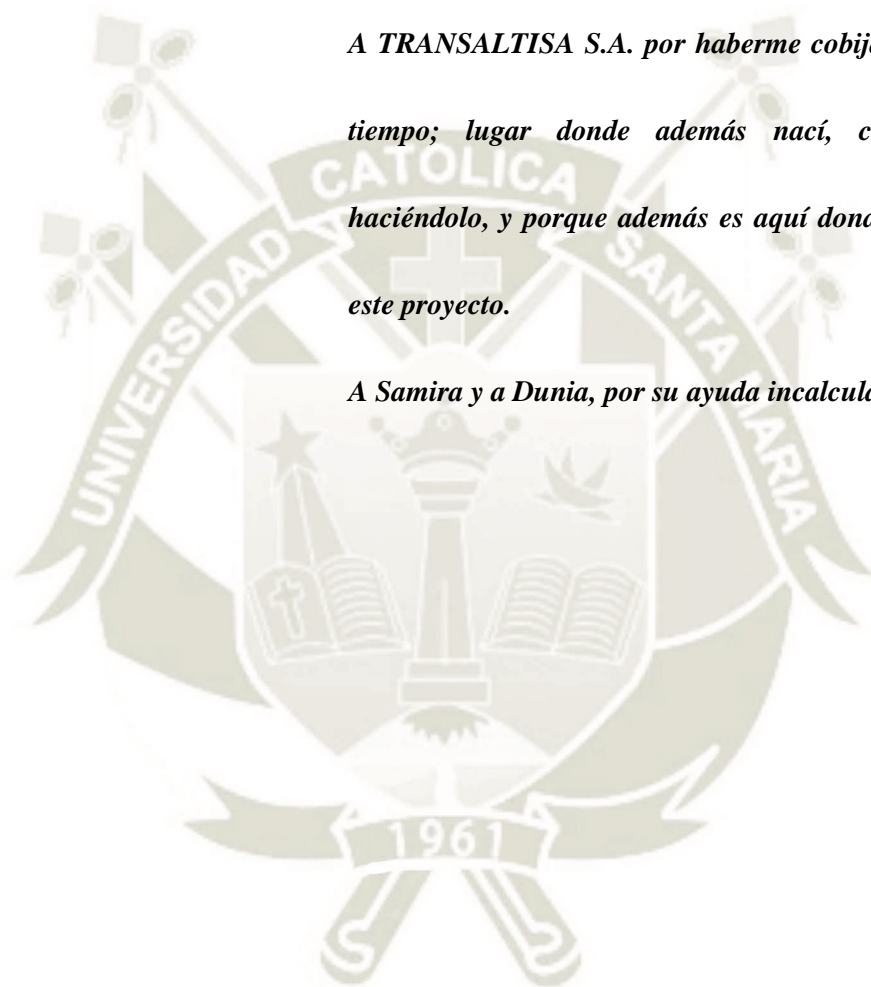
Este trabajo de investigación va en primer lugar dedicado a Aurora porque a ella le debo todo lo que soy, mi amor hacía ella; A mi padre por haberme acompañado durante la etapa universitaria; A Cesar Lazo Bezold, por ser mi mentor, padre, guía, ejemplo y amigo, aquel que le guardo mucho cariño y le dedico el presente trabajo; también dedico este trabajo a Paola Andrea Macedo Leiva, porque es calma en mis tormentas, guía en mi vida, y a quien supo entenderme. A Alejandra Choque, por enseñarme a sonreír a la vida. A Mauricio Matos Zegarra por su constante apoyo y guía en la realización del presente trabajo, y a quien admiro. A Alexandra Gallardo, por su increíble apoyo, y por último pero no menos importante a Marley, mi eterno compañero.



Agradecimiento

A TRANSALTISA S.A. por haberme cobijado todo este tiempo; lugar donde además nací, crecí y sigo haciéndolo, y porque además es aquí donde nació todo este proyecto.

A Samira y a Dunia, por su ayuda incalculable.



RESUMEN

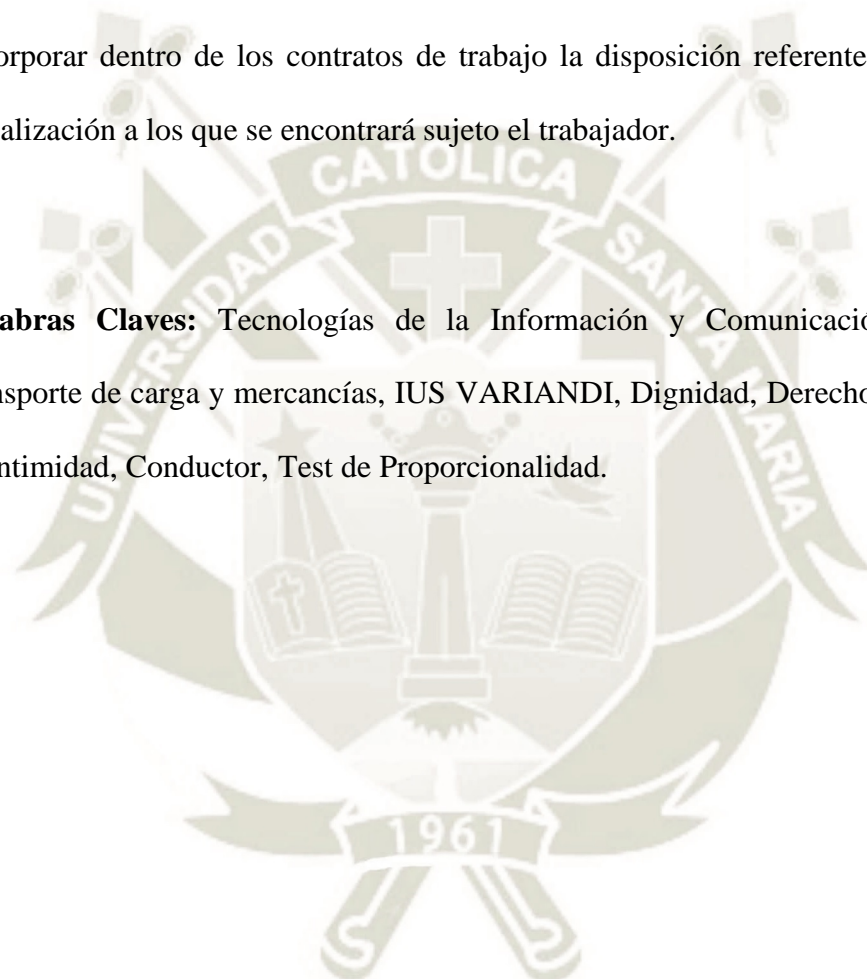
Actualmente las empresas de Transporte de Carga y Mercancías que prestan servicios de transporte de carga y mercancías por carretera en el Perú, al amparo del *IUS VARIANDI*, han empezado a emplear diversos mecanismos de control hacia sus trabajadores (conductores) mientras estos realizan el transporte de mercancías en las distintas vías del territorio nacional.

Dichas empresas han visto en las Tecnologías de la Información y Comunicación un apoyo importante para el desarrollo de sus objetivos, siendo una de ellas el constante control en la fiscalización hacia los conductores de vehículos de carga y mercancías, y que dentro de los dispositivos con los que la mayoría de las empresas cuentan se encuentran las cámaras de video vigilancia las cuales se colocan dentro de la cabina del vehículo donde se encuentra el conductor, la cual posee la finalidad de captar videos e imágenes de la conducción que realizan los trabajadores, las pulseras de sueño destinadas al monitoreo de sueño de los conductores, y finalmente, la Lifeband de SMART CAP, el cual es un dispositivo en forma de vincha colocado en la frente de los conductores con la finalidad de monitorear los niveles de fatiga de estos.

Sin embargo, la utilización de estos dispositivos para la fiscalización de los conductores podría estar vulnerando el derecho fundamental a la intimidad de los conductores. Es por ello, que la finalidad del presente trabajo se orienta a analizar cada uno de estos dispositivos y determinar si es que evidentemente existe una vulneración al derecho fundamental de la intimidad de los conductores, sirviéndose para ello la utilización del test de proporcionalidad que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional peruano,

A su vez, también pretende presentar algunas propuestas de mejora en cuanto a la regulación en el sector transporte respecto a los puntos desarrollados en el presente trabajo, y por último, establecer que dentro de las obligaciones a cargo del empleador (empresas de transporte terrestre dedicadas a actividades de carga) la necesidad de incorporar dentro de los contratos de trabajo la disposición referente a los medios de fiscalización a los que se encontrará sujeto el trabajador.

Palabras Claves: Tecnologías de la Información y Comunicación, empresas de transporte de carga y mercancías, IUS VARIANDI, Dignidad, Derecho Fundamental de la Intimidad, Conductor, Test de Proporcionalidad.



ABSTRACT

Currently, Cargo and Freight companies which work in this business on the road in Peru, under the IUS VARIANDI have started to employ different control mechanisms for their workers (drivers) while they complete the transport of goods along the various roads of the national territory.

These companies have seen in Information and Communication Technologies an important support for the development of their objectives, one of them being the constant control in the inspection towards drivers of cargo vehicles and freight, and that within the devices companies have, the video surveillance cameras can be found in most of them, they are placed inside the cabin of the vehicle where the driver is located, which aims to capture videos and images of the driving made by workers, the sleep bracelets intended for the monitoring of drivers' sleep, and finally, the SMART CAP Lifeband, which is a headband-shaped device placed on the forehead of drivers in order to monitor the fatigue levels of these.

However, the use of these devices for driver control could be infringing drivers' fundamental right to privacy. That is why the purpose of this work is to analyze each of these devices and determine whether there is an evident infringement of the fundamental right of the privacy of drivers, using the proportionality test that has been developed by the Peruvian Constitutional Court. Furthermore, it also intends to present some proposals for improvement in terms of regulation in the transport sector with respect to the points developed in the present work; and lastly, to establish that within the obligations of the employer (ground freight transportation) it is necessary to incorporate, in the employment

contracts, the clause concerning the means of control to which the worker will be subjected.

Keywords: Information and Communication Technologies, Freight and Goods Transport Companies, IUS VARIANDI, Dignity, Fundamental right to Privacy, Driver, Proportionality Test.

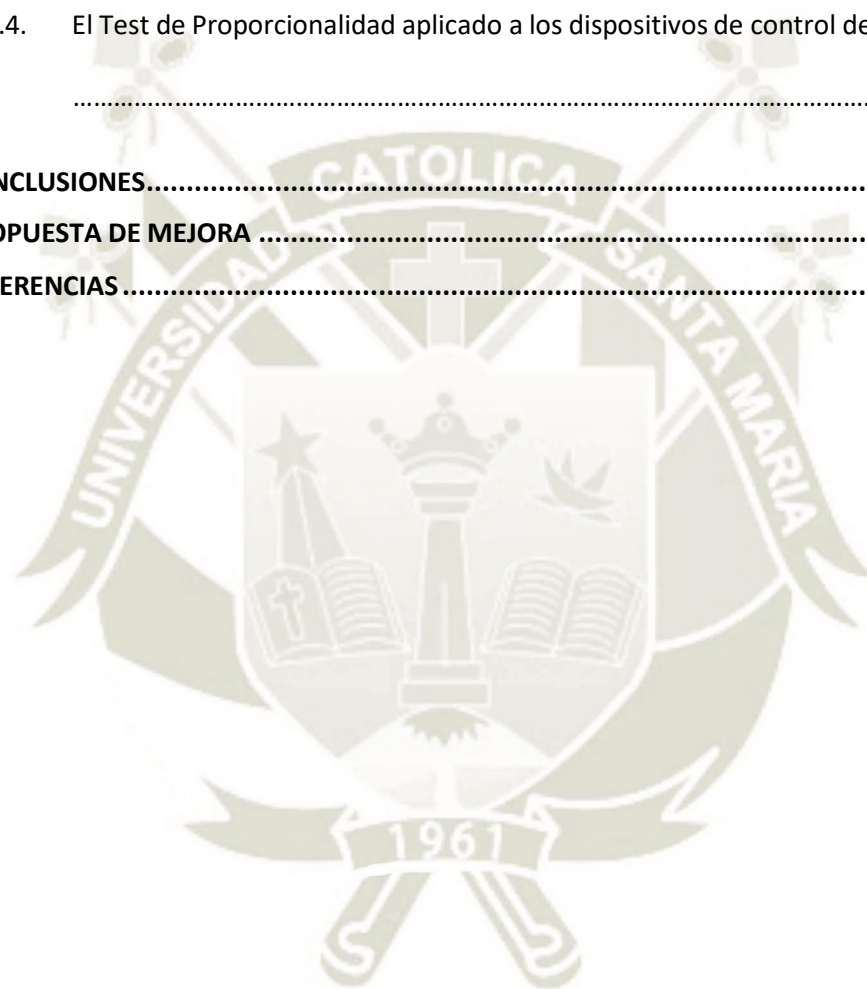


Índice

Resumen.....	v
Abstract.....	vii
Introducción.....	xii
Resultados de la Investigación.....	xiv
CAPÍTULO I	
1. ALCANCES GENERALES DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.....	18
1.1. El Inicio De La Relación Laboral.....	18
1.1.1. Contrato De Trabajo.....	18
1.1.2. Prestación Personal de Servicios.....	19
1.1.3. La Subordinación.....	19
1.2. Ius Variandi.....	20
1.3. Límites al Poder de Dirección.....	22
1.4. Principales Manifestaciones del <i>IUS VARIANDI</i>	24
1.4.1. Contratación.....	24
1.4.2. El De Organización.....	25
1.4.3. Modificación de la Prestación Laboral.....	25
1.4.4. El de Fiscalización.....	26
1.5. Límites al Poder de Dirección.....	26
1.6. Poder de Dirección y la Protección de los Derechos Fundamentales del Trabajador ..	28
1.7. El Deber de Obediencia.....	31
1.8. Las manifestaciones de los tribunales nacionales e internacionales sobre el deber de obediencia.....	34

1.9.	El Deber de Obediencia en el Régimen Privado y Público.....	38
1.10.	Vigilancia de la Seguridad y Salud de los Trabajadores.....	38
1.11.	El Principio de Prevención en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.....	39
1.12.	La Vigilancia de la seguridad y salud de los trabajadores en la Comunidad Andina de Naciones.....	48
1.13.	La Seguridad y Salud en el Trabajo en la Legislación Española.....	57
CAPITULO II		
2. EL USO DE LA TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN EN LOS MEDIOS DE CONTROL EN LA RELACIÓN LABORAL		
2.1.	El Control por parte del Empleador a través de las Tecnologías de la Información y Comunicación.....	61
2.2.	El Derecho Fundamental A La Dignidad Humana Como Principio Inherente A Los Trabajadores	63
2.3.	El Derecho a la Intimidad de los Trabajadores.....	66
2.3.1.	La limitación del Poder de Dirección en la Relación Laboral desde la Óptica del Tribunal Constitucional Peruano	69
2.3.2.	La propuesta de regulación sobre el control a través de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el Centro de Trabajo en el Perú	72
CAPITULO III		
3. LA FISCALIZACIÓN DE LOS CONDUCTORES DE LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA Y MERCANCÍA.....		
3.1.	El Uso De Las Teconologías De La Información Y Comunicación En La Fiscalización De Conductores De Vehículos De Las Empresas Que Brindan El Servicio De Transporte Terrestre De Carga Y Mercanías.....	75
3.2.	El Porqué de la Necesidad de la Incorporación de TIC para la fiscalización de Conductores de las Empresas de Transporte Terrestre de Carga y Mercancías	76
3.3.	Dispositivos de Control a los Conductores en el Transporte de Carga y Mercancías	

.....	82
3.3.1. La Life-Band De Smartcap	82
3.3.2. La Pulsera de Sueño.....	85
3.3.3. Las Cámaras de Video Vigilancia en la Cabina del Vehículo de Transporte Terrestre.....	85
3.4. El Test de Proporcionalidad aplicado a los dispositivos de control de los conductores	88
CONCLUSIONES.....	99
PROPUESTA DE MEJORA	102
REFERENCIAS.....	107



INTRODUCCIÓN

Debido al avance de la Tecnología de la Información y comunicación (TIC), la sociedad de alguna manera se ha visto afectada positivamente en diferentes ámbitos de su vida cotidiana, Esto ha permitido además de la simplificación de los procesos cotidianos la eficiencia en muchos de estos, encontrándolos por lo general en un smartphone o gadgets, elementos que muchas veces nos solucionan problemas.

El ámbito empresarial no es ajeno a este avance de la tecnología pues ha decidido ir de la mano con esta incorporándola dentro de sus procesos de producción, lo que de alguna manera repercute en la eficiencia y eficacia del tiempo en que dedica para el desarrollo de sus productos o servicios finales.

Así, tenemos que las empresas desean también llevarlo al plano laboral, dotándoles de instrumentos a los trabajadores para que puedan ser más eficientes en sus labores durante las horas que pasan dentro del centro de trabajo, y además puedan tener algún control sobre dichas labores. Es por ello que a través de dispositivos electrónicos han hecho esto posible, dispositivos que aparentemente poseen dicha finalidad pero que terminarían transgrediendo el campo de la intimidad de los trabajadores, pues se evidencia que los empleadores exceden de la facultad de fiscalización.

En ese sentido, corresponde plantear las siguientes interrogantes que serán respondidas a lo largo del presente trabajo de investigación: ¿Porqué el empleador posee la facultad de fiscalización de las labores de los trabajadores? ¿El uso de las Tecnologías de la Información en la relación laboral vulneran los derechos fundamentales a la intimidad de los trabajadores? Y finalmente ¿El uso de mecanismos de control a través de las TIC

vulnera los derechos fundamentales a la intimidad de los conductores de las empresas de transporte terrestre de carga?



RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación se encuentra dividido en tres capítulos generales.

El primero de ellos, busca brindar un marco general a través del retrato de algunos alcances generales de conceptos asociados a la presente investigación. En ese sentido se tiene que i) todo vínculo laboral nace a través de un contrato de trabajo, contrato que regulará las condiciones, derechos y obligaciones de las partes durante las relación laboral, ii) Se sabe que el empleador goza de algunas facultades emanadas por la Ley que hacen que pueda tomar decisiones en cuanto a la manera del desarrollo de los trabajadores en el centro trabajo, incorporando medidas de control sobre estos y a su vez le permite realizar la supervisión del cumplimiento de las tareas encomendadas al trabajador; sin embargo, existen límites a dicho ejercicio, pues lo que se pretende de alguna manera es proteger los derechos fundamentales del trabajador, iii) Nuestra Constitución también ha definido de cierta forma la protección a los derechos fundamentales de los trabajadores, recogiendo en su Artículo 23° una clara forma de protección de sus derechos que conllevan a la dignificación de la persona humana, iv) Sin embargo, también debe existir un nivel de obediencia a las órdenes del empleador (siempre que estas no vulneren los derechos fundamentales de los trabajadores) para la realización de sus labores dentro del centro de trabajo, v) Así también, existe una obligación por parte del empleador en velar por la vigilancia de seguridad y salud de sus trabajadores, obligación que ha sido motivada por el deber de prevención que tiene el empleador ante cualquier suceso que podrían padecer los trabajadores.

Posteriormente, en el segundo capítulo se orienta al despliegue del entendimiento del ingreso de las TIC como medios de control en la relación laboral, pues resulta interesantes como el avance de la tecnología ha animado a los empleadores incorporarlas con la finalidad de mostrar más eficiencia en sus procesos productivos, ello no escapa al ámbito de la relación laboral, pues se han incorporado también dispositivos que ayudan a que los trabajadores puedan simplificar la inversión del tiempo en sus tareas; sin embargo, no

solo se han incorporado tales tecnologías para el desarrollo de tareas, si no para el control de estas, pues los empleadores de alguna manera desean controlar el cumplimiento de funciones de sus trabajadores, no obstante, muchas de estos dispositivos resultan vulnerando algunos derechos fundamentales de los trabajadores.

Por último, tenemos el tercer capítulo, el cual es la parte medular del presente trabajo, pues muestra la aplicación de estas medidas de control en la relación laboral existente entre los conductores (trabajadores) y las empresas de transporte terrestre de carga y mercancías, ya que justamente esta última ha incorporado dentro de sus procesos de fiscalización y control algunos dispositivos para de alguna manera fiscalizar las acciones del conductor durante el desarrollo de sus funciones de traslado de carga. Así tenemos a tres (03) dispositivos que son utilizados para el control y que son objeto de análisis del presente trabajo, siendo: la lifeband de SMARTCAP, la pulsera de sueño y las cámaras de video vigilancia instalados dentro de la cabina del conductor; sin embargo, la incorporación de estos dispositivos de control podría estar vulnerado el derecho a la intimidad de los conductores, y que en consecuencia, el empleador debería de evaluar dicha situación para la incorporación de otras medidas menos lesivas.

Término

Abreviaturas

Código Civil Peruano

C.C.

TUO de la Ley de Productividad y Competitividad
Laboral

LPCL

Ley de Fomento del Empleo

LFE

Constitución Política del Perú de 1993

Const.

Organización Internacional del Trabajo

OIT

Tecnologías de la Información y Comunicación

TIC

Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo

LSST

CAPÍTULO I

1. ALCANCES GENERALES DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Resulta importante precisar que la finalidad que busca el presente trabajo de investigación es la de realizar un análisis acerca de la implementación de mecanismos de control por parte de las empresas de transporte terrestre de carga y mercancía a través del uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación a los conductores de vehículos de las empresas que se dedican a dicha actividad en el Perú, pues hasta el momento ha sido un terreno no explorado por la legislación sectorial, y que si bien la Doctrina y las Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano de alguna manera han tratado de dar algunas luces acerca de la regulación de aquellos mecanismos de control que pueden utilizar los empleadores para supervisar las labores de sus trabajadores, no se han previsto otros mecanismos que por su naturaleza solo son utilizados en el sector transporte. Por ello, es objeto del presente trabajo de investigación el análisis de cada uno de estos mecanismos que habitualmente se utilizan en dicho sector y que serán desarrollados en la presente.

En un primer momento y para efectos de un claro entendimiento del presente trabajo de investigación, resulta pertinente analizar la relación contractual del cual emana la figura del *IUS VARIANDI*, poder que otorga al empleador la facultad de supervisar la prestación de servicios por parte de los conductores. Posteriormente, se mostrará la repercusión en cuanto a su implementación de las TIC en la relación laboral, para finalmente realizar una evaluación desde ámbito social y jurídico de tres principales instrumentos de control en las operaciones de conducción de los conductores. Para ello utilizaremos un instrumento ya utilizado por el Tribunal Constitucional Peruano llamado Test de Proporcionalidad.

1.1. El Inicio De La Relación Laboral

1.1.1. Contrato De Trabajo

Como sabemos, el inicio de una relación laboral se da de diversas formas como la de la suscripción de un contrato a tiempo indeterminado, o excepcionalmente contratos sujetosa modalidades; sin embargo, para un mejor desarrollo conceptual, me gustaría partir desde su definición, la cual nos permitirá ubicarnos en un correcto espacio para efectos de la presente investigación. Según la definición tradicional que se le ha dado a el contrato de trabajo, podríamos decir que este es un instrumento por el cual el empleador y el trabajador se ponen de acuerdo para que este último preste un servicio en forma subordinada a cambio de una remuneración que será entregada por el empleador (Neves Mujica, 1995) . Entonces, de dicha definición podemos resaltar tres elementos que son de carácter esencial: 1) la prestación personal, 2) subordinación y 3) remuneración.

No obstante, si bien todo hace indicar que el contrato de trabajo es un acto jurídico conforme a lo señalado en el artículo 219 del C.C.¹ (ya que cumple con los elementos prescritos), este goza de una peculiaridad de sus tres elementos precedentemente señalados, pues en conjunto logran darle esa naturaleza diseñada para el ámbito laboral, haciéndolo diferente a los regulados en el C.C.

Por otro lado, nuestra legislación laboral ha recogido esta definición de contrato de trabajo en el artículo 37 de la LFE (estrechamente ligada con la definición señalada en el artículo 4 de la LPCL) señalando que es una prestación personal subordinada

¹ El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1) Capacidad de Ejercicio, 2) Objeto física y jurídicamente posible, 3) Fin lícito, 4) Observancia en la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

y remunerada.

1.1.2. Prestación Personal de Servicios

Si bien cada uno de los elementos que contiene el contrato de trabajo –prestación personal, subordinación y remuneración- son relevantes, para efectos del trabajo de investigación resulta importante analizar dos ellos, el primer elemento que me es importante analizar es la prestación personal, pues en esta relación bilateral, el trabajador será el encargado de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo –es claro que aquí también se encuentran inmersos los conocimientos técnicos y profesionales del trabajador- para que éste último a través del **poder de dirección** determine la manera/modo de realizar las funciones que le corresponden realizar al trabajador dentro del centro de trabajo. Además, sabemos que estos servicios deben ser ejecutados personalmente sin delegarlos a terceras personas ajenas a la relación laboral (Ferro Delgado, mayo 2019, pág. 19), y que a su vez podrán ser supervisadas y evaluadas por el empleador.

Además, conforme lo señala el artículo 5 de la LPCL, para la prestación de servicios de naturaleza laboral únicamente pueden ser prestados en forma personal y directa por un trabajador que tenga la condición de persona natural.

1.1.3. La Subordinación

El segundo elemento que me resulta importante precisar en el presente trabajo es la subordinación, elemento fundamental que a mi percepción es el que por excelencia determina la existencia de un contrato de trabajo, entonces ¿Por qué llego a tal conclusión?, para poder contestar a la interrogante me gustaría citar el siguiente ejemplo que esboza el maestro Javier Neves Mujica (1995):

“Un carpintero que produce carpetas en su propio taller, podría tener una labor

por cuentapropia, si las hace por su iniciativa y luego las vende, o por cuenta ajena, si las hace por encargo. En el primer caso, celebraría un contrato de compra venta y en el segundo uno de obra”.

Del ejemplo podemos advertir que si bien hay una prestación de un servicio por parte del carpintero, a su sola discreción podrá tomar la decisión si personalmente realiza la fabricación de carpetas o las encarga a otros para su realización; sin embargo, en una relación laboral el empleador cuenta con el poder de mando y en contraposición **el trabajador cuenta con el deber de obediencia**, debido a que, al empleador le ha sido otorgado a través del **IUS VARIANDI** la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador, a través de diversos elementos (Manual de Organización y Funciones, Reglamento Interno de Trabajo, instructivos, etc.) para poder controlar y sancionar –en caso se genere un incumplimiento- la conducta del trabajador.

1.2. Ius Variandi

Nuestra legislación laboral ha recogido el poder de dirección (*IUS VARIANDI*) a través del segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL, señalando que el empleador podrá introducir cambios de forma o modo en la prestación de los servicios de los trabajadores, siempre que estos se encuentren dentro del marco de razonabilidad (Valdez Castillo, 2019); sin embargo, para algunos autores como es el caso del maestro Elmer Arce menciona que dicha potestad que goza el empleador emana del contrato de trabajo (citado por Leonardo Valdez Castillo), percepción que no es compartida por el Jurista Víctor Ferro Delgado, pues este señala que el poder de dirección se desprende del derecho a la libertad de empresa contenida en la Constitución Política del Perú (específicamente en el apartado del artículo 59), siendo que el empleador (persona natural o jurídica) posee el derecho de

emprender -ya sea alguna actividad con un ánimo de lucro o sin ella-, y que parte de este ejercicio de derecho contempla las facultades de organizar, reglamentar, fiscalizar y sancionar (Ferrero Delgado, mayo 2019, pág. 41).

Aparentemente, ambas concepciones de los autores anteriormente citados pareciesen contrarias; sin embargo, sucede todo lo contrario, ambas están estrechamente ligadas, pues al amparo de la libertad empresarial que fue otorgado a través de la Constitución Política del Perú al empleador, este a su criterio, puede conforme a las situaciones económicas por la que atraviesa la empresa, disponer de una modificación en la prestación laboral del trabajador, con la finalidad – casi siempre- de encontrar una “eficacia” en los procesos productivos de una empresa, así como organizar económica, estructural y técnicamente la empresa (Hernández Rueda, 1997, pág. 405), en lo que posteriormente se vea reflejado en la probable utilidad de la compañía.

No obstante, en nuestra legislación expresamente aún no se establecido claramente parámetros para estos cambios (esenciales o no esenciales) que aparentemente puedan traer consigo repercusiones negativas en la prestación laboral, pues estas muchas veces son radicales, poco razonables y desproporcionales, y justamente es aquí donde se genero todo tipo de controversias, pues debe determinarse cuan desproporcionales o poco razonables resultan siendo tales medidas; no obstante, el Tribunal Constitucional Peruano a través del instrumento llamado “Test de proporcionalidad”, ha logrado establecer algunos parámetros que deben de ser atendidos por los empleadores que pretendan incorporar cambios en la prestación laboral en los trabajadores, con la finalidad de que estos sean los menos lesivos a los derechos fundamentales de estos últimos; sin embargo, aún existen algunas puertas abiertas que pueden ser aprovechados por los empleadores. Entonces, tal

situación resulta ser preocupante, pues no existe un marco sólido que delimite los cambios que podría realizar el empleador en la prestación laboral. Ergo, en muchas ocasiones se estaría provocando una probable vulneración a los derechos fundamentales a los trabajadores.

Por otro lado, como fue mencionado precedentemente, la relación laboral se origina a través de un contrato de trabajo suscrito por ambas partes (empleador o su representante y el trabajador), y que si bien tiene rasgos peculiares que lo diferencian de los demás contratos regulados por el C.C., no escapa de la aplicación de algunos principios, tal es el caso del principio Pacta Sun Servanda (el contrato es Ley para las partes), principio que obliga a las partes que suscriben un contrato a cumplirlo en su totalidad, es así que si bien el empleador puede realizar las variaciones que a su criterio considere son las más idóneas para que los procesos productivos de la empresa sean cada vez más eficientes, bajo la facultad que le ha sido otorgada por el *IUS VARIANDI*, y que en el trabajador recae la obligación de ejecutar las directrices dadas por el empleador o de su representante, sobre este último también recae un deber de protección respecto a los posibles peligros que en esencia podría representar la ejecución de la prestación laboral por parte del trabajador, tema que abordaremos posteriormente.

1.3. Límites al Poder de Dirección

Para poder hablar sobre la limitación al poder de Dirección ejercida por el empleador, es necesario trasladarnos hasta el momento en donde esta nace, pues resultaría sumamente *complicadísimo* limitarnos a decir cuales son y no saber su naturaleza y por qué se ha colocado dichos límites. Es así que a través del artículo 9 de la LCPL, nuestra legislación laboral señala en un primer término que “Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador,

el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las ordenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador” (Diario Oficial El Peruano, 1997).

Del mismo modo, en un segundo término este artículo señala que: “El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así comola forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo” (Diario Oficial El Peruano, 1997).

Entonces, en un primer momento, podemos afirmar que el poder de dirección emana del contrato de trabajo y no de la ley, esto debido a que al no celebrarse un contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador, no puede otorgársele a este último la facultad de organizar, de direccionar y de sancionar (Arce Ortiz , pág. 126). Dicho lo anterior, ahora me resultaría realizar una correcta interpretación de lo que señala este artículo 9 y así de alguna manera llegar a una conclusión de que si existe verdaderamente los límites al poder de dirección en nuestra legislación laboral; sin embargo, teniendo estos ingredientes básicos para poder llegar a una conclusión que pueda generar cierta seguridad en mi conclusión; sin embargo, me he topado con una casación que me ayuda de alguna manera a aterrizar aún mejor mi idea sobre el *IUS VARIANDI*, esta es la Casación 634-2002 publicada el 01 de julio de 2004, de la cual se puede extraer las siguientes ideas más relevantes:

- La Corte Suprema del Perú señala que para poder determinar el alcance de los límites del *IUS VARIANDI* debemos de tomar en consideración lo referido en el Artículo 9 del Decreto Legislativo N° 757, Decreto que dicta

la Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, el cual expresa que toda empresa posee el derecho de organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente.

- Sin embargo, la Corte Suprema del Perú persiste en subrayar los principios de razonabilidad como pilar fundamental para ejercer el *IUS VARIANDI*.

En ese sentido, resulta evidente que respecto al *IUS VARIANDI* tanto nuestra legislación laboral vigente como la manifestación de uno de nuestros altos tribunales concuerdan en que el empleador a su sola discreción puede incorporar cambios a la realización de las actividades que realice el trabajador siempre y cuando se encuentre dentro del margen de razonabilidad.

1.4. Principales Manifestaciones del *IUS VARIANDI*

Conforme lo hemos venido señalado precedentemente, comprendemos que el empleador goza de la facultad de dirección que le ha sido otorgado a través de la legislación laboral

vigente, pero entonces, cuáles serían las manifestaciones más palpables que podríamos citar en el presente trabajo, que nos puedan dar algunas luces de cómo se aterriza este poder de dirección a la realidad y como es usado por el empleador.

Al respecto el Jurista Jorge Toyama Miyagusuku ha sabido como transportarlos a través de 4 puntos:

1.4.1. Contratación

En este primer punto el Jurista señala como el empleador a su sola conveniencia puede contratar a los trabajadores que crea que son los más adecuados para cumplir las funciones que este pueda indicarles, para ello los podrá adecuar como a la estructura organizacional de su empresa considerándolos según su envergadura y

función, así por ejemplo tenemos a los trabajadores de confianza, trabajadores de dirección, empleados u obreros; sin embargo, el límite esencial será el del impedimento del empleador a actuar de forma discriminada.

1.4.2. El De Organización

Mediante este instrumento el empleador puede realizar los cambios en el modo, forma y lugar de prestación del trabajador, para ello, el empleador podrá realizar las incorporaciones necesarias para la organización y funcionamiento de la empresa a través de la existencia de un Reglamento Interno de Trabajo², en el cual unilateralmente podrá establecer distintos acápites referidos a los derechos y obligaciones de las partes – empleador y trabajador- el tiempo de trabajo, ciertas conductas que deberá seguir el trabajador en el centro de trabajo, sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de los trabajadores, etc; sin embargo, se advierte que en el caso de las medianas y las pequeñas empresas no es exigible contar con el Reglamento Interno de Trabajo por la cantidad de trabajadores que estas poseen, problema que debería ajustarse a una probable modificación de ese requisito formal.

1.4.3. Modificación de la Prestación Laboral

Durante la vigencia de la relación laboral, el empleador puede realizar diversas modificaciones a la ejecución de las prestaciones laborales que realiza el trabajador, siendo que estas pueden ser de carácter esencial – tenemos por ejemplo la modificación del contrato de trabajo por mutuo disenso -y las no esenciales –

² El Reglamento Interno de Trabajo es aquel documento por el cual los empleadores y trabajadores se sujetan para el correcto cumplimiento de sus funciones; asimismo, tal documento es exigible para todos aquellos empleadores que cuenten con un número superior a los cien (100) trabajadores. Por otro lado, dicho Reglamento Interno de Trabajo deberá de ser presentado al Ministerio de Trabajo y este lo tendrá aprobado con la sola presentación.

como la de sancionar- , no obstante, estas deberán guardar los límites razonabilidad.

1.4.4. El de Fiscalización

Si bien el autor lo define como la apreciación de conductas privadas, en esencia se trata de la labor del empleador a poder fiscalizar la prestación de servicios mediante el uso de las TIC. Así, por ejemplo tenemos la colocación de cámaras de vigilancia para asegurar el cumplimiento de las labores de los trabajadores en el centro de trabajo (págs. 172-189).

1.5. Límites al Poder de Dirección

Claramente como lo hemos venido señalando en el presente trabajo, el empleador tiene esta potestad que le ha sido otorgada, facultad expresada en dictar normas reglamentos, controles administrativos, disponer medidas de seguridad, publicidad, de opinar, de informar según lo señala (Hernández Rueda, 1997, pág. 406); sin embargo, esta no tiene la condición de ser absoluta, pues existe una serie de limitación que debe tener en cuenta el empleador para la implementación de modificaciones de las condiciones de trabajo. Al respecto, comprendemos que todos estos actos que el empleador dedica son para ajustar el correcto (aparentemente) de la empresa, y que todos estos deben estar de acuerdo al principio de razonabilidad, pero también existen aquellos límites establecidos en la Ley (anteriormente señalado), los convenios colectivos y en la jurisprudencia.

Así también, podemos agregar unos ingredientes adicionales a los ya señalados precedentemente, siendo la legitimidad y el de no discriminación, el empleador debe en todo momento no vulnerar los derechos fundamentales que le han sido reconocidos a estos últimos, evitando introducir cambios en la prestación laboral

que puedan en algunamanera tener rasgos de ilicitud, de un ejercicio abusivo del empleador e irracional por parte de este, y por último tratar de no causar algún perjuicio al trabajador (físico o moral),es decir, se debe de mitigar o eliminar de alguna manera las intenciones del empleador por causar una vulneración o agravio a derechos materiales o morales que produzcan un detrimento a la dignidad del trabajador, en la que sin duda debe de utilizarse ese mando de poder pero no para utilizarlo de manera arbitraria si no que por el contrario coordinaruna labor que pueda contribuir con el desarrollo de la empresa.

Algunos autores han disgregado los límites de poder en dos componentes: i) Límites Funcionales y ii) Límites Conceptuales. En cuanto al primero, podemos decir que el empleador debe efectuar las modificaciones a la prestación laboral bajo los criterios de razonabilidad, objetividad, previsibilidad, estos siempre tienen que ir apegados a cuan necesario es la modificación, para que a través de este pueda verse reflejado un cambio óptimo en la organización; aunque, muchas veces en el plano de la realidad el empleadorpodría realizar cambios como por ejemplo el traslado hacia otro ámbito geográfico del trabajador para que pueda realizar la prestación de su trabajo, que dentro de la elasticidadque nos otorga el marco jurídico podemos afirmar que es una acción habitual que se ejerceren toda organización, pero, dicha acción aparentemente lícita puede ser intencionada conla finalidad de perjudicar al trabajador – acto de hostilidad-, pues el ánimo del empleadores un tanto perverso que pretendería generar un perjuicio en contra del trabajador.

Respecto a los Límites Conceptuales, podemos asociarlo a medidas que puede realizar elemployador al modificar las condiciones contractuales del contrato de trabajo, tales comomodificar el horario de trabajo, el cambio de categoría.

Otro punto adicional que debe de resaltarse, es la potestad del empleador asociadas a las Funciones de Control, el cual contiene el debido control y la vigilancia del servicio que prestan los trabajadores además del cumplimiento de normas de seguridad y salud en el trabajo, ya que lo que debe pretenderse es la protección de la dignidad de los trabajadores y de seguridad al cumplir sus funciones dentro del centro de trabajo, tales sistemas debe ponerse en manifiesto y de conocimiento principalmente a los trabajadores y a su vez a la Autoridad de Trabajo, pues esta última, se encargará de a través de una fiscalización, verificar si no existe tal vulneración a los derechos de los trabajadores.

1.6. Poder de Dirección y la Protección de los Derechos

Fundamentales del Trabajador

Nuestra Const. en más de un artículo ha señalado el respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad de la persona humana recogiendo a lo largo de sus páginas (todas en igual

medida) la protección de estos; no obstante, en la línea del presente trabajo, resaltamos aún más los referidos a todos aquellos que se encuentran dentro del marco de una relación laboral. Así, nos encontramos que el trabajo es un deber y un derecho que constituye un modo en la realización de la persona humana en la sociedad³, y que a través de esta se podrá obtener un sustento, la mejora de la calidad óptima de vida y la realización personal de la persona humana, y que a su vez también causa una repercusión colectiva para la sociedad, evidenciándose en el progreso social y económico.

Por otro lado, la Declaración de los Derechos Humanos en su Artículo 23⁴ esboza

³ Artículo 22° de la Const.

⁴ Declaración que fue suscrita por representantes de distintos países como un ideal común entre todos estos para que puedan respetar y protegerse los derechos fundamentales de la persona humana.

que las personas gozan del derecho de poder elegir libremente su trabajo, y los relacionados a esta como las condiciones equitativas y satisfactorias en el trabajo, ello en la posición de la Organización Internacional del Trabajo acerca de la protección contra el desempleo, a una remuneración equitativa, a la no discriminación, a la sindicalización (págs. 5-6).

Pero la concepción no sólo debe partir de un concepto estático-rígido, en el cual solo se establezcan bases y principios, sino que también deben ser un punto de inicio para que la persona humana en posible puede llevar una vida en la que pueda tener una oportunidad que le sea productiva y que, además le genere una remuneración la cual ayude a satisfacer sus necesidades y a su vez pueda desarrollar en la sociedad, y así contribuir con su dignidad y con su comunidad –sociedad-; no obstante, esa libertad que se le otorga al trabajador para poder elegir libremente su trabajo no debe ser mermada con el trato subordinado que este se somete en una relación laboral, pues el empleador al momento de incorporar algunos cambios en la prestación laboral no debe infringir el trato digno e ir en contra de la dignidad de la persona y respeto a sus derechos fundamentales, tal restricción se encuentra establecida en el Artículo 23 de nuestra Const., el cual señala que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer rebajar la dignidad del trabajador⁵.”

Al respecto, la sentencia recaída en el Expediente Nro. 0422-2009-TC realiza un análisis exhaustivo y además actualiza los términos de los límites del poder de dirección, manifestándose sobre tres aspectos fundamentales de los derechos del trabajador en la prestación laboral:

⁵ Así lo señala el Artículo 23 de la Const.

<p>Al trabajo</p>	<p>La causa objetiva que justifica la contratación temporal de un trabajador debe encontrarse correctamente tipificada, pues el solo hecho de contratar a una persona en forma temporal, sabiendo que la naturaleza de los servicios se encuentran relacionados a un trabajo a tiempo indeterminado, estaría vulnerando a sus derechos laborales.</p> <p>-Sin embargo, aquellos trabajadores que fueron contratados a plazo indefinido solo pueden ser despedidos por causa justa relacionada a su conducta o capacidad laboral.</p>
-------------------	--

<p>A la Defensa o Debido Proceso</p>	<p>Señala que el empleador debe cursar una carta al trabajador con la imputación de faltas a fin que el trabajador pueda hacer uso de su derecho de defensa, proporcionándole para esto un plazo razonable para que pueda realizar sus descargos.</p>
--------------------------------------	---

<p>Secreto e Inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados que utilice el trabajador en el trabajo</p>	<p>Si bien el empleador otorga al trabajador documentos y soportes electrónicos para el cumplimiento de sus funciones y que son de su pertenencia, ello no determina que el empleador podría hacer suyo el contenido de estas.</p>
---	--

Los criterios anteriormente esbozados son dados por el Tribunal Constitucional Peruano, el cual ratifica el contenido de cada una de estas, incluso, tales estándares ya han sido desarrolladas en otras sentencias dadas con anterioridad por el mismo colegiado. Como lo hemos venido mencionado a lo largo de este trabajo, la legislación no ha sido del todo clara al determinar dichos límites, labor que ha sido ejercida por los tribunales nacionales llenándola de contenido a través de sus sentencias.

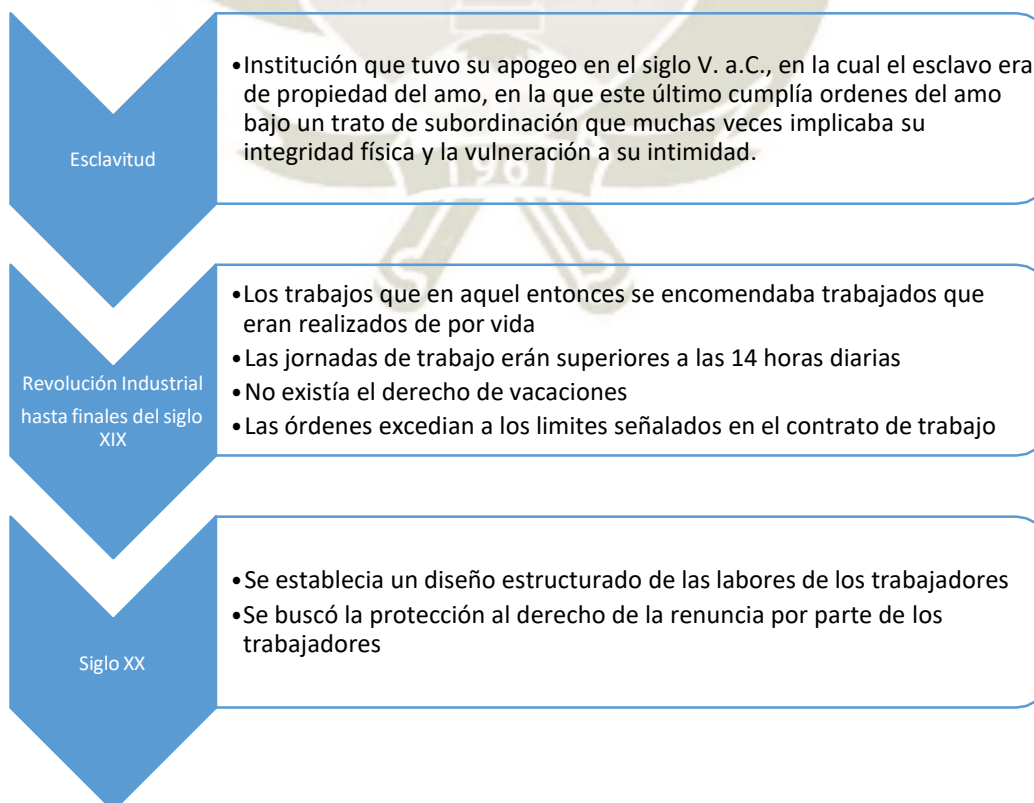
1.7. El Deber de Obediencia

Nuestra legislación laboral no ha desarrollado en más de una ley o reglamento el deber de obediencia del trabajador, pues quedaría a mera suposición que esta pueda estar inmersa dentro de la definición de subordinación -elemento que si ha sido desarrollado- y que es suficiente para enmarcar el deber adquirido por el trabajador en el contrato de trabajo.

Al respecto, debemos de señalar que del contrato laboral podemos desprender -al margen de los elementos que lo caracteriza- que es aquel instrumento que amparado bajo el principio de la buena fe, las partes (trabajador y empleador) adquieren derechos y obligaciones; sin embargo, esta obligación de hacer estará a cargo del trabajador bajo las directrices que el empleador pueda ordenarle, es decir,

en palabras de Luz Pacheco Zerga (2013) debe entenderse que el deber de obediencia es una consecuencia directa de la subordinación que ha sido asumida por el trabajador al momento de celebrar un contrato de trabajo con el empleador, y que para que el empleador pueda conseguir esa utilidad que persigue al contratar los servicios del trabajador deba necesariamente variar las ordenes (*ius variandi*), órdenes que deberán decontener criterios de razonabilidad (pág. 259).

La subordinación se ha venido dando a lo largo de la historia de distintas maneras, teniendo antecedentes duros en su sentido lato y que muchas veces estaban relacionados con la esclavitud y a la constante vulneración de derechos fundamentales de la Persona; no obstante, como veremos a continuación, existen hitos de sucesos históricos en los que la aplicación del deber de obediencia estaban más asociados a la esclavitud y a una constante vulneración de derechos fundamentales de la persona:



A lo largo de la historia se ha observado una constante evolución en cuando al reconocimiento de derechos fundamentales de la personas pero además, se ha podido observar un avance en la regulación de estos, si bien el carácter contractual no escapa deser advertido por la legislación laboral, se debe de crear un ambiente en que ambas partes puedan expresar y entender lo que realmente desean y que estas sean transparentes— principio buena fe- no habiendo algún vicio o intensión abusiva por parte de estos, además este principio servirá de sostén para el correcto desarrollo del cumplimiento del contrato de trabajo, pues solo así se evidenciará un correcto cumplimiento de las obligaciones asumidas por el trabajador y en contra posición decisión razonables por partedel empleador; sin embargo, ante un posible quebrantamiento de está relacionado a las obligaciones del trabajador, el empleador podrá aplicar algunas medidas disciplinarias como es la del despido (Pacheco Zerga, El Deber de Obediencia del Trabajador, Libro Homenaje de Aniversario de la Sociedad Peruana de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013, pág. 262).

Así también, se deberá de tener en cuenta el respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad de los trabajadores, el respeto hacia el cumplimiento de las órdenes del empleador –obediencia- debe estar sujeto a un trato justo (*ius resistentiae*) frente a posibletratos desproporcionados que contengan un ánimo ilícito y dañoso, pues la legislación laboral lo ha tratado de enmarcar de alguna manera en los actos de hostilidad, y que bajodeterminadas circunstancias puede cuestionarse el poder de dirección del empleador. Al respecto, la Jurista Luz Pachego Zerga (2013) señala que existe una presunción respecto a las actuaciones del empleador al amparo del poder de dirección, pues desde un primer momento se genera dicha presunción, asumiendo que dichos actos son legítimos pero que no es *de iure* o absoluta, sino

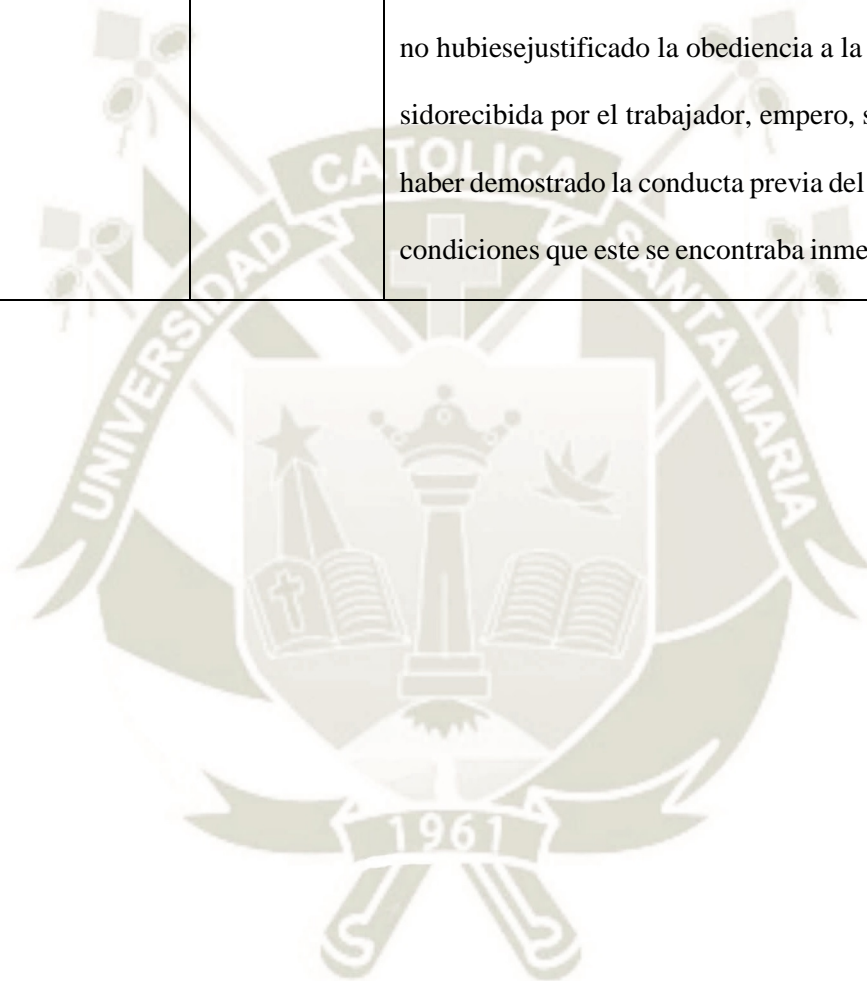
que por el contrario es *iuris tantum* (pág. 264), y que el trabajador podría desobedecer dichas ordenes advirtiendo su ilicitud, desproporción y una posible vulneración a su dignidad, tal hecho no podría ser sancionado por el empleador con la imputación de una falta grave, pues no justificaría ello, convirtiéndolo aparentemente en un abuso por parte de este.

1.8. Las manifestaciones de los tribunales nacionales e internacionales sobre el deber de obediencia

Así, al hablar de la manifestación acerca de esta situación un plano de la realidad, observamos que existe un desarrollo jurisprudencial de tribunales nacional como extranjeros que han zanjado su postura a través de algunas sentencias, de las cuales procederemos a analizar las más relevantes asociados a este punto:

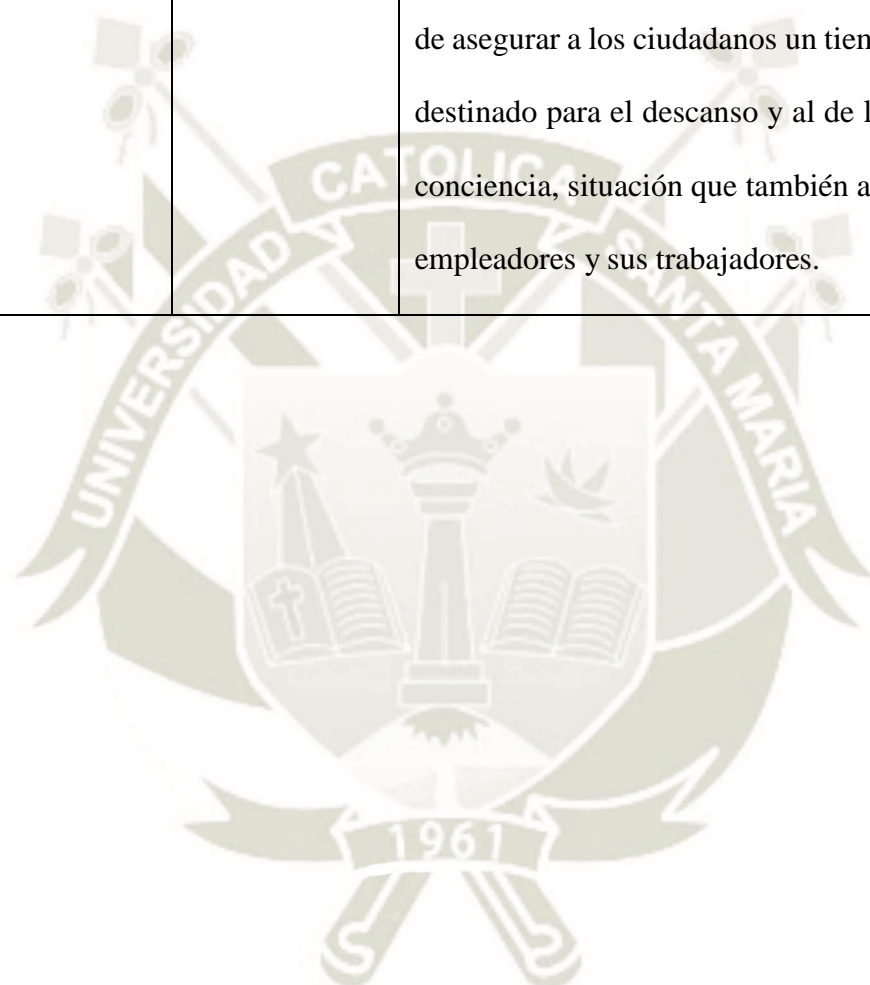
<p>Tribunal Supremo Español</p>	<p>STC. RJ 1983,2719 y STC RJ 1983,5103</p>	<p>Señala que el proceso de interiorización de la empresa y del contrato de trabajo de los derechos fundamentales del trabajador, involucra el respeto debido respeto a estos, pues conllevan el respeto a su dignidad y a que el trabajador pueda disfrutar de estos derechos que le protegen de cualquier abuso. Sin embargo, si bien el respeto a los derechos constitucionales son de carácter público, se puede invocar por alguna de las partes imponer algunas modificaciones a la relación contractual.</p>
---	---	---

<p>Tribunal Constitucional Español (TCE)</p>	<p>STC 99/1 994(RTC 194,99)</p>	<p>En el presente caso es trata de un amparopresentado por un deshuesador de jamón que senegó a ser fotografiado mientras realizaba suslabores en un recinto ferial. El TCE dentro de suanálisis de ponderación determinó lo siguiente: Solo el interés empresarial, aun cuando la ordenfuera legítima en un primer momento no hubiesejustificado la obediencia a la orden que había sidorecibida por el trabajador, empero, se tendría que haber demostrado la conducta previa del trabajador o a las condiciones que este se encontraba inmerso.</p>
--	---	--



<p>Tribunal Constitucional Peruano</p>	<p>Expediente 0895-2001- AA/TC – Lambayeque</p>	<p>Se trata de un médico que laboraba en el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo de Essalud, el cual se negó a trabajar los días sábados, por vulnerar su derecho a la libertad de conciencia y credo, pues pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, uno de los preceptos que tiene constituido esta iglesia es la observancia obligatoria del día sábado como día de reposo al ser considerado como “el Día del Señor o Día de Reposo Cristiano”, en consecuencia, le impedía ir a trabajar.</p> <p>Todo iba bien en el centro hospitalario, hasta que por un cambio en la dirección de dicho centro, deciden cambiar la política de asignación de turnos rotativos de trabajo.</p> <p>El Tribunal Constitucional Peruano realiza una reflexión interesante al señalar que el <i>ius resistentiae</i> debe estar sujeto a criterios de veracidad y objetividad, y además la decisión de si fue legítima o no estará a cargo de un juez quien determinará si fue legítimo o no dicho ejercicio del derecho fundamental a la objeción de conciencia.</p> <p>Sin embargo, también resulta importante resaltar el voto singular de la Dra. Revoredo Marsano, pues hace una comparación con los preceptos de la iglesia</p>
--	---	--

		<p>católica, indicando que si bien señala que el día domingo como día de descanso, de dedicación a la vida familiar y a dar a Dios el culto debido, no impone cierta restricción sobre la abstención de ir a trabajar. En ese sentido, los poderes públicos deben de asegurar a los ciudadanos un tiempo que deba ser destinado para el descanso y al de la objeción de la conciencia, situación que también aplicaría para los empleadores y sus trabajadores.</p>
--	--	---



1.9. El Deber de Obediencia en el Régimen Privado y Público

Además, podemos señalar que el deber de obediencia también responde a un tratamiento diferenciado con ciertos rasgos de singularidad en el ámbito privado y público, para una explicación más dinámica tenemos el siguiente cuadro:

Régimen Privado

- El empleador no puede dar órdenes que vayan en contra de la vida íntima del trabajador y los derechos constitucionales y legalmente protegidos
- Únicamente las ordenes deben de limitarse dentro del marco establecido en los preceptos constitucionales y del contrato de trabajo suscrito.
- El empleador excepcionalmente puede exigir al trabajador una conducta extra laboral con la finalidad de garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas, siempre que esta no vaya en contra de los puntos precedentemente señalados.

Servidores Públicos

- Todo servidor público (nombrado, contratado, designado, de confianza) posee el deber de cumplir con el Código de Ética de la función pública
- Los servidores públicos deberán de cumplir con las órdenes de su superior jerárquico, pues esto supone un acto de servicio al estado en favor de la sociedad
- Reviste de elementos de prohibición a su actuar como:
 - (i) Mantener relaciones o de aceptar situaciones que se beneficie los intereses personales de los servidores públicos y estos puedan comprometer el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo
 - (ii) Utilizar su posición para beneficiar a un tercero
 - (iii) Realizar actividades de proselitismo político utilizando para ello su cargo, bienes o recursos públicos.

Sin embargo, podemos concluir que tanto el deber de obediencia como todos aquellos acuerdos que lleguen las partes (empleador y trabajador) deberá de ampararse en la Buena Fe, pues dicho principio es un pilar fundamental para que no exista algún vicio, intensión oculta un tanto perversa que pueda ser utilizado por alguna de ellas para su propio beneficio.

1.10. Vigilancia de la Seguridad y Salud de los Trabajadores

A primera vista nuestra legislación peruana ha recogido en su Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobada por la Ley N° 29783 (Ley) y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR (Reglamento)⁶, un marco donde se establecen una

⁶ Tanto la Ley de Seguridad y Salud en el trabajo, aprobado por la Ley N° 29793 como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR, tienen como objetivo la prevención de riesgos laborales en el país, estableciendo normas mínimas para que sean cumplidas por los empleadores y trabajadores.

serie de principios rectores y además de diversos artículos en los que se pretende desde un primer momento establecer **medidas de prevención** ante riesgos laborales. Así, podemos señalar que, como primer principio que se recoge en la Ley, se encuentra el Principio de Prevención, el cual señala que el empleador se encuentra obligado a establecer un conjunto de condiciones en el centro de trabajo que coadyuven a proteger la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y además de aquellos que no tienen vínculo laboral pero que prestan servicios o que se encuentren dentro del ámbito del centro de trabajo. Es claro que con la apertura de este principio indica que El Empleador es el único y enteramente responsable de la protección de la vida y el bienestar de los trabajadores en el centro de trabajo, y que para su cumplimiento debe de implementarse una serie de procedimientos que conlleven la reducción de los peligros y riesgos que se generan por el tipo de la gestión empresarial a los que se encuentran expuestos los trabajadores en centro de trabajo tal y como lo señaló (Ospina Salinas, 2011, pág. 181); sin embargo, hasta el momento no se han establecido algunos criterios que delimiten este principio de prevención, pues entendemos que por la subjetividad y de la no claridad de este principio podría concluirse que el deber de prevención por parte del empleador es ilimitado, pues a su vez aparentemente él sería el responsable hasta del incumplimiento o inobservancia de los deberes de seguridad por parte de los trabajadores, hecho que en el plano de la realidad se evidencia, ya que en la mayoría de casos en los que los trabajadores demandan por algún daño sufrido por un accidente de trabajo y que en muchas ocasiones habiendo sido culpa del trabajador, los jueces determinan responsabilidad del empleador amparando su fallo en el principio de prevención.

1.11. El Principio de Prevención en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo

Conforme lo hemos ido señalado la Ley y su Reglamento pretenden advertirnos que detrás de cada uno de sus artículo se oculta la intención del legislador para promover el principio

de prevención en el ámbito laboral, además de la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, con una mirada atenta del Estado a través de la fiscalización y control, disposición que va de acorde con lo que establece la *OIT*.

Sin embargo, si bien el presente trabajo no pretende en lo absoluto avocarse en el análisis de dicha Ley y su reglamento, sino por el contrario, busca encontrar la esencia en la cual se todo su contenido se apoya, esto es el principio de prevención, para ello trataremos de rodearla de algunos comentarios, comparaciones con otras legislaciones que nos acercarán a tener una óptica correcta para realizar un correcto desarrollo de los capítulos posteriores del presente trabajo de investigación.

Previamente al desarrollo de cada uno de los ítems esbozados en el párrafo precedente, resulta interesante hacer una observación preliminar relacionada a la no ratificación del Estado peruano en los convenios de la *OIT* sobre seguridad y salud de los trabajadores, como la del año 1981 (C155)⁷ y la del año 2006 (C187) sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo⁸, pues al no ser ratificados dichos convenios no son de carácter vinculante en nuestra legislación nacional; sin embargo, al margen de ello, dichos protocolos nos presentan algunos puntos importantes que merecen darse a conocer, pues nos dan un punto de partida para adentrarnos en conocer la plataforma en la cual de alguna manera se encuentra construida nuestra legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo, no obstante, conociendo que ambos protocolos fueron publicados en dos momentos diferentes, es que para efectos de poder realizar un mejor análisis de su contenido lo graficaremos en los siguientes cuadros con las disposiciones más relevantes:

⁷ Información extraída de :

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312300:NO

⁸ Información extraída de:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C187

<p>Participación</p>	<p>Para la gestación de una política en materia de seguridad y salud en el trabajo, los Estados ratificantes deberán de contar con la participación de las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores interesadas.</p>
<p>Campos de Acción</p>	<p>El convenio contempla 05 esferas que deben contemplarse para la prevención de accidentes en el centro de trabajo:</p> <ul style="list-style-type: none"> -La primera referida a los materiales de trabajo, tales como los lugares de trabajo, medio ambiente del centro de trabajo, maquinarias, equipos y también a agentes químicos , biológicos y físicos. -La segunda referida a la relación entre los elementos o componentes del trabajo y los trabajadores que lo ejecutan o supervisan. -La tercera referida a la capacitación necesaria y complementaria de los trabajadores. -La cuarta referida a la comunicación y cooperación que debe existir entre los grupos de trabajo y la empresa. -La quinta y última referida a la protección de los trabajadores y sus representantes contras las medidas disciplinarias resultante de acciones justificadas para la protección de un accidente o daño a su salud.
	<p>El empleador deberá en la medida que le sea razonable y factible asegurar lo siguiente:</p>

<p>La Prevención a nivel de empresa por parte del empleador</p>	<p>-Lugares de trabajo, equipos, maquinarias y los procesos que están bajo su control son seguros para la realización de labores de los trabajadores.</p> <p>-Que los agentes, sustancias químicas, físicas y biológicas que estén a cargo del empleador no provocan riesgos para la salud de los trabajadores, tomando para lo cual medidas que resulten las adecuadas para la protección de estos.</p> <p>-Otorgar los Equipos de Protección Personal con la finalidad de prevenir en la medida de lo posible posibles riesgos que puedan ser perjudiciales para la salud de los trabajadores.</p> <p>-Los empleadores deberán de suministrar medios adecuados para la administración de primeros auxilios ante cualquier urgencia o accidentes que hubiere sufrido algún trabajador en el centro de trabajo.</p>
<p>El deber de Información que deben de proporcionar los trabajadores y sus representantes al empleador</p>	<p>El trabajador o sus representantes tendrán la obligación de realizar lo siguiente:</p> <p>-Deberá de cumplir con todas las indicaciones que dicte el empleador.</p> <p>-Los representantes de los trabajadores deberán cooperar con el empleador en materia de seguridad e higiene del centro de trabajo.</p>

	<p>-El empleador deberá de proporcionar a los trabajadores y sus representantes la información apropiada en el ámbito de la seguridad e higiene del centro de trabajo</p> <p>-Un trabajo cooperado por parte del empleador a los trabajadores, sus representantes de estos últimos (siempre que se encuentren habilitados) para examinar los aspectos en seguridad y salud relacionados con su trabajo.</p> <p>-Cuando exista un inminente peligro en la realización de sus funciones, el trabajador deberá de reportar de inmediato a su superior jerárquico acerca de dicha situación. Y, que en el caso que habiendo sido reportado el empleador no haya tomado medidas correctivas, este no podrá exigir su reanudación, donde persista dicho peligro inminente.</p> <p>-El costo de la implementación de medidas en seguridad e higiene en el centro de trabajo no podrá ser trasladado al trabajador.</p>
--	---

Convenio 187 del año 2006	
Alcance	Contenido
Mejora Continua	El convenio desde un primer momento promueve la política de mejora continua de los sistemas de seguridad y salud en el trabajo, pues todas las disposiciones reposan sobre el principio de prevención anteriormente vista en el convenio N° 185 del año

	<p>81. La mejorar continua tiene por finalidad la de prevenir lesiones, enfermedades y muertes que pudieran sufrir los trabajadores.</p>
<p>Revisión Periódica</p>	<p>El Estado conjuntamente con los empleadores, trabajadores, deberán de examinar periódicamente las medidas que podrían adoptarse con la finalidad de cumplir con la ratificación de convenios con la <i>OIT</i> en materia de seguridad y salud en el trabajo.</p>
<p>Programa Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo</p>	<p>Los Estados que ratifiquen el presente convenio deberán de implementar un programa de Seguridad y Salud en el trabajo, esto conjuntamente con la participación de las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores. Dicho programa deberá de contener:</p> <ul style="list-style-type: none"> -La promoción del desarrollo de una cultura de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo. -La eliminación o disminución de peligros y riesgos en el centro de trabajo, con la finalidad de contribuir con la protección de los trabajadores. - La inclusión de objetivos, de metas, indicadores -Reevaluación a través de la aplicación de un análisis de la situación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo. - La aplicación de programas, planes de carácter complementarios, con la finalidad de alcanzar progresivamente

	un ambiente de trabajo seguro y saludable, libre de cualquier peligro que pueda constituir una amenaza al trabajador.
Difusión	El programa nacional de seguridad y salud en el trabajo deberá ser ampliamente difundido.

Como podemos observar, ambos convenios se encuentran relacionados entre sí; sin embargo, el convenio del año 81 trae consigo una serie de disposiciones que son muy importantes a recalcar, y como fue mencionado anteriormente, este sirvió a su vez como una superficie en donde apoyar las disposiciones del convenio del 2006.

En el convenio del año 81 hace una apertura importante, fijando su aplicación universal a todas las actividades económicas, seguido de ello, vemos como trata de impulsar y de establecer un punto de orbita donde girarán todas disposiciones del convenio, esto es el principio de prevención, principio que será decisivo para comprender la intención del convenio; asimismo, el convenio posee la intención de cautelar la seguridad y la salud de los trabajadores en el centro de trabajo, a través de la imposición de medidas que debe cumplir el empleador para tal fin, es claro que lo se pretende es asegurar en todo momento la eliminación de peligros que puedan generarse con ocasión de la prestación de las labores de los trabajadores; no obstante, también se exige una obligación de los trabajadores o sus representantes en cuanto al cumplimiento de las indicaciones -que previamente debieron ser dadas por el empleador - para el cumplimiento de sus labores en el centro de trabajo, además de ello, se exige sobre la comunicación inmediata que estos deben brindar al empleador cuando adviertan de un posible peligro en la realización de sus funciones, a lo que el empleador deberá de inmediatamente realizar acciones

correctivas para y que en tanto estas no sean solucionadas, el empleador no podrá exigir la reanudación de dichas funciones.

Por otro lado, el convenio del 2006 se apoya perfectamente en lo estipulado en el convenio del año 81, resaltando nuevamente el deber de prevención del empleador, lo novedoso recae en que no resulta suficiente ello, pues debe existir una mejora continua, y claro esto con la finalidad de tratar de eliminar o disminuir los posibles peligros a los que puede estar sujeto el trabajador. Sumado a esto, parte de la mejora continua supone la revisión periódica de las medidas adoptadas a través de la utilización de indicadores que muestren la efectividad de las mismas.

Volviendo a nuestra Ley y su reglamento, claramente se muestra nuestra legislación va en esa línea de la prevención, sistema que el empleador debe incorporar dentro del centro de trabajo, que no solamente deben de ir orientado a salvaguardar la integridad física de los trabajadores, también se debe ser extensivo a la salud mental y social, esto al amparo del principio de protección señalado en la Ley y en su reglamento.

Así pues, el Título IV de la Ley, se ha contemplado el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, el cual posee múltiples finalidades tales como: i) establecer un conjunto de medidas que tienen por objetivo la identificación, prevención y control de los riesgos que puedan ser generados durante la ejecución de labores del trabajador en el centro de trabajo⁹, ii) la mejora continua de procesos de gestión en seguridad y salud en el trabajo, iii) la evaluación del sistema de seguridad y salud en el centro de trabajo.

⁹ Los riesgos en el centro de trabajo pueden ser de distinta naturaleza, tales como de tipo físico, químico, biológico, ergonómico, psicosocial, mecánico y ambiental.

Así también, la *OIT* señala que la vigilancia de la salud a los trabajadores debe ser de carácter preventivo, mapeando los factores de riesgo presentes en el lugar de trabajo, y a su vez la vigilancia de accidentes y enfermedades del trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 1998, pág. 8), entonces es claro que nosolamente es la implantación de las medidas de prevención por parte del empleador, sino que estamos hablando de una evaluación constante tanto individual como colectivo a los trabajadores, y que de esta evaluación constante y de la retroalimentación de la misma pueda establecerse un reajuste -de ser necesario- y lograrse una mejora continua en el sistema de seguridad y salud en el trabajo.

No obstante, nuestra legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo posee como precedente la Decisión 584 de la Comunidad Andina de Naciones, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su reglamento aprobado mediante Resolución 957, las cuales entraron en vigencia el 25 de setiembre de 2005, los cuales tienen como objetivo la disminución o eliminación de daños al trabajador mediante el desarrollo de actividades de prevención de los peligros en el trabajo.

Según nos comentan los Doctores Mauro Ugaz y Sebastian Soltau Salazar (2011), el sentido de las disposiciones de la Ley y su Reglamento tienen la intención de instaurar una serie de estándares mínimos para la prevención de riesgos laborales, que serán acordados por el empleador conjuntamente con los trabajadores y sus representantes; sin embargo, la mayoría de ellas estarán a cargo del empleador, pues de la lectura de ambos documentos existe una clara intención del legislador en colocar esa carga en los empleadores, quien deben de asegurar la protección de los trabajadores dentro del centro de trabajo, siendo que no muchas veces ocurre ello, pues existen circunstancias en las que los trabajadores incumplen sus obligaciones en cuanto a la observación de medidas de seguridad e incurrir en una situación de negligencia que deviene posteriormente en

las lesiones que pueda sufrir o la muerte del trabajador, y que probablemente bajo el criterio de prevención el empleador deba hacerse responsable de las indemnizaciones que este pueda demandar (pág. 169).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Peruano, en diversas sentencias han señalado que el concepto de vida no solamente debe ser comprendido desde una perspectiva restrictiva, concepto llenado con mera simpleza, sino que es mucho más que ello, es un significado en el cual debe de tenerse una protección constante de garantizar a la persona humana con condiciones dignas para que pueda desarrollarse en sociedad (Sentencia del Caso Jose Luis Velazco Ureña, 2007).

En concreto, todo apunta a que la prevención será importante para el correcto desarrollo de las labores del trabajador en el centro de trabajo y que empleador deberá de otorgar un ambiente óptimo y seguro para la realización de dichas labores, pues dicha finalidad apunta a que el trabajador no solamente debe de prevenirse de cualquier riesgo que este asociado a la muerte o a la enfermedad sino que debe poseer una condición física y mental saludable.

1.12. La Vigilancia de la seguridad y salud de los trabajadores en la Comunidad Andina de Naciones

Si bien como lo hemos venido señalando nuestra legislación en seguridad y salud en el trabajo ha establecido un marco regulatorio muy amplio, debido a que en su creación ha mediado lo dispuesto en la Decisión 584 de la CAN, entonces, para poder de alguna manera ubicarnos en el contexto de análisis, resulta interesante remitirnos a los apuntes de la doctora Estela Ospina Salinas en su artículo denominado “Vigilancia de la Salud de los trabajadores”¹⁰, realiza un trabajo de trazado señalando todos los aspectos importantes

¹⁰ La autora pretende con dicho artículo evidenciar que la legislación nacional aún tiene muchos retos por

que deben tomarse en consideración en la vigilancia de la salud en los trabajadores. El primer punto de la esta bitácora, son los referidos a las finalidades que sebusca en la vigilancia de los trabajadores en la decisión 584 del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo firmado el 07 de mayo de 2004, que a su vez fue quiensustituyó a la Decisión 547, documento que es vinculante a nuestra legislación en materiade seguridad y salud en el trabajo -tal y como fue señalado anteriormente- con el propósitode buscar el mejoramiento en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión de los países miembros, que se encuentre íntimamente ligado con el contar con un trabajo decente.

La decisión 584 posee aspectos interesantes, los cuales podemos sintetizar en el siguiente cuadro explicativo:

Decisión 584	
ALCANCE	CONTENIDO
	El texto impone una obligación a todos los países miembros la elaboración de una política nacional de mejoramiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, a través de la implementación de identificación de riesgos de salud ocupacional,

delante en materia de seguridad y salud en el trabajo, asimismo, el trabajo de investigación parte por realizar un análisis a la decisión 584 de la Comunidad Andina de Naciones, señalando algunos puntos relevantes que son de aplicación a nuestra legislación nacional. Posteriormente, desarrolla lo establecido en la legislación española en el campo de la seguridad y salud en el trabajo, la cual posee algunas directrices bastante interesantes apoyándose en la experiencia en dicho sector, y además por la similitud en su legislación con la nuestra.

<p>Mejoramiento de las Condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo</p>	<p>materializándolo en un mapa de riesgos el cual debe ser elaborado; así también, impulsa una cultura de prevención de riesgos laborales, a través de la realización de los programas de formación o capacitación de los trabajadores de acorde a los riesgos a los que se encuentran expuestos; por último, el asesoramiento a los empleadores y trabajadores para un mejor cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.</p>
<p>Información</p>	<p>Del texto podemos desprender que evidentemente hay una intención de que los Estados miembros deban de implementar diversas medidas de control previo a la ejecución de las labores, siendo estas de carácter preventiva. Así tenemos las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> -En cuanto al manejo de máquinas, equipos, sustancias, por parte de los trabajadores, los empleadores deberán de revisar que estas se encuentren en perfecto estado, eliminando de alguna forma cualquier peligro que ponga en riesgo la seguridad y salud en el trabajo. -Los empleadores deberán de brindar la capacitación debida a los trabajadores sobre la instalación, utilización y mantenimiento de las

	<p>máquinas, equipos y sustancias que son utilizadas para el cumplimiento de las labores por parte de los trabajadores.</p> <p>- Las instrucciones, manuales, avisos de peligro, medidas de precaución o cualquier documento que se encuentren a disposición de los trabajadores, deberá traducirse al idioma oficial, deberá tener un lenguaje sencillo, pues se persigue una finalidad de comprensión por parte de estos.</p>
<p>La Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo por Parte de Los Empleadores</p>	<p>La decisión es clara en señalar que en la línea de la prevención, que los empleadores deberán de tomar diversas medidas con la finalidad de disminuir los posibles riesgos y peligros a los que estén expuesto los trabajadores.</p>
<p>Participación de los trabajadores</p>	<p>En cuanto a la creación y ejecución del plan integral de riesgos de cada empresa, la decisión es clara en señalar que la participación de los trabajadores es de gran importancia.</p>
<p>Supervisión Continua</p>	<p>Los empleadores deberán en todo momento seguir de cerca el bienestar del trabajador, para ello, se dispone que los trabajadores tengan que ser sometidos a exámenes ocupacionales, antes (pre-</p>

	<p>ocupacionales), durante (periódicos) y a la finalización de la relación laboral, acorde a los riesgos a los que se encuentran expuestos, asimismo, señala que tales exámenes médicos deberán ser realizados durante la jornada laboral y preferentemente por un médico ocupacional, y que el costo de estos no serán asumidos por el trabajador.</p> <p>Así también, se dispone que los trabajadores tendrán derecho al acceso u atención de primeros auxilios en caso de emergencias derivadas de accidentes de trabajo o de enfermedades comunes repentinas. Para todos aquellos trabajadores que se encuentran realizando las labores catalogadas como de alto riesgo deberá de garantizarse la atención debida de los servicios médicos o de salud.</p> <p>Así también, se establece la responsabilidad solidaria por parte de los empleadores que se encuentren simultáneamente realizando tareas en un mismo lugar respecto a la aplicación de medidas preventivas en riesgo laborales.</p> <p>Importante resaltar que la presente decisión contempla la disposición de contar con sistemas</p>
--	--

	<p>preventivos de respuestas tempranas ante siniestros, desastres naturales en el centro de trabajo.</p>
<p>Derechos y Obligaciones de los Trabajadores en Materia de Prevención de Riesgos</p>	<p>Derechos:</p> <p>Partiendo desde una primera línea, se señala que los trabajadores deben de gozar de un ambiente seguro y adecuado para poder cumplir sus labores, y además que, deberán de recibir la información sobre los riesgos laborales a los que se encuentran expuestos. En caso que las condiciones de seguridad y salud en el trabajo no fueren las óptimas, los trabajadores además de comunicar a la autoridad competente para que realice las inspecciones correspondientes, podrán interrumpir la realización de sus actividades; sin embargo, en caso esta interrupción se deba a una acto de mala fe por parte del trabajador o negligencia por parte de este, se encontrará sujeto a las sanciones correspondientes.</p> <p>Obligaciones:</p> <p>Es claro que desde un primer momento los trabajadores deberán de cumplir con toda directriz</p>

señalada por el empleador en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo.

Asimismo, los trabajadores deberán de operar o usar solamente los instrumentos o materiales de trabajo dados por empleador, y que en caso dichos instrumentos o materiales sufran un desperfecto o que adviertan que ponen en peligro la vida y salud de los trabajadores, deberán de reportarlo inmediatamente a su superior jerárquico.

Por otro lado, los trabajadores en todo momento deberán de velar por su cuidado personal respecto a la salud física y mental, esto también es extensivo a todas aquellas personas que dependan de estos. En el caso de producirse algún accidente los trabajadores deberán de cooperar en la investigación de los mismos, con la finalidad de esclarecer los hechos materia de investigación.

Los trabajadores en caso de padecer alguna dolencia que se haya originado en el cumplimiento de sus labores, deberá de reportar al médico tratante, indicando las características detalladas de su trabajo, esto para efectos de identificar su causa.

Asimismo, los trabajadores se encuentran obligados a someterse a los exámenes médicos

	<p>que por Ley se prescriba, así como de los procesos de rehabilitación.</p> <p>Por último, los trabajadores deberán de participar en actividades de prevención de riesgos laborales que organice el empleador o cualquier autoridad competente.</p>
<p>Protección Especial a Trabajadores</p>	<p>Se establece que los trabajadores que padezcan de alguna incapacidad o discapacidad, temporal o permanente, gozarán de una protección especial por parte del empleador debido a su condición de discapacidad, en ese sentido, los empleadores deberán de adoptar medidas destinadas a la evaluación de riesgos como a medidas preventivas y de protección.</p> <p>Así, el empleador deberá de tener en cuenta en las evaluaciones integrales de riesgos, los factores a los que se encuentran expuestos los trabajadores (agentes, físicos, químicos, biológicos y psicosociales), debido a que estos puedan tener</p>

	<p>alguna incidencia en la procreación por parte de los trabajadores, siendo necesaria la adopción de medidas preventivas.</p> <p>En cuanto a las mujeres que se encuentran en periodo de gestación o lactancia y que realicen trabajos que resulten peligrosos, el empleador deberá de tomar diversas medidas con la finalidad de evitar dicha exposición.</p> <p>Por último, se dispone la prohibición de contratación de personas menores de 18 años, en caso el empleador decida realizar su contratación, deberá de evaluar previamente los riesgos y peligros que estos puedan estar expuestos, además de ello, en caso que el trabajo que realicen estos se encuentren considerados como insalubres o peligrosos el empleador deberá de realizar exámenes médicos periódicos de por lo menos cada año hasta que cumpla los veintiuno (21) años de edad.</p>
<p>Sancionatorio</p>	<p>La decisión también dispone de un apartado correspondiente a las sanciones que cada país miembro puede aplicar en caso los empleadores no cumplan con lo señalado en las normas de prevención de riesgos.</p>

<p>Comité Andino de Autoridades (CAASST)</p>	<p>La creación del CAASST tiene un carácter de consultor ante los diversos organismos que componen la Comunidad Andina de Naciones, correspondiente a temas relacionados a la seguridad y salud en el espacio comunitario.</p> <p>Asimismo, su composición será ejercida por los organismos encargados en materia de seguridad y salud en el trabajo de cada país miembro</p>
---	---

Como vemos en el desarrollo de la Decisión 584 de la CAN, nuestra legislación ha recogido casi en su totalidad las disposiciones mostradas en esta, resaltando en esta el mejoramiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo (Ospina Salinas, 2011, pág. 197) , teniendo también además de la prevención el cuidado de la salud de los trabajadores, pues este derecho se encuentra intrínsecamente relacionado al derecho fundamental consagrado en la Const.¹¹, reforzando esa disposición *intuitu personae* sobre la protección a la persona, pues esta es el centro, el fin supremo de la sociedad, y que en ese sentido el Estado debe garantizar en todo momento su protección y cuidado.

1.13. La Seguridad y Salud en el Trabajo en la Legislación Española

Así también, tenemos a la legislación española, legislación que para efectos de análisis en el presente trabajo tomaremos de referencia, pues posee múltiples finalidades bastante interesantes y que a su vez tienen cierta similitud a nuestra regulación, en ese sentido, y

¹¹ Conforme lo establece el artículo 7 de la Const., toda persona tiene derecho a la protección de su salud, asimismo, esta disposición también resulta concordante a los artículos 1 y el literal 1 del artículo 2 de la Carta Magna , pues coloca a la persona natural como fin supremo de la sociedad, y debido a ello, el Estado debe garantizar su protección en diferentes aspectos, como es el de la vida, de su identidad, integridad moral, psíquica, física y por último pero a su vez importante el desarrollo y su bienestar.

para una mejor comprensión graficaré las más relevantes:



Como podemos observar, cada uno de estos componentes forman del sistema de vigilancia de seguridad y salud en el trabajo, cumpliendo una función entrelazada entre cada uno de estos, intención que desde un primer momento posee un carácter preventivo y que de alguna manera se desea eliminar o mitigar los riesgos frente a los que el trabajador podría estar vulnerable en el centro de trabajo.

No obstante, recalco, la función de prevención es clave, pues en la Constitución Española del 29 de diciembre de 1978, específicamente en su artículo 15, se señala que las personas poseen el derecho a la vida a su integridad física, esto también concordante con lo señalado en el artículo 43 del mismo cuerpo normativo, pues prescriben que El Estado salvaguarda además de los consagrados en dicho numeral, la protección de la salud. Precisamente como se señaló en el caso de la trabajadora Carmen Moyano Ayuso, recaído en la sentencia del expediente 62/2007 del 27 de marzo de 2007¹², el derecho a la vida – íntimamente ligado a la protección de la salud- también debe ser también interpretado como aquel que protege frente a un tipo de daño, riesgo potencial que tengan lugar, y que deban ser constatados en el centro de trabajo, entonces podemos decir que, en efecto, la cobertura del derecho fundamental a la vida también posee un carácter preventivo. Asimismo, la sentencia también señala algo muy importante, pues el carácter de la

¹² De los hechos del caso se desprenden que la trabajadora demandante se desempeñaba en el cargo de coordinadora veterinaria, y que en el momento del inicio de la controversia, se encontraba en estado de gestación; asimismo, en ese momento, se encontraba prestando servicios como funcionaria interina para el Servicio Andaluz de Salud, y producto de ello, se le otorgaron nuevas funciones a desempeñar, tales como dar seguimiento, control e inspeccionar un matadero; sin embargo, al día siguiente inmediato de haber conocido de dicha disposición, se presentó la baja por incapacidad temporal, sin que el parte médico haga constar la causa real. Inmediatamente el Servicio Andaluz de Salud nombró un sustituto para que realice las funciones de la demandante, es así que esta última al enterarse de dicho suceso envía un escrito a la Dirección de distrito en el que indicaba que se encontraba de baja médica debido a su avanzando estado de gestación, pues la recurrente se encontraba en el sexto mes del periodo de gestación, y a su vez mostraba su disconformidad por la reasignación de funciones, pues era evidente que las nuevas funciones encargadas suponían un especial peligro para la salud de ella y de su hijo, debido a que en dichas instalaciones se encontraban animales portadores de enfermedades peligrosas para la gestante, como la tuberculosis o brucelosis. En ese sentido, solicitaba la restitución de funciones al momento anterior del cambio de funciones.

naturaleza de este derecho fundamental a la vida no debe ser únicamente restitutoria y compensatoria a los daños devenidos - ex post-, es decir, bastaría con que se acredite que existe un inminente riesgo o peligro para que se active esta función tuitiva del contenido de este derecho fundamental.



CAPITULO II

2. EL USO DE LA TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN EN LOS MEDIOS DE CONTROL EN LA RELACIÓN LABORAL

El presente capítulo se orientará al desarrollo del uso de las *TIC* para la fiscalización de los trabajadores aplicado en el ámbito de la relación laboral, para que posteriormente en el próximo capítulo analicemos el uso de las *TIC* en la fiscalización de los conductores de las empresas que prestan los servicios de transporte terrestre de mercancías.

2.1. El Control por parte del Empleador a través de las Tecnologías de la Información y Comunicación

Si partiéramos de la premisa siguiente: “Si el empleador posee la facultad de dirigir las labores realizadas por los trabajadores, de igual manera también debería tener la facultad de controlar su ejecución”. La premisa que ha sido señalada corresponde a un sentido lógico de pertenencia, pues el empleador debería tener un instrumento que ayude a cumplir con su cometido que muchas veces se encuentra enfocado en la eficacia y eficiencia de los procesos productivos.

Ahora bien, con el ingreso de estas “nuevas formas” de utilización de la tecnología en los procesos de producción-no es novedad que ya no lo es- se busca de alguna manera además de la optimización de procesos productivos. Así también, podemos decir que son utilizadas para dotarle al trabajador de herramientas más simples con el propósito minimizar el tiempo empleado en cada una de sus funciones, tal es el caso de las computadoras de escritorio o laptops como comúnmente se les denomina, instrumentos que hoy son muy ordinarios en la vida laboral, puesto que la tecnología se apoderado

también de este sector. Asimismo, se han creado programas que se encuentran dentro de la unidad de procesamiento del ordenador (software), con la finalidad de simplificar, automatizar, controlar procesos productivos, pero a su vez, también para la fiscalización del empleador del cumplimiento de las funciones encargadas a los trabajadores, así tenemos cámaras de vigilancia, GPS en los vehículos, registro de huellas a través de marcadores, marcadores faciales, localizadores de GPS personal (pulseras), pulseras de sueño, programas que captan las páginas web en las que ingresan los trabajadores, capturas de pantalla, y hasta verificaciones de los correos electrónicos, programas que son implementados con la finalidad que el empleador pueda supervisar en un primer momento al mismo trabajador o para supervisar que las herramientas de trabajo otorgados al trabajador sean correctamente utilizadas y no destinándolas para una satisfacción extra laboral; sin embargo, observamos que el empleador incorpora estos medios de control no para fiscalizar el correcto cumplimiento de sus funciones, si no para controlar una posible desviación del uso de las *TIC* que se encuentran a disposición del trabajador (Armando Grisolia & Ricardo Hierrezuelo , 2009, pág. 2), de dicha situación ha surgido un punto importante, que es la coalición del derecho fundamental a la intimidad del trabajador por un lado y a la facultad de fiscalización del empleador por el otro, según el jurista Trillo Párraga citado por los doctores Julio Armando Grisolia y Ricardo Diego Hierrezuelo, sostiene que la indebida utilización de la internet por parte del trabajador, supone una merma en la jornada de trabajo o una disminución en el rendimiento del trabajador (Armando Grisolia & Ricardo Hierrezuelo , 2009, pág. 2), concepción que es totalmente contraria a lo sostenido por la Doctora Luz Pacheco Zerga (2006) pues esta señala que debido el tiempo que pasan los trabajadores en el centro de trabajo – casi todo el día– genera que estos puedan en algún momento realizar algunas acciones propias de su vida personal, dicha situación podría estar justificada, pues es menester señalar que el

trabajador es una persona a la que debe considerarse dentro de la relación laboral como un sujeto y no un objeto o medio (pág. 11), para que los empleadores puedan cumplir con sus objetivos.

Es evidente que existen distintos puntos de vista acerca de la repercusión de la aplicación de medios de control a través del uso de las *TIC*; no obstante, todas estas opiniones concuerdan en que dichos medios de control muchas veces resultan siendo lesivos a los derechos fundamentales de los trabajadores, pues estos se encuentran en un nivel de desprotección, debido a que no existe un marco regulatorio – a excepción de algunas sentencias del Tribunal Constitucional del Perú donde sí se manifiesta de algunos medios de control- donde ampararse.

2.2. El Derecho Fundamental A La Dignidad Humana Como Principio Inherente A Los Trabajadores

El derecho fundamental a la dignidad de la persona humana fue por primera vez recogido en la Carta de las Naciones Unidas del 25 de junio de 1945, señalando en su preámbulo lo siguiente “a reafirmar la fe en los derechos del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”¹³, años posteriores, en la Declaración de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, también se hace referencia a la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana, aunado a ello, en el artículo 1 de dicha Declaración reconoce que los **hombres nacen libres e iguales en dignidad** y derechos. Según Luz Pacheco Zerga, esta declaración de derechos provoca un “efecto cascada” como ella lo denomina, pues a raíz de ello, a nivel internacional se incorpora a la dignidad humana como fundamento y parámetro de la determinación de los límites de la actuación de la

¹³ Tercer punto de la parte resolutive del Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas del 25 de junio de 1945.

vida social, y efecto con acuerdo con ella, pues sin temor a equivocarme, en casi todas las legislaciones a nivel internacional consideran a la dignidad de la persona humana como pilar fundamental para la creación de distintas disposiciones orientadas a regular el comportamiento social.

Por otro lado, a nivel local, la *Const.* ha hecho lo mismo, consagrando en su primer artículo la dignidad humana, siendo esta conjuntamente con la defensa humana fines supremos de la sociedad y del Estado, y que a su vez en el ámbito laboral también se establece algunos parámetros justamente para proteger la dignidad de los trabajadores¹⁴.

Ahora bien, en el mundo de las empresas podríamos señalar que la palabra y su significado es poca hasta casi duramente incomprendida, ya que el empleador amparado en su facultad de *IUS VARIANDI* incorpora formas de fiscalización muy cuestionables en su mayoría, pues no mapea al momento de incorporarlas la repercusión negativa hacia la comunidad humana (Pachecho Zerga , 2007, pág. 33), pues aparte de los bienes muebles e inmuebles que utiliza el empleador en los procesos productivos también se encuentra el capital humano, el cual le aporta un valor agregado único a las empresas; sin embargo, tal afirmación no es del todo cierta, pues en muchos casos nos encontramos un panorama un tanto discordante con esta idea, ya que existen empleadores que instauran en los centros de trabajo un régimen autoritario, haciendo marcar esa línea vertical existente entre el empleador y trabajador, y que él primero es el autorizado para impartir las órdenes y que el trabajador tiene la obligación de cumplirlas a cabalidad, pues de por medio existe un contrato de trabajo en el que el trabajador colocó sus requerimientos y por otro lado el trabajador aceptó tales condiciones, primando en todo momento la manifestación de voluntad, manifestación que probablemente no es que se encuentre viciada pero que no termina de perfeccionarse, esto debido a que en muy pocas veces los

¹⁴ El Artículo 23° de la *Const.* establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

trabajadores imponen también sus condiciones y el empleador las acepta, por lo general el trabajador termina aceptando

– por una relación directa entre trabajo y salario- dichos términos y sujetándose a lo dispuesto por el empleador, aunque, debo señalar que en muchas ocasiones también, resulta que estas relaciones que desde un primer momento no fueron del todo satisfactorias empiezan a inquietar a los trabajadores y aparecen los reclamos por parte de estos en la medida que ese además del carácter autoritario que muestra el empleador día a día se han establecido algunas condiciones que interfieren con el lado íntimo de los trabajadores. Sabemos que una relación contractual debe basarse en relación a la buena fe y a la intención de las partes, trasladándolo al plano laboral, debería de establecerse desde el momento de la contratación una clara muestra del panorama que el empleador pretende mostrar al trabajador para que pueda reclutarlo, no obstante, el candidato a ser trabajador también debería de evaluar tal situación y de no encontrarse de acuerdo apelar al criterio del empleador en mostrar tales condiciones y llegar a un punto medio de acuerdo, basándose en la transparencia de las partes y no lo digo solo por la intención, sino además de la información que ambos brinden, eliminándose así la asimetría de información que probablemente sea aún más notoria en esta etapa y me atrevería a afirmar que se acentúa aún más durante las relación laboral.

2.3. El Derecho a la Intimidad de los Trabajadores

Partimos en que toda relación debe partir desde los cánones de la buena fe, y la relación laboral no es la excepción, pues evidentemente debe existir una relación de confianza entre los trabajadores y empleadores. De hecho, a raíz del avance de las *TIC* y su incorporación como medios para el control y fiscalización de los trabajadores en las empresas, cada vez se ha hecho común la utilización de estas por parte de los empleadores, pues aseguran una fiscalización permanente a los trabajadores, sin embargo, este cambio no ha sido aún regulado, y esto debido a que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no lo ha regulado de manera precisa, quedándose aún en el pasado y no cumpliendo su cometido de regulación de situación que hoy en día sucede – y que dicho sea de paso hace mucha falta su regulación- en todas las empresas de todos los rubros económicos.

Entonces, debemos de comprender que la facultad de dirección del empleador a través de la fiscalización no debe ser ilimitada pero que tampoco la libertad que puede dársele al trabajador sea deliberada. La Maestra Luz Pacheco Zerga sostiene que existe una suerte de dos panoramas, el primero es que los empleadores bajo el poder de dirección -que los faculta- no deben vulnerar la privacidad de los trabajadores, pues este debe poseer un límite (Caso Rafael Francisco García Mendoza, 2004); sin embargo, yéndonos al otro extremo encontramos que los empleadores sí podrían hacer uso de las herramientas de fiscalización, ya que esta se desprende de su poder de dirección (Caso respecto de Extinción del contrato de trabajo. Improcedente. Derecho a la dignidad y a la intimidad., 2007). De ahí, es claro que urgentemente se requiere su regulación, justamente porque al haber un panorama no tan claro hace que existan vacíos en donde algunos podrían aprovecharlo, pero olvidamos algo que ya había sido señalado anteriormente y que es pilar fundamental para no caer en esta suerte de nebulosa, hablo de la buena fe, que es

pocamente practicada en las relaciones laborales, se olvidan, o desean olvidarla para que puedan apoyarse tranquilamente en la asimetría de la información, pero resulta preocupante como últimamente se han venido dando casos de denuncias o demandas en los que los trabajo en los que soliciten cesen los actos vulneratorios a la intimidad de los trabajadores, o demandas en las que solicitan la indemnización por un acto de violación a la intimidad de los trabajadores.

Entendemos que la intimidad es un espacio interno de la persona humana, el cual no puede ser apreciado a simple vista y que necesariamente debe mediar de por medio el consentimiento. Etimológicamente la palabra intimidad supone que es aquello que está lo más dentro posible, u otra definición podría ser una *“zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”*¹⁵. Pero probablemente estos significados etimológicos no nos ayuden para efectos de la presente investigación, no empero, a nivel jurídico ha existido un desarrollo relevante en cuanto a llenar el contenido de intimidad, y lo ha realizado a través de la esquematización de dos esferas: lo público y lo privado, la primera se encuentra estrechamente relacionada con la sociedad -que por naturaleza los seres humanos tienden a asociarse-, y lo segundo a ese carácter personal de la propia persona, en el ámbito de lo familiar y del hogar; sin embargo, la intimidad marca una clara diferenciación entre las personas que conforman una sociedad, en otras palabras es la esencia de cada una de las personas teniendo un carácter personalísimo, aclarando que en esta oportunidad solo abordaremos el derecho a la intimidad de las personas naturales y no jurídicas.

La doctrina y jurisprudencia han hecho lo suyo, y a decir verdad existe países en los que

¹⁵ Definición sostenida por la Real Academia Española, recuperado de: <https://dle.rae.es/intimidad>

han desarrollado muy bien los términos de intimidad y vida privada, así la doctrina estadounidense emplea el término *privacy* estableciendo grados de intimidad, o también es el caso de doctrina francesa, alemana, anglosajona y española que también contempla la misma concepción. Tal es el caso de los fallos establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo se encuentra la Sentencia N° 50774/99 del 11 de enero de 2005¹⁶, sentencia que establece claramente los niveles de intimidad y cuando el derecho a la intimidad no es vulnerado si es que se tiene por finalidad contribuir de manera legítima al debate materia de Litis.

Por otro lado, mencionar que el derecho a la intimidad se encuentra estrechamente ligado con la dignidad y a su vez al secreto de las comunicaciones. En nuestra legislación se ha contemplado el reconocimiento y respeto a la dignidad de la persona humana, así lo establecen los subnumerales 2.6. y 2.7. del artículo 2° de la *Const.*, el primero señala al no suministro de la información íntima personal y familiar por parte de los servicios informáticos, computarizados o no, ya sean públicos o privados, y el sub-numeral 2.7. que habla sobre el derecho que tienen las personas entre otros a la intimidad personal y familiar; así también, el Código Civil Peruano vigente, ha establecido en sus artículos 5°,14°,15°,16° el consentimiento como pieza fundamental para poder divulgar todo aspecto que se encuentre relacionado con la intimidad de la persona, y por último, el Código Penal Peruano también ha hecho lo mismo en sus artículos del 161° al 164°.

¹⁶ De los hechos del caso se desprende que la recurrente interpone una acción civil por daños y perjuicios contra una compañía aseguradora, aduciendo que se vulneró su derecho a la vida privada y a la imagen, toda vez que la compañía aseguradora contrató un par de detectives que capturaron en videos la realización de la vida cotidiana de la demandante, con la finalidad de demostrar que no existía el miedo a la conducción a consecuencia del accidente sufrido por la demandante.

Entonces, el deber que posee el empleador para tratar al trabajador en todo momento – mientras dure la relación laboral- conlleva al respeto de su dignidad y a su intimidad, y que si bien el empleador podría incorporar formas de salvaguarda la seguridad del trabajo no debe utilizarse de excusa para la vulneración a la intimidad de los trabajadores, asimismo, deberá de tomar en cuenta los siguientes criterios para la implementación de medidas de control:

- Que sean necesario para la protección de los trabajadores y el patrimonio de la empresa
- Que sean realizadas dentro del centro de trabajo y del horario laboral
- El respeto a la dignidad e intimidad del trabajador

2.3.1. La limitación del Poder de Dirección en la Relación Laboral desde la Óptica del Tribunal Constitucional Peruano

Las diversas posiciones que ha establecido el Tribunal Constitucional Peruano en materia laboral han sido indispensable para corregir los abusos que los trabajadores venían sufriendo por parte de los empleadores; sin embargo, existe en particular una sentencia que marca muchos criterios que han sido puesto en consideración en el mundo jurídico laboral, la sentencia recaída en el expediente N° 0422-2009-PA/TC:

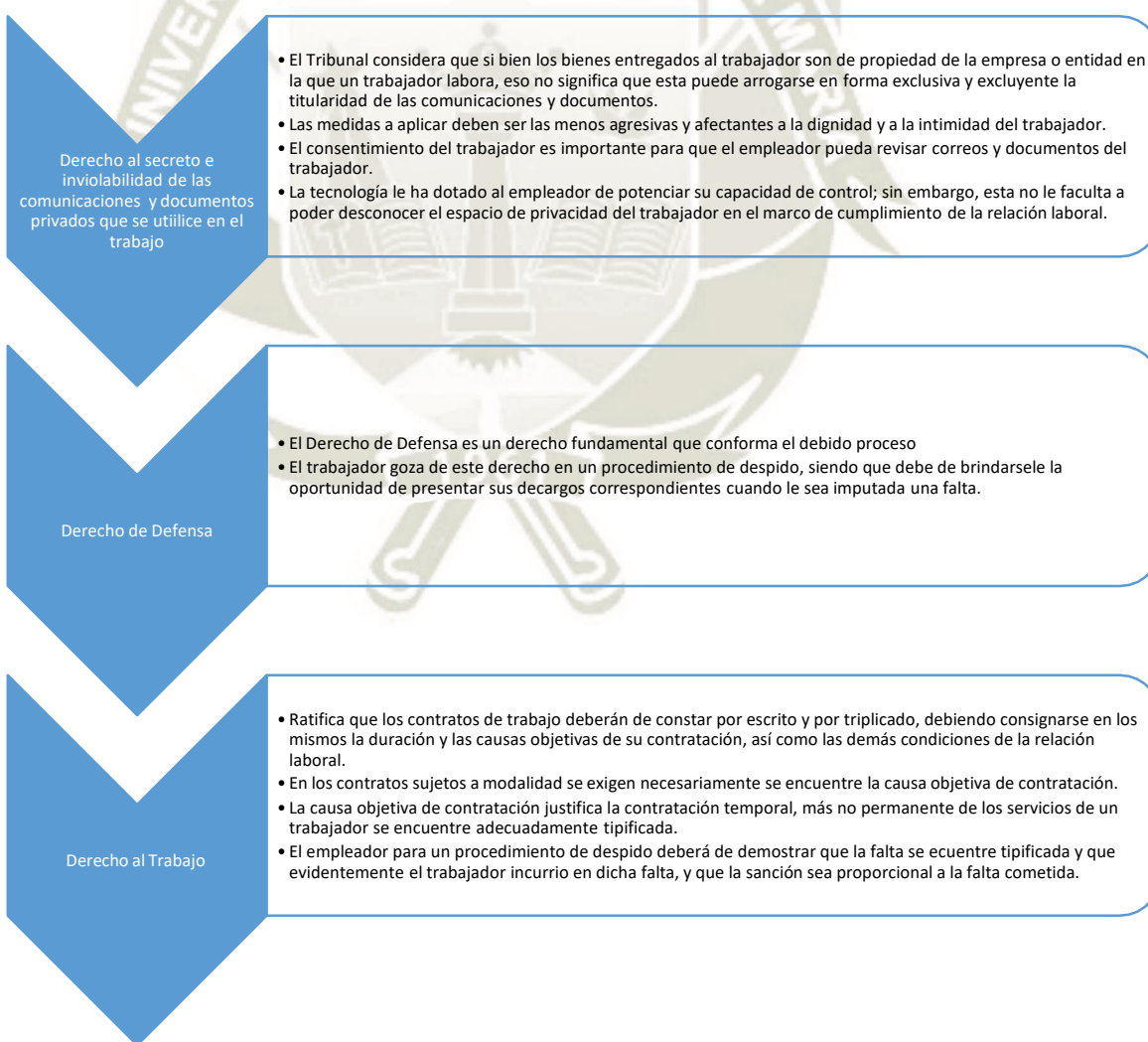
De los hechos del caso:

- El 09 de mayo una trabajadora interpone una demanda de amparo contra su empleador (Caja de Ahorro y Crédito Tacna S.A.) a fin que se deje sin efecto el despido arbitrario a la fue objeto, y en consecuencia, sea repuesta a su puesto de trabajo que venía desempeñando (Jefa encargada del Órgano de Control Institucional de la Caja de Ahorros y Crédito Tacna S.A.).

- El vínculo de la relación laboral inicia el 01 de diciembre de 2004 y finaliza el 18 de abril de 2007 debido a la comisión de una falta grave flagrante.
- Antes de ocupar el cargo de Jefa encargada del Órgano de Control Institucional de la Caja de Ahorros y Crédito Tacna S.A. había sido auxiliar de la Oficina de Control Interno de dicha institución, asistente de OCI y posteriormente Jefa de dicho departamento.
- El empleador por su parte presenta el último contrato firmado por la recurrente por incremento de actividad, en el que consta que se le contrató como Asistente de OCI, encargada de la Jefatura de OCI del 01 de abril de 2007 al 30 de setiembre de 2007.
- Asimismo, el empleador decide poner fin al vínculo laboral existente con la recurrente con fecha 17 de abril de 2007, puesto que, la recurrente estaría haciendo mal uso de los bienes de la empresa (computadora y correo electrónico desde su cuenta personal de Hotmail) durante el horario de trabajo, con la finalidad de proporcionar información de la institución y no de carácter personal, a través de los correos electrónicos enviados desde el 19 de febrero de 2007 hasta el 12 de abril de 2007.
- El empleador justifica su intención de poner fin al vínculo laboral con la recurrente por haber vulnerado el deber de confidencialidad y del mal uso de los bienes de la institución, y que abusó de su posición para vulnerar aparentemente la honorabilidad del Presidente del Directorio y de la Gerencia.

- Por último, la recurrente sostiene que el despido se fundamentaba en hechos que fueron fabricados y que son falsos; sin embargo, sostiene en su recurso de apelación en sede judicial, que las comunicaciones habrían sido obtenidas vulnerando el derecho de la inviolabilidad de comunicaciones, a su vez, señala que el empleador no le permitió en el procedimiento de despido realizar los correspondientes descargos de las faltas imputadas.

Así en el presente caso el Tribunal Constitucional del Perú empieza a ratificar algunas posiciones que con anterioridad ya las había señalado:



2.3.2. La propuesta de regulación sobre el control a través de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el Centro de Trabajo en el Perú

Aterrizando a nuestro entorno jurídico-nacional, nos damos cuenta que no hay dispositivo alguno que haya regulado hasta el momento los parámetros sobre la utilización de la Tecnología de Información y Comunicación como medio de control por partes de los empleadores, y es que es claro que, como lo señalamos en el capítulo anterior, el empleador posee esa facultad exteriorizada a través del *IUS VARIANDI*, facultad que además, le permite establecer una serie de controles en los centros trabajo con el propósito de fiscalizar las labores de los trabajadores; no obstante, el Tribunal Constitucional en diversas sentencias se ha manifestado; sin embargo, no ha sido suficiente, pues como veremos a continuación, el trabajo del interpretador de la Const. ha sido minúsculo, hasta casi escaso ante esta situación.

Así, la comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República del Perú, presentó un dictamen sobre dos proyectos normativos justamente para regular y establecer de alguna manera parámetros en la aplicación de las Tecnologías de la Información y Comunicación como instrumentos de control; sin embargo, hasta el día de hoy no hay luces respecto a un texto que recoja su regulación al respecto. De hecho, en el proceso de creación y aprobación de estas propuestas de regulación se evidenció un choque entre los derechos fundamentales de los trabajadores versus la facultad de fiscalización por parte del empleador, pues evidentemente el derecho de fiscalización aparentemente era ilimitado, situación que por supuesto resulta preocupante, ya que los trabajadores se veían intimidados con algunas medidas adoptadas por el empleador, asimismo, otro cuestionamiento que se realiza, es que si en verdad el contrato de trabajo refleja la voluntad del empleador y del trabajador, pues ambos deberían de acatar con lo pactado en dicho documento; sin embargo, también observamos que el contrato de trabajo

también posee rasgos de naturaleza civil, y que *prima facie* se entendería que habría un acuerdo de voluntades de las partes (Pacheco Zerga, Control de Medios Informáticos en el Centro de Trabajo: la propuesta de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso, 2015, págs. 235-243), afirmación que no es del todo cierta, puesto que olvidamos de un elemento característico de las relaciones laborales, la subordinación, elemento que pone la relación empleador y trabajador de forma verticalizada y con sujeción a las órdenes que el primero deba impartir para el cumplimiento de funciones del trabajador, y que dentro de los cuales también “podría introducir nuevas formas de control” para cumplir con sus objetivos empresariales.

Sumado a esto, observamos que también los empleadores recurren al uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación como instrumentos para poder simplificar procesos, también poseer una comunicación inmediata o la búsqueda de la sinergia de todos sus sistemas operativo, pero eso queda de lado cuando el empleador a su vez busca de alguna forma controlar también la producción de sus trabajadores, introduciendo diversos sistemas o programas que controlen las actividades de estos, y es allí donde efectivamente se produce una vulneración a la intimidad y privacidad de los trabajadores.

Precisamente lo que debería buscar la regulación de estos medios de control es el correcto uso de estas Tecnologías de la Información y Comunicación, a través de una intención de buena fe de las partes en señalar claramente estas medidas de control, a su vez, recordemos que también conforme a los horarios de trabajo dispuesto en las distintas actividades económicas, los trabajadores se encuentran la mayor parte de su día en sus centros de trabajo, y que muchas veces utilizan los recursos dados por las empresas para atender a sus necesidad particulares, situación que tampoco justifica la intromisión por parte del empleador para sancionar dichas actividades posteriormente.

Luz Pachecho Zerga (2015) define perfectamente que es lo que entonces debería de considerarse en este marco regulatorio de esta Ley, siendo las siguientes:

- “-Garantizar el uso adecuado y eficiente de estos medios por parte del trabajador
- Tutelar los derechos constitucionales del trabajador referidos a la intimidad y el secreto de las comunicaciones
- Establecer condiciones y límites en el ejercicio de las facultades de control fiscalización y sanción sobre dichos medios por parte del empleador
- Preservar la buena fe laboral
- Prevenir conflictos laborales” (págs. 235-243).

Dichos puntos deben ser los pilares en la estructura del marco legal regulatoria en el que debería apoyarse también en la buena fe que deberían poseer el empleador y trabajador, además del sentido de confianza de verdad y de respeto, debiendo el empleador procurar tratar a los trabajadores como parte de su equipo que ayuda al cumplimiento de sus fines y no como un instrumento.

CAPITULO III

3. LA FISCALIZACIÓN DE LOS CONDUCTORES DE LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA Y MERCANCÍA

Habiendo explicado en un primer momento como es la incidencia del IUS VARIANDI en la relación laboral y cual su repercusión en cuanto a los procesos de fiscalización; y posteriormente, la aplicación de las TIC en los medios de control utilizados por el empleador para fiscalizar las labores del trabajador, toca ahora entonces conocer algunos de los dispositivos que son empleados para fiscalizar las labores de los conductores de vehículos de carga y mercancías mientras se encuentran conduciendo y posteriormente a ello, y si la aplicación de estos se encontrarían vulnerando al derecho fundamental a la intimidad de los conductores.

3.1. El Uso De Las Tecnologías De La Información Y Comunicación En La Fiscalización De Conductores De Vehículos De Las Empresas Que Brindan El Servicio De Transporte Terrestre De Carga Y Mercancías

En el rubro de transporte terrestre de carga, dada su naturaleza, la relación laboral se da entre un empleador (empresa que brinda los servicios de transporte terrestre de carga y mercancías) y un trabajador (conductor habilitado para conducir vehículos dedicados a prestar servicios de transporte de carga y mercancías), aclarado esto, corresponde analizar algunos dispositivos que son empleados por las empresas de transporte de carga y mercancías para el control de sus conductores con la finalidad de “ salvaguarda la seguridad y salud” de los conductores, controlar los excesos de velocidad en la carretera , custodiar la carga transportada o el manejo mismo de los conductores.

Si bien es cierto que todos estos medios de control poseen una finalidad positiva que es la de resguardo de la seguridad del conductor y de la carga, deberemos analizar si es que efectivamente la aplicación de estos no vulneran el derecho de intimidad de los conductores, siendo que el objeto de análisis será sobre tres (03) mecanismos de control:

i. Smartcap, ii. Pulsera de sueño, iii. Cámaras de video vigilancia incorporados dentro y fuera de la cabina del conductor. Y si la aplicación de estos estaría vulnerando el derecho a la intimidad de los conductores, para determinar ello utilizaremos el test de proporcionalidad desarrollado por nuestro Tribunal Constitucional Peruano.

3.2. El Porqué de la Necesidad de la Incorporación de TIC para la fiscalización de Conductores de las Empresas de Transporte Terrestre de Carga y Mercancías

Resulta siendo peculiar la forma en cómo se pone en marcha los distintos servicios de transporte terrestre y en especial el de la categoría de servicios de transporte terrestre de carga y mercancía en el Perú, pues la incidencia radica en la regulación, siendo esta específica y peculiar, un mundo regulado por sus propias normas y además por su propia logística, elementos que lo hacen mucho más interesante.

Veamos entonces, el Perú debido a su geografía, las vías terrestres nacionales que conectan cada uno de sus departamentos y provincias son por mucho extensas y que en algunos casos son poco asfaltadas o afirmadas, estos factores de alguna manera marcan una incidencia importante en dichos servicios que brindan las distintas empresas en el ámbito nacional, ya que se debe de considerar muchos indicadores logísticos, dentro de cuales podemos mencionar algunos: i. si las vías resultan transitables para los vehículos de carga, ii. el vehículo a utilizar conforme a la carga a transportar y iii. las condiciones de las vías terrestres, iv. los neumáticos que deberá colocarse y v. además del trazado de ruta; sin embargo, existen rutas que son muy transitadas por los vehículos de carga, rutas que están directamente relacionadas con las zonas de donde se conectan con zonas donde se extraen minerales, pues debido a la alta demanda que en los últimos años se han mostrado, se hace cada vez más cotizada la contratación de las empresas de transporte

terrestre de carga y mercancías¹⁷, pues se evidencia al primer semestre del 2018 un incremento del 32,4 % del parque vehicular de las empresas que se dedican a la presente actividad a nivel nacional¹⁸; sin embargo, se presenta un primer problema orientado a la seguridad en las vías terrestres, problema que es muy latente, ya que la misma geografía del Perú la hace así; las empresas de carga y mercancías en particular las que se dedican a la extracción de minerales son requeridas por unidades mineras, y que dentro de su proceso productivo de estas deben de contar con un proceso de transporte externo de los minerales –transporte a través de conductos desde la unidad minera hasta los centros de exportación de mineral o a través de vehículos de transporte de carga y mercancías- y de además de los insumos o materias que coadyuvan en el proceso de extracción, en ese sentido, se requiere de la contratación empresas que se dediquen al transporte terrestre de carga con la logística necesaria para trasladar los minerales desde las diferentes unidades mineras hasta los centros de exportación que se ubican en la costa del país, usualmente se realiza el transporte a través de contenedores o sacos que se encuentran en la parte superior de un semirremolque. Como lo señalamos, el acceso a estas unidades mineras resulta siendo muy complicadas, las vías muchas veces son afirmadas y no asfaltadas¹⁹, el camino estrecho, sumadas a las pendientes pronunciadas y las condiciones climáticas la hacen poco transitables para los vehículos terrestres. Existen mayores esfuerzos por parte de las empresas de transporte terrestre, para aun así, con las condiciones adversas poder

¹⁷ Según la Situación de la Red del Sistema Nacional de Carreteras a julio del 2018, señala que entre el 2017 y 2018 se ha visto un incremento del 14.23% carga, extraído de: http://portal.mtc.gob.pe/estadisticas/publicaciones/boletines/boletin_estadistico_I_semestre_2018.pdf

¹⁸ Conforme lo establecido en el cuadro estadístico de la situación del Parque Vehicular del Servicio de Carga según departamento, 2014-2018, extraída de: http://portal.mtc.gob.pe/estadisticas/publicaciones/boletines/boletin_estadistico_I_semestre_2018.pdf

¹⁹ Según los indicadores mostrados por la Dirección General de Transporte Terrestre respecto a las estadísticas de la cantidad de km existente por tipo de superficie de rodadura, extraído de: http://portal.mtc.gob.pe/estadisticas/publicaciones/boletines/boletin_estadistico_I_semestre_2018.pdf

transportar el mineral, muchas veces los resultados no han sido del todo satisfactorias y se han originado accidentes que a lo largo de los años se hacen cada vez

más severos, y esto sumado a la alta incidencia de incumplimientos por parte de los conductores a las normas de tránsito o controles internos impuestos por las empresas de transporte terrestre de mercancías (empleadores) genera una probabilidad aún mayor al padecimiento de accidentes graves. Las cifras expresadas la Superintendencia de Transporte terrestre de Personas, Carga y Mercancías (SUTRAN) en su Informe del año 2017²⁰, señala que las principales infracciones o incumplimientos detectados en los servicios de transporte de carga y mercancías son:

- Utilizar vehículos en los que alguna de las luces exigidas por el Reglamento Nacional de Vehículos no funcione.
- Utilizar vehículos que no cuenten con extintores de fuego
- Los neumáticos no cumplen lo dispuesto por el RNV (Aplicable solo para vehículos de la categoría O)
- Haber aprobado la Inspección Técnica Vehicular, cuando corresponda

Así también, para el transporte de minerales catalogados algunos como materiales peligrosos la SUTRAN pone en evidencia de algunos incumplimientos en cuanto a las condiciones técnicas de los vehículos, tales como:

- No contar con la revisión técnica y/o certificado SOAT y/o póliza de seguros vigentes, así como la guía de remisión

²⁰ Data según lo señalado en el portal web de la SUTRAN http://www.sutran.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Boletin_Estad%C3%ADstico_final_vf.pdf

- remitente y/o hoja de resumen de seguridad.
- Realizar transporte terrestre de materiales y/o residuos peligrosos sin contar con la autorización que señala el presente reglamento.
- No dotar ni asegurarse que el equipamiento necesario para las situaciones de emergencia, se encuentre en condiciones de funcionamiento y a bordo del vehículo.

Como observamos, los incumplimientos van asociados a las condiciones del vehículo en su gran mayoría, situación que es preocupante, pues aunado a las condiciones físicas del conductor el manejar vehículos que se encuentran en un estado técnico inseguro y las condiciones del conductor hacen que manejar un vehículo por estas zonas geográficas sea un peligro constante.

Asimismo, la fatiga y la somnolencia de los conductores son además dos de las causas más frecuentes de accidentes de tránsito²¹, pues estas se presentan cuando el conductor pasa muchas horas conduciendo en la misma posición, estados que generan la imposibilidad del conductor de realizar maniobras evasivas para evitar colisiones o despistes.

Un conductor que presente síntomas de fatiga y somnolencia provoca en su actividad física un retardo progresivo en su capacidad de atención y de concentración durante la actividad de manejo, perdiendo a su vez la capacidad de respuesta en situaciones que requieren de una reacción inmediata cuando circulan por las distintas vías urbanas o carreteras. Dicha situación genera en la mayoría de casos poseen un alto grado de siniestralidad en términos de daños a la vida como patrimoniales.

Además de circunstancias que pueden generar un accidente de tránsito, existen hábitos o

²¹ Según lo señala El Informe Mundial sobre prevención de los traumatismos causados por el tránsito: resumen, publicado en el año 2004, señala que al momento de la elaboración de dicho informe, en el mundo el 1,2 millones de personas mueren por causas atribuidas a choques en la vía pública y hasta 50 millones de resultan heridas.

situaciones en los que los conductores podrían desarrollar síntomas de somnolencia, siendo por ejemplo: el manejar durante la noche o en horario vespertino, jornadas prolongadas de manejo sin descanso, el uso de medicamentos como sedantes o antihistamínicos, consumo de alcohol, insomnio durante la hora de descanso, desordenes de sueño no tratados y no identificados o narcolepsia²².

Según lo indican los doctores Jorge Rey de Castro, Edmundo Rosales Mayor, Martha Egoavil Rojas en un artículo científico del 2009 abocado a las repercusiones de la somnolencia y cansancio durante la conducción de tránsito en las carreteras del Perú²³, citan los resultados de investigaciones realizadas por la National Center on Sleep Disorders Research y National Highway Traffic Safety Administration de EEUU, resultados que denotan importancia al establecer que los accidentes de tránsito ocurren mayormente entre las 00:00 hrs. y las 07-00 hrs. y en horario vespertino entre las 13:00 hrs.- 15:00 hrs., pues los conductores tienden a manejar solos, vehículos que invaden el carril o se aparecen intempestivamente, debido a que entre estas horas los conductores tienen a permanecer en un estado de somnolencia continua, provocando micro sueños o pestañeos en estos que se veían reflejados en espejismos. Ante dichas situaciones, los conductores de vehículos han tratado de realizar diversas acciones para contrarrestar la somnolencia, dentro de las más usuales podemos nombrar a fumar, beber café, escuchar música, abrir la ventana para refrescarse, comer frutas, tomar bebidas a base de la hoja de la coca, café con coca - cola.

²² Según lo señala un informe realizado por el programa NHTSA y NCSDR de EEUU para analizar el papel de la fatiga, los trastornos de sueño y la falta de atención en los accidentes de tránsito, recuperado de:

<https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.dot.gov/files/808707.pdf>

²³ Para más detalles disponible en:

https://www.researchgate.net/publication/235220459_Somnolencia_y_cansancio_durante_la_conduccion_accidentes_de_transito_en_las_carreteras_del_Peru

Según los doctores Jorge Rey de Castro, Edmundo Rosales Mayor, Martha Egoavil Rojas señalan que lo recomendable es que los conductores que conduzcan un vehículo por carreteras no deben exceder de las 8 horas diarias o 4 horas continuas, y que para el caso de conducción en turno noche no deben de hacerlo por más de 4 horas continuas.

Asimismo, un estudio realizado en el año 2019 respecto a las repercusiones en los conductores de las empresas de transporte de carga y mercancías en el departamento de Arequipa (Ortiz Puma , 2019), reflejan la situación de la somnolencia de los conductores de vehículos de carga y mercancías, indicando lo siguiente:

El estudio fue realizado a 60 conductores de vehículos de carga y mercancías que oscilan entre los 21 años y 50 años de edad, en el que: i. El 55% del total de los encuestados señalan que la jornada de trabajo supera las 10 horas continuas de conducción, mientras que el 45% del total de los encuestados señalan que es menos de 10 horas de conducción, ii. El 61,7% del total de los encuestados señala que son malos dormidores, mientras que el 38,3% del total de los encuestados son buenos dormidores, iii. El 91,7% del total de los encuestados manifiesta haber tenido al menos alguna vez un accidente de tránsito, iv. El 36,4% del total de la encuestada señala que la segunda causa de accidentes de tránsito debe a la somnolencia y cansancio.

Si bien dentro de las conclusiones del trabajo de investigación se señaló que la somnolencia diurna en los conductores de transporte de carga es baja, no debemos ignorar que también dentro de dichas conclusiones, se resalta que las causas de accidentes de tránsito son originadas además por el **cansancio y la imprudencia de otro conductor**.

3.3. Dispositivos de Control a los Conductores en el Transporte de Carga y Mercancías

Como fue anteriormente señalado, la fatiga y la somnolencia provocada por la falta de actividad, constituyen factores que se presentan mientras los conductores realizan el servicio de transporte de carga y mercancías, ante tal situación y preocupados por la seguridad de los conductores algunas empresas han tomado la decisión de incorporar dentro de sus procesos de control algunos dispositivos tecnológicos que coadyuven en supervisar el manejo de los conductores así como medir su capacidad de fatiga y somnolencia, que podrían provocar accidentes de tránsito poniendo en peligro la seguridad y salud del trabajo y además del vehículo y de la carga. En algunas empresas que brindan el transporte terrestre de carga y mercancías en general se observa que han implementado algunos de estos dispositivos, tales como:

- La Life – Band de SMARTCAP
- Pulseras de Sueño
- Cámaras de video vigilancia instalados dentro de la cabina del conductor

3.3.1. La Life-Band De Smartcap

La Life-band según el fabricante SMARTCAP es una “vincha” que se coloca en la cabeza del conductor, y que a través de ondas cerebrales emitidas por esta detecta el nivel de fatiga de la persona que porta dicho dispositivo, además de ello, también posee la función de desarrollar técnicas para la gestión eficaz de la fatiga, la eliminación de riesgos y la de garantizar de algún modo la seguridad de los trabajadores, para una mejor comprensión a continuación se muestra el modelo del la Life Band publicada por el fabricante:

Figura 1

Life Band de Smartcap



Nota. Imagen publicada por el fabricante del producto. SmartCap
(<http://www.smartcaptech.com/wp-content/uploads/smartcap-life-trucking.pdf>).

Figura 2

Lifeband Colocada Dentro de un Casco



Nota. Imagen publicada por el fabricante del producto. SmartCap
(<http://www.smartcaptech.com/life-smart-cap/>)

Según SMART CAP la life – band puede utilizarse en distintas industrias, siendo una de ellas la de transporte terrestre de vehículos de carga y mercancías. Justamente el fabricante (SMART CAP) en su página web hace una brevísima descripción de unos ensayos realizados a una empresa de transporte terrestre de carga en los Estados Unidos de América, siendo los resultados los siguientes:

- Datos preliminares:

-Se hace un estudio a un grupo de 87 vehículos y 87 conductores, dentro de los cuales a un grupo de conductores se les proporcionó el uso de la life-band.

-Los conductores llevaron puesto la life-band durante las horas de conducción por el lapso de tres (03) meses.

-Las horas de duración en total del estudio ascendieron a 8,730 horas y en kilómetros ascendieron a 835 000 km.

Resultados	
Los Conductores sin la Life-Band	Los Conductores con la life – band
Se observa que los pilotos estaban acostumbrados a evaluar la escalabilidad del procesos	No hubieron accidentes asociados a la fatiga
Retroalimentación del conductor en cuanto a la medición de fatiga.	Las acciones de la alerta temprana superaron los niveles de efectividad en un 93.1%

	Hubo una disminución significativa del 62,4% de la fatiga en el piloto durante el lapso de la investigación
	No se detectaron fallas en los servicios de monitoreo

Debido a las intensas y largas horas de conducción en los vehículos de carga y mercancías por las diversas rutas nacionales del Perú, es que muchos de las empresas de transporte de carga y mercancías en general empezaron a utilizar la life band de SMART CAP, pues observaban un incremento de fatiga de los conductores que desencadenaba en muchos casos en accidentes de tránsito, llegando incluso a la pérdida de vidas humana, por ello a través de campañas de seguridad se impulsaron el uso de este tipo de tecnología; sin embargo, esta no cuenta con una certificación oficial de la Organización Mundial de la Salud u otra entidad certificadora que acredite que su eficacia.

3.3.2. La Pulsera de Sueño

Si bien el avance de las TIC en la vida cotidiana de todas las personas se ha vuelto cada vez más relevantes e indispensables, resulta interesante evaluar su objetivo y finalidad; sabemos que en el mercado hoy en día ofertan una gran variedad de relojes inteligentes que poseen muchas “virtudes” que de alguna forma simplifican procesos y otorgan a la persona que la porte una experiencia de conectividad con su Smartphone, una de estas virtudes podemos decir que es control del sueño, actividad que realiza cuando las personas nos encontramos en un estado de sueño, y que dicho dispositivo a través de su tecnología mide las horas de sueño que hemos tenido y a partir de ahí realiza mediciones que posteriormente se verán en recomendaciones para mejorar el sueño si es que lo hemos

perdido o no hemos llegado a las horas necesarias de descanso.

Los empleadores de las empresas que brindan transporte terrestre de carga y mercancía viendo la necesidad de tener aún más control sobre sus conductores, han implementado dicho control a través de la incorporación de pulseras de sueño que solo poseen la finalidad de controlar el sueño de los conductores mientras estos realizan su descanso fuera del horario de trabajo, pues incorporando dicho control se pretende controlar la somnolencia del conductor al momento de realizar la conducción de los vehículos; sin embargo, aparentemente esto podría estar causando una violación a su derecho a la intimidad, ya que los controles devienen posterior a su finalización de labores.

Figura 3

Pulsera de Sueño



Nota. Imagen extraída de la página del fabricante. Samsung
(<https://www.samsung.com/es/watches/galaxy-fit/gear-fit2-pro-black-sm-r365nzkaphe/>)

3.3.3. Las Cámaras de Video Vigilancia en la Cabina del Vehículo de Transporte Terrestre

Otra medida que se incorpora al paquete de controles que los empleadores de las empresas de transporte terrestre de carga y mercancías es la implementación de cámaras de video vigilancia dentro de la cabina del vehículo con la finalidad de visualizar el comportamiento en la conducción del vehículo y si cumple con lo establecido en la normativa legal y en las instrucciones dadas por el empleador, así estas se han venido colocando indiscriminadamente, pues el empleador de tales empresas de transporte terrestre responde a la facultad encomendada a través del *IUS VARIANDI*, pues este desea controlar la actividad de su conductor y asegurar de alguna manera la seguridad y salud de este, así como de la carga que transporta. Sucede que la instalación de dichas cámaras muchas veces son colocadas en la cabina del conductor mostrando además del lugar de conducción la litera o lugar de pernocte del trabajador, lo que aparentemente podría estar vulnerando su derecho a la intimidad.

Existen algunas cámaras de video vigilancia que si bien la grabación se realiza en tiempo real, el envío de dicha información no sigue esa suerte, pues dicho envío se encuentra sujeto a la conectividad del internet; sin embargo, debido a nuestra geografía muchas de las cámaras de video vigilancia instaladas en los vehículos no pueden ser visualizados en tiempo real al igual que la limitación de envío de información, ello se debe a que en mucho de los tramos de las vías no existe señal de internet haciendo de alguna manera imposible la fiscalización inmediata del empleador. Cabe resaltar por último que, el Tribunal Constitucional Peruano si bien es cierto se ha manifestado acerca de la incorporación de cámaras de video vigilancia en los centros de trabajo, lo han realizado desde una concepción de los centros de trabajo convencionales y no respecto a los referidos a los que se encuentran ubicados al interior de las cabinas de los vehículos de transporte de

carga y mercancías.

Figura 4

Cámara IR Mini Domo de Vehículo



Nota. Modelo de Cámara Interna de Vehículo publicada por el fabricante.

Dashcam.pe (<https://www.dashcam.pe/camaras-de-vigilancia-mdvr-interior-dashcam.html>).

3.4. El Test de Proporcionalidad aplicado a los dispositivos de control de los conductores

Como bien se ha venido señalando a lo largo de este capítulo, los tres dispositivos de control aplicado a los conductores (Life-band de SMART CAP, Pulsera de Sueño y Cámaras de Video-vigilancia) podrían estar vulnerando su derecho de intimidad de estos. En ese sentido, y con la finalidad de determinar si estos dispositivos resultan siendo lesivos para la intimidad, se hará uso del test de proporcionalidad, mecanismo constitucional desarrollado por el Tribunal Constitucional para justamente determinar si existe vulneración alguna.

Afirmado esto, conforme se ha señalado en el caso Becerra Leiva, recaído en las sentencia del expediente N° 579-2008-AA/TC, y en el caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, recaído en el expediente N° 045-2004-PI/TC, el Tribunal Constitucional peruano definió que el test de proporcionalidad incluye tres sub- principios: i. idoneidad, ii. Necesidad, y iii. Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

Es así que, para la aplicación del test de proporcionalidad, debe seguirse de un procedimiento según lo ha señalado el Tribunal Constitucional en dicha sentencia, siendo que la decisión que afecta un derecho fundamental deberá ser sometida a tres juicios: i). Un juicio de idoneidad o adecuación, el cual deberá evaluar si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; posteriormente, una vez superado este, corresponderá la evaluación del ii). Criterio de necesidad, el cual deberá de establecer si existen medios alterativos al adoptado, es decir, que la medida que se pretende incorporar es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces, y por último, siempre que la medida haya superado satisfactoriamente los test previos, se encuentra iii). El análisis de ponderación entre los principios constitucionales en conflicto, siendo que a mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, mayor deberá de ser la satisfacción del otro.

En ese sentido, y habiendo explicado el contenido del test de proporcionalidad, corresponde la aplicación a cada uno de los tres dispositivos señalados para la fiscalización de conductores en el transporte de carga y mercancías:

Life Band de SMART CAP		
Juicio	Análisis	Resultado
IDONEIDAD	<p>Para que la Life Band de SMART CAP pueda superar el juicio de idoneidad debemos de señalar lo siguiente:</p> <p>Resulta pertinente preguntarnos si el propósito de incorporación de la Life Band de SMART CAP como control de la fatiga de los conductores supone un medio adecuado, una herramienta eficaz e que indispensable para salvaguardar la seguridad de los conductores al realizar las funciones de conducción, para disminuir las probabilidades de la producción de accidentes de tránsito.</p> <p>Al respecto, debemos mencionar que la</p>	No supera el juicio de IDONEIDAD.

	<p>implementación de la life band de SMART CAP cumple aparentemente la función de emitir alertas tempranas al conductor o a quien monitoree de la presencia de fatiga del conductor; sin embargo, este dispositivo no posee hasta el momento de una certificación internacional emitida por una autoridad en salud que compruebe ello y el nivel de eficacia. Aunado a esto, este dispositivo debe permanecer puesto durante la realización de actividades de conducción, estado que vulnera evidentemente su privacidad, pues en las palabras de Pacheco Zerga (2010) señala que “el derecho a la intimidad permite excluir a terceros cualquier intromisión en la esfera íntima, así como de lo que puedan conocer de ese ámbito” (pág. 11) , pues queda claro que el conductor se encontrará cohibido y de realizar acción alguna, sabiendo que existe un monitoreo constante por parte de otra persona, la cual lleva un registro de su capacidad cerebral. En ese sentido, la life band no resulta siendo un medio adecuado para la prevención y manejo de la fatiga de los conductores, puesto que dicha acción empleada no se encuentra alineada un fin constitucional, que es la protección del derecho ala intimidad personal consagrado en el numeral 7 del artículo 2 de la Const.</p>	
	<p>En cuanto si la life-band de SMARTCAP es la menos restrictiva del derecho fundamental, debemos de señalar lo</p>	

<p>NECESIDAD</p>	<p>siguiente:</p> <p>Como hemos señalado en el presente capítulo la fatiga es una causas generadoras de accidentes de tránsito, y que si bien la necesidad de poder controlarlo o prevenirlo es una de las tareas más constantes a cargo del conductor y de las empresas de transporte terrestre de carga, la implementación de dicho dispositivo persigue dicha causa de control y prevención, teniendo como finalidad salvaguardar la seguridad y salud del conductor-trabajador durante la conducción.</p> <p>Si bien las empresas de transportes de carga y mercancías (empleador) han visto la necesidad de implementarlo a los conductores a través de su colocación mientras se encuentran ejecutando las acciones de conducción del vehículo para ademásde vigilar los índices de fatiga y prevenirlos, este sería una medida invasiva a su derecho a la intimidad del trabajador. Asimismo, también como se ha señalado en el presente capítulo, existen factores que contribuyen a la producción de la fatiga, tales como desórdenes alimenticios, extensas horas deconducción sin paradas técnicas, insomnio, trastornos de sueño (mal dormidor), estimulantes mezclados con alcohol.</p> <p>Por otro lado, si bien el uso de la tecnología coadyuva al control y vigilancia del</p>	<p>No supera el juicio de Necesidad</p>
-------------------------	---	--

	<p>conductor²⁴, debemos de considerar que respecto de los mecanismos incorporados para la supervisión “empleador posee un interés legítimo para garantizar el buen funcionamiento de la empresa, y que ello puede hacerse estableciendo mecanismos para comprobar que sus empleados cumplen con sus obligaciones profesionales de manera adecuada y con diligencia necesaria”²⁵; sin embargo, estos mecanismos deben ser adecuados y a su vez deben de guardar una estrecha vinculación en la protección de la vida privada de una persona en el lugar de trabajo²⁶. En el caso de la eficacia de la life-band no ha sido avalado por una organización de salud que realmente acredite que dicho dispositivo es eficaz, y que en consecuencia se haya demostrado que este sea un dispositivo adecuado para el control y disminución de los índices de fatiga de los conductores. Ello no obsta, que dicho dispositivo no vulnere a la intimidad de los conductores, pues el derecho a la intimidad supone “el ámbito personal en el cual el ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad, por ende se considera que esta constituida por los</p>	
--	---	--

²⁴ Según lo establece el Artículo 41° de la Ley N° 29783- Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la supervisión permite adoptar medidas preventivas y correctivas necesarias para eliminar o controlar los peligros asociados al trabajo.

²⁵ Fundamento 127 de la sentencia del Caso Barbulesco contra Rumania, Demanda n° 61496/08, emitida el 05 de septiembre de 2017.

²⁶ fundamento 15 del voto particular conjunto de los jueces Raimondi, Dedov, KJØLBRO, Mits, MOUROUVIKSTRÖM and Eicke.

	<p>datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad, que siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo”²⁷. De ello entonces se puede colegir que los datos arrojados por la lifeband inmiscuye al propio sujeto (conductor) y no a terceros, pues estos corresponden a su vida íntima, salvo este otorgue su consentimiento para que dichos datos puedan ser conocidos por este último.</p>	
<p>PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO</p>	<p>La life band resulta un mecanismo que por su naturaleza resulta siendo invasivo a la intimidad de los conductores, pues esta se inmiscuye en control de la fatiga utilizando datos emitidos a través de ondas cerebrales, y que en contra posición la satisfacción de la implementación de este carece de toda fiabilidad y eficacia para controlar y disminuir la fatiga que presenten durante la conducción.</p>	<p>No supera el juicio de proporcionalidad</p>

Pulsera de Sueño		
Juicio	Análisis	Resultado
IDONEIDAD	<p>Para determinar si la pulsera de sueño supera el juicio de idoneidad, se debe señalar lo siguiente:</p> <p>Es importante señalar que la finalidad de incorporarla pulsera de sueño dentro de los métodos de control hacia los conductores,</p>	No supera el juicio de Idoneidad

²⁷ Fundamento 48° de la sentencia recaída en el expediente N° 06712-2005-HC/TC.

	<p>es para evitar que la somnolencia y cansancio durante la conducción genere un accidente de tránsito.</p> <p>Sin embargo, este nivel de control se realiza fuera del horario de trabajo y a su vez fuera del centro de trabajo. Conforme lo señala el principio de prevención retratado en la LSST, “el empleador garantiza en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, salud y el bienestar de los trabajadores [...]”²⁸; de dicha definición se desprende que el empleador al amparo del principio de prevención puede establecer medios y condiciones que protejan la vida y salud de los trabajadores, y que si bien la pulsera de sueño es un dispositivo que contribuye a dicha protección esta se realiza fuera del horario de trabajo mientras los conductores se encuentran durmiendo. Al respecto, la sentencia recaída en el expediente 6712-2005-HC/TC, el Tribunal Constitucional define en el fundamento 39 que el derecho a la intimidad es “aquel ámbito de la vida privada, donde la persona puede realizar los actos que crea conveniente para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona alejada a los demás en que tiene un derecho a impedir intromisiones”; en ese sentido, el empleador no podría realizar el control,</p>	
--	--	--

²⁸ Conforme la definición del Principio de Prevención establecido en el Numeral I del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

	<p>pues este se estaría entrometiendo en esta zona íntima que solo le concierne al trabajador en su espacio fuera del centro de trabajo.</p>	
<p>NECESIDAD</p>	<p>El control que realiza el empleador a través de la pulsera de sueño, persigue el cuidado de la seguridad y salud del trabajo; pese a que tal medida aparentemente busca el resguardo de la seguridad y salud de los conductores, esta restringe a su mínima expresión el derecho a la intimidad del conductor, debido a que el control se realiza cuando este no se encuentra prestando servicios en el lugar de trabajo. En consecuencia, tal medida vulnera el derecho a la intimidad de los conductores, medida que ser suplida por otras menos invasivas en la vida privada de estos.</p>	<p>No supera el juicio de Necesidad</p>
<p>PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO</p>	<p>Como ya se estableció precedentemente, la utilización de la pulsera de sueño por parte de los conductores fuera del horario de trabajo, mientras estos duermen, resulta un mecanismo que vulnera al derecho a la intimidad de los conductores, constituyéndose una medida desproporcional y por tanto inconstitucional.</p>	<p>No supera el juicio de Proporcionalidad en sentido estricto.</p>

Las Cámaras de Video Vigilancia en la Cabina del Vehículo de Transporte Terrestre

Juicio	Análisis	Resultado
<p>IDONEIDAD</p>	<p>Respecto a que si la utilización de las cámaras de video-vigilancia instaladas dentro de la cabina de los vehículos de transporte de Carga y Mercancías resulta una medida legítima y que posea un objetivo de salvaguardar la vida del conductor, debemos señalar lo siguiente:</p> <p>Según la configuración de los vehículos destinados para la carga y mercancías, estos son compartimientos en los que dentro de la cabina se encuentra el asiento del conductor, del copiloto y una literal en la parte posterior donde duermen los conductores.</p> <p>Asimismo, las cámaras de video-vigilancia que son instaladas dentro de dicha cabina por lo general captan en su totalidad el habitáculo del vehículo.</p> <p>Por otro lado, la finalidad que busca la utilización de las cámaras de video-vigilancia, es la de supervisar la ejecución en la conducción del trabajador, y si es que realizada de manera correcta según lo establece los dispositivos legales en la materia.</p>	<p>Supera el juicio de Idoneidad</p>

	<p>Respecto a las cámaras de video-vigilancia el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado en reiteradas sentencias que, los empleadores al amparo del poder de dirección y del principio de prevención, pueden utilizar mecanismos necesarios para asegurarlas condiciones de seguridad que permitan a lostrabajadores cumplir con las tareas encomendadas. Así tenemos a la sentencia recaída en el expediente N° 02208-2017-PA/TC, en el cual el Tribunal Constitucional señala que “El uso adecuado de la tecnología coadyuva al cumplimiento de esas facultades, como lo es, por ejemplo, la implementación de sistemas de control o vigilancia en el área de caja o tesorería de entidades bancarias, supermercados y otros en donde el empleador pueda supervisar y sancionar conductas que atenten contrala normativa jurídica vigente y las directrices empresariales”²⁹. Del argumento señalado podemos</p>	
--	--	--

²⁹ Conforme el fundamento 11 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 2208-2017-PA/TC, caso Sindicato de Obreros P Y A D’ONOFRIO.

	<p>resaltar la palabra “uso adecuado”, este uso adecuado debe de entenderse que el empleador podrá utilizar dichas cámaras de video-vigilancia para supervisar a sus trabajadores siempre que estos no vulneren los derechos a la dignidad, intimidad o salud de sus afiliados³⁰.</p> <p>En ese sentido, la utilización de las cámaras de video-vigilancia podría ser un mecanismo adecuado para cuidar la seguridad y salud del conductor, siempre que estos no se extiendan invadiendo la esfera íntima del conductor.</p>	
<p>NECESIDAD</p>	<p>Si bien, según lo esbozado por el Tribunal Constitucional la utilización de las cámaras de video-vigilancia son permitidas, debemos de considerar además, que este mecanismo sea el menos gravoso para los derechos fundamentales del trabajador; así bajo el principio de la primacía de la realidad, respecto al centro de trabajo del conductor vendría siendo la</p>	<p>Supera el Juicio de Necesidad</p>

³⁰ Conforme el Argumento N° 1 del voto singular del magistrado Espinoza-Saldaña Barrera.

	<p>cabina del vehículo, siendo este a su vez, el lugar donde el conductor además de conducir descansa o realice otras acciones propias de su vida personal; sin embargo, la jurisprudencia internacional ha realizado un trabajo preciso respecto de la implantación de cámaras de video-vigilancia dentro de los vehículos motorizados, así la ORD. N° 3276/173 emitido por la Dirección de Trabajo del Departamento Jurídico del Gobierno de Chile, señala que si la finalidad de los empleadores al incorporar mecanismos de control audiovisual es velar por la seguridad de los conductores, estos deben alinearse al respeto de la intimidad de los conductores; asimismo, se colige que el uso de los controles audiovisuales provoca en el trabajador un inexorable estado de tensión o de presión incompatible con la dignidad humana, pues la posición de estas enfocan directamente al conductor. Por otro lado, dichos controles también captan conductas que durante la pausas de la actividad humana supone, conductas que no</p>	
--	---	--

	<p>deben de ser conocidas por el empleador.</p> <p>En consecuencia, la presente medida limitativa es el único mecanismo de control de la conducción del trabajador para cuidar su correcta ejecución en la conducción, esta deberá valorarse en función del objetivo perseguido.</p>	
<p>PROPORCIÓN ALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO</p>	<p>La incorporación de las cámaras de seguridad resultan siendo constitucionales según lo hemos señalado anteriormente, pues buscan salvaguardar la vida y salud de los conductores; sin embargo, estos deberán de prestar atención a algunas consideraciones particulares, tales como: i. Que la ubicación de las cámaras no capten el espacio destinado para el descanso del conductor, ii. Que estos sean activados durante la jornada de trabajo y desactivados una vez culminadas estas.</p>	<p>Supera el juicio de proporcionalidad</p>



CONCLUSIONES

En atención a los objetivos planteados en el proyecto de investigación que fue la que impulsó el presente trabajo de investigación, se han llegado a las siguientes conclusiones:

Primera

Conforme se ha desarrollado en el presente trabajo, si bien el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación en la fiscalización de los conductores de transporte terrestre de carga y mercancías resultan herramientas que coadyuva a que el empleador pueda seguir de cerca la ejecución de las labores por parte de los conductores, y que a su vez bajo su poder de dirección de este puede incorporarlas en el centro de trabajo; sin embargo, la intensidad de la intervención a través de estos mecanismos (TIC) muchas resultan siendo excesivamente invasivas a la privacidad de los conductores, al inmiscuirse en muchas veces en un espacio que solo le corresponde al conductor y a su vida personal; en consecuencia, resulta siendo evidente la vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores por parte del empleador a través de la incorporación de la life-band de SMART CAP y la pulsera de sueño como medios de control.

Segunda

Conforme a los resultados arrojados por el test de proporcionalidad, se tiene que: i. Respecto a la utilización del mecanismo de control de la lifeband de SMARTCAP, esta resulta siendo invasiva a la privacidad del conductor, pues se determinó que vulnera el derecho a la intimidad de este; ii. Respecto a la utilización de la pulsera de sueño, se tiene que los conductores deben de portarla durante las horas de sueño, siendo una medida que va más allá del control en el centro de trabajo y durante la jornada laboral; en ese sentido,

dado que este control es posterior a la realización de labores donde el conductor se encuentra realizando acciones que le competen solamente a este, el mecanismo claramente vulnera su derecho a la intimidad; iii. Finalmente, respecto a la utilización de la cámaras de video-vigilancia dentro de la cabina del vehículo de transporte de carga y mercancías, debemos señalar que, si bien este mecanismo ha superado el test de proporcionalidad, debemos de tomar en consideración la ubicación de ésta, pues al ser la cabina un compartimento múltiple donde se encuentra el área del conductor, copiloto y de la litera, puede que la captación de imágenes no solamente sea del conductor, sino que además el área donde descansa (litera), en cuyo caso se encontraría vulnerando el derecho a la intimidad del conductor.

Tercera

Resulta siendo necesario un marco normativo que regule a mayor precisión dentro del sector de Transporte Terrestre la introducción de mecanismos de control, pues si bien es cierto el empleador posee la facultad de poder incorporar mecanismos de fiscalización, estos deberían de ir alineados con la protección de los derechos fundamentales de los conductores. En ese sentido, la propuesta normativa debería ser enfocada en analizar qué mecanismos son los más idóneos para la supervisión y que a su vez no sean lesivos a los conductores, a su vez deberán ser comunicados por el empleador sobre su naturaleza, para que finalmente el trabajador pueda conocer del mecanismo al que se encuentra sometido.

Cuarta

En los contratos de trabajo celebrados por los empleadores y trabajadores (conductores) debe de contemplarse una disposición adicional a las ya señaladas en el marco legal vigente, en lo referente a que, si es que el empleador pretende incorporar dentro de la

relación laboral mecanismos de control, exista la obligación del empleador de comunicar previamente al trabajador sobre los mecanismos de fiscalización que se pretendan incorporar dentro de la vigencia de la relación laboral, así como de señalar que además que se colocará en un lugar visible, este solo podrá utilizado durante la jornada de trabajo.



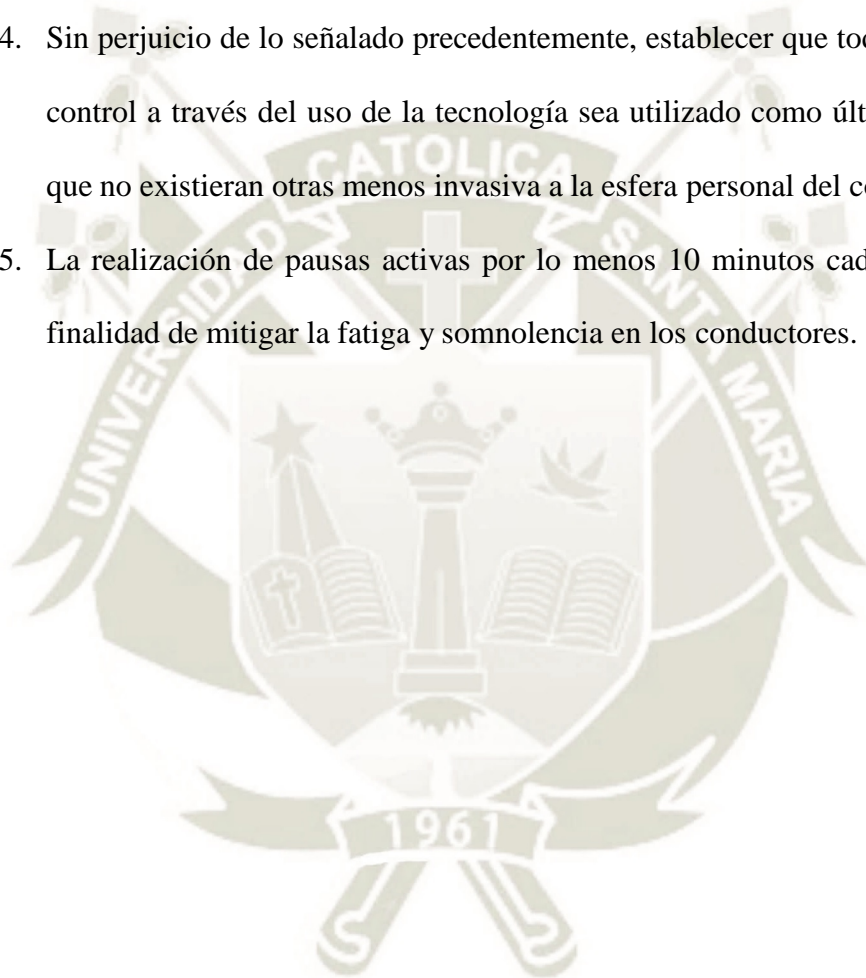
PROPUESTA DE MEJORA

A través del desarrollo de cada uno de los capítulos del presente trabajo de investigación se ha tratado de evidenciar que los instrumentos más usuales que utilizan las empresas de transporte terrestre de carga y mercancías (empleadores) para fiscalizar a sus conductores (trabajadores) resulta en muchas ocasiones lesivos para estos, pues vulneran el derecho a la intimidad, sin además que estos –los trabajadores- puedan conocer de la finalidad de la utilización de dichos dispositivos; en ese sentido, hace falta que existan algunos puntos que la entidad reguladora (Ministerio de Transportes y Comunicaciones) deba tener en consideración para incorporarla dentro de los distintos reglamentos del marco normativo en transportes.

De lo señalado precedentemente, el presente trabajo de investigación también busca contribuir con algunas propuestas que coadyuven a un mejor control en la utilización de tales dispositivos, siendo los siguientes:

1. En primer lugar, se recomienda que los mecanismos de control a los conductores antes de ser utilizados por la empresa de transporte terrestre de carga y mercancías (empleador) sea previamente evaluado por el ente regulador, en este caso el Ministerio de Transporte y Comunicaciones.
2. Una vez aprobados por la entidad reguladora el empleador pueda incorporarlo dentro de su mecanismos de control y a su vez deba de comunicar a los conductores (trabajadores) sobre la finalidad de la incorporación del mecanismo de control, así como su funcionalidad.

3. Respecto a la instalación de cámaras de video-vigilancia dentro de las cabinas de los vehículos de transporte terrestre de carga y mercancías, las empresas de transporte terrestre de carga y mercancías, deberán de tener en cuenta la ubicación de éstas, evitando en todo momento captar imágenes que correspondieran al lugar de descanso del conductor.
4. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, establecer que todo mecanismo de control a través del uso de la tecnología sea utilizado como última medida si es que no existieran otras menos invasiva a la esfera personal del conductor.
5. La realización de pausas activas por lo menos 10 minutos cada 2 horas con la finalidad de mitigar la fatiga y somnolencia en los conductores.



Referencias

Arce Ortiz , E. (s.f.). *Modificación de la prestación de trabajo. Un estudio sobre las modificaciones sustanciales*. Lima: Revista ius et veritas de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/ind>

Armando Grisolia , J., & Ricardo Hierrezuelo , R. (2009). *Las Facultades de Control del empleador en las nuevas tecnologías*. Buenos Aires. Obtenido de recuperado de: www.adaptinternacional.it

Canessa Montejo Miguel F., El JUS COGENS LABORAL: LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES RECOGIDOS EN NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL , Homenaje de aniversario de la Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social, Sociedad Peruana De Derecho Del Trabajo y De La Seguridad Social, Lima, pág. 21.

Casación 634-2002 publicada el 01 de julio de 2004

Caso Becerra Leiva, recaído en la sentencia del expediente N° 579-2008-AA/TC

Caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, recaído en el expediente N° 045- 2004-PI/TC

Caso Barbulesco contra Romania, Demanda n° 61496/08, emitida el 05 de septiembre de 2017.

Castillo Córdova Luis, El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, 2005.

Convenio N° 155 del año 1981

Convenio N° 187 del año 2006

Cuadro estadístico de la situación del Parque Vehicular del Servicio de Carga según departamento, 2014-2018, extraída de:

http://portal.mtc.gob.pe/estadisticas/publicaciones/boletines/boletin_estadistico_I_sem_estre_2018.pdf

Caso Rafael Francisco García Mendoza, expediente N° 1058-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 18 de agosto de 2004).

Caso respecto de Extinción del contrato de trabajo. Improcedente. Derecho a la dignidad y a la intimidad., 966/2006 (Tribunal Supremo Español 26 de septiembre de 2007). Obtenido de http://www.normacef.es/BuscaResult/documento.aspx?id=NSJ024334&pal_buscad=

Diario Oficial El Peruano. (27 de marzo de 1997). Texto Unico Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Perú.

Decisión 584 – Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, firmado el 07 de mayo de 2004

Expediente N° 0895-2001-AA/TC – Lambayeque

Ferrero Delgado, V. (mayo 2019). *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ferro Delgado, V. (mayo 2019). *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Hernández Rueda, L. (1997). *Capítulo 23: Poder de Dirección del empleador, Instituciones de derecho del trabajo y la seguridad social*. México: Universidad Autónoma de México.

Indacochea Prevost Úrsula, ¿Razonabilidad, Proporcionalidad o Ambos?- Una propuesta de Delimitación sus Contenidos a Partir del Concepto de Ponderación, Revista de Derecho THEMIS, Lima, 2008.

Indicadores mostrados por la Dirección General de Transporte Terrestre respecto a las estadísticas de la cantidad de km existente por tipo de superficie de rodadura, extraído de: http://portal.mtc.gob.pe/estadisticas/publicaciones/boletines/boletin_estadistico_I_sem_estre_2018.pdf

Informe realizado por el programa NHTSA y NCSDR de EEUU para analizar el papel de la fatiga, los trastornos de sueño y la falta de atención en los accidentes de tránsito, recuperado de: <https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.dot.gov/files/808707.pdf>

Neves Mujica, J. (1995). *Contrato de Trabajo: Elementos Esenciales y Típicos*. Lima: Gaceta Jurídica, Colección: 105- Tomo 3- Artículo Numero 3.

Organización Internacional del Trabajo. (1998). *Principios Directivos Técnicos y Éticos relativos a la Vigilancia De La Salud De Los Trabajadores*. Ginebra: Oficina Internacional de Trabajo.

Ortiz Puma , M. (2019). *NIVEL DE SOMNOLENCIA Y CALIDAD DE SUEÑO RELACIONADO CON ACCIDENTES*. Arequipa, Arequipa, Perú.

Ospina Salinas, E. (2011). El Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo. Principios, Derecho y Sociedad, (37). Obtenido de Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13170>

Organización Internacional de Trabajo, Principios Directivos Técnicos y Éticos relativos a la Vigilancia De La Salud De Los Trabajadores, Oficina Internacional de Trabajo – Ginebra, 1998, pág.3.

ORD. N° 3276/173 emitido por la Dirección de Trabajo del Departamento Jurídico del Gobierno de Chile

ORD. : N° 4822/207 emitido por la Dirección de Trabajo del Departamento Jurídico del Gobierno de Chile

ORD.: N° 2328 – 130 emitido por la Dirección de Trabajo del Departamento Jurídico del Gobierno de Chile

ORD.: 5019 emitido por la Dirección de Trabajo del Departamento Jurídico del Gobierno de Chile

ORD.: 005 emitido por la Dirección de Trabajo del Departamento Jurídico del Gobierno de Chile

Pachecho Zerga , L. (2007). *La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo*. Navarra: Aranzadi SA.

Pacheco Zerga , L. (2006). *El Poder de Control Empresarial y el Respeto a la Intimidad en la Utilización de los Recursos Electrónicos: Un Estudio De Derecho Comparado*. Lima: Laborem.SPDTSS.

Pacheco Zerga , L. (2010). Poder de Dirección y Derecho a la Intimidad del Trabajador en la Relación a su Salud . Laborem: revista de la sociedad peruana de derecho del trabajo y de la seguridad social, (10).

Pacheco Zerga, L. (2015). *Control de Medios Informáticos en el Centro de Trabajo: la propuesta de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso*. Lima: Gaceta Constitucional N° 83.

Pacheco Zerga, L. (2013). *El Deber de Obediencia del Trabajador, Libro Homenaje de Aniversario de la Sociedad Peruana de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: Editorial El Búho.

Sanguinetti Raymond Wilfredo, DERECHO DE LA PERSONA Y LIBERTAD DE EMPRESA EN LA ERA DEL EQUILIBRIO FLEXIBLE ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES, Homenaje de aniversario de la Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social, Sociedad Peruana De Derecho Del Trabajo y De La Seguridad Social, Lima, pág. 58.

Tercer punto de la parte resolutive del Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas del 25 de junio de 1945.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, recaída en el expediente N° 1058-2004- AA/TC del 18 de agosto de 2004.

Sentencia del Tribunal Español N° 966/2006 del 26 de septiembre de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el expediente N° 0422-2009-

PA/TC.

Sentencia recaída en el expediente N° 06712-2005-HC/TC.

Sentencia del Caso Jose Luis Velazco Ureña, N° 05954-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional Peruano 27 de noviembre de 2007).

Toyama Miyagusuku, J. (s.f.). Modificación de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia. Lima: Derecho & Sociedad, (21). Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view>

Trabajo, O. I. (Edición 2009). Conocer los Derechos Fundamentales en el Trabajo. San José Primera.

Tribunal Constitucional Español, STC 99/1994 (RTC 194,99)

Tribunal Supremo Español , STC. RJ 1983,2719 y STC RJ 1983,5103

Ugaz Olivares, M., & Soltau Salazar , S. (2011). Implicancias de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Derecho y Sociedad,. Obtenido de recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13169>

Valdez Castillo, L. (2019). *¿En qué consiste el ius variandi del empleador y cuáles son sus límites? ¿Qué acciones puede tomar el trabajador al respecto?* IUS 360. Obtenido de [https://ius360.com/notas/en- que-consiste-el-ius-variandi-del-empleador-](https://ius360.com/notas/en-que-consiste-el-ius-variandi-del-empleador-)

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Enunciado: “LA INDEBIDA UTILIZACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO MECANISMOS DE CONTROL A LOS CONDUCTORES EN EL TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCIAS EN EL PERÚ 2015-2018”

Autor: Diego Barraza Motta

1. Planteamiento del Problema

Debido al avance de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (en adelante T.I.), los empleadores han visto la oportunidad de utilizar las T.I. como medio de control hacia sus trabajadores, con la finalidad de asegurar el correcto cumplimiento de las funciones que tienen estos últimos a su cargo, es así que la incorporación del uso de las T.I. al control de los trabajadores muchas veces resultan lesivas, en la medida que pueden llegar a vulnerar sus derechos fundamentales; y es que la libertad empresarial que le otorga el Estado al empleador ha dejado la puerta abierta a estas situaciones. No obstante, existen dos proyectos de Ley presentados a la comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República del Perú: Proyecto de Ley 2604/2013-CR⁶⁸ y Proyecto de Ley 33929/2013-CR⁶⁹, proyectos que pretenden regular el uso de los medios informáticos en los centros de trabajo de la actividad pública y privada y que aún no han cobrado eficacia debido a que no se han aprobado en el pleno del Congreso de la República, pero me sigo cuestionando ¿Es suficiente?, ¿Acaso la tecnología cada día no está cobrando un papel preponderante en el control de los trabajadores?.

Pues bien, existe una situación preocupante que debería tener una tratativa especial, que no se encuentra regulada en la normativa actual, y que no está contemplada en los Proyectos de Ley anteriormente mencionados, y es que sucede que, en el sector del transporte terrestre de carga de mercancías (en adelante transporte), las empresas de transporte que tienen la tarea del traslado por carretera de mercancía de proyectos de enorme envergadura para el país, y que buscan en todo momento de su operación de transporte, controlar las tareas y el comportamiento que debe de tener sus conductores (trabajadores) convirtiéndolos en el principal centro de atención de su operación; es así que existen sistemas de control tales como el smartcap que es una herramienta de monitoreo sensorial colocada en la cabeza del conductor a través de una vincha, con

⁶⁸Proyecto de Ley 2604/2013-CR, presentado por el congresista José Luna Gálvez, a la comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República del Perú con fecha 03/09/2013, y con dictamen favorable.

⁶⁹Proyecto de Ley 33929/2013-CR, presentado por el congresista Carlos Mario Tubino Arias, a la comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República del Perú con fecha 01/04/2014

la finalidad de medir la fatiga que pueda generar este, o por otro lado, las pulseras de control de descanso o comúnmente llamadas pulseras de sueño, que son colocadas durante la fase de descanso (sueño) al conductor y que al terminar dicha fase, se evalúa si el conductor efectivamente ha descansado o no, y por último las cámaras de video-vigilancia instaladas en las cabinas de los conductores para poder controlar el correcto manejo, el cumplimiento de las normas de tránsito y además del traslado de la mercancía.

Por último, a falta de regulación existe un instrumento utilizado para poder evaluar cual es el medio de control menos lesivo para el trabajador, esta herramienta ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, y me refiero al Test de Proporcionalidad, pero que no es suficiente debido a que este no supe el deber de fiscalización que tiene a su cargo el Estado, ni mucho menos incentiva una labor de protección hacia el trabajador.

2. Justificación

Resulta interesante observar como la tecnología cada vez ha ido adquiriendo un papel importante en la vida diaria, y más aún en las relaciones laborales. Es claro que hoy en día los empleadores desean simplificar sus procesos y minimizar el tiempo de su producción, pero a la vez, también entender que estos desean tener más control sobre sus trabajadores, respecto a las tareas que realizan en el centro de trabajo, a su comportamiento, sus actitudes, etc, y más aún cuando estos no se encuentran cerca del empleador (me refiero a que ambos no se encuentran en el mismo centro de trabajo), se torna complicado para el empleador establecer la facultad de fiscalización a sus trabajadores cuando estos no se encuentran cerca de él. Es así que llegamos a la utilización de las T.I. como una herramienta bastante interesante y precisa para que el empleador pueda fiscalizar a sus trabajadores; no obstante, muchas de ellas resultan siendo lesivas para los trabajadores, llegando a invadir la esfera íntima de estos. Es así, la utilidad del presente trabajo de investigación, que tendrá por finalidad adentrarse en el análisis e identificación de los medios de control aplicando las T.I.C. que utilizan los empleadores de las empresas de transporte para fiscalizar a sus conductores (trabajadores), y cuan dañino pueden resultar estos en su aplicación. Asimismo, la finalidad proponer un marco normativo al ordenamiento jurídico peruano en especial a la actividad del transporte de mercancías, la incorporación de parámetros legales respecto a la integración del sistema de control a los trabajadores en la operación de transporte, utilizando para ello el Test de Proporcionalidad desarrollado por el Tribunal Constitucional, como un instrumento para evaluar que medidas resultan siendo lesivas para el trabajador y como el empleador puede realizar un test aplicando lo previsto en la propuesta normativa, además de ello, establecer un mecanismo en el que los trabajadores también conozcan estas medidas de control de su empleador, por último encargar la función de fiscalización a la autoridad competente.

3. Conceptos básicos extraídos del problema de investigación:

3.1. Facultad de Dirección del Empleador y del uso de tecnologías

- 3.1.1. Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.(Art. 9 LPCL)
- 3.1.2. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo (Art. 9 LPCL)
- 3.1.3. Es mucho más económico fiscalizar a través de nuevas tecnologías que hacerlo mediante una fiscalización tradicional o presencial; sin embargo, en muchos casos se puede terminar afectando derechos fundamentales como la imagen, la intimidad, la dignidad y en el Perú, desgraciadamente, no tenemos nada regulado o escrito (De Las Casas De LA Torre Ugarte, Orlando, pág. 70)

3.2. Derechos Fundamentales

- 3.2.1. Los derechos fundamentales son una clase especial de derechos subjetivos cuya diferencia específica estriba en su carácter de fundamental (Bernal Pulido Carlos, pág. 1571).
- 3.2.2. Un derecho fundamental es un todo, es decir, un conjunto de normas y posiciones de derecho fundamental que se adscriben interpretativamente a una disposición de derecho fundamental. (Alexy Robert, 2006, pág 54 ss. Y 163 s.)
- 3.2.3. los derechos fundamentales recogidos en nuestra carta magna, aquellos derechos inherentes a la persona, a su dignidad, intimidad y privacidad, se determinan como fundamento del orden político y la paz social, artículo que tomará relevancia, no por su especial garantía por cuanto de aquellas afectas a los derechos fundamentales, sino como norma interpretativa de estos. (Dotú i Guri Maria del Mar, pág. 26)

3.3. Tecnologías de la Información y de la Comunicación

- 3.3.1. Conjunto de recursos necesarios para tratar información a través de ordenadores y dispositivos electrónicos, aplicaciones informáticas y redes necesarias para convertirla, almacenarla, administrarla y transmitirla. A nivel de usuario, sea individual o empresa, las TIC forman el conjunto de herramientas tecnológicas que permiten un mejor acceso y clasificación de la información como medio tecnológico para el desarrollo de su actividad (<https://economyatic.com/concepto-de-tic/>)

- 3.3.2. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación, también conocidas como TIC, son el conjunto de tecnologías desarrolladas para gestionar información y enviarla de un lugar a otro. Abarcan un abanico de soluciones muy amplio. Incluyen las tecnologías para almacenar información y recuperarla después, enviar y recibir información de un sitio a otro, o procesar información para poder calcular resultados y elaborar informes (Servicios TIC, 2006).
- 3.3.3. Las TIC son herramientas teórico conceptuales, soportes y canales que procesan, almacenan, sintetizan, recuperan y presentan información de la forma más variada. Los soportes han evolucionado en el transcurso del tiempo (telégrafo óptico, teléfono fijo, celulares, televisión) ahora en ésta era podemos hablar de la computadora y de la Internet. El uso de las TIC representa una variación notable en la sociedad y a la larga un cambio en la educación, en las relaciones interpersonales y en la forma de difundir y generar conocimientos (Ciberespacio profesional, 2011).

4. Interrogantes v Objetivos

4.1. Interrogante Básicas de la Investigación

- 4.1.1. Respecto a las medidas de control del empleador a través del uso de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación , ¿Existe una evidente vulneración a los derechos fundamentales de los conductores en su implementación?
- 4.1.2. ¿Cómo podríamos determinar el grado de lesividad a los derechos fundamentales de los conductos, respecto a la implementación de medios de control utilizando las Tecnologías de la Información y Comunicación?
- 4.1.3. ¿Por qué es necesario que el estado peruano incorpore en su ordenamiento jurídico un marco normativo que regule la implementación del uso de Tecnologías de la Información y Comunicación como medios de control de conducción de los trabajadores (conductores)?
- 4.1.4. ¿El empleador debería de comunicar al trabajador la implementación de las Tecnologías de la Información y Comunicación en sus funciones de este último?

4.2. Objetivos:

4.2.1. General:

Analizar el grado de lesividad de todos los medios de control (a través de las T.I.) que el empleador utiliza para poder fiscalizar a sus conductores

Específicos:

Determinar a través de la aplicación del test de proporcionalidad, el grado de lesividad de los medios de control (a través de las T.I.) utilizados por los empleadores para la fiscalización de los conductores.

Proponer un marco normativo que pueda establecer criterios respecto a cuales son los medios de control mas adecuados y menos lesivos para supervisar a los conductores.

Estipular a través del marco normativo la obligación del empleador para que pueda incorporar en el contrato de trabajo del conductor el medio de fiscalización.

5. Antecedentes Investigativos:

A la fecha existen investigaciones que han abordado el tema del monitoreo a través del sistema de video vigilancia en el transporte minero, no obstante ello, ninguna ha realizado una ponderación frente a derechos fundamentales, pudiendo citar y tomar de referencia las siguientes tesis de pregrado a nivel nacional; sin embargo, es preciso resaltar que a nivel local se buscó antecedentes investigativos vinculados al tema propuesto en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI), así como Alicia- CONCYTEC no habiendo encontrado registros que concuerden con el problema planteado:

- A nivel nacional:

Titulo	“NIVEL DE EFICIENCIA DEL SISTEMA DE MONITOREO DE FATIGA EN CONDUCCIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE ACCIDENTES EN LOS OPERADORES DE CAMIONES MINEROS EN MINA A TAJO ABIERTO, CAJAMARCA 2016”
Autor	Chunqui Marchena, Franklin Eberth
Fecha de publicación	Diciembre de 2016
Disponible en	http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/28491
Editorial	Universidad César Vallejo

Conclusiones	<p>El autor concluye que el monitoreo de fatiga consiste en reportar al conductor que muestra signos de cansancio o si se percibe que el conductor se encuentra haciendo uso de equipos de distracción; en ese sentido, el autor propone que ya que el camión minero cuenta con sistema de una cámara la cual está monitoreando las 24 horas del día, al registrar algún gesto del operador el sistema emitirá un reporte al centro de control para la intervención del operador, es decir, este sistema da la opción de tomar las acciones inmediatas</p>
--------------	--

- A nivel internacional:

Titulo	“USO Y APLICACIONES DE DRONES EN LA MINERÍA”
Autor	Sánchez García Manuel
Fecha de publicación	Diecisiete de septiembre de 2017
Disponible en	https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/112714/PFC%20Manuel%20Sanchez.pdf?sequence=1&isAllowed=y
Editorial	Universidad Manresa - España
Conclusiones	<p>El autor concluye que el uso de drones con video vigilancia estaba muy extendido en control de fronteras, en la supervisión y protección de grandes espacios por parte de policía y fuerzas de seguridad y especialmente a nivel militar y en funciones de espionaje. Pero su uso, cada vez está más extendido en el ámbito privado, pues es la mejor solución de video vigilancia para la protección y vigilancia de grandes espacios, por su amplio campo de visión, por su velocidad y por su versatilidad, como es el caso del sector minero. A su vez concluye que a diferencia de las cámaras de vigilancia fijas que sólo son útiles cuando la intrusión o la incidencia tiene lugar delante de su</p>

	objetivo, el dron es capaz de buscar, localizar y seguir objetivos.
--	---

6. **Hipótesis:**

Dado que existe una falta de regulación en la utilización de nuevas tecnologías de la información para implantar formas de control a los conductores por parte del empleador.

Es probable que sigan existiendo casos de una evidente vulneración a derechos fundamentales de los conductores.

7. **MARCO OPERATIVO**

7.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

7.1.1. TÉCNICAS

Según las interrogantes y objetivos planteados, para la recolección de información se empleará la técnica de investigación documental.

7.1.1.1. Tipo y nivel de investigación

7.1.1.2. Tipo: Descriptiva

7.1.1.3. Nivel: Pura

7.2. Instrumentos

Fichas Bibliográficas

Fichas Resumen

Documentos

BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFIA E INFORMATIGRAFIA

a) **BIBLIOGRAFÍA**

- Constitución Política del Perú
- Convención americana de derechos humanos
- Declaración Universal de los derechos humanos
- Normas Legales de carácter general
- Normas legales del sector transporte
- Normas legales del sector trabajo
- Proyecto Ley N° 2604/2013-CR

- Proyecto Ley N°33929/2013-CR

b) Textos

- Armando Grisolia Julio y Ricardo Diego Hierrezuelo, Las facultades de control del empleador y las nuevas tecnologías (2009), disponible en : <http://www.adaptinternacional.it>
-
- ELIAS BAZURTO ABEL PAOLO, El Avance De Las Tecnologías De Las Información Y Comunicación En El Ordenamiento Jurídico Peruano: El Delgado Límite Entre La Facultad De Fiscalización Empresarial Y La Vida Privada Del Trabajador, IUS – Revista de Investigación de la Facultad de Derecho Vol. VIII No. 14 (Año 2018).
- LUZ PACHECO ZERGA, El Poder De Control Empresarial Y El Respeto A La Intimidad En La Utilización De Los Recursos Electrónicos: Un Estudio De Derecho Comparado. Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura, Perú-Lima, 2006.
- LUZ PACHECO ZERGA, El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de Derecho comparado, Revista Laborem, Perú-Lima, 2006
- LUZ PACHECO ZERGA, El Deber De Buena Fe Ante Las Medidas De Control En El Uso De La Computadora Y Del Correo Electrónico, Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura, Perú-Lima, 2008.
- LUZ PACHECO ZERGA, El control de los medios informáticos en el centro de trabajo n° 83, 235-243, Gaceta Constitucional, Perú-Lima, 2015.
- LUZ PACHECO ZERGA, El respeto a la dignidad humana en la aplicación de las leyes laborales." en VII Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Publicaciones de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Perú- Lima, 2016.
- LUZ PACHECO ZERGA, LA DIGNIDAD HUMANA EN EL DERECHO DEL TRABAJO, Editorial Aranzadi, S.A. Primera edición, Lima-Perú, 2017.
- LUZ PACHECO ZERGA, El control de los medios informáticos en el centro de trabajo: criterios del Tribunal Constitucional. Gaceta Constitucional N° 112, p43-57, Perú-Lima, 2017.

- Matos Zegarra Mauricio, La facultad de fiscalización del empleador a través de medios informáticos, Contactos de PR, página web EY Buildinga BetterWorkingWorld, 2015, disponible en : https://www.ey.com/PE/es/SearchResults?query=MAURICIO+MATOS&search_options=country_name
- UGARTE C. JOSE LUIS, El Derecho a la Intimidad y La Relación Laboral. . Publicaciones de la Dirección del Trabajo de Chile, 2004.

