
CRÍTICA DEL DERECHO DE ACCESO AL TRABAJO EN LA REALIDAD PERUANA

CRITIQUE OF ACCESS TO EMPLOYMENT RIGHT IN THE PERUVIAN REALITY

Oscar Raúl CHUQUILLANQUI ARAGÓN

Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú. Asociado de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas.

oscar.chuquillanqui@gmail.com

Fecha de envío: 15/03/2021

Fecha de aceptación: 17/03/2021

CRÍTICA DEL DERECHO DE ACCESO AL TRABAJO EN LA REALIDAD PERUANA

Oscar Raúl CHUQUILLANQUI ARAGÓN

Sección Peruana de Jóvenes Juristas

Resumen: El presente trabajo expone la conceptualización del derecho de acceso al trabajo en el Perú para luego desarrollar y criticar los mecanismos de tutela que protegen este derecho en el marco legal peruano, profundizando en los vinculados con el mandato de no discriminación. Finalmente, presentamos una serie de propuestas para mejorar el tratamiento de este derecho, las mismas que toman relevancia tras los nuevos retos producto de la COVID-19.

Palabras clave: Acceso al trabajo - Discriminación - Motivos prohibidos - Derecho al trabajo

Sumario: 1. Aclaración Previa. 2. El lado oscuro del derecho al trabajo: Conceptualizando el acceso al empleo. 3. Qhapaq Ñan: la tutela del derecho de acceso al trabajo en el Perú, un camino en construcción. 3.1. Una de las primeras piedras: ratificación del Convenio No. 111 de la OIT. 3.2. Indemnización por discriminación: “esas son monedas que no valen nada”. 3.3. Multas administrativas por discriminación. 3.4. “Ya lo pasado pasado”: el acceso al trabajo y el principio de resocialización. 3.5. Cuota de empleo en favor de personas con discapacidad. 3.6. Postulantes vs trabajadoras: La protección especial de la gestante en el trabajo. 4. Propuestas de mejora: “hay, hermanos, muchísimo que hacer”. 4.1. Utilizar una mejor técnica legislativa. 4.2. Precisiones procesales. 4.3. Legislar tomando en cuenta las dos caras del derecho al trabajo. 5. La del Estribo: nuevas formas de discriminación en el acceso al empleo producto de la pandemia por la COVID-19. 6. Reflexiones finales.

Abstract: This paper presents the conceptualization of the access to employment right in Peru, then develops and criticizes the mechanisms of protection of this right in the Peruvian legal framework, especially related to the non-discrimination mandate. Finally, we present a series of proposals to improve the treatment of this right, which become relevant after the new challenges resulting from COVID-19.

Key words: Access to employment - Discrimination - Prohibited grounds - Labor Law

Summary: 1. Prior clarification. 2. The dark side of the Labor Law: Conceptualizing the access to employment. 3. Qhapaq Ñan: the protection of the access to employment right in Peru, a road in construction. 3.1. One of the first stones: ratification of Convention No. 111. 3.2. Compensation for discrimination: "these are worthless coins". 3.3. Administrative fines for discrimination. 3.4. "Bygones be bygones": access to employment and the resocialization principle. 3.5. Employment quota for people with disabilities. 3.6. Applicants vs. workers: Special protection of pregnant women in the workplace. 4. Improvement proposals: "there is, brothers, a lot to do". 4.1. Use a better legislative technique. 4.2. Procedural clarifications. 4.3. Legislate taking into account the two sides of the Labor Law. 5. The one with the stirrup: new forms of discrimination in access to employment as a result of the COVID-19 pandemic. 6. Final reflections.

1. Aclaración previa

El presente trabajo busca rendir un homenaje a quien en vida fue Oscar Ermida Uriarte, distinguido abogado y profesor uruguayo; a quien tuvimos la oportunidad de conocer mediante la lectura de sus textos académicos durante nuestra época universitaria en la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, lecturas que deberían ser de carácter obligatorio a todas las personas que tengan un gusto y/o acercamiento al derecho laboral; por ello, el título del presente artículo parafrasea, de alguna manera, los utilizados por el profesor Ermida en dos de sus obras: “Crítica de la subordinación”¹ y “Crítica de la libertad sindical”².

Asimismo, siguiendo el ejemplo del maestro, aclaramos que la expresión crítica en este trabajo no es en contra de la existencia del derecho al acceso al trabajo, sino más bien se apunta al poco desarrollo, tanto legislativo como doctrinario, que ha tenido este derecho, al menos en la realidad peruana, despojándolo de esa manera de la real importancia, que desde nuestro punto de vista, debería gozar. Realizada esta aclaración, debemos reconocer que el profesor Ermida no solo fue un académico brillante, sino que su capacidad visionaria lo llevó a despertar el interés de todo un texto con solo las palabras del título de sus obras, hecho que podría posicionarlo como el precursor de los ahora denominados “clickbaik” (tomando el mejor sentido del término), concepto que toma mayor relevancia en este mundo cada vez más digital producto de la pandemia de la Covid-19.

Hechas las precisiones previas, en este trabajo se expondrá como ha sido definido el derecho de acceso al empleo o trabajo en el Perú mediante su reconocimiento constitucional, desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional, así como los planteamientos realizados por la doctrina especializada, estableciendo como parámetro mínimo de respeto el

* El presente trabajo está dedicado a la “norma” más importante de mi vida, no me refiero a la Constitución, pero, sí a mi madre Norma Aragón Ramírez, gracias por todo.

¹ Oscar Ermida Uriarte y Oscar Hernández Álvarez, “Crítica de la Subordinación”, *Ius Et Veritas* 13, no. 25 (2002): 281-295. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16214>.

² Oscar Ermida Uriarte, “Crítica de la Libertad Sindical”, *Derecho PUCP*, no. 68 (junio 2012): 33-61. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.001>.

cumplimiento al mandato de no discriminación, si bien somos conscientes que existen otras aristas que abordar en el derecho de acceso al empleo, por temas de extensión profundizaremos únicamente en la problemática de la discriminación en el sector privado. Luego, pasaremos a desarrollar y criticar los mecanismos de tutela al derecho de acceso al trabajo establecidos en el Perú, ya que, muchos de ellos son contradictorios e ineficaces. Finalmente, humildemente, plantearemos algunas propuestas de solución para salvaguardar el derecho de acceso al empleo. Asimismo, haremos hincapié de que este tópico tomará más relevancia en los años venideros, ya que, la pandemia producto de la COVID-19, ha generado una masiva tasa de desempleo mundial que obliga al derecho laboral a girar el foco de atención a la protección del acceso al trabajo.

2. El lado oscuro del derecho al trabajo: Conceptualizando el acceso al empleo

El derecho al trabajo es un Derecho Fundamental reconocido por la Constitución del Perú (artículo 22 y siguientes), esta regulación constitucional no solo se limita a tutelar la relación de trabajo en su etapa contractual, sino que también tutela la etapa previa, es decir el acceso al trabajo, el cual debe ser fomentado por el Estado y velar para que se produzca en condiciones de igualdad de trato, igualdad de oportunidades y bajo el mandato de no discriminación. En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano, en reiterada jurisprudencia, ha establecido lo siguiente:

El contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: Por un lado, el **derecho a acceder a un puesto de trabajo**, y por otro lado, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. **En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo**; precisando que la satisfacción de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto se trata del derecho al

trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.³ (énfasis nuestro)

Muchos años antes, en 1981, DE BUEN, ya había establecido esta posición al señalar que “[e]l derecho al trabajo presenta, sin duda alguna, varias formas de manifestarse. Podríamos hablar, en primer término, del derecho a adquirir un empleo. En segundo lugar, del derecho a conservar un empleo”⁴. Asimismo, el autor citado profundizaba su análisis respecto la primera forma de manifestación del derecho al trabajo de la siguiente manera:

La primera manifestación, aun cuando se exprese programáticamente en forma absoluta es, siempre, relativa. En todo caso dependerá de la condición de cada país y del equilibrio económico y demográfico que pueda lograrse. Puede tener diferentes expresiones: el Estado asume por sí mismo la obligación de dar empleo, o bien, el Estado obliga a los particulares para que éstos lo hagan. Tiene, en ocasiones, una institución complementaria que sólo puede operar en países con una situación económica privilegiada, y un adecuado sistema de seguridad social: el seguro de desempleo. La realidad de las cosas es que el derecho a adquirir un empleo, por éstas y otras muchas consideraciones, tiene mucho de utópico.⁵

Nosotros, coincidimos con DE BUEN en el extremo que el derecho al acceso al trabajo es algo programático que dependerá mucho del contexto en el que se encuentre inmerso el país, evidentemente el Estado no puede estar en condiciones de otorgar una fuente de ingreso a todos los ciudadanos, ni puede obligar a privados a que lo hagan, sin embargo, sí puede y a nuestro entender sí debe incentivar y fomentar que el acceso al trabajo se de en condiciones de igualdad de trato, de oportunidades y en respeto al mandato de no

³ Tribunal Constitucional del Perú. **EXP. Nro. 03052-2009-PA/TC. Fundamento 11. Precisamos que dicha posición se mantiene hasta la actualidad; como por ejemplo, en el Fundamento 3 de la sentencia recaída en el EXP. 03343-2018-PA/TC, en la cual se vuelve a recalcar este doble sentido del derecho al trabajo:**

“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Al respecto, este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos: de una parte, el de acceder a un puesto de trabajo; y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por una causa justa.”

⁴ Nestor De Buen, *Derecho del trabajo* (México D.F.: Editorial Porrúa S.A., 1981), 80. Tomo Primero, Cuarta Edición.

⁵ De Buen, *Derecho del Trabajo*, 80.

discriminación. Entendemos que ello constituye el piso mínimo que debe construir el Estado para que en base de ello los ciudadanos puedan pugnar por obtener un empleo.

Por lo antes dicho, concordamos con BLANCAS cuando establece que “[e]s evidente que el “derecho al trabajo” tiene una expresión extracontractual, como expectativa legítima de toda persona a obtener de la sociedad en que vive, un puesto de trabajo que le permita subsistir y desarrollarse”⁶; por lo que, para efecto del presente trabajo, entendemos que el derecho a acceder a un puesto de trabajo se extiende en toda la etapa precontractual de la relación laboral, aquella que inicia cuando el empleador requiere cubrir un determinado puesto de trabajo –ya que al realizar la convocatoria no podrá incluir requisitos discriminatorios- hasta la contratación de la postulante para el puesto disponible –debiéndose llevar todas las entrevistas y/o exámenes bajo el principio de no discriminación, igualdad de oportunidades y buena fe-. Entendida así el procedimiento de reclutamiento o la etapa precontractual, doctrina especializada en recursos humanos menciona que dentro de ésta hay que diferenciar entre dos subetapas; por un lado tenemos la subetapa de convocatoria de personal, la cual es acto abierto y que busca **atraer** postulantes (aspecto positivo); por otro lado, tenemos la subetapa de selección, la cual es un proceso de **descarte** de postulantes en busca del más idóneo para el cargo (aspecto negativo)⁷.

En consecuencia, el derecho de acceso al trabajo tiene reconocimiento constitucional en el Perú, sin embargo, ello no implica otorgar un puesto de trabajo a cada ciudadano, pero, sí conlleva que el Estado establezca y fiscalice las condiciones en las cuales se podrá acceder a un puesto de trabajo, jugando un papel importante el respeto al mandato de no discriminación, el cual también tiene un reconocimiento constitucional general aplicable a todo ciudadano y específico en las relaciones laborales⁸.

⁶ Carlos Blancas Bustamante, *El derecho de la estabilidad en el trabajo* (Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo. ADEC-ATC, 1991), 21.

⁷ Al respecto véase: Idalberto Chiavenato, *Gestión del talento humano* (Mexico D.F: McGraw-Hill/Interamericana Editores S.A., 2009), 101-170; Lydia Arbaiza, *Dirección de recursos humanos: el factor humano* (Lima: Universidad Esan, 2016) 81-121 y Pinkas Flint Blanck, *La revolución del derecho de seguros y del derecho laboral* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 1998), 127-146.

⁸ Constitución Política del Perú

3. Qhapaq Ñan⁹: la tutela del derecho de acceso al trabajo en el Perú, un camino en construcción

Ya definido lo que se entiende por derecho de acceso al trabajo o acceso al empleo, queremos exponer que mecanismos de tutela ha establecido el Perú para salvaguardar su cumplimiento y/o sancionar a los infractores. Como veremos hay algunas iniciativas interesantes, pero, que desde nuestra perspectiva no han sido eficaces o resultan contradictorias. Sin duda la principal problemática a combatir en la etapa de acceso al trabajo es la discriminación que se puede generar en ella, más aún si tomamos en cuenta las palabras de ERMIDA cuando menciona que “la relación de trabajo en tanto relación de poder o relación desigual, es un campo fértil, un campo de cultivo para la discriminación”¹⁰. Consideramos, que el referido “campo de cultivo” es aún más fértil durante la etapa precontractual, porque, es aquí donde se aprecia la asimetría de poderes en sentido puro, ya que, al no existir todavía contrato de trabajo, no existe equiparación normativa que evite, o al menos intente reducir, una relación abusiva entre las partes.

3.1. Una de las primeras piedras: ratificación del Convenio No. 111 de la OIT

“El concepto de discriminación, a pesar de presentar una cierta elasticidad, tiene siempre dos elementos definidores. Se trata, en primer lugar, de la diferencia de trato con respecto a alguien (término de comparación) y,

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...]

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

“Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. [...]

⁹ En idioma quechua significa “Camino Inca”, está constituido por un complejo sistema vial (caminos preincaicos e incaicos) que durante el siglo XV los incas unificaron y construyeron como parte de un gran proyecto político, militar, ideológico y administrativo que se conoció como Tawantinsuyu.

¹⁰ Oscar Ermida Uriarte. “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”, *Revista Derecho & Sociedad.*, no. 37 (2011): 18.

después, del fundamento o apoyo en determinados motivos o razones específicas (causa de discriminación)”¹¹. Es claro, que en la subetapa de selección el término de comparación se manifiesta en la cantidad de postulantes que tienen el interés de acceder a un mismo puesto de trabajo, aquí el empleador tiene la posibilidad de compararlos y elegir, quién a su criterio es el más apto; pero si su decisión se basa, o hay pruebas que puedan llevarnos a pensar que se basaron, en los denominados “motivos prohibidos”, esta decisión debería ser inválida.

Pero ¿cuáles son los motivos prohibidos? una remisión importante la encontramos en la Constitución de 1993¹², sin embargo, una referencia previa y más específica del ámbito laboral lo encontramos en el Convenio No. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo, el cual fue ratificado por el Perú el 10 de agosto de 1970 y señala que “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”¹³; al respecto, defendemos la idea de que, si bien estos motivos son generales, es decir abarcan múltiples supuestos, no son taxativos, porque no podemos equiparar la realidad social de las naciones, ya que, podrán existir nuevos motivos prohibidos a partir de las problemáticas propias de cada país. Esta línea de pensamiento la sigue la OIT, al establecer en su artículo 1, párrafo 2.b¹⁴, la posibilidad de ampliar los supuestos de discriminación que considere el

¹¹ Luis Martínez Rocamora, *Decisiones empresariales y principio de igualdad* (Barcelona: Cedecs, 1998), 166.

¹² La Constitución Política del Perú de 1993, vigente en la actualidad, señala en su artículo lo siguiente:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole

[...]

Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.”

¹³ OIT. 1984, Convenio 111, artículo 1, párrafo 1.a.

¹⁴ OIT. 1984, Convenio 111, artículo 1, párrafo 2.b. “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones

país miembro, previa coordinación con las instituciones representativas de los distintos actores sociales. Por su parte la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, siguiendo lo regulado por la OIT, mediante Casación No. 4133-2009 Arequipa (El Peruano, 30 de abril de 2013) estableció lo siguiente en el fundamento Décimo Quinto:

La discriminación en el ámbito laboral implica una conducta del empleador carente de objetividad y razonabilidad con relación al trato desigual de uno o más trabajadores. Esto es, consiste en dispensar a las personas un trato diferencial y menos favorable debido a determinados criterios, como el sexo, color de piel, religión, ideas políticas o el origen social, entre otros motivos, sin tomar en cuenta los méritos y calificaciones necesarias para el puesto de trabajo que se trate. Estas acciones proscritas por la Constitución pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes: Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo. Acto de diferenciación durante la relación laboral.¹⁵

Asimismo, el artículo 1, numeral 2, del Convenio 111 de la OIT, establece que “[l]as distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”, ello es acogido en nuestro poder judicial en la Casación No. 4133-2009-Arequipa (El Peruano, 30 de abril de 2013) que estableció lo siguiente en el fundamento Décimo Cuarto:

No obstante lo señalado, tanto la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar tratos diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario. [...] Es decir, no todo trato desigual constituye discriminación constitucionalmente prohibida, sino sólo aquella que no está razonablemente justificada¹⁶.

representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

¹⁵ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema. Casación N° 4133-2009-Arequipa, fundamento Décimo Quinto.

http://www.trabajo.gob.pe/JURISPRUDENCIA/ficheros/casacion_771.pdf.

¹⁶ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema. Casación N° 4133-2009-Arequipa, fundamento Décimo Cuarto.

http://www.trabajo.gob.pe/JURISPRUDENCIA/ficheros/casacion_771.pdf.

En consecuencia, quedado evidenciado que una de las principales problemáticas que afecta directamente al derecho de acceso al trabajo es la discriminación, por ello, combatir esta problemática constituye un pilar fundamental para la adecuada tutela del derecho al acceso al empleo.

3.2. Indemnización por discriminación: “esas son monedas que no valen nada”¹⁷

De una interpretación sistemática del artículo 2, numeral 1, literal c, de la Ley No. 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo¹⁸ y los artículos 8 y 9 del Decreto Supremo No. 002-98-TR¹⁹, podemos concluir que un ciudadano que ha sido discriminado en un proceso de reclutamiento de personal puede demandar una indemnización a la empresa convocante mediante un proceso ordinario laboral.

Ello podría ser de utilidad para la fase de la convocatoria del proceso de reclutamiento, donde un elemento probatorio importante podría ser el aviso de oferta de empleo donde se establezca uno o varios motivos prohibidos sin justificación alguna (por ejemplo: “ se requiere mujer de test blanca de 25 años

¹⁷ Extracto de la canción “Cholo soy y no me compadezcas” del cantautor peruano Luis Abanto Morales, quien fue condecorado con el título de Patrimonio Cultural de América, por la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1987. Esta canción es considerada un himno para los peruanos que a finales del siglo XX tuvieron que migrar a la capital del Perú, Lima.

¹⁸ Ley No. 29497

“Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo

Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:

1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:

[...]

c) **Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.**” (énfasis nuestro)

¹⁹ Decreto Supremo No. 002-98-TR:

“Artículo 8.- La persona que hubiere participado en un procedimiento de selección o admisión a un puesto de trabajo o a un medio de formación educativa y que, debido a criterios discriminatorios señalados por la Ley, no hubiese sido contratada o admitida, podrá demandar una indemnización por los daños sufridos. Dicha demanda será tramitada en la vía civil en un proceso de conocimiento.

Artículo 9.- La indemnización a que se refiere el artículo anterior, será fijada con criterio de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse en consideración, el monto de la remuneración anual ofertada o de la pensión anual, según se trate de discriminación en materia de oferta de empleo o de acceso a medios de formación educativa, respectivamente.”

de buena presencia para cubrir determinado puesto”); pero, qué elemento probatorio podría ser utilizado si la discriminación se produce en la segunda fase del procedimiento de reclutamiento: la fase de selección, la cual incluye las famosas entrevistas personales, esta etapa de oralidad evita o reduce la posibilidad de que ante algún escenario de discriminación se cuente con un medio de prueba que lo avale. Asimismo, las malas empresas que quieran mantener prácticas discriminatorias solo deberán eliminar los motivos prohibidos en las ofertas de empleo que realicen, es decir cuidar la formalidad de su aviso, siendo posible que estas malas prácticas se mantengan en los hechos.

Entonces, estamos ante una buena iniciativa legislativa que termina siendo insuficiente por no tomar en consideración ambas fases de un proceso de reclutamiento. En el mismo sentido, doctrina nacional, menciona que “[n]o resulta común, encontrar una sentencia que aborde el tema de discriminación en el acceso al empleo, y más difícil es encontrar una que ampare al demandante en este tipo de supuestos. Posiblemente ello tenga como justificación [...] la falta de medios probatorios para determinar ya sea el motivo o el efecto de la discriminación”²⁰. A la dificultad probatoria antes mencionada habría que añadir que los posibles afectados tienen muy poco interés en iniciar un proceso judicial porque ello implica una inversión económica (honorario de abogados y aranceles judiciales) y de tiempo (asistencia a audiencias y coordinaciones con su abogado).

Por otro lado, el artículo 9 del Decreto Supremo No. 002-98-TR²¹ establece que la indemnización debería ser proporcional y razonable, tomando como parámetro el monto de la remuneración anual ofertada. El gran problema con ello es que en el Perú no existe obligación legal para las empresas privadas

²⁰ Jorge Toyama Miyagusuku. “Discriminación en las ofertas de empleo”, *Dialogo con la Jurisprudencia*, no. 87 (Diciembre 2005): 26. Otras posibles causas que expresa el autor son: 1. “[E]l desconocimiento del alcance de este derecho por los postulantes preocupados más por encontrar un trabajo” y 2. “[L]os costos de iniciar y seguir un proceso para una persona sin recursos, pues estamos ante desempleados”.

²¹ Decreto Supremo No. 002-98-TR:

Artículo 9.- La indemnización a que se refiere el artículo anterior, será fijada con criterio de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse en consideración, el monto de la remuneración anual ofertada o de la pensión anual, según se trate de discriminación en materia de oferta de empleo o de acceso a medios de formación educativa, respectivamente.

de establecer el monto de la remuneración ofertada²²; por lo que, en este sector nos quedamos sin un método claro para cuantificar una eventual indemnización.

En consecuencia, criticamos enérgicamente la mala aplicación de la legislación que prohíbe la discriminación en el acceso al trabajo en el Perú, ya que, si bien ha sido prohibida, estableciendo acciones contrarias como supuesto de hecho sancionables, la consecuencia jurídica para quienes la incumplen no es eficaz, generando el incentivo perverso de no cumplir con el mandato de no discriminación o en el mejor de los escenarios dejar en la esfera de decisión personal de cada ciudadano si la cumple o no.

3.3. Multas administrativas por discriminación

Otra sanción regulada en nuestra legislación contra actos de discriminación en el acceso al empleo la encontramos en el artículo 3 de la Ley No. 26772²³ en donde se establece la posibilidad de que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Ministerio de Trabajo) imponga multas de hasta tres (03) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)²⁴, es decir S/ 13,200.00 (Trece mil doscientos con 00/100 Soles) o incluso se podría sancionar con el cierre temporal del local por el plazo máximo de un año, sin embargo, en caso la medida de cierre sea muy perjudicial se podrá optar por duplicar el monto de la multa impuesta.

²² Distinto es el caso de las entidades del sector público. En este caso si podría utilizarse como parámetro la remuneración anual detallada en la convocatoria.

²³ El mencionado artículo 3 de la Ley No. 26772, modificado en el año 2000 por el artículo 2 de la Ley No. 27270 y nuevamente modificado en el año 2017 por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley No. 30709 establece lo siguiente:

Artículo 3.- Las personas naturales o jurídicas que, en el ejercicio de su actividad a través de sus funcionarios o dependientes, incurran en las conductas que impliquen discriminación, anulación, alteración de igualdad de oportunidades o de trato, en las ofertas de empleo y durante la relación laboral, serán sancionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; y cuando se refieran al acceso a centro de formación educativa, serán sancionadas por el Ministerio de Educación. La sanción administrativa será de multa no mayor de tres (03) Unidades Impositivas Tributarias o cierre temporal del local que no excederá de un año. En los casos antes mencionados se podrá sustituir la sanción de cierre temporal por el doble de la multa impuesta, si las consecuencias que pudieran seguir a un cierre temporal lo justifican. La sanción se aplica sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar a favor de la persona afectada.

²⁴ Actualmente, conforme Decreto Supremo No. 392-2020-EF, en el 2021 una (01) UIT equivale a S/ 4,400.00 (Cuatro mil cuatrocientos con 00/100 Soles).

Por si misma la medida parecería ideal; sin embargo, la norma antes citada no es la única que establece multa por discriminación en el acceso al trabajo a las entidades que realicen prácticas discriminatorias, ya que, en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo aprobado por Decreto Supremo No. 019-2006-TR establece como Infracción muy grave en materia de relaciones laborales la discriminación en la contratación de personal; regulando la infracción como sigue:

Artículo 25.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales
Son infracciones muy graves los siguientes incumplimientos:

25.17 La discriminación del trabajador, directa o indirecta, en materia de empleo u ocupación, como las referidas a la contratación, retribución, jornada, formación, promoción y demás condiciones, por motivo de origen, raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, portar el virus HIV o de cualquiera otra índole.

Un primer problema con la redacción de la infracción citada es que afecta el principio de legalidad, ya que, inicia la tipificación señalando “la discriminación del trabajador”, dejando de lado la posibilidad de incluir a postulantes como perjudicados en el escenario de discriminación en la contratación, ello, porque los postulantes no son trabajadores propiamente dichos; por lo que, alguna empresa que realizó actos discriminatorios encontraría en ello una defensa formal exitosa.

Una segunda crítica, respecto el escenario de contar con dos normas que regulan una multa por discriminación, la encontramos en la contradicción que incurren al determinar el monto económico de la multa, mientras una establece el tope de tres (03) UIT, la otra (Reglamento de la Ley General de Inspecciones)²⁵ regula una multa superior en escenarios de Pequeñas empresas con más de 51 trabajadores, permitiendo multas desde tres punto cincuenta y seis (3.56) UIT

²⁵ Defensoría del Pueblo, *La Discriminación en el Perú: problemática, normatividad y tareas pendientes*. (Lima: Series de Documentos Defensoriales – Documento No. 2, 2007)
https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session2/PE/DP_PER_URP_S2_2008anx_ane_xo2dd002_07.pdf

hasta siete punto sesenta y cinco (7.65) UIT o en empresa del régimen general (no micro ni pequeña empresas) que cuenten con más de 11 trabajadores, permitiendo una multa desde cinco punto veinticinco (5.25) UIT hasta cincuenta y dos punto cincuenta y tres (52.53) UIT. Nuevamente, esta contradicción genera una ventaja al eventual infractor, ya que, de nada sirve establecer multas tan elevadas si existe una regulación que la objeta.

Otro problema, que genera una segunda norma que regule y sancione la misma conducta es que se podría caer en la vulneración del principio de Non bis in ídem, en la medida que concurran los mismos hechos (datos facticos del caso en concreto), sujeto (persona natural o jurídica que realiza actos de discriminación) y fundamento (discriminación en el acceso al empleo), ello lejos de facilitar la imposición de sanciones en los hechos haría que las autoridades encargadas de imponer las sanciones actúen de forma timorata ante escenarios de discriminación en el acceso al empleo.

3.4. “Ya lo pasado pasado”²⁶: el acceso al trabajo y el principio de resocialización

Una práctica muy común en el Perú es que las empresas convocantes de un procedimiento de reclutamiento soliciten a los postulantes tres documentos: (i) certificado de antecedentes penales²⁷, (ii) certificado de antecedentes judiciales²⁸; y, (iii) certificado de antecedentes policiales²⁹, con la finalidad de contratar a una persona “íntegra”.

Este criterio de evaluación ha sido avalado por el propio Ministerio de Trabajo, ya que, desde el 2018 con la promulgación del Decreto Legislativo No. 1378 se facilitó el acceso al “Certificado Único Laboral para Jóvenes –

²⁶ Extracto de la canción “Lo pasado, pasado” compuesta por el cantautor mexicano Juan Gabriel e interpretada por el cantante mexicano José José.

²⁷ Documento oficial que certifica si una persona registra o no sentencias condenatorias impuestas como consecuencia de haber cometido un delito, emitido por el Poder Judicial.

²⁸ Documento que detalla si estás o has estado recluso en un Establecimiento Penitenciario (interno) o si se han realizado trabajos comunitarios impuestos por la autoridad judicial, emitido por el Ministerio de Justicia.

²⁹ Este certificado muestra si la persona tiene o no algún tipo de antecedente o ha cometido algún acto delictivo y/o se encuentra en un proceso de investigación, es emitido por la Policía Nacional del Perú.

CERTIJOVEN”, documento que contiene la información sobre antecedentes policiales, penales y judiciales, entre otros. Dicha entidad, promociona este servicio como un beneficio para poder “incrementar las oportunidades de inserción al mercado laboral formal [...] mediante el otorgamiento en un solo trámite de toda la información requerida por los empleadores”³⁰ Como su propio nombre lo indica este certificado tenía como “beneficiarios” a personas que tengan entre 18 y 29 años de edad; sin embargo, como consecuencia de la pandemia de la COVID-19 mediante Decreto Legislativo No. 1498 se extendió su cobertura, incluyendo a ciudadanos con edad superior a 30 años, llamándose en dichos casos CERTIADULTO.

Consideramos que en determinados casos puede ser válido que los empleadores requieran alguno de estos antecedentes al postulante, ya que, hay algunos delitos que pueden estar muy vinculados a las funciones del puesto que se requiere cubrir (por ejemplo: un administrador que haya sido condenado por malversación de fondos); sin embargo, esta práctica no puede ser masivamente aceptada ni generalizada a la totalidad de convocatorias de empleo sin que se tome en cuenta las funciones del puesto de trabajo que se requiere cubrir, ya que, excluir a un postulante con antecedente policial, penal o judicial podría constituir un acto discriminatorio.

Por todo lo dicho criticamos enérgicamente al Ministerio de Trabajo, por no fomentar el uso restringido de los antecedentes bajo comentario y por no velar que el acceso al trabajo se produzca sin vulnerar el mandato de no discriminación; por el contrario, el Ministerio viene fomentando y facilitando que prácticas de ese tipo se masifiquen.

Nuestra posición se ve reafirmada por reciente jurisprudencia que ha establecido que “la revisión de los antecedentes penales, [...], como documento determinante para acceder a la condición de feriante³¹, resulta lógico que esto se convierta en un tipo de discriminación laboral”³². Es decir, para el Juzgado de

³⁰ Decreto Legislativo No. 1378, artículo 1.

³¹ Es un puesto de trabajo.

³² Juzgado de Derecho Constitucional Transitorio de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, Expediente No. 00761-2017-0-0501-JR-DC-01, fundamento 6.1 (2018) <https://lpderecho.pe/tc-limitar-derecho-trabajo-tener-antecedentes-penales-constituye-discriminacion-laboral/>.

Derecho Constitucional Transitorio de Huamanga la revisión de este tipo de antecedentes para un determinado puesto es considerada discriminación.

Asimismo, consideramos que el requerimiento de solicitar antecedentes judiciales sin contar con una justificación clara, atenta contra el artículo 139, numeral 22 de la Constitución Política del Perú, donde se reconoce que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y **reincorporación del penado a la sociedad**” (énfasis nuestro). Dicho esto, podemos concluir que uno de los fines de la función jurisdiccional es brindar a una persona condenada por un delito la capacidad de poder reingresar a la sociedad tras cumplir con la pena impuesta, lo cual incluye la necesidad y derecho de poder acceder a un empleo.

Por otro lado, respecto los antecedentes policiales, consideramos que de igual forma solicitarlos sin tener una justificación razonable implicaría una vulneración al principio de presunción de inocencia, establecido en el artículo 2, numeral 24, literal e, de la Constitución³³.

En base a todo lo comentado, consideramos que el Ministerio de Trabajo debería reevaluar el “beneficio” otorgado, cuando menos restringiéndolo en determinados casos, así como redirigir sus esfuerzos en tutelar el derecho de acceso al empleo.

3.5. Cuota de empleo en favor de personas con discapacidad

A finales del año 2012 en el Perú se promulgó la Ley No. 29973 “Ley General de la Persona con Discapacidad” que tiene como finalidad promover entre otras cosas el acceso al empleo de este grupo en situación de vulnerabilidad, estableciendo en su artículo 49 una cuota de empleo que asciende al 3% de la planilla de la empresa del sector privado que cuenten con más de 50 trabajadores.

³³ Constitución

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...]

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...]

e. toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

Si bien desde nuestro punto de vista esta regulación es positiva y va acorde con las políticas públicas del país permitiendo la inserción de las personas con discapacidad en el ámbito laboral; es importante señalar que su propio reglamento en su artículo 56 establece una serie de reglas adicionales, entre las que se encuentra un listado de eventos en los que el empleador puede excusarse para no realizar dicha contratación.

Si una empresa incumple con dicha obligación de contratación, no será sancionada si demuestra: (i) que el número de trabajadores no ha disminuido respecto del año anterior o que de haber disminuido no se han generado convocatorias para cubrir dichos puestos; o (ii) que de haberse generado vacantes concurren la existencia de razones de carácter técnico (puestos con alto nivel de especialización no cubiertos por las personas con discapacidad que postulan) o de riesgo en salud o vida (que por las funciones del puesto ponga en riesgo a la persona con discapacidad), todo ello impediría de manera válida el cumplimiento de esta cuota; un segundo requisito, es haber realizado la convocatoria en la Ventanilla Única de Promoción del Empleo o articulados a ella; en tercer lugar, no se debe haber incluido requisitos discriminatorios en las convocatorias de empleo y la última exigencia es haber garantizado que los procesos de evaluación permitan una efectiva participación de las personas con discapacidad³⁴.

Nosotros estamos de acuerdo con el punto (i), debido a que, si no se ha generado una necesidad de cubrir vacantes no se le podrá exigir a la empresa el cumplimiento de una cuota de empleo; sin embargo, respecto el punto (ii) observamos que cumplir con la totalidad de requisitos para excusarse del cumplimiento de la cuota de empleo es relativamente sencillo más aún si tomamos que en promedio este grupo vulnerable tiene un bajo nivel de

³⁴ Cabe precisar que la Resolución Ministerial No. 107-2015-TR que aprueba la Norma Técnica “Normas complementarias para la aplicación y fiscalización del cumplimiento de la cuota de empleo para personas con discapacidad aplicable a los empleadores privados” en su artículo 23 señala que “para los supuestos del numeral ii) el empleador “deberá acreditar que ha desarrollado una conducta diligente para asegurar, con los medios disponibles, que las convocatorias y los procesos de evaluación realizados para cubrir dichos puestos, han sido dirigidos en número suficiente para cumplir con la cuota de empleo, y en cada caso acreditar la ocurrencia de las circunstancias y su concurrencia.”

capacitación, por ejemplo, 40.5% solo cuenta con educación primaria³⁵; por lo que, en muchos casos contar con el informe que justifique razones de carácter técnico constituirá un mecanismo para su incumplimiento, volviéndose una regulación sin efectividad práctica ya que no logra su finalidad. Esto se ve reflejado en que, según el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), 8 de cada 10 personas discapacitadas no participan en el mercado laboral en el Perú³⁶.

3.6. Postulantes vs. trabajadoras: La protección especial de la gestante en el trabajo

El Perú reconoce en su legislación³⁷ una protección especial contra el despido en favor de las trabajadoras que se encuentren en situación de gestación, dentro de los primeros 90 días de nacimiento de su menor hijo(a) o dentro del periodo de lactancia, generando la presunción de que cualquier despido producido en esos periodos está basado en una causa inválida; sin embargo, precisamos que estamos ante una presunción relativa, ya que, el empleador siempre mantiene su derecho a despedir por causa justa debidamente acreditada.

Al respecto, recientemente, el Congreso de la República ha aprobado un Proyecto de Ley³⁸ que busca modificar la citada norma, ampliando los escenarios

³⁵ Saulo Galicia, "Comentarios al Reglamento de la Ley general de la persona con discapacidad en materia laboral", *Clínica jurídica en discapacidad y derechos humanos de la PUCP*. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/04/Comentarios-al-Reglamento-de-la-Ley-General-de-la-Persona-con-Discapacidad-en-materia-laboral.pdf>.

³⁶ "8 de cada 10 personas con discapacidad no participan del mercado laboral en el Perú", Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), revisado el 10 de marzo de 2021. <https://peru.unfpa.org/es/news/8-de-cada-10-personas-con-discapacidad-no-participan-del-mercado-laboral-en-el-per%C3%BA>.

³⁷ Decreto Supremo No. 003-97-TR que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

³⁸ Se debe tener en cuenta que a la fecha de cierre de redacción del presente artículo aún no ha sido publicada ni entrado en vigencia la referida ley, siendo que se encuentra a la espera de ser promulgada u observada por el Poder Ejecutivo.

de protección a favor de las mujeres que encontrándose en las situaciones antes descritas trabajan en tiempo parcial³⁹, o se hallan dentro del periodo de prueba⁴⁰.

Si bien, esta protección es favorable a la mujer trabajadora, podría ser perjudicial para la mujer postulante, ya que, podría generar un incentivo perverso en malos empleadores, quienes podrían optar por no contratar mujeres con la intención de evitar caer en los nuevos supuestos de protección regulados, ya que, el empleador perderá la facultad de cesar libremente en dichos casos (trabajadoras a tiempo parcial o trabajadoras en periodo de prueba); por lo que, solo podrá cesarlas si han cometido alguna falta grave acreditada.

Este caso, constituye un ejemplo del desconocimiento o poca importancia que nuestros legisladores le otorgan a la vertiente del derecho al trabajo desarrollada en esta investigación: acceso al empleo; dándole únicamente preferencia y tutela a la vertiente de la protección contra el despido (mantener un puesto de trabajo), que si bien es positivo, en algunos casos, como el expuesto, podría terminar afectando al mismo grupo que se buscaba proteger, en detrimento de un eslabón de suma importancia para poder reducir los índices de desempleo, ya que, de nada sirve generar más supuestos de protección frente a un despido si la población no cuenta con una tutela idónea para lograr ocupar un puesto de trabajo.

4. Propuestas de mejora: “hay, hermanos, muchísimo que hacer”⁴¹

Conforme lo establecido por el profesor ERMIDA:

“[I]a heterotutela es la protección dispensada por el Estado, a través de sus tres poderes. Desde el legislativo, se aprueba una legislación protectora del trabajador; desde la administración, se controla el cumplimiento de esa

³⁹ En el Perú la modalidad de trabajo a tiempo parcial es aquella que tiene una jornada diaria de menos de 4 horas diarias; por ello, no cuentan con protección contra el despido arbitrario.

⁴⁰ Entendido como el lapso de tiempo en el cual un trabajador busca adaptarse a las funciones de su cargo, tiene una duración de 3, 6 o 9 meses dependiendo de la naturaleza del trabajador (ordinario, de confianza o de dirección, respectivamente); y, en dicha etapa el empleador se encuentra facultado para desvincular al trabajador si considera que no se ha adaptado de manera exitosa.

⁴¹ Extracto del Poema de Cesar Vallejo “Los Nueve Monstruos” publicado póstumamente como parte de “Poemas Humanos” (julio 1939). César Vallejo es un poeta peruano considerado como uno de los más grandes e innovadores del siglo XX.

normativa (inspección del trabajo) y desde el judicial, se estructura una justicia especializada y un proceso autónomo que garantice su rápida aplicación”⁴².

Lamentablemente como desarrollaremos en este capítulo el Perú pese a haber apostado por la heterotutela o heterocomposición, no se ha conseguido proteger de forma idónea el derecho de acceso al trabajo, no obstante, consideramos pertinente que sí es factible tener una mejora en base a las críticas planteadas en el presente trabajo, las cuales buscan ser un punto de partida en la mejora de dicha problemática.

4.1. Utilizar una mejor técnica legislativa.

Si bien es cierto que el Perú no cuenta con un código o ley general de trabajo que permita ordenar todos los derechos y obligaciones de las partes que conforman la relación laboral y otros aspectos vinculados a esta, ello no puede justificar que existan dos legislaciones que regulen el mismo hecho con consecuencias distintas como el escenario de determinación de multas por discriminación, ni que las consecuencias jurídicas establecidas en las normas encuentren una imposibilidad material en su ejecución.

En consecuencia, consideramos que a largo plazo contar con un código o ley general de trabajo puede ser una alternativa de solución para los problemas antes detallados; sin embargo, mientras ello se concreta podemos tomar en cuenta lo siguiente al momento de legislar:

- Unificar la legislación sobre discriminación en el acceso al empleo, para evitar contradicciones entre distintas normas.
- Determinar la entidad con potestades fiscalizadoras y sancionadoras, de esa forma se evita conflictos de competencias.
- Fomentar la realización de procedimientos de reclutamientos sin discriminación, planteando incentivos tributarios y/o administrativos a los empleadores del sector privado.
- Analizar constantemente las poblaciones vulnerables que requieran cuotas de participación en el empleo.

⁴² Ermida “Crítica de la libertad sindical”, 35.

➤ Cuando se legisle temas vinculados al derecho al trabajo en su vertiente de protección contra el despido, se analice las repercusiones negativas que pueda generar en la vertiente del acceso al trabajo⁴³.

4.2. Precisiones procesales

A diferencia, de lo que ocurre en la legislación sustantiva, en materia de derecho procesal sí contamos con una norma que regula los principales aspectos a tener en cuenta en procesos de resolución de conflicto, como desarrollamos actualmente una persona que se ve afectada en su derecho de acceso al trabajo al haber sido discriminada en el procedimiento de reclutamiento tiene derecho a una indemnización, sin embargo, ello casi nunca se concreta en los hechos.

Es por ello, que consideramos que debería haber ciertas facilidades procesales a las personas que deciden presentar una demanda por discriminación en el acceso al trabajo dichas facilidades podrían asemejarse a las vigentes para las personas que demanden alimentos.

Así, consideramos pertinente que se exonere a la demanda por discriminación en el acceso al trabajo de la firma de abogado y de pago de tasas y/o aranceles judiciales; asimismo, sería conveniente que la demanda tenga la naturaleza de un formulario, en el cual el demandante complete sus datos personales, los fundamentos de hecho que la sustentan y los medios probatorios con los que cuente (tal y como existe en los casos de demanda por pensión de alimentos).

Por otro lado, en el Perú está regulado el proceso abreviado, el cual debería tener una mayor celeridad que el proceso ordinario; sin embargo, contradictoriamente es el proceso menos célere, el habilitado para recibir las demandas por discriminación en el acceso al trabajo, creemos conveniente que ello debería ser modificado para generar incentivos en los afectados de recurrir al poder judicial⁴⁴.

⁴³ Desarrollaremos un poco más este punto más adelante.

⁴⁴ Si bien no es intención del presente trabajo analizar la carga procesal de los juzgados laborales, debemos precisar que lo planteado en este punto no tendrá mayor repercusión si es

Finalmente, nuestro sistema procesal ha visto en la heterocomposición el único medio posible de alcanzar tutela frente a la discriminación en el acceso al trabajo, consideramos que ello podría ser una visión limitada, ya que, otro medio de solución de conflictos podría tener mejores resultados, como la autotutela, entendida como el ejercicio de un derecho, que permita a un postulante en el escenario de una entrevista de trabajo negarse a responder (u otras acciones semejantes) preguntas no vinculadas al puesto ofertado (por ejemplo: ¿tiene hijos?, ¿está embarazada?, ¿qué religión profesa?, ¿qué partido político es de su preferencia? entre otros). Evidentemente esta negación debería estar facultada y tutelada por el Estado por un derecho subjetivo que evite represalias por parte de la empresa convocante⁴⁵.

4.3. Legislar tomando en cuenta las dos caras del derecho al trabajo

Nos parece pertinente profundizar en este aspecto, ya que, muchas veces la mala regulación se debe al desconocimiento del real alcance del derecho al trabajo, el cual se cree está diseñado únicamente para proteger al trabajador de no ser cesado sin justa causa. No obstante, el derecho de trabajo también incluye una segunda cara, la cual en nuestra opinión es tan importante como la antes mencionada.

Es por ello, que se debe analizar muy bien cualquier regulación que proteja en exceso al postulante o al trabajador, ya que, en situaciones específicas podría beneficiarse a uno en desmedro del otro, como podría suceder en el caso de las nuevas protecciones a las trabajadoras embarazadas.

Asimismo, por razones similares a las antes mencionadas, es importante tener en cuenta ambas vertientes del derecho al trabajo al momento de ejecutar

que a la vez no se realiza gestiones para descongestionar la carga procesal, lamentablemente en la actualidad el proceso abreviado, solo tiene la condición de abreviado en el nombre.

⁴⁵ No es intención de este trabajo explayarnos en este punto, pero, sí aprovechamos en mencionar que la autotutela en ocasiones es mal vista como método de solución de conflicto, no obstante, sigue estando vigente en regulaciones como el derecho a la autodefensa e incluso en las relaciones laborales la huelga constituiría un ejemplo vigente y válido de dicho método de solución de conflictos.

políticas públicas de formalización laboral, ya que, se podría perjudicar en exceso o los postulantes o a los trabajadores.

5. La del Estribo: nuevas formas de discriminación en el acceso al empleo producto de la pandemia por la COVID-19

Por temas de extensión, no realizaremos un detallado análisis de este punto; no obstante, es realmente importante afinar nuestra legislación para contar con mecanismos de tutela adecuada del derecho de acceso al trabajo que excluya, entre otras cosas, practicas discriminatoria, ya que, una de las consecuencias de la pandemia de la COVID-19, es el gran aumento de la tasa de desempleo en el mundo⁴⁶, concretamente en el Perú, hemos pasado de una tasa de desempleo de 7.1% en marzo 2020 a una tasa de 13.0% en febrero 2021; lo que por razones lógicas generará que se realicen mayores procedimientos de reclutamientos, en los sectores económicos que empiecen a reactivarse, y que dentro de estos procedimiento, el número de postulantes será mayor que en el pasado.

Asimismo, es importante señalar que en esta “nueva normalidad”⁴⁷ las condiciones en la que se desempeñan las labores han cambiado, dando preferencia al trabajo a distancia, mediante las tecnologías de la información y comunicación (TIC), desplazando al trabajo presencial. Ello, implicará también importantes cambios al momento de realizar procedimientos de reclutamiento, dando preferencias a candidatos con nuevas capacidades y/o condiciones; como por ejemplo contar con TIC y estar capacitado en el uso de estas; esto que puede ser válido; podría traer consecuencias cuando estos requerimientos escandan motivos prohibidos que termine en una discriminación indirecta o encubierta de candidatos. A manera de ejemplo podemos enunciar los siguientes escenarios:

⁴⁶ Conforme lo señala la OIT, América Latina y el caribe proyecta un incremento de la tasa de desempleo de 4 a 5 puntos porcentuales, respecto la tasa de 8,1 de fines de 2019.

Organización Internacional del Trabajo, “OIT: Fuerte aumento del desempleo en América Latina y el Caribe deja a millones sin ingresos”, revisado el 10 de marzo de 2021.

https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_749663/lang-es/index.htm.

⁴⁷ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura – UNESCO, “La campaña “La Nueva Normalidad” de la UNESCO”, revisado el 8 de marzo de 2021. <https://es.unesco.org/campaign/nextnormal>.

Podría afectar el motivo prohibido de condición económica	Preferir la contratación de trabajadores que tengan sus propias TIC, excluyendo a los que no cuentan con ellas (laptops, por ejemplo)
	Preferir la contratación de trabajadores que tengan un vehículo de transporte privado en desmedro de los que sean usuarios del transporte público, donde hay más riesgo de contagios.
	Preferir a trabajadores que cuenten con una casa amplia o con una habitación acondicionada para realizar trabajo a distancia.

Podría afectar el motivo prohibido de edad	Preferir la contratación de jóvenes, en desmedro de personas adultas bajo la lógica de que los primeros están más familiarizados con TIC (laptops, aplicaciones de comunicación, etc.)
	Preferir la contratación de trabajadores jóvenes sin carga familiar, para evitar que se distraigan cuando realicen labores en su domicilio.
	Preferir la contratación de jóvenes en desmedro de personas adultas que pueden ser más vulnerables al contagio de la COVID-19, pese a que podría implementarse trabajo a distancia.

Podría afectar el motivo prohibido de sexo	Inclinarse por la contratación de hombres que realicen labores a distancia, en desmedro de mujeres (bajo la lógica de que solo ellas tienen el cuidado de sus hijos en casa).
	Dejar de lado la contratación de mujeres en situación de embarazo para evitar contagios de la COVID-19, pese a que el trabajo pueda ser realizado a distancia.

6. Reflexiones finales

Por todo lo comentado podemos concluir que, si bien en el Perú el derecho de acceso al trabajo o al empleo tiene un reconocimiento constitucional y jurisprudencial, concretamente en lo referente a la problemática de discriminación solo se ha establecido una tutela formal que a nivel de los hechos no resuelve la problemática planteada.

Asimismo, hacemos hincapié de la importancia de tomar acción y reformar la legislación de tutela de la discriminación en el acceso al trabajo, más aún cuando producto de la pandemia de la COVID-19, la cual elevó los niveles de desempleo, esta problemática pasara a tener mayor relevancia práctica.

Bibliografía

- ARBAIZA, L. (201&). *Dirección de recursos humanos: el factor humano*, Lima, Universidad Esan.
- BLANCAS, C. (1991). *El derecho de la estabilidad en el trabajo*, Lima, Asociación Laboral para el Desarrollo, ADEC-ATC.
- CHIAVENATO, I. (2009). *Gestión del talento humano*, México D.F, McGraw-Hill/Interamericana Editores S.A.
- DE BUEN, N. (1998). *Derecho del trabajo*. México D.F.: Editorial Porrúa S.A., 1981.
- FLINT, P. *La revolución del derecho de seguros y del derecho laboral*, Lima, Fondo Editorial PUCP.
- MARTÍNEZ, L. (1998). *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Barcelona, Cedecs.
- TOYAMA, J. (2005). “Discriminación en las ofertas de empleo”, *Dialogo con la Jurisprudencia*, no.87 (Diciembre).

Recursos electrónicos

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2007), *La Discriminación en el Perú: problemática, normatividad y tareas pendientes*, Lima, Series de Documentos Defensoriales – Documento No. 2. Disponible en: https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session2/PE/DP_PER_UR_P_S2_2008anx_anexo2dd002_07.pdf.
- ERMIDA, O y HERNÁNDEZ ALVAREZ, O. (2002). “Crítica de la Subordinación”, *Ius Et Veritas*, 13, no. 25. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16214>.
- ERMIDA, O. (2011). “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”, *Revista Derecho & Sociedad*, no. 37. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.001>.
- ERMIDA, O. (2012). “Crítica de la Libertad Sindical”, *Derecho PUCP*, no. 68 (junio). Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.001>.

FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (UNFPA) (2021). “8 de cada 10 personas con discapacidad no participan del mercado laboral en el Perú”. Disponible en: <https://peru.unfpa.org/es/news/8-de-cada-10-personas-con-discapacidad-no-participan-del-mercado-laboral-en-el-per%C3%BA>.

GALICIA, S. (s/f). “Comentarios al Reglamento de la Ley general de la persona con discapacidad en materia laboral”, *Clínica jurídica en discapacidad y derechos humanos de la PUCP*. Disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/04/Comentarios-al-Reglamento-de-la-Ley-General-de-la-Persona-con-Discapacidad-en-materia-laboral.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA – UNESCO (2021). “La campaña "La Nueva Normalidad" de la UNESCO”. Disponible en: <https://es.unesco.org/campaign/nextnormal>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2021). “OIT: Fuerte aumento del desempleo en América Latina y el Caribe deja a millones sin ingresos”. Disponible en: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_749663/lang--es/index.htm.