

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**



FACULTAD DE DERECHO

**“DIFICULTADES PARA ACCEDER A UN PUESTO DE TRABAJO POR TENER
ANTECEDENTES PENALES”**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

IORELLA CRISTINA, GUEVARA PEREZ

LESLY PAOLA, RAMIREZ GARNIQUE

Chiclayo, 07 de Noviembre del 2017

**"DIFICULTADES PARA ACCEDER A UN PUESTO DE TRABAJO POR
TENER ANTECEDENTES PENALES"**

PRESENTADO POR:

**BACH. GUEVARA PEREZ FIORELLA CRISTINA
BACH. RAMIREZ GARNIQUE LESLY PAOLA**

**Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo
Toribio de Mogrovejo para Optar el título de**

Abogado

APROBADO POR:



**Abog. Igor Eduardo Zapata Velez
Presidente del Jurado**



**Mgr. Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Cáceres
Secretario del Jurado**



**Mgr. Javier Hildebrando Espinoza Estoban
Vocal del Jurado**

DEDICATORIA

A:

Mis padres Segundo y Baselisa, por ser los pilares en mi vida, por su apoyo incondicional, su paciencia y sobre todo por los valores que me han inculcado.

Mis abuelitas Consuelo y Natividad, por ser ambas mi modelo y ejemplo a seguir.

Mi hijo Santiago Gael por ser mi principal motivación y la razón para esforzarme cada día.

Fiorella Cristina

A:

Mis padres Leonard y Santos por brindarme su apoyo y consejos para hacer de mí una mejor persona.

Mi tía Sonia por sentar las bases de responsabilidad y por su apoyo incondicional.

Y a mi hijo Daniel, por ser la fuente de mi fuerza y deseos de superación.

Lesly Paola

AGRADECIMIENTO

A:

Dios y a la Virgen María por acompañar nuestro camino, e iluminarnos día a día para superar los obstáculos y otorgarnos así la oportunidad de lograr uno de nuestros proyectos.

Nuestro Asesor Dr. Javier H. Espinoza Escobar por su dedicación, paciencia y apoyo permanente, así como por haber transmitido su experiencia, motivación y conocimientos para lograr el desarrollo de la presente

Nuestros padres, familiares y amigos cercanos que nos brindaron su apoyo durante el desarrollo de la investigación.

Todas las personas que de alguna u otra manera ayudaron a hacer posible la culminación de la investigación.

LAS AUTORAS

RESUMEN

En nuestra Constitución se regula al trabajo como un derecho y un deber, base del bienestar social y familiar y medio de realización de la persona. Además, la misma indica que es competencia del Estado establecer políticas de fomento de empleo productivo y educación para el trabajo, sin embargo, la realidad que experimentan las personas con antecedentes penales es distinta, pues estas tienen grandes dificultades para reincorporarse al mercado laboral.

En ese sentido, la presente investigación tiene por finalidad evidenciar que la solicitud de antecedentes penales como requisito para acceder a un puesto de trabajo constituye una forma de discriminación, tomando como objeto de estudio la importancia del derecho al trabajo y la libertad de trabajo, de la misma manera se analiza el acceso al empleo y las políticas de reinserción laboral en la legislación comparada de quienes tienen antecedentes penales. Finalmente se establecen políticas que fomenten el acceso al empleo de las personas con antecedentes penales.

Palabras claves:

Derecho al trabajo, libertad de trabajo, reinserción laboral, acceso al empleo.

ABSTRACT

In our Constitution work is regulated as a right and a duty, the basis of social and family welfare and means of realization of the person. In addition, it indicates that it is the competence of the State to establish policies to promote productive employment and education for work, however the reality experienced by people with criminal records is different, as these have great difficulties to rejoin the labor market.

In this sense, the present investigation has the purpose of evidencing that the request for criminal records as a requisite for access to a job constitutes a form of discrimination, taking as object of study the importance of the right to work and freedom of work, of the same way analyzes the access to employment and policies of reinsertion labor in the comparative legislation of those who have criminal records. Finally, policies are established that encourage access to employment for people with a criminal record.

Key words:

Right to work, freedom of work, reinsertion of labor, access to employment.

TABLA DE ABREVIATURAS

AP.	:	Antecedentes Penales
ART.	:	Artículo
C.R.E.O.	:	Construyendo Rutas de Esperanza y Oportunidades
CPP.	:	Constitución Política del Perú
D.S.	:	Decreto Supremo
EXP.	:	Expediente
INC.	:	Inciso
INEI.	:	Instituto Nacional de Estadística e Informática
INPE.	:	Instituto Nacional Penitenciario
LPCL.	:	Ley de Productividad y Competitividad Laboral
NOMS.	:	National Offender Management Service
OIT.	:	Organización Internacional del Trabajo
RAE.	:	Real Academia Española
RCP.	:	Registro Central de Penados
RENAJU.	:	Registro Nacional Judicial
RNC.	:	Registro Nacional de Condenas
SENAJU.	:	Secretaría Nacional de la Juventud
SEREMI.	:	Secretaría Regional Ministerial
TC.	:	Tribunal Constitucional
TEDH.	:	Tribunal Europeo de Derechos humanos
TUPA.	:	Texto único de procedimientos administrativos

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

ABSTRACT

TABLA DE ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓNIX-X

CAPÍTULO I: DERECHO AL TRABAJO Y LIBERTAD DE TRABAJO 11

1. Libertad y Derecho al Trabajo 11
 - 1.1. Derecho al Trabajo 11
 - 1.1.1. Contenido del Derecho al Trabajo 14
 - 1.1.1.1. Derecho al Acceso 14
 - 1.1.1.2. Derecho a la permanencia en el puesto de trabajo..... 15
 - 1.2. Libertad de trabajo: 17
 2. Libertad de Empresa 18
 - 2.1. Libertad de Contratación y sus límites 20
 3. Principio de Igualdad y No discriminación 22
 - 3.1. Contenido del principio – derecho a la igualdad 24
 - 3.1.1. Igualdad ante la ley 25
 - 3.1.2. Igualdad de trato 27
 - 3.1.3. Igualdad de Oportunidades 28
 - 3.2. Principio de No discriminación 29
 - 3.2.1. Tipos de Discriminación 31
 - 3.2.1.1. Discriminación Directa..... 31
 - 3.2.1.2. Discriminación Indirecta 31
 - 3.3. Principio de Igualdad y No discriminación en la Legislación Internacional
32
 - 3.3.1. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos 33

3.3.2. En el Convenio 111 de la OIT.....	34
3.4. Principio de no Discriminación en el Derecho Laboral Peruano	36
3.4.1. En la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	38
4. Principio de Razonabilidad	40
4.1. Test de Razonabilidad e igualdad	41
CAPÍTULO II: ANTECEDENTES PENALES, REINSERCIÓN SOCIAL Y	
LABORAL	45
1. Antecedentes Penales.....	45
1.1. Registro de condenas	45
1.2. Certificado de Antecedentes penales	47
1.3. Discriminación laboral y Antecedentes penales	49
1.4. Antecedentes penales y Cancelación	51
2. Reinserción Social.....	53
2.1. Política Criminal.....	53
2.2. Reinserción y rehabilitación	57
2.3. Intervención Social en la Reinserción	62
3. Reinserción Laboral	67
3.1. Reinserción Laboral.....	67
3.2. Empleos en los que se exige antecedentes penales	69
3.3. Derecho a la reinserción laboral en la normativa internacional.....	72
CAPÍTULO III: PROPUESTA DE POLÍTICAS PARA EVITAR LA	
DISCRIMINACIÓN DE CIUDADANOS CON ANTECEDENTES PENALES.....	76
1. El requisito del certificado de antecedentes penales como generador de discriminación directa	77
1.1. La situación actual de discriminación en el Perú.....	77
1.2. Ponderación del derecho al trabajo y libertad de trabajo sobre el derecho de libertad de empresa	80
2. Propuesta de políticas para evitar la discriminación de ciudadanos con antecedentes penales.....	83
2.1. Eliminación de la expedición del certificado de antecedentes penales por ser este documento de carácter sensible.....	83
2.2. Reinserción laboral a través de una modalidad formativa laboral	88
2.3. Beneficios tributarios para fomentar la contratación de personas con	

antecedentes penales en las empresas.....	92
2.4. Fiscalización de personas reinsertadas laboralmente en las empresas 95	
CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFÍA.....	100

INTRODUCCIÓN

Últimamente, el aumento incesante de la población penitenciaria denota un índice alarmante de nuestra sociedad que no está siendo atendido. Por lo que es necesario enfrentarla sin recurrir al aumento de penas, sino con soluciones claras que ayuden a dicho sector. Y una forma de ellas, es ofrecerles más oportunidades para no seguir delinuyendo, siendo la mejor alternativa brindarles la oportunidad de acceder a un puesto de trabajo.

Sin embargo, para muchos empleadores una forma de valorar la aptitud laboral de las personas y en especial de minimizar la responsabilidad civil que pudiera derivarse por los daños y delitos realizados por los trabajadores, es solicitar el certificado de antecedentes penales, determinando que las personas que han sido condenadas o detenidas son menos fiables, menos honestas y eventualmente más peligrosas.

La presente realiza un análisis jurídico laboral del Certificado de antecedentes penales, planteándolo como un requisito discriminatorio solicitado por parte de los empleadores; ya que estos solo prestan atención a dicho requisito, independientemente del proceso objetivo para la selección del personal.

Tomando en cuenta la importancia del derecho al trabajo como medio fundamental para alcanzar la reinserción social, el requisito del certificado de antecedentes penales se convierte en un obstáculo para el ejercicio de las potencialidades de los ex reclusos, así como de otros derechos, pues el trabajo es un derecho en sí mismo,

y a la vez un canalizador y facilitador de otros derechos, pues es parte inseparable e inherente de la dignidad humana.

Siguiendo este lineamiento, nuestro trabajo de investigación ha sido estructurado en tres capítulos, en los cuales planteamos nuestra postura respecto a la existencia de discriminación al exigir la presentación del certificado de antecedentes penales.

En el primer capítulo analizamos el Derecho al trabajo, el Derecho a la Libertad de trabajo; así como la libertad de empresa, el Derecho a la igualdad y no discriminación, como derechos fundamentales de la persona. En el segundo capítulo, nuestra investigación se basa específicamente en el análisis sobre los antecedentes penales y las políticas de reinserción social y laboral. Y, por último, nuestro tercer capítulo se enfoca en propuestas de políticas para evitar la discriminación de ciudadanos con antecedentes penales.

La justificación de la presente investigación radica en que si bien este es un tema muy controversial en nuestra sociedad, nuestro país no ha llegado a regular la inserción socio-laboral de los ex convictos, por ello uno de los fines propuestos es despertar el interés en las autoridades correspondientes para la creación de medidas por parte del Estado para promover la contratación de personas que han estado en prisión y que buscan una oportunidad laboral que contribuya a su total resocialización. Pues, el Estado ha reconocido al derecho al acceso al trabajo como un compromiso por parte de este para plantear y ejecutar políticas dirigidas a promover la creación de puestos de trabajo.

LAS AUTORAS

CAPITULO I

DERECHO AL TRABAJO Y LIBERTAD DE TRABAJO

1. Libertad y Derecho al Trabajo

1.1. Derecho al Trabajo

Para determinar en qué consiste el derecho al trabajo es necesario precisar qué es el trabajo. Según el Tribunal Constitucional en el Exp. 0008-2005-AI/TC el trabajo consiste en “el uso de la fuerza humana para la transformación de la naturaleza y la producción de algo útil. A través del trabajo el hombre se realiza como tal, imprimiendo su huella en lo que hace y obteniendo una manera de sustentarse. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc.”¹.

Resaltamos que el trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma; como un bien del hombre, bien de la humanidad, porque mediante este no sólo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre.

Asimismo, se puede enfatizar que el trabajo tiene el doble signo de lo personal y necesario. Es personal, porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona y enteramente propia de aquel que con ella labora. Y es necesario, porque del fruto de su trabajo el hombre se sirve para sustentar su vida, siendo un deber imprescindible impuesto por la misma naturaleza. Por ello, es evidente que la

¹ STC del 12 de Agosto del 2015, {Exp. 0008-2005-AI/TC}, Fundamento Jurídico 18, [Ubicado el 03. XI. 2015], Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>.

verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y, por consiguiente, verdadero fin de todo proceso productivo².

Por ende, la importancia del trabajo radica en que es un acto esencial del hombre, destinado al mantenimiento y desarrollo de su existencia y coexistencia en sociedad, por ello se dice que tiene carácter social ya que sólo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros.

Por otro lado, nuestra Constitución reconoce el derecho al trabajo en el art. 22^o tipificándolo de la siguiente manera: “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. Al respecto, TOYAMA determina que el derecho al trabajo es una base para el bienestar social y la realización de la persona, así como la indicación del trabajo como objeto de atención “prioritaria” del Estado, protegiendo en énfasis a la madre, a los menores de edad y al inhabilitado³.

Precisamente, el derecho al trabajo alcanza su definitiva consolidación cuando adquiere rango constitucional, esto es, cuando los derechos y deberes laborales básicos acceden a la parte dogmática de las Constituciones, reconociéndose de este modo su vital importancia para el orden público⁴.

Es necesario recalcar que además de ser recogido en nuestra Constitución, el derecho al trabajo también es considerado en diversos pactos internacionales de derechos humanos, que, además, tiene una singular importancia puesto que en sus diversas facetas es la base sobre la cual se construye una gran parte de la efectividad de la regulación laboral. Como ha sostenido SANGUINETI, “la garantía de este derecho guarda una estrecha conexión con la tutela de la dignidad de la persona y el ejercicio de los atributos propios de la ciudadanía”⁵.

² STC del 12 de Agosto del 2015, {Exp. 0008-2005-AI/TC}, Fundamento Jurídico 18, [Ubicado el 03. XI. 2015], Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>.

³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *El Derecho Individual Del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico – práctico*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p. 16.

⁴ MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*, 35^o edición, Madrid, Tecnos, 2014, p. 85.

⁵ SANGUINETI, Wilfredo, citado por VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *Empresa y Relaciones de trabajo en el siglo XXI*, 1^o edición, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015, p. 153.

El derecho al trabajo se encuentra recogido en las normas internacionales sobre derechos humanos. Los más relevantes para efectos de apreciar los alcances del derecho comentado, son: la Declaración Universal de Derechos Humanos destaca que comprende la libertad de elección del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias así como protección contra el desempleo (art.23^o), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para garantizarlo, debiendo figurar la orientación y formación profesional, la ocupación plena y productiva (art.6^o); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y culturales indica que el derecho al trabajo incluye la oportunidad de obtener medios para llevar una vida digna, que importa orientación vocacional para alcanzar un pleno empleo, proyectos de capacitación y programas de atención familiar (art. 6^o)⁶.

Además, se prescribe que el contenido esencial del derecho al trabajo tiene dos aristas: uno general, como principio general que importa la aplicación de herramientas y mecanismos de protección a favor del trabajador, esto es, el principio protector como pauta de actuación del Estado, y otro concreto y específico que se expresa en las manifestaciones o etapas del desarrollo de la relación laboral (contratación, promoción, extinción, etc.)⁷.

En consecuencia, el derecho al trabajo es un bien de todos, que debe estar disponible para todos aquellos capaces de este. La plena ocupación es, por tanto, un objetivo obligado para todo ordenamiento económico orientado a la justicia y al bien común. Una sociedad donde el derecho al trabajo sea anulado o sistemáticamente negado y donde las medidas de política económica no permitan a los trabajadores alcanzar niveles satisfactorios de ocupación, “no puede conseguir su legitimación ética ni la justa paz social⁸”.

⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *La Constitución Comentada, Análisis artículo por Artículo, obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, pp. 512-513.

⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *El Derecho Individual Del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico – práctico*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p. 17.

⁸ BENITEZ GOMEZ, Brenda, *Inserción Laboral para las personas que han cumplido una sanción penal en la ciudad de Latacunga*, Tesis para obtener el título de abogado de los Juzgados y Tribunales, Latacunga-Ecuador, Universidad Técnica de Cotopaxi, 2012, p. 37, [Ubicado el 03. XI. 2015], Obtenido en <http://repositorio.utc.edu.ec/handle/27000/143>.

1.1.1. Contenido del Derecho al Trabajo

Nuestro Tribunal Constitucional estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido a no ser que sea 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; si bien hay que precisar que la satisfacción de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa⁹.

1.1.1.1. Derecho al Acceso

Junto al reconocimiento del derecho al trabajo (art. 22° CP) existen otras disposiciones constitucionales que deben necesariamente tenerse en cuenta para delimitar el contenido prestacional constitucional del derecho al trabajo. La primera de ellas es el art. 23° de la Constitución Política en la que se ha establecido que “el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado (...). El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”. La segunda de las disposiciones a tener en consideración es la Undécima disposición final y transitoria de la Constitución Peruana en la cual se ha establecido que “las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

Las disposiciones mencionadas son de especial importancia para determinar el significado del derecho de acceso al trabajo como parte del contenido constitucional prestacional del derecho al trabajo. Este contenido significará que el Estado no se compromete a otorgar a las personas un concreto puesto de trabajo, sino a plantear y ejecutar políticas dirigidas a promover la creación de puestos de trabajo. A esto lo ha obligado el constituyente peruano y a esto se encuentra vinculado. Como bien ha dicho el Tribunal Constitucional, “el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto

⁹ STC del 11 de Julio del 2015, {Exp. 1124-2001-AA/TC}, Fundamento Jurídico12, [Ubicado el 05. XI. 2015], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>.

de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado”¹⁰.

En estas circunstancias, el derecho de acceso a un concreto puesto de trabajo no es exigible al Estado, en otras palabras, éste no tiene la obligación de otorgar a las personas concretos puestos de trabajo, por lo que no procede interponer una demanda de amparo para conseguirlo¹¹, es decir, el Estado no está en la obligación de otorgar un puesto de trabajo en específico, pero sí de fomentar el acceso a este mediante la creación de nuevos puestos de trabajo, a través de iniciativas políticas, etc.

1.1.1.2. Derecho a la permanencia en el puesto de trabajo

De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, se determina que este “aspecto se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo medie una motivación justificada o se indemnice. Este ámbito de protección no es sino la manifestación de la especial protección que la Constitución confiere a los trabajadores frente a eventuales decisiones arbitrarias por parte de los empleadores de dar por finalizada una relación jurídico-laboral¹²”.

Adicionalmente, existen al menos otras dos disposiciones constitucionales que hay que tomar en consideración para determinar el contenido jurídico constitucional del derecho al trabajo.

La primera de ellas es el art. 27° CP en el que se ha establecido que “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Y la segunda norma constitucional a considerar es la Cuarta Disposición Final y Transitoria en la que se –como ya se ha dicho antes– se ha mandado que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de

¹⁰ STC del 11 de Julio del 2015, {Exp. 1124–2001–AA/TC}, Fundamento Jurídico 12, [Ubicado el 05. XI. 2015] Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>.

¹¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “La estabilidad laboral y la acción de amparo”, *Asesoría Laboral*, Nº 69, Editorial Caballero Bustamante, septiembre 1996, p. 19.

¹² STC del 05 de Julio del 2005, {Exp. 3330–2004–AA/TC}, Fundamento Jurídico 30, [Ubicado el 05. XI. 2015], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.html>.

conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Uno de esos tratados internacionales sobre Derechos Humanos vinculantes para el Perú es el ya mencionado Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En este Protocolo adicional se ha reconocido “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional” (artículo 7 inc. d).

Estas disposiciones, como se ha venido indicando, permiten determinar los alcances del derecho a permanecer en el puesto de trabajo como parte del contenido constitucional prestacional del derecho al trabajo, que está relacionado con lo que suele llamarse estabilidad laboral¹³.

Frente a esa realidad lo que ha dispuesto la Constitución es que se deba proteger adecuadamente al trabajador; y, adicionalmente, ha mandado que sea el legislador quien decida cuál debe ser esa adecuada protección de entre las múltiples posibilidades. En esta labor acierta plenamente el Tribunal Constitucional cuando, en referencia al art. 27° CP, ha manifestado que “no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles”¹⁴.

¹³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “El Tribunal Constitucional y los supuestos de reposición laboral: el caso telefónica”, *Asesoría Laboral*, N° 146, Caballero Bustamante, febrero 2003, pp. 11–12.

¹⁴ STC del 11 de Julio del 2015, {Exp. 1124–2001–AA/TC}, Fundamento Jurídico 12, literal C, [Ubicado el 05. XI. 2015], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>.

Por lo tanto, legislador debe disponer una adecuada protección al trabajador sin violar el contenido constitucional del derecho al trabajo en su dimensión prestacional de permanencia del trabajador. De entre todas las posibilidades de dar una adecuada protección al trabajador, el legislador ha optado por la indemnización. En el segundo párrafo del art. 34º del D. S. 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el legislador ha dispuesto que “si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el art. 38º, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente”.

1.2. Libertad de trabajo:

Como hemos visto, la definición del contenido jurídico de los derechos constitucionales empieza desde la misma norma constitucional. El derecho tiene el alcance que le haya dispuesto la Constitución. Y el primer alcance es la mencionada significación de libertad o dimensión de libertad del derecho al trabajo: el titular del derecho tiene la libertad de elegir libremente acceder a un puesto de trabajo y elegir libremente permanecer en él.

Esta libertad ha sido definida por el Tribunal Constitucional “como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público”¹⁵.

La dimensión de libertad del derecho al trabajo concede a su titular una serie de facultades de acción, entre ellas habrá que destacar “la de trabajar o no hacerlo, la de establecer en qué actividad se va a ocupar, la de determinar si va a trabajar para

¹⁵ STC del 11 de noviembre del 2003, {Exp. 0008–2003–AI/TC}, Fundamento Jurídico 26, literal C, [Ubicado el 07. XI. 2015], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>.

sí o para otro y, en este último caso, la de precisar a favor de quien”¹⁶. Y es que a nadie se le puede obligar a trabajar.

Precisamente, en virtud de ello están terminantemente prohibidos los trabajos forzosos. Así, se lee en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que “1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre (...) 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio” (artículo 6); en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos se lee que “2. Nadie estará sometido a servidumbre. 3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio” (artículo 8). Esta dimensión de libertad del derecho al trabajo es plenamente protegible por los mecanismos jurídicos de defensa de los derechos constitucionales. En este caso, el proceso constitucional de amparo es el que procede para evitar que a alguien se le obligue a tomar o a permanecer en un trabajo que libremente no desea acceder o permanecer.

2. Libertad de Empresa

Según el Tribunal Constitucional Peruano, la libertad empresarial o libertad de empresa no es solo es la libertad que poseen todos los individuos para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario), dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado¹⁷.

El derecho a la libertad de empresa se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. En palabras de CASTILLO-CORDÓVA, esta “(...) tiene un marco de actuación económico autodeterminativa, la cual implica que el modelo Económico Social de Mercado, sirva como fundamento de su actuación y, simultáneamente le impondrá límites a su accionar; consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con

¹⁶ NEVES MUJICA, Javier, “Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo”. *Asesoría laboral*, N° 137, Caballero Bustamante, 2002, p. 10.

¹⁷ STC del 10 de Diciembre del 2010, {Exp. N° 01405-2010-PA/TC}, Fundamento 15, [Ubicado el 13. IV. 2016], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>.

sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad, o la preservación del medio ambiente y ciertos ejercicios que deben respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución Peruana reconoce”¹⁸.

Entonces, cualquier análisis jurídico de la libertad empresarial debe partir, dada su cobertura ordinaria en leyes formales, encajándose en la “Constitución económica”, entendida como el conjunto de reglas y principios constitucionales acerca del ejercicio de la actividad empresarial y de la participación e intervención en ellas de los poderes públicos¹⁹. De esas reglas y principios depende el marco, en que debe desenvolver la acción del Estado, en un ámbito tan crucial tanto para los intereses generales y también, como para todos los ciudadanos, ya se trate de empresarios o consumidores.

La libertad de empresa como derecho fundamental goza de un doble carácter: es un derecho subjetivo, un derecho del individuo que le garantiza un status jurídico de libertad. De otro lado, es un elemento esencial de un ordenamiento objetivo de una sociedad, en cuanto se configura como marco de convivencia humana²⁰.

Es necesario precisar que la libertad de empresa, requiere de la injerencia estatal para establecer condiciones de igualdad sustantiva entre sujetos que son básicamente desiguales; puesto que se debe reconocer inmediatamente que el derecho de libertad de empresa también implica que se reconozca la libertad de trabajo, en la medida que el contenido constitucional de esta es generar puestos de trabajo para el desarrollo de su actividad en el mercado, y la libertad de trabajo significará, en primer lugar, la facultad de decidir libremente tanto si se accede como si se permanece en un determinado puesto de trabajo.

Por ello se lee en la norma internacional vinculante para el Perú, el reconocimiento del “derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la

¹⁸ STC del 29 de Febrero del 2006, {Exp. N° 7320-2005-AA}, Fundamento 53, [Ubicado el 13. IV. 2016], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07320-2005-AA.html>.

¹⁹ HUERGO LORA, Alejandro, “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las administraciones con empresas Públicas”, *Revista de Administración Pública*, N°154, Marzo 2014, pp. 129-130.

²⁰ SORIANO, J.E., *Derecho Público de la Competencia*, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1998, p. 97.

oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”²¹.

2.1. Libertad de Contratación y sus límites

Dentro del tratamiento constitucional de los derechos fundamentales de la persona y del régimen económico peruano, se contempla el derecho a la Libertad de Contratación que permite establecer relaciones jurídico-patrimoniales entre personas naturales y/o jurídicas en base a la autodeterminación, adecuando el acto jurídico celebrado, a fines lícitos y respetando las Normas de Orden Público y normas de Derecho vigente al momento del contrato.

La Jurisprudencia Constitucional ha definido los contornos de la Libre Contratación o Libertad de Contratar, precisando que mediante esta facultad – fundamentada en la Autonomía Privada – la persona natural o jurídica, puede decidir cómo, cuándo y con quién se contrata²².

Sin embargo, se deben determinar límites respecto a la contratación, puesto que el empresario tiene varias posibilidades de cubrir sus necesidades de mano de obra, ya que él decide a quien contratar, debido a que la libertad de empresa está reconocida por la libertad de contratación en su doble faceta de derecho a decidir si contrata o no a determinados trabajadores, y el derecho de elegir libremente al trabajador a contratar.

Pero una vez que el empresario ha decidido contratar utilizando o no las diversas modalidades de contratación, unas con subvenciones y bonificaciones en la cotización a la seguridad social y otros no, se plantea la cuestión de si goza de libertad para elegir al trabajador que desea contratar y si existen limitaciones en este sentido. El empresario posee una libertad muy amplia para elegir al trabajador que desee contratar²³.

La doctrina ha señalado que “(...) Otro aspecto de la libertad de dirección de la empresa es aquel referido al tema laboral, en que el empresario va a encontrar

²¹ Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales.

²² STC del 04 de Agosto del 2004, {Exp. N.º 2185-2002-AA/TC}, fundamento Jurídico 21, [Ubicado el 23. IV. 2016], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.pdf>.

²³ Cfr. ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPOS RUIZ, Luis, y otros, *Derecho del Trabajo, Contrato Individual*, Tomo II, 4º Edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, pp. 87-88.

limitada su libertad de elección y sobre todo de contratación de capital humano por las normas de orden público de carácter laboral, mandatos legales que son prevalentemente proteccionistas del trabajador, lo cual es consecuencia necesaria de los modernos estados sociales de derecho (...)"²⁴.

Así, la libertad de empresa debe ser entendida como el instrumento mediante el cual una persona desarrolla actividades de carácter económico con miras a mantener o incrementar su patrimonio de tal manera que no afecte negativamente, la función social de la empresa y el interés general que se traduce en el modelo constitucional económico.

El modelo constitucional económico determina el cauce obligatorio dentro del cual ha de transitar "libremente" la libertad de empresa y que permitirá armonizar el interés privado con el público; propósito al cual suele identificarse como la función social de la empresa. Partiendo de la constatación de su carácter instrumental para el ejercicio de derechos fundamentales, la libertad de empresa admite como límite el acceso o ejercicio de derechos fundamentales de las personas.

Sobre el particular, la Corte Constitucional Colombiana señala que "(...) la defensa del propósito legítimo particular de explotación de los derechos patrimoniales en ejercicio de esa libertad, debe presentar la suficiente compatibilidad con la protección especial estatal otorgada a derechos que, como el trabajo y demás ligados a éste, son determinantes para alcanzar los fines económicos para los cuales fue creada la empresa, garantizando su realización efectiva, pero dentro del entorno que asegure la vigencia de un orden justo, protegido por las distintas autoridades públicas (...)"²⁵.

El Tribunal Constitucional Peruano reafirma la postura de la Corte Constitucional Colombiana al decir que "(...) La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y

²⁴ SABOGAL BERNA, Luis, "Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia", *Revista Mercatoria*, Volumen 4, Número 1 (2005), [Ubicado el 23. IV. 2016], Obtenido en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1490362.

²⁵ STC {No. T- 434/11}, Fundamento N°. 4.4, Corte Constitucional Colombiana, [Ubicado el 03. IV. 2016], Obtenido en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-434-11.html>.

democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado (...)"²⁶.

3. Principio de Igualdad y No discriminación

La igualdad como principio, ha tenido en el devenir histórico múltiples acepciones, así las primeras concepciones de filósofos como Platón y Aristóteles, quienes sostenían que: "Parece que la justicia consiste en Igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales"²⁷.

Por lo tanto, la idea de igualdad ha venido frecuentemente impregnada de la noción de justicia²⁸, que ha determinado el contenido que hoy conocemos como principio – derecho de igualdad, el cual establece que en todos y cada uno de los aspectos relevantes de los seres humanos, estos, deben ser considerados y tratados de igual manera; es decir, de una manera uniforme e idéntica, a menos que exista alguna razón suficiente para no hacerlo.

Entonces, "la igualdad, (...) es (...) un principio rector de la Organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la Actuación de los Poderes Públicos"²⁹. Además de concebirse como un valor preeminente del ordenamiento jurídico que prohíbe todo acto discriminatorio a quienes se encuentren en una misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato.

La positivización de este principio, que es en esencia un derecho natural y fundamental, encuentra su fundamento en la dignidad humana, a pesar de que muchos sostengan erróneamente que esta condición carece de objetividad y

²⁶ STC del 11 de noviembre del 2003 {Exp. N° 0008-2003-AI}, Fundamento Jurídico N° 16, [Ubicado el 03. IV. 2016], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>.

²⁷ ARISTÓTELES, Política, 384 AC - 322 AC. Citado por: GONZÁLES ALARCÓN, Hugo Manuel, "Análisis del Principio de Igualdad ante la Doctrina y la Jurisprudencia Comparada", *Revista Jurídica de Derecho Público*, Tomo 6, 2015, p. 88.

²⁸ La justicia como valor superior que no es ajeno y contrario al ordenamiento positivo, pero no es oponible a una norma constitucional. PULIDO QUEVEDO, Manuel, *La Constitución Española, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 3º ed., Navarra, Aranzadi, 2001, p. 174.

²⁹ STC del 21 de noviembre del 2007 {Exp. N° 00027-2006-AA/TC}, Fundamento Jurídico 1, literal A, [Ubicado el 05. XI. 2015], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00027-2006-AI.html>.

sustento científico, es imposible negar que el mayor sustento real es nuestra propia existencia, para afirmar la posesión de una dignidad inherente a todo ser humano³⁰.

Es por ello que la protección del Estado hacia la persona por medio del principio básico de Igualdad se fundamenta de conformidad con lo prescrito por nuestra Constitución en su artículo 1º “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Constitucionalmente, este principio es abordado desde una triple condición: en primer lugar, como valor superior del ordenamiento jurídico; de principio, cuya realidad y efectividad corresponde promover a los poderes públicos; de derecho fundamental, que explícita, al mismo tiempo, tres dimensiones; de libertad, democracia y social.

En su dimensión de libertad, la idea de igualdad implica la prohibición de arbitrariedad, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia, así como en su aplicación³¹. Desde la perspectiva del principio democrático, que excluye el aislamiento de ciertas minorías o grupos sociales en desventaja. Y, por último, desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos en desventaja una igualdad de oportunidades.

De igual manera, nuestro ordenamiento jurídico, ha distinguido la igualdad formal de la igualdad material. La primera, implica el establecimiento de diversas diferencias jurídicas en favor de ciertos grupos sociales, por criterios jurídicamente razonables, válidos y legítimos, queridos expresamente por el constituyente. En cuanto a la igualdad material o real, es aquella derivada de la naturaleza misma de las cosas, la situación o condición del individuo en la sociedad.

³⁰ Los derechos fundamentales y las libertades públicas establecidas en la Constitución son la expresión positivizada de los derechos humanos y de las exigencias de justicia para llevar una vida digna. PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad Humana en el Derecho del Trabajo*, Navarra, Aranzadi, 2007, p. 126.

³¹ Supone una conducta activa orientada al logro de la igualdad sustancial mediante una acción promocional integrada por actuaciones positivas a favor de los colectivos desfavorecidos encaminadas favorecer su situación, removiéndolos obstáculos que más allá de la igualdad formal, se opone a la igualdad real y reequilibrando sus posiciones de desventaja en el conjunto del contexto socioeconómico. CASTRO ARGUELLES, Antonia; ALVAREZ ALONSO, Diego. *La Igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo*, Navarra, Aranzadi, 2007, pp. 74-75.

Esta división de la igualdad se refiere, en primer lugar, a una serie de exigencias jurídico-políticas, que prevé la creación de leyes que contemplen y entiendan la igualdad de todos los hombres frente a la ley y a los demás (Igualdad Formal) y una exigencia de no discriminación en tanto en cuanto ningún individuo debe verse frenado en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes (Igualdad Material)³².

Entonces, en el ámbito laboral, debemos considerar a las convocatorias de trabajo como el primer filtro para la inserción laboral. Las empresas deben atender los mecanismos de protección vigentes al momento de establecer los requisitos que se exigen en las personas que pretenden ingresar en sus diversas empresas, pues deben eliminarse todo tipo de requisitos exorbitantes y evaluar el desempeño laboral³³.

3.1. Contenido del principio – derecho a la igualdad

El principio – derecho a la Igualdad, debe entenderse “como el principio que reconoce a todos los ciudadanos la capacidad de los mismos derechos; mientras como derecho se entiende como imparcialidad, esto se refiere desde el punto de vista del poder legislativo como creador de normas”³⁴.

Es preciso indicar que la esencia de la igualdad no puede revelarse por su significado literal, sino que debe atenerse a las funciones que cumple³⁵, y tomando en cuenta la doctrina italiana, se debe especificar de qué entes se trata y qué cosas son iguales. Intentando responder a las siguientes preguntas: ¿igualdad entre quienes? e ¿Igualdad en qué?³⁶.

Por lo tanto, al tener el Derecho Laboral un rol tuitivo en el ordenamiento y la sociedad nace para proteger a la parte más débil de una relación contractual, en el que se prevé que las partes no son iguales. Tal desigualdad se funda, de acuerdo

³²CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE. *Ipsa lure*, Año 6, Nro.26, 2014, p. 109.

³³ “El desempeño laboral debe ser entendido por el empleador como el rendimiento o performance mostrado por el trabajador en el ejercicio de sus funciones”. EYZAGUIRRE BROU, Joan, “Retención del Talento e Inversión para su Desarrollo”, *Soluciones Laborales*, Año 3, N° 31, Julio 2010, p.173.

³⁴ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE. Op. Cit. p. 108.

³⁵ Entonces, como principio cumple las funciones: fundamentadora del sistema jurídico, en la medida que la igualdad constituye el núcleo básico del Estado Social y de Derecho; orientadora del sistema jurídico y de la sociedad en su conjunto y crítica, pues sirve de parámetro de valoración de hechos o conductas. DEL POZO GOICOICHEA, Claudia, “La interpretación Constitucional del Principio de Igualdad a cargo de los Órganos Administrativos. A propósito de la Res. N° 001-2011/SC2-INDECOP1”, *Gaceta Constitucional*, N° 40, Abril 2011, p. 234.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*, Barcelona, Ediciones Paidós, 1993, pp. 53-54.

a NEVES MUJICA, en que una parte tiene poder económico – el empleador- y la otra no – el trabajador-, por lo tanto, a ese último le falta libertad³⁷.

Es por ello que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, de tal manera que no toda desigualdad supone una infracción a dicho principio, sino tan solo las que se produzcan en situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista justificación objetiva y razonable. Pues, como hemos visto anteriormente el principio de igualdad implica que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas. De tal manera, que lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades artificiosas e injustificadas.

En efecto, el trato desigual se verifica cuando se producen discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de religión, sexo, raza, etc., pero este principio no se aplica de manera absoluta, hay que tener en cuenta ciertos criterios, por ejemplo, cuando el tratamiento diferente responde a principios de bien común, como el basado en la mayor eficacia del operario, su laboriosidad o contratación a las tareas, además en la vinculación laboral se expresa en otras situaciones propias de esta relación (retribución, respeto de la intimidad, privacidad del trabajador, etc.)³⁸.

Por otro lado, al referirnos a la igualdad como derecho, se considera como aquel que tiende a asegurar una esfera de conducta a los ciudadanos. Y está contenido en el nivel más alto de nuestro ordenamiento jurídico interno, nuestra Constitución Política³⁹.

3.1.1. Igualdad ante la ley

Recogida en el Artículo 2° Inc. 2 de nuestra Carta magna, la igualdad ante la ley, “supone el sometimiento de los ciudadanos a un ordenamiento jurídico legal para todos”⁴⁰. Es por ello que, nuestro Estado, para la creación de normas debe dar

³⁷ NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho Laboral*, Lima, Fondo Editorial de La Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 10.

³⁸ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, *Curso de Derecho del Trabajo y Seguridad social*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, p. 58.

³⁹ Art. 2 inc. 2), Constitución Política del Perú.

⁴⁰ MEJÍA MADRID, Renato, “La Igualdad en el Trabajo. Una breve exposición de sus manifestaciones en la legislación laboral peruana”, *Soluciones Laborales*, Año 3, N° 31, Julio 2010. p. 22.

trato igual a los ciudadanos, con excepción de aquellos que se encuentren en situación de significativa desventaja.

Así, “el entender la igualdad ante la ley como consecuencia de la generalidad de la propia norma legal (expresión además de una voluntad general) supone el que todos se someten igualmente al ordenamiento y todos tienen igual derecho a recibir la protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce”⁴¹.

Por lo tanto, cuando existan situaciones que por su naturaleza no sean idénticas, el artículo 103° de nuestra Constitución, dispone que: “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas (...)”, facultando al Estado para dictar normas especiales de protección de derechos fundamentales, siempre y cuando por determinadas circunstancias un sector de la sociedad este inmerso en distintas privaciones.

Entonces, ante las privaciones de algún grupo social, el legislador permitirá que la “normativa cubra una realidad que por sus especiales rasgos requiere de un tratamiento diferenciado no discriminatorio”⁴² y que son constitucionalmente admisibles, pero que se deben analizar en cada caso.

En cuanto a la normativa internacional, tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su art.2°⁴³ como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su Art. 24⁴⁴ han reconocido de la misma manera la igualdad ante la ley.

Sin embargo, tal y como lo venimos describiendo, el principio de igualdad ante la ley no se agota en que la ley deba ser aplicable de igual manera para todas las

⁴¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Citado por: GARCÍA MANRIQUE, Álvaro, *¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico - jurisprudencial*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p. 222.

⁴² STC del 21 de noviembre del 2007. {Exp. N° 00027- 2006 – AA/TC}. Fundamento Jurídico 68, [Ubicado el 05. XI. 2015], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00027-2006-AI.html>

⁴³ “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. Ratificado por el Perú el 07/ 12/ 78, [Ubicado el 06. VII. 2015], Obtenido en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

⁴⁴ “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José), [Ubicado el 05. XI. 2015], Obtenido en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

personas, sino que, es posible que ante ciertas situaciones este pueda someterlas a un régimen jurídico especial, en comparación con otras, “la normativa no está impedida de favorecer a grupos vulnerables compensando los desequilibrios existentes”⁴⁵.

3.1.2. Igualdad de trato

En principio, hablamos de una Igualdad de Trato cuando, por la dignidad humana, es imposible que el Estado trate de manera diferente a personas que se encuentran en la misma situación. Se trata de una obligación, en la que tanto particulares como el Estado no puede tratar a los demás de manera diferente, salvo que exista una razón objetiva y razonable que justifique una diferenciación⁴⁶.

En la actualidad, este principio es un constante desafío para el Derecho laboral, pues implica que en las realidades sociales de nuestro país se haga efectivo el acceso al empleo, pues el principio de igualdad de trato obliga a evitar cualquier tipo de discriminación. Por lo que, este mandato de igualdad proscribire el trato desigual arbitrario⁴⁷.

Específicamente la especial atención del Estado debe orientarse en la inserción social a través del ámbito laboral, tal como lo indica el artículo 23° de nuestra Constitución, se da una concreción en el ámbito laboral de la justicia distributiva⁴⁸.

“(…) La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria”⁴⁹.

En las relaciones laborales, este principio implica la prohibición al empleador del trato desfavorable arbitrario o sin causa justificada, de un trabajador o de un grupo

⁴⁵ RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel, *El Principio de Igualdad y las Relaciones Laborales*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1999, p. 67.

⁴⁶ MEJÍA MADRID, Renato. Op. Cit. p.22.

⁴⁷ GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. “Igualdad ante la ley” en la Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 46.

⁴⁸ “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabaja.”, Art.23, Constitución Política.

⁴⁹ En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución. STC del 12 de Agosto del 2005, {Exp. N° 008-2005-PI/TC}, Fundamento Jurídico 23, [Ubicado el 05. XI. 2015], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>.

de trabajadores frente a otros trabajadores que se encuentran en situación comparable.

Además, por medio de este principio se evita que se impida la inserción laboral y social, por cuanto “opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno de los derechos que la Constitución (en adelante, CPP) y las leyes reconocen y garantizan”⁵⁰.

Por otro lado, cabe distinguir entre la igualdad de trato e igualdad ante la ley, pues esta última vincula básicamente al Estado y supone que todos se sometan igualmente al ordenamiento y que todos tengan igual derecho a recibir la protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce⁵¹.

En cambio, la igualdad de trato implica que no pueda darse un trato desigual a quienes se encuentran en la misma situación de otros. Así, el empleador está obligado en virtud de la relación laboral a dar un trato igualitario a los trabajadores y, en consecuencia, no puede arbitrariamente o sin la existencia de una causa justificada, dar un trato desigual a trabajadores que se encuentren en una situación similar, en razón, por ejemplo, la naturaleza de los servicios prestados⁵².

3.1.3. Igualdad de Oportunidades

El principio de Igualdad de Oportunidades guarda relación con el principio de imparcialidad, que se evidencia en las relaciones laborales, cuando se indica que el Estado tiene por deber la implementación de políticas afirmativas garantizando la capacitación, permanencia y ascensos, con base exclusiva en el mérito, capacidad y calidades.

Dicho principio implica una política que confíe en la necesidad de una sociedad más justa, que es a lo que debe aspirar nuestro Estado. En cuanto a la relación laboral, nuestra Constitución recoge el principio de igualdad de Oportunidades, en el Art. 26°: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: “Igualdad de oportunidades sin discriminación (...)”, empero, esto no obsta que el estado pueda

⁵⁰ STC del 26 de Marzo del 2003, {Exp. N°0261-2003-AA/TC}, Fundamento Jurídico 3.1, *Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p.48.

⁵¹ GARCIA MANRIQUE, Álvaro, *¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque Teórico- Jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p. 222.

⁵² CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “El Principio de Igualdad de Trato en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXI, 2000, p. 2.

reconocer la existencia de grupos desfavorecidos, pues el objetivo de este principio radica en alcanzar una igualdad sustancial o material donde las circunstancias no se impongan como obstáculos.

Por lo tanto, el Estado debe otorgar protección a quienes se encuentren en situación de desventaja. Esto se evidencia, especialmente en el acceso al empleo, pues el convenio 111 de la OIT ratificado por nuestro país obliga al Estado a garantizar a todos los trabajadores la aplicación del Principio de Igualdad de oportunidades en el empleo⁵³.

3.2. Principio de No discriminación

El significado de la expresión discriminación, que originalmente era usada en el sentido de “discernir”, “diferenciar” y “distinguir”⁵⁴, ha venido delimitándose al significado de dar trato de inferioridad, a ciertos miembros de una comunidad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.

Como bien lo ha establecido el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española tiene dos acepciones: a) equiparar, distinguir, diferenciar una cosa de otra y b) dar trato de inferioridad a un apersona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc. Mostrando claramente el significado tanto originario y su correspondiente evolución, que hoy por hoy es usado para expresar una diferencia injustificada en el tratamiento legal, social, y económico de las personas.

Así, discriminar significaría, dar un trato diferente cuando no existen diferencias importantes entre las personas o las situaciones, así como dar trato idéntico a situaciones que en realidad son diferentes, ya sea de manera directa o indirecta⁵⁵.

Desde siempre, la no discriminación ha estado estrechamente ligada al principio de igualdad, pero, esta es diferente en su contenido y alcance. Así, en la antigüedad existía el derecho a no ser discriminado como el aspecto negativo del derecho a la

⁵³ CONVENIO 111 DE LA OIT, Art. 1°. Ratificado por el Perú el 10 agosto 1970, [Ubicado el 04. XI. 2015], Obtenido en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_fs_108_es.pdf.

⁵⁴ AMPUERO DE FUERTES, Victoria, “Discriminación e igualdad de oportunidades en el acceso al empleo” en *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, 2a ed., Lima, Grijley, 2009, p.571.

⁵⁵ EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DE SOLUCIONES LABORALES, “Aplicación del Principio de igualdad y no discriminación en el trabajo por los inspectores laborales”, *Soluciones Laborales*, Año 4, Nro.45, Setiembre 2011, p. 28.

igualdad, tomándolo como una simple prohibición del trato desigual fundada en causas irrelevantes, arbitrarias y no razonables.

Esta concepción, que no contribuía al principio de igualdad, dejó de lado dichas limitaciones para convertirse en un principio que, si bien está ligado al principio de igualdad, no deriva de este. “(...) Fue evolucionando paralelamente con la realidad social adquiriendo un contenido propio que lo vincula internamente con el principio de igualdad”⁵⁶.

Gracias a esta evolución, se logra concebir al principio de no discriminación como la prohibición de cualquier distinción en virtud de circunstancias personales o sociales, cuya ilicitud deriva de la base de la diferenciación de la consideración de tales circunstancias. Por lo tanto, el ámbito material de aplicación del principio de igualdad es mucho más amplio que el del principio de no discriminación, pero la intensidad de aquel, mucho menor que la de este último.

Así, al referirnos que “el principio de no discriminación lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a una persona en situación inferior o más desfavorable en conjunto con las demás, sin una razón válida ni legítima”⁵⁷, entonces no toda diferenciación constituiría discriminación, sino aquellas que colocan a una persona en situación de inferioridad sin una razón justa y legítima. Por lo tanto, nos encontramos con diferenciaciones que no son discriminatorias, porque no colocan a la persona en un sentido de inferioridad o desfavorable, como las llamadas discriminaciones o acciones positivas⁵⁸, o las que tiene razón válida o legítima, como la diferenciación basada en el respeto de las leyes, que conlleva una penalidad si se transgreden.

⁵⁶ MORTOLLA FLORES, Italo, “El derecho a no ser discriminado”, citado por AMPUERO DE FUERTES, Victoria, “Discriminación e igualdad de oportunidades en el acceso al empleo” en *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, 2a ed., Lima, Grijley, 2009, p.572.

⁵⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3º Ed., Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 39.

⁵⁸ La acción positiva está orientada a reparar, mediante políticas temporales los problemas inherentes a la desventaja económica o a la exclusión social que afrontan ciertos colectivos, como las mujeres o las minorías étnicas y raciales, y derivados de discriminaciones sociales del pasado y el presente. EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DE SOLUCIONES LABORALES, Op. Cit., p. 28.

3.2.1. Tipos de Discriminación

3.2.1.1. Discriminación Directa

La discriminación puede ser directa, cuando una persona es tratada, intencional y explícitamente, de manera desfavorable con respecto a un motivo prohibido, en especial en una norma.

Así, este tipo de discriminación “(...) se configura cuando se trata a una persona de manera menos favorable que otra persona por cualquiera de los motivos por los que se prohíbe la discriminación”⁵⁹, motivos tales como: raza, sexo, religión, y los que no se encuentran vinculados directamente con sus capacidades.

Esta discriminación implica una causa visible de discriminación, así un ejemplo lo constituye el hecho que a una estudiante no se le permita continuar con sus estudios debido a su estado de embarazo o se le impida realizar sus prácticas pre-profesionales por tener una discapacidad. De igual modo, constituye una discriminación directa la restricción impuesta del acceso a un establecimiento abierto al público por tener determinados rasgos físicos⁶⁰.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano indica que la discriminación es directa, cuando se desfavorece o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores por características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos, sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral. Y nos da como ejemplo, los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye a los aspirantes mayores de cierta edad, o de determinado color de piel o complejión física, es una forma de discriminación directa⁶¹.

3.2.1.2. Discriminación Indirecta

Por su parte, será discriminación indirecta “...cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutrales, hacen que las personas que pertenecen a

⁵⁹ *Ibíd*em, p. 28.

⁶⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes”, *Serie Documentos Defensoriales- Documento N° 2*, Lima, septiembre 2007, p. 47, [Ubicado el 05.XI del 2015], Obtenido en: <http://alertacontraelracismo.pe/wp-content/uploads/2013/02/La-discriminaci%C3%B3n-en-el-Per%C3%BA-problem%C3%A1tica-normatividad-y-tareas-pendientes.pdf>.

⁶¹ STC del 06 de Noviembre del 2008, {EXP. N°. 05652-2007-PA/TC}, Fundamento Jurídico N° 44, [Ubicado el 05. XI. 2015], <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.html>.

un grupo protegido se encuentren en situación de desventaja concreta con respecto a otras personas”⁶². Es decir, esta se produce cuando, por cuestiones aparentemente neutras, pero que son susceptibles de implicar una desventaja particular para las personas y suponen una desventaja particular, a menos que estas cuestiones sean justificadas objetivamente por un objetivo legítimo y los medios apropiados y necesarios.

La discriminación es indirecta, cuando, por ejemplo, se organizan cursos de formación fuera de las horas de trabajo, durante fines de semana o en horas tardías, excluyendo a aquellos trabajadores que no podrían asistir por atender responsabilidades familiares, exclusión que comprometerá sus perspectivas laborales.

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que hay discriminación indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador que aparentemente son imparciales o neutras tienen efectos desproporcionalmente perjudiciales para los integrantes de un colectivo, sin justificación alguna e independiente de que estos cumplan o no los requisitos para ocupar un puesto de trabajo. Tal como en el caso de supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular cuando la capacidad lingüística no es requisito indispensable para su desempeño es una forma de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la etnia de origen⁶³.

Por lo tanto, un caso de discriminación indirecta se da cuando existe un tratamiento diferenciado y constante, con apariencia constitucional, pero que en realidad son intrínsecamente discriminatorias.

3.3. Principio de Igualdad y No discriminación en la Legislación Internacional

El enfoque del principio de Igualdad representa uno de los análisis con relevancia internacional más controversial desde el inicio de la historia, así, diferentes instrumentos internacionales lo han recogido y garantizado, siempre tomando como

⁶² EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DE SOLUCIONES LABORALES, Op Cit., p. 28.

⁶³ STC del 06 de Noviembre del 2008, {EXP. N°. 05652-2007-PA/TC}, Fundamento Jurídico N° 45, [Ubicado el 05. XI. 2015], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.html>.

base la dignidad de la Persona Humana, y el deber de los Estados que los suscriben de vigilar, asegurar y proteger este principio.

Así, tenemos que se encuentra recogido tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículo II), La convención Americana sobre los Derechos Humanos, en su parte 1 denominada de los Deberes de los Estados y Derechos protegidos, Capítulo II, Derechos Civiles y políticos (Artículo 2°), Declaración de los Deberes del Hombre y del Ciudadano (Art. 1°, 2.1° y 7°), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶⁴ (Art. 1°), de los cuales serán desarrollados dos de los Instrumentos más importantes.

3.3.1. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos

El principio de igualdad y no discriminación también ha sido regulado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo preámbulo asume una dimensión moral, pues los derechos carecerían de legitimidad sin esta. Por lo que en su artículo 1°⁶⁵, se encarga de determinar específicamente la libertad y la igualdad, fundamentándolos como valores que guían a la formulación de los derechos que luego expone.

En el artículo 1° se reúne tanto el principio de igualdad, como el de no discriminación, de tal manera que no podría considerarse el principio de no discriminación, sin la existencia del concepto de igualdad.

Además, en el inciso 1 de su artículo 2° indica: “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”⁶⁶.

En este aspecto, es preciso indicar que las mismas Naciones Unidas han definido la discriminación como toda distinción, ya sea por exclusión, restricción o

⁶⁴ Proclamó el principio de Igualdad e incluyó simultáneamente la prohibición de la discriminación por motivo de sexo, CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE, *Ipsa Iure*, Año 6, Nro.26, 2014, p. 116.

⁶⁵ “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Art. 1°. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 27 A (III), 10 de diciembre de 1948.

⁶⁶ *Ibidem*, Art. 2°, Inc. 1.

preferencia basada en raza, color, linaje, origen; que por objeto o resultado menoscabe, anule el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Por lo tanto, en dicho artículo se aborda el principio de igualdad y no discriminación de la manera en cómo esta adoptado en la actualidad por todas las constituciones del mundo.

3.3.2. En el Convenio 111 de la OIT

El Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado en nuestro país mediante la Resolución Legislativa N° 17687 del 6 de setiembre de 1969, ha definido en su Artículo 1° la discriminación como aquellas situaciones en las que ciertos individuos son tratados de una manera desfavorable debido a ciertas características tales como su raza, sexo, religión u opinión política.

Pues, el artículo 1° indica: “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

(a) 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;

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

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.”

Además de las distinciones detalladas, se debe considerar cualquier otra exclusión o preferencias que tenga dichas finalidades, que cada estado ha especificado, aclarando que no se consideran como discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un determinado empleo⁶⁷.

Además, también se comprende cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga las finalidades recién indicadas, especificadas por el Estado Miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Por lo tanto, para el Convenio Internacional, la discriminación exige siempre la existencia de una diferenciación basada en un motivo prohibido, sea que se trate de uno de los motivos expresados en este texto u otro de la legislación interna del país miembro. Entonces, el trato diferenciado será discriminatorio, si este tiene un impacto negativo sobre el disfrute de la igualdad de oportunidades y de trato. Que exige, que las personas sean tratadas en igualdad de condiciones y que, además se les ofrezcan medios y oportunidades equiparables.

Por otro lado, como excepción a estas condiciones discriminadoras, la Comisión de Expertos de la OIT⁶⁸, ha señalado ciertos actos que no constituyen discriminación:

- a) Las medidas que afecten a una persona, sobre la que recaiga la sospecha legítima de que se dedica una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido de que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional (art. 4 del convenio);
- b) Las medidas especiales de protección o asistencia previas por la conferencia Internacional del Trabajo (art. 5.1 del convenio), y

⁶⁷ MORGADO VALENZUELA, Emilio, "Reflexiones iniciales acerca de la recepción del principio de no discriminación en el convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958" en *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, 2ª ed., Lima, Grijley, 2009, p. 530.

⁶⁸ THOMAS, C. y HORII, Y. Citado por MORGADO VALENZUELA, Op. Cit., p. 530.

- c) Las medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o culturales, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial, definidas como no discriminatorias por el Estado Miembro, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan (art. 5.2 del convenio).

Concluyendo, así que, en estos supuestos, es posible que se tomen medidas especiales de manera que no constituyan actos discriminatorios, sino que, puede que se trate de medidas que recaigan sobre alguien que realice actividad perjudicial contra el Estado, o aquellas medidas que se dictan con el fin de proteger a grupos específicos y satisfacer sus necesidades particulares. De manera, que sirva como protección de los grupos en cuestión, y por lo tanto no pueden ser discriminatorias.

3.4. Principio de no Discriminación en el Derecho Laboral Peruano

El Derecho Laboral, tanto en la doctrina cómo en nuestra legislación, protege al trabajador, considerado como la parte más débil de la relación.

PLÁ RODRÍGUEZ determina que es necesario tener en cuenta la dignidad del ser humano y que todos deben ser tratados en forma igualitaria, siempre que estén en situaciones semejantes, pero no en posiciones diferentes.

En nuestro país, el principio de no discriminación está concebido como el “tratar igual a los iguales que se encuentran en iguales circunstancias”⁶⁹, además, la propia Constitución consagra la igualdad de trato y no discriminación, en el artículo 2°. Inciso 2, mediante la igualdad ante la ley. En este artículo puede afirmarse que se combinan el principio de igualdad con el de no discriminación; sin embargo la diferencia de contenido entre ambos conlleva un ámbito diferente sobre la eficacia de uno y otro derecho, puesto que la igualdad de trato tiene una eficacia vertical exigible a las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, siendo este quien a través de sus poderes puede vulnerarlo al dictar o aplicar la Ley; mientras que el derecho a la no discriminación posee una eficacia horizontal o *inter privatos*, exigible entre

⁶⁹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *El derecho individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico – práctico*, primera edición. Lima, Gaceta Jurídica, 2015. p. 28.

las particulares pues los actos discriminatorios pueden tener como agente a cualquier persona o institución⁷⁰.

Asimismo, el numeral 1, del artículo 26° de nuestra Constitución prevé que en toda relación laboral se debe respetar el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, prohibiendo tanto la discriminación directa como la indirecta, la primera que se da cuando el trato proscrito se produce sin justificación, en forma arbitraria, carente de causa objetiva y razonable. Por el contrario, la segunda, indica que las medidas aparentemente neutras adoptadas y/ o aplicadas por igual sobre todos causan un impacto adverso sobre un colectivo en proporción mayor que sobre los demás, haya o no intención lesiva en el agente⁷¹.

El artículo 2° de la Ley 27270 modificatoria de la Ley N° 26772, señala que: “se entiende por discriminación, la anulación, alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que implique un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, u otra índole.

En la regulación de la relación laboral, tenemos presente que el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo aprobado mediante Decreto Supremo N° 018-2006-TR, tipifica como una de las infracciones muy graves en materia de relaciones laborales: “La discriminación del trabajador, directa o indirecta, en materia de empleo u ocupación, como las referidas a la contratación (...) por motivo de (...) discapacidad, o de cualquiera otra índole”⁷².

Además, del artículo 29° de la LPCL, que indica que será nulo el despido “que tenga por motivo la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma”. Determinando de esta manera criterios limitativos para configurar la conducta

⁷⁰ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El Despido en el Derecho Laboral peruano*, 1° edición, Lima, Ara Editores, 2002, pp. 302 – 304.

⁷¹ GONZALES NIEVES, Orlando, “La no discriminación en la extinción de la relación laboral. Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano” *en libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, 2a ed., Lima, Grijley, 2009 p. 552.

⁷² Art.31 inc. 3° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, DECRETO SUPREMO N° 018-2006-TR 29/10/2006, [Ubicado el 04. VII. 2015], Obtenido en: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_019_2006_TR.pdf.

discriminatoria exigiendo primero la existencia de una notoria desigualdad o un trato marcadamente diferenciado entre trabajadores⁷³.

3.4.1. En la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Por su parte, el máximo intérprete de nuestra Constitución, sobre el concepto de igualdad y no discriminación, en numerosas ocasiones lo ha interpretado como el derecho fundamental y principio rector del Estado, en base al Art.2º de nuestra Constitución.

“(…) además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable”⁷⁴.

“(…) En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes.

Constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la

⁷³ No establece bajo qué criterios se va a medir esta notoria desigualdad o diferencia de trato, conduciendo a limitar la tutela antidiscriminatoria a los supuestos de discriminación directa. Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, Op.Cit., p. 305.

⁷⁴ STC. del 24 de Octubre del 2011, {EXP. N°. 02974-2010-PA/TC}, Fundamento Jurídico 07, [Ubicado el 05. XI. 2015], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02974-2010-AA.html>.

prohibición de discriminación. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad”⁷⁵.

Empero, el TC también agrega que: “no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribire todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”⁷⁶.

Por lo tanto, “no significa que siempre y en todos los casos se debe realizar un trato uniforme. El derecho a la igualdad supone tratar desigual a los que son desiguales, partiendo de la premisa de que es posible constatar que en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo de individuos se encuentra postergado en el acceso, igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades, etc.”⁷⁷.

Además, respecto al resguardo del principio – derecho de igualdad ha indicado, que este se da “(...) cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato”⁷⁸.

⁷⁵ STC. del 29 de Octubre del 2005, {EXP. N° 045-2004-PI/TC}, Fundamento Jurídico 20, [Ubicado el 05. XI. 2015], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.html>.

⁷⁶ STC. Del 01 de Abril del 2005, {EXP. N° 0048-2004-PI/TC} Fundamento Jurídico 61, [Ubicado el 05. XI. 2015], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>.

⁷⁷ STC del 26 de Marzo del 2003, {EXP. N°0261-2003-AA/TC}, Fundamento Jurídico 3.3, [Ubicado el 05. XI. 2015], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00261-2003-AA.html>.

⁷⁸ STC. Del 31 de Marzo del 2004, {EXP. N° 2510-2002-AA/TC}, Fundamento Jurídico 02, [Ubicado el 05. XI. 2015], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02510-2002-AA.html>.

4. Principio de Razonabilidad

La Razonabilidad proviene del vocablo latino *rationabilitas*, que refiere a la condición de aquello que resulta razonable, es decir, acorde a la razón. Por lo tanto, esta condición permitirá detectar cuándo existe un trato desigual y se vulnera alguno de los derechos del trabajador. Como afirma ÁVALOS al referirla a las relaciones de trabajo, “la razonabilidad implica que el acto del empleador debe mantener su aplicación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran, de tal manera que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente generador y el hecho consecuente derivado de este. En conclusión, la razonabilidad es el resultado de una adecuada relación lógico – axiológica entre la circunstancia mediante el objeto buscado y el medio empleado”⁷⁹.

El principio de razonabilidad dicta que los sujetos de la relación laboral deben actuar conforme a la razón, que debe ser esta la que los guíe en el quehacer diario y en el desenvolvimiento del vínculo laboral. En tanto son sujetos de Derecho que gozan de autonomía y voluntad propia, el equilibrio y la razón deben ser los que determinen su recto proceder⁸⁰.

Por su parte, nuestra jurisprudencia aborda este principio, de manera que la razonabilidad implica que un determinado trato sea dado de manera objetiva y razonable, de tal manera que esta aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifica el tratamiento diferente.

Es por ello que el Tribunal Constitucional ha optado por indicar que en virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de

⁷⁹ ÁVALOS JARA, Víctor, “¿El principio de inmediatez constituye una formalidad no esencial del despido?”, *Jus*, N°7, Doctrina & Pacífico, 2007, p. 370.

⁸⁰ GARCIA MANRIQUE, Álvaro, *¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico – jurisprudencial*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2010, p. 137.

razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional⁸¹.

Entonces, por medio de este mecanismo se exige que las decisiones que se tomen respondan a criterios de racionalidad, encontrando una justificación lógica que evite la arbitrariedad. Considerando así a la razonabilidad como un criterio íntimamente vinculado a la justicia, mecanismo de control e interdicción de la arbitrariedad.

4.1. Test de Razonabilidad e igualdad

A fin de encontrar un mecanismo adecuado que permita de forma objetiva determinar si una diferencia constituye o no discriminación y partiendo del Principio de Razonabilidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia, desarrollaron el Test de Igualdad.

El Tribunal Constitucional lo reconoce como “una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y por tanto, violatorio o no del principio – derecho de la igualdad”⁸².

El desarrollo del juicio de igualdad fue perfeccionándose básicamente con los aportes de la doctrina alemana. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) extrae pautas de la práctica judicial de países democráticos estableciendo exigencias para pasar el juicio o test de igualdad: a) la comprobación de que el fin establecido por la norma es legítimo constitucionalmente, b) la existencia de una mínima coherencia entre la distinción normativa y el fin que persigue la norma. C) la comprobación de una mínima proporcionalidad entre la medida adoptada y el fin de la norma⁸³.

En la actualidad, es nuestro Tribunal Constitucional el que se ha encargado de incorporar los pasos que se han de efectuar para emplear el examen de proporcionalidad y que son los siguientes: a) determinación del tratamiento legislativo diferente b) determinación de la intensidad de la intervención en la

⁸¹ STC del 29 de Octubre del 2005, {Exp.00045-2004-PI/TC}, Fundamento Jurídico 23, [Ubicado el 03. III. 2016], Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.html>.

⁸² STC del 21 de Noviembre del 2007, {Exp. 00027-2006-PI/TC}, Fundamento Jurídico 05, [Ubicado el 03. III. 2016], Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00027-2006-AI.html>.

⁸³ PUMAR BELTRAN, Nuria, *La igualdad ante la ley en el ámbito de la seguridad social*, Navarra, Aranzadi, 2001, pp. 81 - 83.

igualdad c) determinación de la finalidad d) examen de idoneidad e) examen de necesidad f) examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Respecto al primer paso, que indica la determinación del tratamiento legislativo diferente, hablamos de una intervención en la prohibición de discriminación; en el caso de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad, nos referimos a una restricción de derechos subjetivos orientado siempre a una finalidad del poder público (determinación de la finalidad del tratamiento diferente); esta intervención puede presentar diferentes grados o intensidades.

La intensidad, según indica el Tribunal Constitucional, puede darse en diferentes niveles: “a) intensidad grave: cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional. b) Una intervención es de *intensidad media* cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo. c) Una intervención es de *intensidad leve* cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo”⁸⁴.

Un tercer paso es la determinación de la finalidad, el cual debe distinguir dos aspectos: a) objetivo, el estado de las cosas o situación jurídica que se pretende conformar, b) el fin, que es el derecho, principio o bien jurídico cuya realización se logra con el objetivo.

Por último, debemos recalcar que tal como el test de proporcionalidad, este test también emplea tres sub - principios o exámenes: a) idoneidad o adecuación: en

⁸⁴ STC del 29 de Octubre del 2005, {Exp.00045-2004-PI/TC}, Fundamento Jurídico 35, [Ubicado el 03. III. 2016], Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.html>.

primer lugar, requiere que la medida o acto de limitación del Derecho constitucionalmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en si misma sea adecuada para el logro de ese fin”⁸⁵.

b) Necesidad: si la medida supera el juicio de idoneidad, entonces esta debe ser examen en el juicio de necesidad que se evalúa si es la menos restrictiva que otras medidas igualmente eficaces. Al respecto, el Tribunal Constitucional indica que: “(...) para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental”⁸⁶.

c) Proporcionalidad: Según la cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental⁸⁷.

El Tribunal Constitucional ha indicado que el principio de razonabilidad procede y debe proceder conforme a la razón, pues “se trata de una especie de limite o freno formal y elástico, al mismo tiempo aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir limites muy rígidos ni en un sentido ni en otro, y sobre todo donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles”⁸⁸.

⁸⁵ CASTILLO-CÓRDOVA, Luis, *Derechos fundamentales y Procesos Constitucionales*, Lima, Grijley, 2008, p. 123.

⁸⁶ STC del 21 de Noviembre del 2007, {Exp. 00027-2006-PI/TC}, Fundamento Jurídico 73.2, [Ubicado el 03. III. 2016], Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00027-2006-AI.html>.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ GARCIA MANRIQUE, Álvaro. *Op. Cit.*, p. 138.

Así, en la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula de razonabilidad no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también de concretas ideas de justicia material⁸⁹.

⁸⁹ CASTILLO-CÓRDOVA, Luis, *Op. Cit.*, p. 116.

CAPITULO II:

ANTECEDENTES PENALES, REINSERCIÓN SOCIAL Y LABORAL

1. Antecedentes Penales

1.1. Registro de condenas

En nuestro país, la doctrina no ha profundizado en el tema de los antecedentes penales, por lo que la información relacionada a estos es escasa. Pero, existe una presunción generalizada de que el poseer dichos antecedentes comportan, en la actualidad, importantes consecuencias en el futuro laboral de la persona y en el ejercicio de sus derechos sociales. Por lo que el impacto en la reinserción de dichas personas es bastante grande.

La estigmatización de las personas con antecedentes se agrava con el hecho de la publicidad que se realiza de los mismos, haciendo que disminuya considerablemente sus posibilidades de reintegrarse a la sociedad.

Así, la discusión y decisión acerca de si la información sobre los antecedentes penales debería ser accesible requiere ponderar los límites de la libertad de expresión, la transparencia judicial y la prevención de la pena, con la protección de la intimidad y la rehabilitación. Además de la ponderación de estos derechos y principios deberá considerarse que, en la actualidad, el avance de las tecnologías dificulta el control de la difusión de la información sobre las condenas⁹⁰.

⁹⁰ LARRAURI, Elena, "Antecedentes penales", *Revista Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 08, 2015, p. 2, [Ubicado el 24. IV. 2016], Obtenido en: hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/EUNOM/article/download/2481/1365.

En España existe un Registro Central de Penados, que impide la comunicación de carácter público de los antecedentes penales, así, este sólo puede comunicar información sobre los antecedentes penales de una persona a los jueces, al Ministerio Fiscal, a la policía judicial y al particular interesado. Por otra parte, los expedientes judiciales, incluidas las sentencias penales, no están disponibles para inspección pública. Incluso las sentencias publicadas de los Tribunales protegen la privacidad del acusado encubriendo su nombre real, y cambiándolo por otro ficticio⁹¹.

Esto se evidencia con el Código Penal español que dispone en su artículo 136.4 lo siguiente: “Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley. En todo caso se librarán las que soliciten los Jueces o Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da esta última circunstancia”⁹².

En nuestro país, existe un Registro Nacional de Condenas, el que siendo un ente administrado por el Registro Nacional Judicial, tiene por función registrar las sentencias condenatorias remitidas por los órganos jurisdiccionales. Dicho Registro, expide los Certificados de Antecedentes Penales de uso jurisdiccional a solicitud de los órganos judiciales.

Este Registro Nacional Judicial se encuentra regulado por la Resolución Administrativa N° 003-2012-CE-PJ, de fecha 10 de enero 2012 y posee por característica principal ser un órgano desconcentrado de la gerencia de Servicios Judiciales y Recaudación, encargado de organizar, desarrollar y mantener actualizado el Registro Nacional de Condenas.

Así, dentro de la misma Resolución Administrativa, se establece la organización del RENAJU (Registro Nacional Judicial) en cuyo artículo 4° indica que el Registro

⁹¹ *Ibídem* p. 3.

⁹² TORRES MORATO, Miguel Ángel, *Antecedentes Penales*, p.3, [Ubicado el 27. V. 2016], Obtenido en:
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20TORRES%20MORATO.pdf?idFile=506bf55a-eb38-4907-a500-6dddf03bfadd.

Nacional de Condenas (RNC) es una “Unidad Operativa, que tiene por finalidad inscribir las sentencias condenatorias consentidas o ejecutoriadas y toda resolución que modifique su estado; asimismo emite antecedentes penales a solicitud de usuarios externos e internos”⁹³.

1.2. Certificado de Antecedentes penales

El certificado de Antecedentes penales es un documento que registra las condenas de los ex reclusos, permitiendo la verificación de que esta persona ha registrado alguna sentencia condenatoria o no, por la comisión de un delito.

En Estados Unidos existe una discriminación laboral bastante arraigada, pues las condenas son vistas como el reflejo de un determinado carácter y pronostican un comportamiento futuro. Por lo que, los empresarios, al pedir el certificado de Antecedentes Penales y observar que ha habido una condena previa, esto es considerado como un indicador de un posible mal comportamiento o desempeño en el futuro⁹⁴.

En general, los empresarios pueden negarse a contratar, o pueden despedir, a quienes postulan para el trabajo o trabajadores con antecedentes penales. Pero, además, cada Estado tiene leyes que prohíben que personas con antecedentes penales trabajen en diversas posiciones del sector público o privado: policía, seguridad privada, hospitales, educación, cuidado de niños, barberías, funerarias, etc⁹⁵.

Por el contrario, en España, los antecedentes penales se tratan como un asunto privado a pesar de que las sentencias penales son públicas, y como mucho la información que dan las personas que cumplen la última parte de su condena en la comunidad es la de su domicilio, información que tampoco es pública.

⁹³ Resolución Administrativa N° 003-2012-CE-PJ, Título segundo, Capítulo I, Art. 6°, P. 5, [Ubicado el 21. VI. 2016], Obtenido en: <http://historico.pj.gob.pe/imagen/documentos/..%5C..%5CCorteSuprema%5Ccepj%5Cdocumentos%5CR.A.%20N%C2%BA%20003-2012-P-CE-PJ.pdf>.

⁹⁴Cfr. LARRAURI, Elena y JACOBS, James B. “Reinserción Laboral y antecedentes penales”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 13, Barcelona, 2011, p. 3. [ubicado el 23.IV 2016] Obtenido en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-09.pdf>.

⁹⁵ LARRAURI, Elena y JACOBS, James B., Op. Cit., p. 3.

La diferencia entre la regulación norteamericana y española refleja distintas formas de concebir el RCP (Registro Central de Penados). Así, en Estados Unidos la publicidad de los antecedentes penales se concibe como una herramienta para proteger a la sociedad. En tanto, en España, el RCP cumple una función eminentemente judicial, principalmente en dos momentos: 1) en la medición de la reincidencia como circunstancia agravante; y 2) en la decisión acerca de la suspensión de la ejecución de la pena⁹⁶.

En nuestro país, un certificado de Antecedentes Penales es considerado como un documento oficial expedido por el Registro Nacional de Condenas del Poder Judicial a través de su sede central ubicada en la ciudad de Lima o a través de los Registros Distritales de Condenas a nivel nacional, mediante el cual se certifica si una persona registra o no sentencias condenatorias impuestas como consecuencia de la comisión de un delito. Por lo que este trámite se realiza de manera personal, y no es una información de carácter público⁹⁷.

La emisión de estos certificados está regulado por medio de la Resolución Administrativa N° 693-2011-GG-PJ, denominada “Guía Operativa para la emisión de Certificados de Antecedentes Penales” que indica que los Certificados de Antecedentes Penales son aquellos documentos oficiales emitidos por el Registro Nacional de Condenas, en los que se consigna información sobre la existencia o no de antecedentes penales.

Esta información es de carácter reservada, pudiendo acceder a ella las instituciones legitimadas y es la misma Resolución Administrativa en cuyo inciso 2, artículo 2° establece expresamente cuales son las instituciones que pueden solicitar los antecedentes penales: “La información que administra el Registro Nacional de Condenas, solo se otorga a solicitud de:

⁹⁶ *Ibíd*em p. 9.

⁹⁷ El Registro Nacional de Condenas administra información de carácter reservada, pudiendo acceder a ella las instituciones legitimadas, PODER JUDICIAL, Registro Nacional de Condenas, [Ubicado el 10. V. 2016], Obtenido en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_servicios/as_e nlaces_de_interes/as_registro_nacional_condenas.

2.2.1. Órganos Jurisdiccionales – Juzgados, Salas Superiores o Supremas que gozan de la potestad de administrar justicia a nombre de la Nación.

2.2.2. Entidades Legitimadas- son aquellas autorizadas expresamente por ley a solicitar la información que administra el Registro Nacional de Condenas: Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Jurado Nacional de Elecciones, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Procuraduría Pública, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, Servicio Nacional Inteligencia, etc.

2.2.3. Público Usuario- Todo aquel ciudadano que previo cumplimiento de los requisitos del Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA institucional tramita la emisión del Certificado de Antecedentes Penales”⁹⁸.

1.3. Discriminación laboral y Antecedentes penales

En cuanto la revisión de los antecedentes penales es un documento determinante para acceder a un puesto de trabajo, resulta lógico que esto se convierta en un tipo de discriminación laboral. Entendiendo a la discriminación como cualquier trato de inferioridad hacia personas por motivos ajenos a su capacidad dentro del ámbito de la libertad del trabajo.

Tal como venimos indicando, en el ámbito laboral existen dos tipos de discriminación: (1) directa e (2) indirecta. La discriminación es directa cuando la normativa, las leyes o las políticas, excluyen o desfavorecen explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características tales como la opinión política, el estado civil o el sexo. Este tipo de discriminación se basa en prejuicios y estereotipos que atribuyen ciertas aptitudes o la falta de éstas a determinadas personas, en función de su pertenencia a un cierto colectivo racial, sexual, religioso u otro, independientemente de sus calificaciones y experiencia laboral. (...) Por otro lado, la discriminación es indirecta cuando existen disposiciones y prácticas aparentemente imparciales que perjudican de manera desproporcionada a integrantes de un colectivo determinado. Un ejemplo de este tipo de discriminación es el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma, en

⁹⁸Resolución Administrativa de la Gerencia General del Poder Judicial N° 693-2011.GG-PJP, CAPITULO II: Disposiciones Generales, p. 8, [Ubicado el 10. V. 2016], Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/21c61b004ce04089823dfeafc0711c6e/RA_0693-2011-GG-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=21c61b004ce04089823dfeafc0711c6e.

particular, cuando esta competencia lingüística no es indispensable para el puesto de trabajo⁹⁹.

Existe una notoria diferencia entre lo que ocurre en Estados Unidos y España, pues “de acuerdo a investigaciones realizadas se sabe que en los Estados Unidos entre un 50% y un 80% de los empresarios revisa los antecedentes penales de los aspirantes a un puesto de trabajo. Esta comprobación (“*criminal background checks*”) se realiza en ocasiones porque lo exige la ley y en otras de forma voluntaria, pues para muchos empresarios es una forma de valorar la aptitud laboral de las personas y en especial de minimizar la responsabilidad civil que pudiera derivarse por los daños y delitos realizados por los empleados (“*negligent hiring*”). (...) Por el contrario, España, al igual que otros países de la Europa continental, reconoce de forma mucho más amplia los derechos a la privacidad, la dignidad y el honor, que protegen al individuo de la posible divulgación de sus antecedentes penales, tanto por órganos gubernamentales como por particulares”¹⁰⁰.

Así, el acto de revisar los antecedentes penales para acceder a un empleo se basaría en aquella discriminación directa que impediría que las personas que hayan recibido una condena, pero que están aptos para poder trabajar, no puedan desarrollarse.

En tanto, (...) la discriminación restringe el acceso de las personas a recursos productivos, al mercado de trabajo y a servicios sociales de buena calidad, genera mayor vulnerabilidad de las mismas, lo cual se traduce, a menudo, en incapacidad de generación de ingresos estables y capaces de atender a las necesidades básicas. Este contexto implica que el individuo enfrenta una situación de pobreza que genera a su vez exclusión y discriminación, repitiéndose el mismo proceso una y otra vez¹⁰¹.

⁹⁹ VERA ROJAS, Patricia, *La discriminación en los procesos de selección de personal*, Oficina nacional de trabajo de Ginebra, abril 2006, Suiza, p. 8, [Ubicado el 10. V. 2016], Obtenido en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_wp_29_sp.pdf.

¹⁰⁰ LARRAURI, Elena. “Antecedentes penales”, *Revista Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 08, 2015, p. 3, [Ubicado el 24. IV. 2016], Obtenido en: hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/EUNOM/article/download/2481/1365.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 13.

La discriminación, genera consecuencias tanto en el plano jurídico, pues existe el temor de reincidencia que puede ser usada para agravar la responsabilidad penal; como en el ámbito social, situación que se agrava cuando los antecedentes penales se difunden. Por: “(...) tal circunstancia, cuando se conecta con una sanción penal previa, siempre ha tenido una valoración negativa, estigmatizadora, en el sentido de que se ha utilizado para agravar las responsabilidades criminales posteriores. Y, respecto de los efectos de carácter social, debe señalarse la marginación que implica el conocimiento de tales antecedentes en el ámbito laboral y el desprestigio que produce ante la opinión pública, cuando aquéllos se difunden a través de los medios de comunicación”¹⁰².

1.4. Antecedentes penales y Cancelación

En algunos países, como Estados Unidos o Inglaterra, determinados antecedentes penales no caducan nunca. Por el contrario, en el resto de países de la Europa continental los antecedentes penales se cancelan pasado un determinado periodo de tiempo; en general, cuanto más largo es el tiempo de espera para cancelar los antecedentes penales, mayor es la presunción de que constituyen un obstáculo para la reintegración. Esta situación no solo afecta las oportunidades laborales, sino que además incide en otros derechos cívicos y políticos, por ejemplo, el derecho de sufragio pasivo o conseguir el estatus de residente en un determinado país¹⁰³.

En Estados Unidos esta discriminación es tan generalizada que incluso se contempla como una opción racional y normal, pues el tener una condena es semejante a mostrar el reflejo de un determinado carácter y del comportamiento futuro. Por lo que tener una condena previa, es indicador de que en el futuro habrá un posible mal comportamiento.

Por el contrario, en España existe la convicción de que los antecedentes penales se cancelan “de oficio”, como mucho cinco años después del cumplimiento de la pena (art.136.2, 2º del Código Penal). Pero, este es un periodo más dilatado de lo

¹⁰² TORRES MORATO, Miguel Ángel, *Antecedentes Penales*, p.5, [Ubicado el 27. V. 2016], Obtenido en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20TORRES%20MORATO.pdf?idFile=506bf55a-eb38-4907-a500-6dddf03bfadd.

¹⁰³ LARRAURI, Elena. Op. Cit., p. 6, [Ubicado el 24. IV. 2016], Obtenido en: hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/EUNOM/article/download/2481/1365.

que parece, no sólo porque las penas tardan bastante tiempo en empezar a ejecutarse, sino además porque el plazo de cancelación es el de la pena principal más grave. Por otro lado, la creencia en la cancelación de oficio quizás obedece a una confusión entre cancelación judicial (el juez no toma en cuenta los antecedentes si son cancelables) y cancelación administrativa (la Administración sí los toma en cuenta si no están realmente cancelados)¹⁰⁴.

Además, en Estados Unidos, dependiendo de cada Estado, existe una prohibición expresa de que personas con antecedentes penales trabajen en determinados puestos del sector público o privado, tales como: policía, seguridad privada, hospitales, educación, cuidado de niños, barberías, funerarias, etc. Por el contrario, en España como en nuestro país no se han ocupado del impacto de los antecedentes penales en la reinserción laboral, pues mientras estos antecedentes penales no sean cancelados no será posible el acceso a determinados empleos. Es decir, tampoco existe el apoyo por parte del Estado en la reinserción plena a la sociedad de quien ha cumplido condena, a pesar de que en ambos países se define a la rehabilitación como el acto que extingue los efectos de la condena y que consiste en el deber de reponer a un penado a la situación jurídica y social en que se encontraba antes de cometer el delito.

Al respecto, se indica que: “frente a la rehabilitación, como acto de benevolencia del Jefe del Estado o de la autoridad administrativa, surge la rehabilitación judicial, que implica su otorgamiento, bajo determinadas condiciones previstas en el ordenamiento jurídico, es decir, como un auténtico derecho. Así, el párrafo 1 del citado artículo 118° disponía que “Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal o alcanzado la remisión condicional de la pena, tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales previo informe del Juez o Tribunal sentenciador”¹⁰⁵.

Además, el artículo 69° del Código Penal Peruano, a través de la Ley 28730, adiciona un párrafo a dicho artículo, indicando lo siguiente: “El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido

¹⁰⁴Ibidem, p. 6.

¹⁰⁵TORRES MORATO, Miguel Ángel. Op.Cit, p.15.

su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite. La rehabilitación produce los efectos siguientes:

1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y
2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación”¹⁰⁶.

Así, en nuestro país, se verá cumplido además uno de los principios del régimen penitenciario, congruente con el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”¹⁰⁷. Pero, todo ello siempre y cuando el condenado no cometa ningún otro delito dentro de los plazos expresamente consignados en el código penal.

Para que el condenado logre la anulación o cancelación de los antecedentes penales, debe solicitarla de la siguiente manera: “Presentar un escrito al juzgado o sala que emitió la sentencia, solicitando su rehabilitación (El juzgado remitirá al Registro Nacional de Condenas el oficio y copia Certificada de la resolución de rehabilitación en la que se ordenara la cancelación de sus antecedentes penales)”¹⁰⁸.

2. Reinserción Social

2.1. Política Criminal

La moderna concepción del Derecho Penal entiende que éste toma en consideración su repercusión en el plano de la realidad social, por cuanto cada una

¹⁰⁶ Art. 69, Código Penal peruano.

¹⁰⁷ GACETA JURÍDICA, *El Código Penal en su Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Primera edición, 2007, p.159.

¹⁰⁸, PODER JUDICIAL, Registro Nacional de Condenas, [Ubicado el 10. V. 2016], Obtenido en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_servicios/as_e nlaces_de_interes/as_registro_nacional_condenas.

de sus instituciones, principios y conceptos contemplan además su aptitud funcional para resolver problemas de la existencia humana.

Una de las nociones principales sobre la política criminal indica que esta es una de las formas en que la sociedad se organiza frente al fenómeno criminal, basada en principios y valores. Al respecto, BORJA tomando en cuenta la tesis del penalista Claus Roxin ha señalado una primera aproximación de carácter preliminar y provisional, indicando los siguientes rasgos:

“a) La Política Criminal es una disciplina que se estructura en torno a la estrategia de lucha contra el crimen, b) Su función va más allá, alcanza al tratamiento de la problemática de los ciudadanos que perpetran hechos delictivos (“...La cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad constituye el objeto principal de la Política Criminal”), c) Es una disciplina que se encuentra a caballo entre la ciencia y la política (“...Por un lado, se basa como ciencia en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídicas y empíricas; por otro lado, pretende, como clase de política, llevar a cabo ideas o intereses concretos”), d) Su metodología se desarrolla entre el ámbito de la elaboración teórica y el plano de su incidencia práctica en la realidad social”¹⁰⁹.

De tal manera que la política criminal tiene que ser entendida como parte de la política pública¹¹⁰ que busca el control social, no solo como una reacción social contra la delincuencia, sino también bajo el aspecto de disciplina o método de observación de la reacción anti criminal y además, como una estrategia de lucha contra la delincuencia a partir de datos de observación objetiva.

Así, algunos autores definen a la política criminal como un arte o rama de la política general y manifestación de poder, o como una ciencia independiente cuyo objeto

¹⁰⁹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin*, p. 9, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217111.pdf>.

¹¹⁰ La política pública es definida como la actividad, enfocada en definir y diseñar la intervención del Estado frente a cuestiones socialmente problematizadas, orientada por las directrices de la justicia, la equidad, la seguridad y el bien común, JUÁREZ BRIBIESCA, Armando y MEDINA RAMÍREZ, Marco Antonio, *Política Criminal (México y Chile)*, p. 7, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/18/jec/jec8.pdf>.

es el funcionamiento de la norma penal. Esta última afirmación ha dado lugar a que otros autores, quienes señalan que esta es una política adoptada por el Estado para cumplir su función en materia criminal, cuyo objetivo es luchar contra el delito previniéndolo y/o reprimiéndolo. Dejando de lado la definición en la que se indica a la política criminal como arte o como ciencia.

Por su parte ZAFFARONI indica que la política criminal es indistintamente una ciencia o un arte para seleccionar aquellos bienes jurídicos que deben tutelarse y que debe estar sometido a una crítica de métodos necesarios para dicha tutela¹¹¹. Entonces, la política criminal debe contemplarse desde ambas perspectivas: como una política del Estado que tiene que ver con aquellas medidas y acciones de prevención y represión del fenómeno criminal; y, además, como el conjunto de conocimientos respecto a dichas medidas y acciones implementadas por el Estado.

Por lo tanto, el fin último de la política criminal es controlar los índices de delincuencia, procurar la seguridad pública, siempre y cuando dichas políticas estén integradas al funcionamiento de la legislación penal y de cada una de las instituciones encargadas de la prevención y erradicación del fenómeno criminal. Y, para lograr dicha seguridad pública el mismo Estado debe brindar la protección necesaria para el mantenimiento de la paz pública mediante acciones de prevención y represión de delitos y faltas administrativas que vulneran la seguridad¹¹².

Cabe precisar que respecto a la política criminal de prevención, esta no se restringe a lo legislativo, sino que busca minimizar la concurrencia de la criminalidad, la cual está constituida por muchas actividades tales como el desarrollo de todo el Estado, atendiendo factores, como educación, empleo, salud, vivienda, para evitar los actos criminales.

Estas políticas de prevención tienen una división clásica: de prevención general y prevención especial; la primera se refiere a aquel factor intimidante sobre los

¹¹¹CORONA AGUIRRE, Lilita Alejandra, *La participación ciudadana como parte integrante de la seguridad pública en México*, Tesis Profesional como requisito parcial para obtener el título en Licenciatura en Derecho con especialidad en Derecho Fiscal, Puebla- México, Universidad de las Américas Puebla, 2005, p. 8, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/corona_a_la/capitulo3.pdf.

¹¹²Ibidem, p. 8.

ciudadanos, mediante la amenaza de ser sancionado para lograr que este se abstenga de realizar conductas antisociales; en cuanto a la segunda, esta se refiere al reconocimiento de una norma que contiene el delito que es sancionado.

Los orígenes de dicha división se presentan en “la prevención general negativa mediante la conminación penal en la norma penal fue formulada originalmente por FEUERBACH, según este autor, la pena debe ser un factor de inhibición psicológica, para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo. Este entendimiento de la función de la amenaza penal presupone que exista un vínculo psicológico entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos (...) Una muestra clara de esta finalidad de la pena, dice GARCÍA CAVERO, fue la ideación del denominado Panóptico, el cual era un diseño especial de una cárcel que permitía a los ciudadanos ver desde fuera cómo los condenados cumplían su pena”¹¹³.

En cambio, a la prevención general positiva se le ha atribuido la función de explicación de la pena, que describe cómo actúa la pena y las funciones legitimadoras de esta, ya que, “se refiere al reconocimiento de la vigencia de la norma, pues cuando un delito es sancionado tiene como consecuencia que se reafirme la validez de ésta”¹¹⁴.

Por otro lado, dentro de las políticas de prevención también encontramos las políticas de prevención especial cuya diferencia radica en que sus efectos no van dirigidos a la colectividad en general, sino al delincuente en especial; estas también pueden ser negativas o positivas; en cuanto a la prevención especial negativa, esta se refiere a la prevención de nuevos delitos (reincidencia), que al ser aplicada a un individuo trae como consecuencia que este no vuelva a cometer más delitos.

La finalidad de la prevención especial negativa tiene como finalidad neutralizar la posible nueva acción delictiva de quien ya había cometido un delito en un momento

¹¹³ ESPINOZA MONDRAGÓN, Braulio, *Política criminal y Prevención del Delito Hoy: Una propuesta de Modelo de Prevención para el Municipio de León, basado en la Participación Ciudadana*, Tesis de Graduación sometida a consideración del Tribunal Examinador del Programa de Doctorado en Derecho del Sistema de Estudios de Posgrado para optar por el grado académico de Doctor en Derecho, San José-Costa Rica, Universidad Estatal a Distancia, pp. 40 – 41, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en: <http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/120809/969/1/Politica%20Criminal%20y%20Prevencion%20del%20Delito.pdf>.

¹¹⁴ CORONA AGUIRRE, Liliana Alejandra. Op. Cit, p. 13.

anterior, siendo esto duramente criticado, pues “de acuerdo con su finalidad, en la aplicación de sus técnicas, para la prevención del delito, es evidente que, más que servirle de límite al *ius puniendi* estatal, como algo deseable de toda teoría de la pena, favorece la pena indeterminada, supeditando la duración del tratamiento a la definitiva corrección del delincuente, que por sus soluciones rápidas, se puede señalar que ni siquiera persigue tal corrección. Sin embargo, nadie puede negar la efectividad de sus logros de la finalidad de la pena, pues sus resultados se pueden comprobar empíricamente, pero la objeción ética es contundente”¹¹⁵.

Al contrario, la prevención especial positiva, busca la resocialización del delincuente, como consecuencia natural de la misma pena. Esto quiere decir que se acude a la pena con la convicción que el delito responde a causas empíricas puestas de manifiesto en la personalidad del sujeto. Por lo tanto, la pena está dirigida al tratamiento propio del delincuente para evitar su reincidencia.

Por último, al hablar de una política criminal represiva, nos referimos a aquellos actos que operan desde el poder del Estado como el único que tiene el monopolio de violencia legitimada para detener, contener o castigar conductas de violencia de los ciudadanos. Principalmente, se dan a través del endurecimiento de penas, criminalización de nuevas conductas, incremento de personal del sistema de justicia, por lo que la tendencia de estas medidas represivas denota una política criminal no precisamente de un Estado de derecho, pues opta por el camino más fácil, que es la de represión.

2.2. Reinserción y rehabilitación:

Tal como lo hemos señalado anteriormente, una de las razones de las políticas criminales es buscar la Resocialización, evitando de esta manera la reincidencia. Antes de explicar el termino de reinserción, es necesario tomar en cuenta qué significa resocialización, el cual refiere, en primer lugar, al transcurso en que los individuos son recuperados y preparados para la vida en sociedad; en segundo lugar, se trata del proceso de personalización por el cual, se tiende a disminuir la vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal a partir del trato humano.

¹¹⁵ Ibídem, p. 43.

La resocialización comprende desde el proceso de la estancia del condenado en prisión, mediante el que gracias a la colaboración del personal penitenciario y el equipo interdisciplinario procura que este tome conciencia del comportamiento delictivo pretérito y sus implicancias en la vida personal, familiar y social, para fomentar y consolidar su capacidad de convivir en sociedad y con respeto de la ley penal “(...) ésta constituye uno de los principios rectores de la ejecución de la pena por cuanto, junto con la legalidad ejecutiva, la judicialización y la inmediatez, constituyen los pilares en los que se cimienta y orienta la actividad del Estado para la regulación y ejecución de la pena. Ello, además de constituir una guía de interpretación en cuestiones penitenciarias”¹¹⁶.

Por otro lado, el término reinserción social tiene que ver con volver a integrarse de manera social y psicológica al entorno social, “significa volver a encausar al hombre delincuente dentro de la sociedad que lo vio cometer un delito (...); la reinserción va dirigida a obtener la responsabilización del reo hacia él mismo y hacia la sociedad a través del logro, sea de un mayor conocimiento de sus deberes y una mayor capacidad de resistencia a los estímulos criminosos, sea al reconocimiento de su culpabilidad o de los errores cometidos en el pasado”¹¹⁷.

Entonces, ambos términos son equiparables entre sí, son sinónimos, por cuanto cumplen con la función de la pena, que es el conseguir que el delincuente voluntariamente deje de actuar en contra de la norma y adquiera un modo de vida que le permita integrarse nuevamente a la sociedad. Así, “todos aluden a la integración en la sociedad, a fomentar el contacto del delincuente con esta, entendiendo siempre que debe evitarse el aislamiento y la incomunicación”¹¹⁸.

¹¹⁶ MARTÍNEZ BLANCH, Patricia, *La resocialización del delincuente*, Trabajo final de grado, Curso de adaptación 2013/2014, grado en criminología y seguridad, Castellón de la Plana-España, Universitat Jaume I, p. 29, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/106276/TFG_2014_MARTINEZ%20BLANCH.pdf?sequence=1.

¹¹⁷ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Reinserción social y función de la pena*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Formación de la Procuraduría General de Justicia de la UNAM, 2012, p. 4, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3169/7.pdf>.

¹¹⁸ MARTINEZ BLANCH, Patricia. Op. Cit., p. 33.

Es claro que debe entenderse la reinserción social en clave de recuperación de derechos de las personas vulnerables¹¹⁹. Así, el tratamiento penitenciario en clave de derechos debe dejar de ser realizado exclusivamente con parámetros de modificación de conductas —al estilo positivista—, para pasar a realizarse no solo con el interno, sino también comprometiendo a la comunidad toda en ese proceso¹²⁰.

La reinserción o resocialización es la transición plena por la que atraviesa el delincuente para reincorporarse exitosamente a la comunidad, entonces, “la reinserción social implicaría el retorno a un estado anterior. Es decir, el regreso del recluso a la vida extra penitenciaria, el regreso del infractor a un estilo de vida prosocial, englobando no sólo la dimensión conductual, que correspondería a que la persona deje de delinquir, sino que a una dimensión simbólica donde el individuo es reintegrado a la sociedad y deja atrás la condena que ha cumplido o le ha sido remitida”¹²¹.

La reinserción social es tan importante que ha sido legislada Internacionalmente por numerosos instrumentos. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008), declara que “El tratamiento a los condenados a una pena privativa de libertad debe tener por objeto inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, promoviendo la reforma, rehabilitación y readaptación social. Para alcanzar estos fines, los Estados promoverán, de forma progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la orientación vocacional y el desarrollo de proyectos de capacitación técnico profesional, de

¹¹⁹ También entendido como: “proceso de “personalización” el cual, a partir de un trato humano y lo menos degradante posible, tiende a disminuir el nivel de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal. CABELLO TORO, Daniela Andrea, *Derecho a la Reinserción Social*, Tesina de la Carrera de Derecho, Santiago de Chile, Universidad Alberto Hurtado de Chile, p. 9, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en: <http://repositorio.uahurtado.cl/bitstream/handle/11242/7424/DERCabelloT.pdf?sequence=1>.

¹²⁰ MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE ARGENTINA & DEFENSORÍA PENAL PUBLICA DE CHILE, *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, p. 48, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: www.dpp.cl/resources/upload/94ea454848933ba928bc545a14f3c0bb.pdf.

¹²¹ MORALES PEILLARD, Ana María; WELSCH CHAHÚAN, Gherman y Otros, *Reinserción social y laboral de infractores de la ley, estudio comparado de la evidencia*, Fundación Paz Ciudadana, 2015 p.15, [Ubicado el 12. V.I 2016], Obtenido en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2015/04/estudio-comparado-de-la-evidencia-en-reinsercion-social-y-laboral.pdf>.

manera suficiente, permanente y adecuada, fomentando la participación y la cooperación de la sociedad”¹²².

Además, las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el primer congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente reconocen que: “se tendrá debidamente en cuenta, desde el principio del cumplimiento de la condena, el porvenir del recluso después de su liberación. Deberá alentarse al recluso para que mantenga o establezca relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer los intereses de su familia, así como su propia readaptación social”¹²³.

En América Latina, pese a los esfuerzos desplegados por los países para implantar políticas penitenciarias que permitan la reinserción social, no se ha logrado conseguir que estas sean de manera óptima, un claro ejemplo es México, en el que a pesar de que se adopta la reinserción social como un dogma de reforma Constitucional establecido el 18 de Junio de 2008, sin embargo ese rol protector no se cumple, pues los centros penitenciarios de México tienen marcadas carencias organizacionales y serias deficiencias funcionales “...de tal manera que encontramos: focos de corrupción, sobrepoblación, falta de personal capacitado, constante violación de los derechos de los internos, baja participación de los internos en actividades laborales y educativas, ausencia de instalaciones funcionales”¹²⁴.

Por otro lado, en el caso colombiano la situación es bastante inestable, pues con un Código Penal (Ley 599 de 2000) que ha sido modificado más de 30 oportunidades, para aumentar las condenas ha endurecido el sistema, careciendo de una política criminal preventiva que permita la resocialización del inculcado.

Existe una ausencia de ejecución efectiva de los proyectos, planes y programas para la resocialización o reinserción social positiva de las personas condenadas,

¹²² *Ibíd*em, p. 59.

¹²³ Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>.

¹²⁴ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Ricardo, *La reinserción social*, p. 4, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: http://congresopuebla.gob.mx/docs/Mesa2/25_LA_REINSERCIÓN_SOCIAL.pdf.

carencia que a su vez es uno de los ingredientes generadores de la reincidencia delictual (...) y sus inherentes consecuencias: graves deficiencias en los servicios de salud, de alimentación, de seguridad, violencia, corrupción, ingobernabilidad de los establecimientos de reclusión, escasez de actividades encaminadas a la resocialización o reinserción social positiva del condenado, entre otras derivaciones¹²⁵.

En el caso de Chile, sí han existido avances, tales como el reconocimiento de la reinserción social como una función de uno de los órganos de Gendarmería. Pues, bien en la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile indica que la misión de Gendarmería de Chile es “atender, vigilar y contribuir a la reinserción social” de las personas detenidas o privadas de libertad (artículo 1°), especificando entre sus funciones la de “contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad, mediante la ejecución de acciones tendientes a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social” (literal f, artículo 3°); asimismo, indica que corresponde a la Subdirección Técnica “desarrollar los programas y proyectos institucionales tendientes a la reinserción social de las personas atendidas en los distintos sistemas” (inciso 1, artículo 8°)¹²⁶.

En nuestro país, por el contrario, si bien está adscrito a los diversos pactos Internacionales que reconocen a la reinserción social como uno de los fines de los Estados para garantizar los derechos fundamentales, no existe ningún avance respecto a políticas que promuevan la resocialización del ciudadano.

Así, el código de Ejecución Penal Peruano indica: “el tratamiento tiene por objetivo la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad”¹²⁷. Y su reglamento indica “que el tratamiento es el conjunto de actividades encaminadas a lograr la modificación del comportamiento del interno, con el fin de resocializarlo y evitar la comisión de nuevos delitos. El tratamiento es progresivo y comprende el desarrollo de programas de resocialización del interno en forma individualizada y grupal según la naturaleza de la atención. Será aplicado en forma multidisciplinaria

¹²⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA, *La política criminal y penitenciaria del estado colombiano*, p. 2, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/04/documento_09_sep_2013.pdf.

¹²⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA, GENDARMERIA DE CHILE, Op. Cit., p. 61.

¹²⁷ Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N° 654, Título III, Capítulo I, Artículo 60. 5.

por los profesionales y técnicos de tratamiento, promoviendo la participación del interno, así como de instituciones públicas y privadas, la familia y la sociedad”¹²⁸.

A pesar de ello, En nuestro país, el sistema carcelario adolece de muy serios problemas. Cada establecimiento penitenciario tiene problemas particulares ya sea en la administración penitenciaria, la infraestructura, la población de internos, etc. Sin embargo, existen problemas generales, los cuales tienen que ser afrontados por la gran mayoría de internos de todo el país: El hacinamiento carcelario, la antigüedad de los establecimientos penitenciarios, el deficiente presupuesto destinado a la administración del INPE, entre otros”¹²⁹.

2.3. Intervención Social en la Reinserción

Actualmente, las políticas de reinserción son factibles en la medida que exista la intervención del Estado en estas, en función de su rol reparador y básicamente en la reparación de los derechos sociales. Esta intervención se presenta como un espacio de construcción de nuevos interrogantes y respuestas, generando una mayor visibilidad de los problemas sociales por medio del diálogo entre la intervención, la gestión y el diseño de políticas sociales.

Por lo tanto, solo se lograría la reinserción social si el infractor logra alcanzar una participación activa en el entorno comunitario, logrando satisfacer sus necesidades por medios lícitos; para ello la intervención del Estado debe englobar a esfuerzos debidos que permitan que pueda regresar exitosamente a la sociedad y evitar el riesgo en cuanto a la seguridad social, por medio de programas que sean útiles, estructurados y planificados, individuales, grupales o sociales.

En algunos países, estos programas son conocidos como “programa de reasentamiento de delincuentes”. Así, La Asociación de Funcionarios a Cargo de la Libertad condicional del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha adoptado la siguiente definición de «programa de reasentamiento» como: “Un

¹²⁸ Reglamento del Código de Ejecución Penal, Decreto Supremo 015-2003-JUS, Título V, Capítulo I, Artículo 97.

¹²⁹ ZAPATA CARNAQUÉ, Esperanza, *La reinserción productiva; una segunda oportunidad para los internos de los establecimientos penales*, Gestión del Estado, octubre 2010, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:f5mFp5D_weEJ:gestionpublica.org.pe/plantilla/rxv5t4/1029474941/enl4ce/2010/octu/revges_1088.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe .

proceso sistemático basado en pruebas, por el cual se actúa para trabajar con el delincuente, sea como prisionero o ya en libertad, de modo que las comunidades queden mejor protegidas del daño y se reduzca significativamente la re-delincuencia. Incluye la totalidad del trabajo con los prisioneros, sus familias y convivientes, en asociación con organizaciones reglamentarias y voluntarias”¹³⁰.

Estos programas buscan la preparación de los reclusos para su retorno a la comunidad, realizando los ajustes necesarios y gestando contactos con instituciones que actúen como factores protectores; pues, las investigaciones en este ámbito demuestran que es necesario un componente de supervisión, ya que la entrega de servicios por sí sola no logrará el equilibrio que facilite al usuario su reincorporación en sociedad y evite la reincidencia.

Un claro ejemplo es el caso de Inglaterra y Gales, que han construido un verdadero programa que posibilita la reinserción y rehabilitación de los condenados, destacando en el desarrollo de estrategias que tienen como objetivo la disminución de la reincidencia delictual, mediante el incremento de la inversión carcelaria y acciones en la preparación del egreso y el primer tiempo en libertad de los reclusos y sus familias.

Esto puede ser posible mediante la colaboración entre el sector Público y el privado que es presidido por dos instituciones importantes, “el Servicio de Prisiones (Prision Service) y los Servicios de Probación (Probation Trusts), los que a su vez son controlados a través del Servicio Nacional de Manejo de Infractores (National Offender Management Service - NOMS). El servicio es una agencia ejecutiva dependiente del Ministerio de Justicia, cuyo objetivo es proteger a la ciudadanía y reducir la reincidencia, a través del cumplimiento de las condenas establecidas por tribunales, ayudando a los infractores a reformar sus estilos de vida para evitar futuras víctimas de la delincuencia. Para estos efectos, el NOMS coordina los servicios de probación y el servicio de prisiones, para asegurar una entrega más

¹³⁰ ONUDD: OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Guía de Introducción a la prevención de la reincidencia y la reintegración social de delincuentes*, Serie de Guías de Justicia Penal, Naciones Unidas, Nueva York, 2013, p. 17, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_SocialReintegration_ESP_LR_final_online_version.pdf.

efectiva de los mismos. Si bien ambos cuerpos son distintos, tienen un propósito común: Proteger al público y reducir la reincidencia”¹³¹.

Otro claro ejemplo de Intervención social en la reinserción es el programa que se lleva a cabo en España, que basándose en el artículo 25.2 de su Constitución, que indica: “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social”, la administración de este programa está desarrollado a través de la Secretaría General de Instituciones dependiente del Ministerio del Interior.

Es por ello, que se ha desarrollado una clasificación, en la que: “los destinados a primer grado cumplen la pena en establecimientos de régimen cerrado que se caracterizan por la limitación de las actividades en común con otros internos y por un mayor control y vigilancia. Los clasificados en segundo grado, que es el más extendido, cumplen en establecimientos de régimen ordinario. El tercer grado se cumple en establecimientos de régimen abierto...Además, en el régimen ordinario el trabajo y la formación, que van incluidos en el tratamiento, tienen la consideración de actividad básica en la vida del Centro. Los reclusos tienen un mínimo de dos horas para dedicarlas a asuntos propios y tiempo suficiente para atender a las actividades culturales y terapéuticas. Los establecimientos de régimen abierto pueden ser: Centros Abiertos o de Inserción Social (establecimientos penitenciarios), Secciones Abiertas (dependen administrativamente de un Establecimiento penitenciario polivalente) y Unidades Dependientes para conseguir objetivos específicos de tratamiento (instalaciones fuera de los recintos penitenciarios con la colaboración de entidades públicas o privadas y dependientes funcionalmente de la Administración penitenciaria)”¹³².

Por otro lado, la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria interviene a través de un sistema de evaluación e incentivo de las actividades de los internos, lo que permitió reestructurar el protocolo de actuación de las

¹³¹ MORALES PEILLARD, Ana María; WELSCH CHAHÚAN, Gherman y Otros, Op.Cit., p.49.

¹³² RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, *Fórmulas para la resocialización del delincuente en la Legislación y el Sistema Penitenciario Españoles*, pp. 18-19, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: <http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/arod.pdf>.

actividades y programas de tratamiento para responder de una forma más ajustada a las necesidades de la realidad penitenciaria.

Para adecuar el modelo al criterio de adaptación, incorpora como una necesidad común de la población penitenciaria la preparación para la vida en libertad, donde el objetivo prioritario del medio abierto es la integración social. Dicha integración es entendida como: “el proceso dinámico y diversificado que permite a las personas participar de los niveles mínimos de bienestar social alcanzado en una determinada comunidad. Esta participación pasa por garantizar el acceso a educación, vivienda, sanidad, empleo, servicios sociales, justicia, cultura y deporte”¹³³.

Uno de los pocos países de Latinoamérica que ha logrado un sólido programa de reinserción social es Chile, que, por medio de su Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a través de la Subsecretaría de Prevención del Delito diseñó un programa piloto con colaboración con Gendarmería de Chile.

Este programa denominado: “Programa de reinserción social de personas condenadas por infracción a la ley penal” inició sus actividades en octubre de 2007, y sigue en operación hasta la fecha, sometido a permanentes revisiones, ajustes de diseño, fortalecimiento de dotaciones profesionales y mejoramiento progresivo de la capacitación técnica de los equipos a cargo de su implementación”¹³⁴.

En general, el programa está desarrollado en base a cinco componentes, cada uno de ellos individualiza al encarcelado, otorgándole mecanismos que permitan su reinserción de acuerdo a las necesidades de cada uno de ellos. Así, a nivel global se advierte que este “Modelo de Intervención Penitenciario a nivel nacional para establecer el marco de acción e intervención en los establecimientos penitenciarios del sistema cerrado está orientado a la atención e intervención de los penados para mejorar su calidad de vida mientras permanecen privados de libertad y facilitar la reinserción social a través de una “estrategia consistente en la progresiva

¹³³ MORALES PEILLARD, Ana María; WELSCH CHAHÚAN, Gherman y Otros. Op. Cit. p.69.

¹³⁴ PANTOJA VERA, Rodrigo y GUZMÁN CÁCERES, Gonzalo, *Impacto del Programa de reinserción social sobre la reincidencia de hombres adultos condenados por delitos, resultados preliminares*, Ministerio del Interior y seguridad pública Subsecretaría de Prevención del delito Departamento de reinserción social, 2011. p. 4, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: <http://www.dsp.gob.cl/filesapp/Informe%20evaluacion%20de%20impacto%20preliminar%20Programa%20reinsercion%20social%202011.pdf>.

recuperación de vínculos con personas, grupos e instituciones, por parte de sujetos que retornan a espacios cotidianos de interacción social después de vivir un período de privación de libertad”¹³⁵.

Por lo tanto, Chile ahonda básicamente en una reinserción social que permita que el aislamiento de la sociedad de los penados no constituya una debilidad para su posterior inserción en la sociedad, sino que permita que se disminuya la reincidencia.

Por lo que este estudio constituye “un paso adelante en el desarrollo de programas de reinserción social en Chile, pues valida la eficacia de un diseño de intervención penitenciaria basado en evidencia y buenas prácticas internacionales, y a su vez genera evidencia nacional de impacto sobre reincidencia mediante una metodología de evaluación apropiada, debido a que alcanza un buen tamaño muestral y a que contrasta el resultado de la intervención con un grupo de casos comparable”¹³⁶.

En nuestro país, recientemente se ha tratado de iniciar un plan de Reforma del Sistema Penitenciario Nacional, estableciendo un convenio para promover y fomentar mecanismos de coordinación de seguridad entre el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).

Este proyecto, a través de 10 medidas de reforma, tiene por objetivo resolver el problema del hacinamiento y corrupción para contribuir tanto a la reducción de la tasa de ingreso a penales, como al mayor egreso de internos y que estos puedan salir más rápidamente reinsertados.

Una de las medidas que se propone a través de este proyecto es la de mejorar el tratamiento penitenciario y que se acepta que no ha existido una política efectiva de reinserción laboral. Y que, por lo tanto, con la separación de los internos primarios de los reincidentes, podrá enfatizar el trabajo con jóvenes y primarios,

¹³⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA, GENDARMERÍA DE CHILE, *Informe final de evaluación: programas de rehabilitación y reinserción social*, pp. 190-191, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: http://www.dipres.gob.cl/595/articles-141210_informe_final.pdf.

¹³⁶ PANTOJA VERA, Rodrigo y GUZMÁN CÁCERES, Gonzalo. Op. Cit., p. 16.

quienes “son las personas con mayor probabilidad de reinserción, reduciendo así la tasa de reingresantes, que es del 30% en la actualidad”¹³⁷.

Por ello, este proyecto indica que al “Iniciar el proyecto de “penales escuela taller”, dando un marco legal que facilite la inversión de empresas para convertir áreas de los penales en lugares de producción de manufacturas o insumos para el mercado.”¹³⁸.

Además, se busca la implementación del programa C.R.E.O.¹³⁹, como eje del nuevo modelo de establecimiento penitenciario. Este programa que en la actualidad solo es aplicado en 6 penales a nivel nacional, busca desarrollar un nuevo modelo penitenciario de “Penal Escuela- Taller”.

Este programa, se basa en un régimen de vida organizada, donde se rehabilita a los internos mediante terapias psicológicas con participación de la familia; la práctica de deportes; la enseñanza de valores como la puntualidad y la limpieza; y el desarrollo de trabajos en los talleres de carpintería, panadería, artesanía, confección, soldadura, y entre otros, que brindará mayores oportunidades laborales para cuando estas personas salgan en libertad¹⁴⁰.

3. Reinserción Laboral

3.1. Reinserción Laboral

La reinserción laboral de aquellos que han infringido la ley es uno de los retos y desafíos más importantes y difíciles de conseguir en la actual situación económica, social y política de nuestro país.

¹³⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *10 Medidas de reforma del sistema penitenciario*. p.9, [Ubicado el 21. VI. 2016], Obtenido en: http://www.inpe.gob.pe/pdf/10_medidas.pdf.

¹³⁸ *Ibíd*em, p. 16.

¹³⁹ El presente programa denominado “Construyendo rutas de esperanza y oportunidades”, inició como un proyecto en el año 2008, en Lurigancho, posteriormente Ancón y Piura; y está dirigido a jóvenes entre 18 y 29 años, que por primera vez ingresan a un establecimiento penitenciario. Busca la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad, basándose en normas de horarios de convivencia, estudio, arte, deporte y trabajo, con el objetivo de lograr que los jóvenes encuentren nuevas alternativas de cambio. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO, Profesionales del Programa Creo Intercambian experiencias, Nota de prensa N° 092-2010-INPE, 2010, [Ubicado el 21. VI. 2016], Obtenido en: <http://www.inpe.gob.pe/contenidosprensa.php?id=858&direccion=1>.

¹⁴⁰ OFICINA DE INFRAESTRUCTURA PENITENCIARIA, Programa CREO beneficia a internos del E.P. Huancayo, 2014, p.1, [Ubicado el 21. VI 2016], Obtenido en: <http://www.oip-inpe.gob.pe/index.php/noticias/284-notainformativa075-27-02-14>.

Por ello, aunque el trabajo es considerado como herramienta socialmente validada, por la cual el ser humano es reconocido y valorado en la comunidad¹⁴¹, la disponibilidad de un empleo debe ser reconocido como un relevante mecanismo para generar cambios en la conducta de quienes han cometido delitos, así como también para alcanzar la reinserción social¹⁴². Es así que las herramientas con las que cuenta un individuo antes de enfrentarse a un trabajo son de real importancia para el mantenimiento de éste, es decir, no sólo la biografía laboral es importante, sino que también las competencias laborales con las que el sujeto cuente. Por lo que se puede decir que el trabajo parece ser una condición fundamental para encarar una transición exitosa en la vida en libertad.

Sin embargo, la delincuencia es un tema que nos afecta a todos, pues no sólo afecta la conducta del individuo infractor de ley, sino que también trasciende a la sociedad. Por lo que es importante resaltar el papel que mantiene la sociedad en términos de reconocimiento, valoración social y autorrealización de los sujetos. Según la Teoría del Reconocimiento¹⁴³ determina que el reconocimiento en la esfera de la sociedad civil se gesta a partir de la valoración social de una persona, y ésta se mide por las aportaciones que ella hace a la sociedad en forma de un trabajo formalmente organizado¹⁴⁴.

En este sentido, podemos definir la Reinserción Laboral como un proceso de comunicación e interacción entre la sociedad y el infractor de ley, visualizándolo como sujeto de derecho que reclama en su comunidad atención para desarrollar fines trascendentales de su vida, mereciendo una oportunidad de participar en ella y cuya integración es responsabilidad de todos¹⁴⁵.

¹⁴¹HONNETH, Axel, *Crítica del Agravio Moral. Patologías de la sociedad contemporánea*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2009, p. 87.

¹⁴²ALÓS, R.; MARTÍN, A., y Otros, “¿Sirve el trabajo penitenciario para la reinserción? Un estudio a partir de las opiniones de los presos de las cárceles de Cataluña”, Cataluña, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, N° 127, 2012, p. 15, [Ubicado el 15. VI. 2016], Obtenido en: http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_127_JUL_SEP_2009_pp_11_311246429318774.pdf.

¹⁴³Ibidem, p. 36.

¹⁴⁴HONNETH, Axel, *La Lucha por el Reconocimiento, por una gramática moral de los conflictos sociales*, Barcelona, Grijalbo Mondadori Editores, 1997, p. 54, [Ubicado el 15. VI. 2016], Obtenido en: <https://filosinsentido.files.wordpress.com/2013/06/73040182-honneth-a-la-lucha-por-el-reconocimiento.pdf>.

¹⁴⁵ ESPINOZA, C, Y VIANO, O. *El desafío de la libertad: Proceso de concesión de beneficios intrapenitenciarios para la reinserción social*, Santiago de Chile, RIL Editores, 2008, p. 49, [Ubicado

Por lo que el trabajo formal tiene la ventaja de producir la inserción social de las personas en situación de vulnerabilidad, ya que se hacen parte de un sistema que anteriormente no los incluía, generando en ellos un sentimiento de pertenencia. Una competencia laboral es definida como la construcción social de aprendizajes significativos y útiles para el desempeño productivo en una situación real de trabajo, que se obtiene no solo a través de la instrucción, sino también mediante el aprendizaje por experiencia en situaciones concretas de trabajo¹⁴⁶.

La oportunidad de realizar un trabajo económicamente remunerado y socialmente regulado va unido a la adquisición de una forma de reconocimiento y valoración social. De esta forma, se concibe a la sociedad civil como uno de los elementos relevantes para la transformación y reinserción social de estas personas.

3.2. Empleos en los que se exige antecedentes penales

Establecer específicamente qué empleos exigen el certificado de antecedentes penales en nuestro país es casi imposible, pues no hay datos respecto a estos. Ya sea en el ámbito privado como público, en la mayor parte de las ofertas de trabajo se suele solicitar el certificado de antecedentes penales, policiales y/o judiciales, como principal requisito, esto debido a que el empleador cree que esto es una referencia para determinar si a quien va a emplear es merecedor de dicho puesto y de su confianza.

En el ámbito público, de acuerdo a la Ley N° 28175 en el literal c, artículo 7° determina que para acceder algún puesto del empleo público es necesario no poseer antecedentes penales ni policiales, incompatibles con la clase de cargo.

En la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, menciona en su literal c, artículo 9° que como requisito para acceder al servicio civil no debe tener condena por delito doloso. Así mismo en la Ley N° 1024, menciona en su literal b, artículo 5° que el

el 28. V. 2016], Obtenido en: <http://www.cesc.uchile.cl/9789562845885%20Espinoza%20-%202008%20-%20El%20desaf%C3%ADo%20de%20la%20libertad.pdf>.

¹⁴⁶ IBACACHE RAMIREZ, Daniela, "Reinserción laboral de personas que cumplen condena en libertad: un acercamiento desde los encargados de los programas de Intermediación Laboral en el Sistema Abierto de Gendarmería de Chile", *Revista Trabajo Social*, N° 88, Chile, 2015, p. 19, [Ubicado el 28. V. 2016], Obtenido en: <http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/Revista17/Articulo26.pdf>.

postulante no debe estar inhabilitado por decisión administrativa firme o sentencia judicial con calidad de cosa juzgada.

Es necesario recalcar que en algunas leyes como el Decreto Legislativo N° 1024, entre otros, se menciona que será la autoridad quien determinará los requisitos adicionales para poder postular a un cargo público, por lo que quedará a liberalidad de la autoridad de determinar si solicita o no el certificado de antecedentes penales.

Además de ello es necesario establecer que en la Ley N° 27270 que modifica el Art. 2° de la Ley N° 28867, menciona que la oferta de empleo y el acceso a centros de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato y en el art. 3 de dicha ley indica que 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, serán sancionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

Sin embargo, para el ámbito privado es mucho más difícil determinar cuáles son los empleos que solicitan este requisito, ya que queda a discrecionalidad del empleador solicitarlo o no; por lo que se puede solicitar al trabajador que aporte un certificado de antecedentes penales, si bien es cierto la ley no exige estos, tampoco parece haber ninguna prohibición expresa que impida que el empleador lo demande¹⁴⁷; por lo que debemos resaltar que de acuerdo al Principio de Legalidad, que rige nuestro ordenamiento jurídico, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni el empleador de hacer lo que ella no prohíbe.

Asimismo, debe recordarse que los empresarios no tienen acceso directo a la base de datos sobre cualquier tipo de antecedentes, penales, judiciales y/o policiales; por lo que la única forma de saber si una persona tiene antecedentes penales es por medio de la solicitud que ella misma hace al postulante al momento de presentar

¹⁴⁷ LARRAURI, Elena, "Antecedentes penales", *Revista Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 08, 2015, p. 5, [Ubicado el 24. IV. 2016], Obtenido en: hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/EUNOM/article/download/2481/1365.

su currículum¹⁴⁸. Como afirma DAMASKA: admitir la posibilidad de que el interesado- el empleador- demande sus antecedentes penales es una especie de “caballo de Troya” ya que el empresario siempre podría advertir al solicitante que aporte el certificado de antecedentes penales para optar al empleo¹⁴⁹.

De manera general se aportan tres razones para negar que el empresario pueda solicitar un Certificado de antecedentes penales¹⁵⁰.

- a) Un primer argumento, rechaza que el empresario pueda preguntar por los antecedentes penales de un solicitante de empleo debido a que se considera que esta información es privada (tanto como la referida a la afiliación política o sindical, a la religión, la salud o al estado civil).
- b) Un segundo argumento de la doctrina laboralista se basa en que la Ley de Protección de Datos Personales prohíbe que los particulares creen una base con datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas.
- c) Por último, la doctrina laboralista considera que esta información hace referencia a la personalidad o carácter ‘moral’ y que no es relevante para evaluar las habilidades laborales de una persona.

Para una persona el estigma perpetuo de “delincuente” y tolerar la publicidad de su condena, como una marca, disminuyen considerablemente sus posibilidades de reintegrarse en la sociedad. No obstante, mantener la condena en secreto quizás reduce la eficacia de la prevención de la pena y pone en peligro a las personas y a las organizaciones, que podrían eventualmente convertirse en víctimas de individuos que han demostrado tener una cierta propensión a la criminalidad. La discusión y decisión acerca de si la información sobre los antecedentes penales debería ser accesible requiere ponderar los límites de la libertad de expresión, la

¹⁴⁸ Cfr. ELÍAS ORTEGA, Angel y MANZANOS BILBAO, César, “Medidas para fomentar el empleo de las personas que han sido privadas de libertad”, *Revista De Relaciones Laborales*. Nº.4, País Vasco, 2001, p. 4, [Ubicado el 14. VI. 2016], Obtenido en: http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/5902/5580.

¹⁴⁹ Citado por LARRAURI, Elena, “Reinserción Laboral y Antecedentes Penales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 13, Barcelona, 2011, p. 16, [Ubicado el 23. IV. 2016], Obtenido en: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-09.pdf>.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 17.

transparencia judicial y la prevención de la pena, con la protección de la intimidad y la rehabilitación.

En general, los empresarios pueden negarse a contratar, o pueden despedir, a los solicitantes o trabajadores con antecedentes penales. Pero además cada Estado tiene leyes que exigen específicamente esta discriminación, que prohíben que personas con antecedentes penales trabajen en ciertos de posiciones del sector público o privado: policía, seguridad privada, hospitales, educación, cuidado de niños, etc. Si bien algunas de estas leyes reflejan el temor de que los ex ofensores de la ley puedan delinquir contra la empresa o el público, otras fueron aprobadas como resultado de presiones que realizó el lobby de una determinada profesión y que pretendía, en realidad, evitar una posible competencia laboral.

3.3. Derecho a la reinserción laboral en la normativa internacional

La reinserción laboral por tener antecedentes penales en la normativa internacional es mucho más amplia, para ello hemos tomado como referencia un modelo por cada continente: norteamericano, europeo y sudamericano.

Respecto al modelo norteamericano hemos tomado como referencia las acciones empleadas en Estados Unidos. La mayoría de los estadounidenses asume por ejemplo que un banco debe ser capaz de averiguar si un aspirante a trabajar en el mismo ha sido previamente condenado por malversación de fondos o robo¹⁵¹.

Asimismo, consideran una irresponsabilidad que los encargados de una escuela no supieran si el aspirante a ser el conductor del autobús ha sido previamente condenado por conducir ebrio o por conducción temeraria, y, del mismo modo, los estadounidenses reconocen el derecho de los padres a saber si una posible futura niñera ha sido condenada por un delito sexual contra niños o cualquier otra infracción penal que pudiera ser relevante para su decisión de dejar a sus hijos con esa persona¹⁵².

¹⁵¹ JAMES B., Jacobs, y LARRAURI Elena, “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, Barcelona, p. 8, [ubicado el 13. VI. 2016], Obtenido en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/226683>.

¹⁵² *Ibidem*, p. 20.

La regulación jurídica de los registros de antecedentes penales es una cuestión que concierne sobre todo a la ley de cada Estado, algunos han creado leyes que autorizan o que requieren que ciertas bases de datos sobre los delincuentes se publiquen en la web. En otros estados, algún organismo ejecutivo o judicial ha publicado esta información en internet en cumplimiento de la transparencia gubernamental. El mejor ejemplo de las páginas web gubernamentales con información individual de antecedentes penales son los registros de delincuentes sexuales, con una lista de los nombres y de las condenas (y a menudo fotos y direcciones) de las personas condenadas por ciertos delitos sexuales; otros Estados cuelgan en la web los nombres y delitos de todos los presos de su Estado. Algunos proveedores de información privada tienen sus propias bases de datos electrónicas de condenas (y detenciones) y venden la información a los clientes¹⁵³.

Por el contrario, España, al igual que otros países de la Europa continental, reconoce de forma mucho más amplia los derechos a la privacidad, la dignidad y el honor, protegiendo al individuo de la posible divulgación de sus antecedentes penales, tanto por órganos gubernamentales como por particulares. Por lo que el registro de las condenas sólo puede comunicar información sobre los antecedentes penales de una persona a los jueces, al Ministerio Fiscal, a la policía judicial y al particular interesado. Por otra parte, los expedientes judiciales, incluidas las sentencias penales, no están disponibles para inspección pública. Incluso las sentencias publicadas de los Tribunales protegen la privacidad del acusado encubriendo su nombre real, y cambiándolo por otro ficticio¹⁵⁴.

En Sudamérica, específicamente en Chile existe una creciente importancia sobre el tema penitenciario, pues la situación actual ha llevado a que, desde hace varios años, se la considere en crisis¹⁵⁵. En general, en los últimos años las condiciones de reclusión han empeorado, particularmente por la sobrepoblación existente en

¹⁵³ *Ibíd.*, p 18.

¹⁵⁴ ESPINOZA MAVILA, Olga y MARTÍNEZ MERCADO, Fernando, "Políticas de reinserción post penitenciaria. Eliminación de antecedentes penales en Chile", *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. No. 1, Quito, mayo 2007, p. 123, [Ubicado el 13. VI. 2016], Obtenido en: <http://www.flacso.org.ec/docs/urvio1.pdf>.

¹⁵⁵ PRADO OYARZO, Francisco, La Crisis del Sistema Penitenciario Chileno, *Revista Mensaje*, Vol. 50 N° 503, Santiago, 2001, p. 13-16, [Ubicado el 13. VI. 2016], Obtenido en: http://www.academia.edu/2915078/El_sistema_penitenciario_en_Chile_Desaf%C3%ADos_para_el_nuevo_modelo_p%C3%BAblico-privado.

las cárceles, cuya consecuencia directa es el hacinamiento de los internos y el deterioro de sus condiciones de vida¹⁵⁶. Por lo que el Decreto Legislativo N° 409 establece un procedimiento administrativo que, una vez cumplido, permite la eliminación de los antecedentes contenidos en el “extracto de filiación”, incluyendo la destrucción material de dichos antecedentes, independientemente del tipo de condena y de la gravedad del delito. El beneficio se otorga mediante Resolución Exenta del Secretario Regional Ministerial de Justicia (SEREMI), quien es el representante del Ministro de Justicia en cada una de las regiones¹⁵⁷.

En nuestro país la realidad respecto a la reinserción laboral de los ex reos dista mucho del país sureño puesto que, debido la carencia de recursos en la administración penitenciaria, no se ha podido atender de manera adecuada los programas de tratamiento de las personas privadas de libertad ni garantizar sus derechos elementales. Además, al no existir estudios respecto a la eficacia de las actividades laborales desarrolladas en los penales como parte de un programa de tratamiento, ni de lo que sucede posteriormente a su salida de los penales, se hace necesario que el INPE coordine con el Ministerio de Trabajo al respecto.

De acuerdo al Informe Defensorial N° 154¹⁵⁸, el trabajo penitenciario ha mantenido las deficiencias en los penales construidos desde la década de los noventa por lo que hasta la fecha no cuentan con áreas laborales adecuadas. No obstante, se evidencia un cambio positivo en la infraestructura de los nuevos penales y la ampliación de pabellones en otros, que han sido concebidos con amplios ambientes para el trabajo. En la actualidad la administración penitenciaria sólo puede brindar actividades laborales a 18,164 privados de libertad, que constituye el 37.17% de la población nacional.

¹⁵⁶ CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Santiago, 2006, p. 239, [Ubicado el 13. VI. 2016], Obtenido en: www.udp.cl/funciones/descargaArchivos.asp?seccion=documentos&id=48.

¹⁵⁷ CERDA P., Andrea y LEIBOVITZ L., Talía, “Programa laboral Colina I: una evaluación del trabajo penitenciario desde la perspectiva de sus beneficios”, *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, N°2, Chile, 2011, p. 101, [Ubicado el 13. VI. 2016], Obtenido en: http://bibliotecadigital.uchile.cl/client/en_US/sisib/search/detailnonmodal.detail.boundwithtable.boundwithtitlesearch;jsessionid=E1938D753B36B5DFE0959B8839BBC90F?qu=Revista+de+estudios+crimino%C3%B3gicos+y+penitenciarios&ic=true&ps=1000.

¹⁵⁸ DEFENSORIA DEL PUEBLO-RESUMEN EJECUTIVO, *Informe Defensorial N° 154: El Sistema Penitenciario: componente clave de la seguridad ciudadana y la Política Criminal. Problemas, retos y perspectivas*, Lima, 2011, p. 8.

La orientación de la política criminal del Estado en el periodo que abarca el presente informe ha estado marcada por la dación de un significativo número de normas con rango de ley que han modificado la legislación penal sustantiva (29 dispositivos que han reformado 125 artículos del Código Penal); en materia procesal (13 dispositivos) y de ejecución penal (4 dispositivos). Estos cambios han incidido en el incremento de penas, la creación de nuevas figuras o de agravantes y la limitación de los beneficios penitenciarios. Actualmente, 17 delitos tienen prohibidos beneficios penitenciarios para reducir sus penas. Las normas emitidas no han tenido mayor impacto en la disminución de los delitos (de acuerdo con los datos estadísticos recopilados). Más aún, la sensación de inseguridad ciudadana se ha incrementado en el país.

Aunque la única iniciativa que se ha tenido respecto a la reinserción laboral de aquellos que han purgado su condena, es el Proyecto de Ley N° 3995/2014-CR del año 2014 dado por la congresista Rosa Mávila León, no ha habido mayor incidencia en ello por lo que, de las normas mencionadas en el párrafo anterior, ninguna de ellas abarca la ayuda posterior a dichos infractores de la ley para poder reinsertarse en la sociedad y mucho menos en el ámbito laboral.

En conclusión, es necesario que se disponga la realización de un estudio socio-laboral, como punto de partida, sobre todos los programas de trabajo que se realizan en los Establecimientos Penitenciarios, en coordinación con el Instituto Nacional Penitenciario, a fin de involucrarlos en los Programas Nacionales de formación laboral y capacitación para el trabajo que promueve el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo¹⁵⁹.

¹⁵⁹Cfr. *Ibidem*, p. 16.

CAPÍTULO III

PROPUESTA DE POLÍTICAS PARA EVITAR LA DISCRIMINACIÓN DE CIUDADANOS CON ANTECEDENTES PENALES

“La salida de la cárcel se ve envuelta en una pérdida de posibilidades de cara al empleo por efecto del estigma que implica la condición de ex presidiario, y también como consecuencia de la descualificación que acarrea el periodo de internamiento”.

Pedro José Cabrera - 2002

Las oportunidades para acceder a un puesto de trabajo no son iguales para todos. Existen ciertos grupos sociales a quienes se les presentan grandes dificultades para acceder al mercado laboral, un claro ejemplo son los ciudadanos con antecedentes penales, quienes se encuentran condicionados por factores tanto a nivel individual como social y corresponde al Estado como garante de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, el deber de crear mecanismos de reinserción laboral durante y después del internamiento de estos. Por ello, hemos creído conveniente proponer las siguientes políticas de reinserción laboral para aquellos que tienen antecedentes penales, tomando como base la iniciativa y aporte de otros países.

1. El requisito del certificado de antecedentes penales como generador de discriminación directa.

1.1. La situación actual de discriminación en el Perú

Como lo hemos explicado anteriormente, la discriminación constituye una problemática arraigada en todos los niveles de la vida humana. De esta manera, los individuos pertenecientes a ciertos grupos son tratados en base a los prejuicios que la misma sociedad ha generalizado sin una justificación real.

Nos acogemos a la idea de que la discriminación se encuentra vinculada con el prejuicio, actitud arraigada en el ámbito de las convicciones personales, que considera a un determinado grupo humano como inferior¹⁶⁰. Esta no equivale a una distinción a secas, ya que una distinción puede comportar una desigualdad por criterio justificado, racional o razonable, en cambio, la discriminación se basa en un criterio arbitrario e injustificado.

Existen dos tipos de discriminación: directa o indirecta, la primera se vincula con la diferencia de trato o consideración sin una circunstancia o situación objetiva que la justifique y que lesiona la dignidad de la persona y sus derechos humanos garantizados; en cambio en la discriminación indirecta la medida en sí no aparece como discriminatoria, pero tiene la intención de serlo.

La discriminación directa es la modalidad de discriminación más fácil de ser identificada, ya que utiliza motivo o razón prohibida de forma evidente para fundamentar la distinción, exclusión o preferencia por parte del empleador, por el contrario, la discriminación indirecta resulta mucho más difícil de identificar que la discriminación directa, toda vez que se trata de un tipo de discriminación más sutil al encontrarse revestida de un supuesto criterio de selección legalmente válida¹⁶¹.

¹⁶⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*, Serie Documentos Defensoriales- Documento N° 2, Septiembre 2007, p. 17.

¹⁶¹ DOLORIER TORRES, Javier Richard & DEL CARPIO TORRES, Pedro, "Los actos discriminatorios en materia laboral. Análisis del principio de discriminación en el acceso al empleo", *Actualidad Jurídica*, N° 154, Lima, Septiembre 2016, p. 17.

Por otro lado, cuando esta distinción consiste en actos discriminatorios en el empleo, impidiendo que ciertas personas obtengan igualdad de oportunidades o de trato nos encontramos ante una discriminación laboral, que consiste en toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁶².

La discriminación laboral puede traducirse en múltiples conductas que no son exclusivas con el acceso al empleo, sino que, a todos los aspectos vinculados a la prestación de servicios laborales, ya sea condiciones de trabajo, capacitación o igualdad de salario por trabajo de igual valor, etc. Además, esta puede producirse en la etapa pre-ocupacional, cuando aún no se ha configurado relación laboral; dentro de la relación laboral propiamente como tal: etapa ocupacional, o en la etapa post-ocupacional.

En cuanto a la exigencia de antecedentes penales, esta corresponde a una etapa pre- ocupacional, que es posterior a la oferta de empleo y previa a la celebración de un contrato de trabajo. Etapa donde existen requisitos para acceder a un determinado empleo, y se produce una de las formas más intensas de discriminación impidiendo el acceso a un puesto de trabajo. Además, al ser esta una diferenciación arbitraria de trato, carente de causa objetiva y razonable, nos encontramos ante una discriminación directa.

Dicha discriminación se da aun cuando nuestro país, consagra en la Constitución los derechos a no ser víctima de discriminación y a trabajar libremente con sujeción a la ley en los incisos 2) y 15) del artículo segundo respectivamente. Además de su inclusión en diferentes leyes como sus respectivos reglamentos, tales como la Ley N° 26772, modificada por la Ley N°27270 que dispone que las ofertas de empleo

¹⁶² CASTRO CASTRO, José Francisco, Discriminación en las Relaciones Laborales. Algunos casos particulares, Doctrina, estudios y comentarios, N° 146, 2001, p. 8, [Ubicado el 03. X. 2016], Obtenido en: http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65173_recurso_1.pdf.

no deben contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de oportunidades o de trato, tales como motivos prohibidos, de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole¹⁶³.

Así, la discriminación de ex reclusos se da cuando alguien concurre para acceder a un puesto de trabajo teniendo las capacidades específicas que requerían para el desempeño en el puesto, pero que, debido a sus antecedentes penales no es contratado por el empleador. En este caso, el empleador debería realizar el proceso de selección de la manera más objetiva posible, donde el aspirante alcance dicho trabajo por sus méritos, estudios, capacidades, habilidades, experiencias y aptitudes.

Además, cabe hacer hincapié en la fundamentación antropológica del Derecho Penal, mediante la cual se promueve la reinserción en la sociedad del ex recluso, tratando de evitar que este lleve un estigma para toda la vida, tomando en cuenta que el mero hecho de haber sido condenado por un delito y, en particular, la circunstancia de haber estado privado de libertad supone un estigma que produce discriminación, que agrava otros factores de marginalización o de exclusión ya existentes¹⁶⁴. Esto obliga a que aun cuando las penas están orientadas a la reinserción social y reeducación, el Estado debe realizar políticas activas que permitan suprimir dicho estigma.

Como en el ejemplo anterior, la persona que a pesar de tener las ansias para readaptarse y no se le permite acceder a la plaza de empleo de una empresa formal por tener antecedentes penales, ahora tendrá dos opciones: volver a la criminalidad o acceder a un trabajo informal, donde el sueldo no logrará cubrir sus necesidades primordiales y sus derechos laborales serán simple anhelo.

¹⁶³ Artículo 2.- “Se entiende por discriminación, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole”. Artículo modificado por el Art. 2 de la Ley Nº 27270, publicada el 29/05/2000.

¹⁶⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PAÍS VASCO, Necesidad de evitar el efecto discriminatorio de los antecedentes penales, colección “Jornadas sobre derechos humanos”, Marzo 1996, p. 464, [Ubicado el 03. X, 2016], Obtenido en http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_874_3.pdf.

Por lo tanto, son necesarias las acciones dentro de la comunidad, como importante factor para que el ex recluso pueda concluir favorablemente su reinserción social y laboral; y la intervención del Estado, por medio de su inclusión específica como franja débil dentro del mercado a la población post delincencial dentro de la legislación laboral.

En el caso de la intervención del Estado, este debe tomar en cuenta, principalmente, que el Decreto Legislativo N° 728, indica: “Que, es necesario dictar medidas que potencien las posibilidades de encuentro entre la oferta y la demanda laboral, flexibilizando las modalidades y mecanismos de acceso al trabajo, en especial en el caso de jóvenes desempleados, mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales, o sensoriales y sectores similares, asimismo la generación masiva de empleo en las franjas más débiles de la sociedad”, de manera que es su deber emitir la normativa adecuada para proteger y crear espacios laborales, por medio de políticas de promoción del empleo e inversión en proyectos de micro y pequeñas empresas destinadas a los ex reclusos.

1.2. Ponderación del derecho al trabajo y libertad de trabajo sobre el derecho de libertad de empresa

El trabajo es un bien para el hombre, esencial ante un mundo de ilimitadas necesidades y recursos escasos, y precisamente es finalidad de la empresa proveer bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades de las personas que integran la sociedad.

Es por ello que la libertad de empresa se presenta como el derecho constitucional que permite a esta su libre accionar, desarrollo y permanencia; poniendo en relieve a la persona como el centro de su actividad reguladora, pues la libertad de empresa cumple una función social que la dirige al bien común.

El libre accionar da la posibilidad de una contradicción entre la libertad de empresa y el Derecho Constitucional al Trabajo, generándose una colisión de derechos, que tiene lugar cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte

de su titular tiene una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro titular¹⁶⁵.

Para resolver la colisión no es posible realizar una interpretación jerárquica, pues los derechos fundamentales se encuentran en una situación de equivalencia, entonces, es necesaria la ponderación de derechos como la herramienta de solución de cualquier controversia entre estos.

Así, este mecanismo de solución de conflictos ante la imposibilidad de la vigencia conjunta de derechos constitucionales que ampararían realidades contradictorias, sopesa en el caso en concreto los derechos o bienes jurídicos en conflicto para determinar cuál cuenta con un mayor peso, optimizando así su eficacia a las especiales circunstancias de la materia que se intenta resolver, protegiendo a su vez la vigencia y el posterior restablecimiento del derecho desplazado¹⁶⁶.

Debe aclararse que no se trata de una jerarquización de intereses opuestos, sino en la prevalencia de un derecho fundamental o la afectación del otro, respondiendo a circunstancias concretas. No se trata de una cuestión de todo o nada, sino de una tarea de optimización, vinculada a la justicia y a la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho¹⁶⁷.

Entonces, la exigencia de antecedentes penales para acceder a un puesto de trabajo, como requisito que vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación, comporta una colisión entre el Derecho al trabajo y la libertad de empresa, que debe ser resuelta mediante la aplicación del juicio de ponderación.

Precisamente, tras su aplicación se podrá admitir la limitación a la libertad de empresa, cuando esta sea excepcional, adecuada y necesaria para la satisfacción

¹⁶⁵ BURGA CORONEL, Angélica, "El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano", *Gaceta Constitucional*, N° 47, Noviembre 2011 p. 255.

¹⁶⁶ FAJARDO MORI, Martín, El conflicto entre los Derechos fundamentales del trabajador y los poderes empresariales en la transmisión de Empresa. Lima, PUCP, *Revista Derecho & Sociedad*, N°40, p. 173, [Ubicado el 03. X 2016], Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12798>.

¹⁶⁷ Por lo tanto, en un Estado Social y Democrático de Derecho, la ponderación no supone que uno de los derechos ceda hasta desaparecer, sino que, por el contrario, su propósito es impedir que se sacrifique un derecho inútilmente, más allá de lo estrictamente necesario o en forma desequilibrada. *Ibidem*.

del Derecho al trabajo, la cual debe ceder ante el interés del ex recluso de su derecho al trabajo y su ejercicio sin perturbaciones.

Para realizar dicho juicio, es necesario examinar la colisión a la luz de los juicios, máximas o sub principios de:

- a) Adecuación o idoneidad,
- b) Necesidad,
- c) Proporcionalidad en sentido estricto o razonabilidad.

Respecto al juicio de adecuación o idoneidad, se da si la limitación de un derecho fundamental favorece a otro derecho fundamental. En cuanto a la libertad de empresa, mediante las políticas de acceso al empleo de personas con antecedentes penales, de alguna manera se limita la libre disposición que tiene la empresa para designar a quienes desea o no contratar, pero esto es constitucionalmente admisible, en cuanto tácticamente permite el desarrollo del Derecho al acceso al trabajo, favoreciendo así un derecho constitucionalmente reconocido.

Por su parte el juicio de necesidad está condicionado a establecer si la medida en cuestión es la menos restrictiva de las posibles, y si esta es necesaria para alcanzar el bien colectivo. Es por ello, que la implementación de las políticas que garanticen que aquellas personas con antecedentes penales accedan a un empleo y por lo tanto se efectivice su Derecho al Trabajo, es una medida adecuada y carente de consecuencia lesiva, que por el contrario si ocurre cuando se afecta este derecho y genera discriminación.

Por último, la llamada “ley de la ponderación”¹⁶⁸ o principio de proporcionalidad en sentido estricto, que está contenido de la siguiente manera:

- I. El grado de afectación de la Libertad de empresa es leve, puesto que es mucho menor que la satisfacción del Derecho al trabajo, que se verá

¹⁶⁸ Tal como lo denomina Alexy, en cuyo concepto indica que “la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental”. BURGA CORONEL, Angélica, “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Gaceta Constitucional*, N° 47, Noviembre 2011, p. 256.

ampliamente satisfecho con las políticas de reinserción laboral para ex reclusos.

- II. Las premisas que sustentan la intervención del Derecho al trabajo son certeras, en cuanto es el Estado quien al intervenir estableciendo políticas que permitan la contratación de personas con antecedentes penales permitirá la adecuada protección de la persona, como fin último del Estado y que debería estar relacionada con la función social que debe tener la libertad de empresa, lográndose el bien común.

2. Propuesta de políticas para evitar la discriminación de ciudadanos con antecedentes penales

2.1. Eliminación de la expedición del certificado de antecedentes penales por ser este documento de carácter sensible

El exigir la presentación del certificado de antecedentes penales como condición para acceder a un empleo transgrede el derecho fundamental a la libertad de trabajo, vulnera las garantías del principio de igualdad y no discriminación, al otorgar preferencia a quienes no cuentan con antecedentes penales sin contar con un sustento objetivo, pues el empleador se limitará a observar que quien postule al puesto de trabajo cuenta o no con estos. Se vulnera también el principio de reinserción social, que persigue nuestro sistema penal, y la “presunción de inocencia”, pues los antecedentes penales castigan hechos pasados y no conductas actuales o futuras.

Actualmente, la práctica generalizada de requerir dicho certificado para acceder un puesto de trabajo ha sido utilizada de manera desmedida, sin tener en cuenta que dichos antecedentes penales forman parte del pasado de la persona y se encuentran dentro de su vida privada, por lo que no desean que otros los conozcan por el riesgo a ser discriminados.

Por ello, afirmamos que los antecedentes penales se han convertido en un estigma institucionalizado, que hace que la persona lleve consigo una huella o marca permanente, lo que impide que esta sea fácilmente aceptada en el entorno social¹⁶⁹.

Se debe tomar en cuenta las afirmaciones contenidas en las resoluciones nacionales e internacionales que permiten reconstruir, en términos abstractos, la imagen general que evoca la idea de privacidad en nuestro contexto cultural, determinan que las personas tienen derecho a gozar de un ámbito de proyección de su existencia que quede reservado de la invasión y la mirada de los demás, que les concierna sólo a ellos y les provea de condiciones adecuadas para el despliegue de su individualidad, el desarrollo de su autonomía y su libertad¹⁷⁰.

Por ello, cuando se trate de revelar aspectos privados e íntimos como son los antecedentes penales, supone una clara vulneración a los derechos de la personalidad del individuo. El hecho que un tercero tenga acceso de forma libre a ellos, afecta directamente el libre ejercicio de sus derechos, y si estos se ven afectados, deben ser debidamente reparados, pues difícilmente una persona es verdaderamente libre si carece del ejercicio pleno de estos. Por tanto, es de suma importancia ofrecer oportunidades, y sobre todo eliminar cualquier barrera que les impida acceder libremente a un empleo.

Asimismo, es el Estado quien debe garantizar el derecho a un proyecto de vida digna, promoviendo la efectiva reinserción social, evitando el fenómeno de la “puerta giratoria”; o la reincidencia, que es la antítesis de la reinserción social efectiva, pues la falta cometida por una persona en algún momento de su vida, no la define ni la marca para siempre, ni hace que su conducta sea cuestionable el resto de su vida.

¹⁶⁹ Cfr. GOFFMAN, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*. Amorrortu editores, Buenos Aires-Madrid, 2006, p. 15.

¹⁷⁰ BASURTO ROMÁN, Alfredo, CAÑEDO JIMÉNEZ, Roberto Alejandro Y MARIO ARIEL JUÁREZ RODRÍGUEZ, *Iniciativa que reforma y adiciona los artículos 133 de la ley federal del trabajo y 27 de la ley nacional de ejecución penal*, México, p. 4, [Ubicado el 16. VIII. 2017], Obtenido en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2017/03/asun_3494475_20170302_1488310561.pdf.

Siguiendo el ejemplo de México, en cuyo Acuerdo A/023/12 de la Procuraduría General de la República¹⁷¹ indica que: “Los registros obtenidos como consecuencia de un procedimiento penal, como lo es la ficha decadactilar o la ficha señalética, no deben afectar la esfera social ni laboral de los individuos, ya que trascienden negativamente en el desarrollo socio-económico de los gobernados, restringiéndoles el derecho de reincorporarse a la sociedad; sobre todo, cuando mediante sentencia ejecutoriada, se haya reconocido su inocencia”.

Esta afirmación también es de aplicación en el Perú, ya que la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, en adelante LPDP, especifica que los antecedentes penales son datos sensibles y por ende están dentro de la protección de dicha norma. Así, el artículo 13 inciso 8 de la LPDP, determina que: “El tratamiento de datos personales relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas solo puede ser efectuado por las entidades públicas competentes, (...). Cuando se haya producido la cancelación de los antecedentes penales, judiciales, policiales y administrativos, estos datos no pueden ser suministrados salvo que sean requeridos por el Poder Judicial o el Ministerio Público, conforme a ley”.

Queda claro entonces que no se podrá solicitar información relacionada con los antecedentes penales a los aspirantes a un empleo o a trabajadores, salvo en los casos específicos en los que la ley lo establezca¹⁷². Si bien, los certificados de antecedentes penales, pueden ser útiles para que el juez individualice la pena del imputado una vez que es declarado culpable, o bien, para el ejercicio del derecho

¹⁷¹ Acuerdo A/023/12 de la Procuraduría General de la República para regular la expedición de constancias de datos registrales de la Procuraduría General de la República y el procedimiento para realizar la cancelación o devolución de datos registrales, así como proporcionar información, constancias o certificaciones relativas a los mismos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de febrero de 2012 - México.

¹⁷² Tratándose de delitos graves que afecten bienes jurídicos de alto valor para la sociedad, como los delitos por homicidio calificado, trata de personas, violación sexual, genocidio, terrorismo, etc. Es necesario recalcar que en el periodo que abarca el presente informe ha estado marcada por la dación de un significativo número de normas con rango de ley que han modificado la legislación penal sustantiva (29 dispositivos que han reformado 125 artículos del Código Penal); en materia procesal (13 dispositivos) y de ejecución penal (4 dispositivos). Estos cambios han incidido en el incremento de penas, la creación de nuevas figuras o de agravantes y la limitación de los beneficios penitenciarios. Actualmente, 17 delitos tienen prohibidos beneficios penitenciarios para reducir sus penas. Las normas emitidas no han tenido mayor impacto en la disminución de los delitos (de acuerdo con los datos estadísticos recopilados). Cfr. DEFENSORIA DEL PUEBLO-RESUMEN EJECUTIVO, *Informe Defensorial N° 154: El Sistema Penitenciario: componente clave de la seguridad ciudadana y la Política Criminal. Problemas, retos y perspectivas*, Lima, 2011, p. 16.

de defensa del detenido, así como para fines estadísticos y de prevención del delito e incluso ha demostrado ser eficaz para combatir la suplantación de identidad en los centros penitenciarios. Por desgracia, estos también han servido como referente obligado para acceder a un puesto de trabajo, siendo este documento exigido por los empleadores a sus trabajadores o a los candidatos a ocupar un empleo como requisito para ser considerado o para permanecer en el empleo.

Hay que tener en cuenta que las obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover que tiene el Estado para asegurar el ejercicio pleno de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Perú es parte, están previstas para todas las personas que se encuentren o sean parte de nuestro país, sin excepción de aquellas que están en prisión o bien que han recuperado su libertad, o han sido sentenciados a cualquier pena condenatoria¹⁷³.

Por lo tanto, consideramos como propuesta la eliminación definitiva de la presentación del certificado de los antecedentes penales de la lista de requisitos para obtener un empleo, pues estos son considerados datos de carácter sensible, además la existencia de estos no acredita por sí mismo carencia de probidad y de honestidad, salvo los casos que la ley determine.

Cabe señalar que para ciertas actividades sí será necesario el requisito del certificado de antecedentes penales, pues se justifica en que son actividades relacionadas con la seguridad pública y la administración de justicia, esto se encuentra regulado en la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público (LMEP) que en el artículo 7° establece como requisito para postular al empleo público el no poseer antecedentes penales ni policiales incompatibles con la clase del cargo al que se vaya a acceder. La disposición citada es de aplicación transversal, por lo que comprende a los demás regímenes laborales: Ley de Bases de la Carrera

¹⁷³ GONZALES PEREZ, Luis Raúl, *Pronunciamento sobre antecedentes penales*, México, pp. 6-7, [Ubicado el 16. VIII. 2017], Obtenido en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamento_20160828.pdf.

Administrativa y de Remuneración del Sector Público (DL. N° 276) y de la actividad privada (DL. N°728).

Debido a que la obligación de presentar un certificado negativo de antecedentes penales al momento de solicitar empleo está justificada en los casos que las leyes específicamente prevén para ocupar determinados cargos públicos que, en atención a la investidura de que se trate, se exija probada honorabilidad, probidad y buena reputación. Esto no implica que quienes hayan sido sujetos a un proceso penal no posean dichas cualidades, sino que en ese tipo de cargos no se puede generar la menor duda por parte de los ciudadanos destinatarios del servicio público.

Pero, para las demás actividades debe garantizarse ese derecho a la vida privada pues este puede significar una segunda oportunidad, dando lugar a una reinserción social efectiva. Resulta cuestionable restringir el ejercicio pleno de los derechos de una persona que estuvo sentenciada y que ya cumplió con su pena. Al extinguirse la causa penal y haber concluido la pena de privación de la libertad, no existe motivo que sustente la exclusión laboral o la posesión de datos sobre antecedentes penales en manos de particulares que forman parte de la vida privada de cualquier ciudadano; datos personales sensibles.

Otra de las variables que afecta a la reinserción laboral de las personas es la publicidad de los antecedentes penales, cuya discusión acerca de si la información sobre estos debería ser accesible requiere ponderar los límites de la libertad de expresión, la transparencia judicial y la prevención de la pena, con la protección de la intimidad y la rehabilitación. De esta manera, debemos recalcar la importancia de países como España, que reconoce de forma mucho más amplia los derechos a la privacidad, la dignidad y el honor, protegiendo al individuo de la posible divulgación de sus antecedentes penales, tanto por órganos gubernamentales como por particulares.

Tanto la Constitución española (art.120) como el Tribunal Constitucional reconocen el derecho a un juicio público pero no derivan de ello el acceso de los particulares a las sentencias ni la publicidad íntegra de todas las sentencias. Es más, a los juristas españoles les parece absolutamente criticable la idea de que la prevención

y disuasión del delito pueda alcanzarse por medio de la vergüenza y la deshonra pública. En consecuencia, el Registro Central de Penados (RCP) sólo puede comunicar información sobre los antecedentes penales de una persona a los jueces, al Ministerio Fiscal, a la policía judicial y al particular interesado. Por otra parte, los expedientes judiciales, incluidas las sentencias penales, no están disponibles para inspección pública. Incluso las sentencias publicadas de los Tribunales protegen la privacidad del acusado encubriendo su nombre real, y cambiándolo por otro ficticio¹⁷⁴.

En definitiva, creemos que el tratamiento de la publicidad de los antecedentes penales debe ser solamente utilizada por las autoridades competentes, como el Poder Judicial, el Ministerio Público, y cuando la ley así lo determine, pues de esta manera se evitará generar un mayor detrimento aquellos que ya han purgado condena. El deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso. Se deberá disponer, por consiguiente, de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda post-penitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad¹⁷⁵.

2.2. Reinserción laboral a través de una modalidad formativa laboral

Las modalidades formativas laborales son tipos especiales de convenio en donde se relaciona el aprendizaje teórico y práctico mediante el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación profesional. Es mediante la Ley N° 28518 – Ley de Modalidades Formativas Laborales, que deroga el Título I sobre capacitación para el Trabajo, del TUO del Decreto Legislativo N° 728 que se regulan estas modalidades.

Dicha regulación busca la conciliación entre los mundos laboral y educativo, de tal manera que representan un intento de enlace en la búsqueda de una estrecha

¹⁷⁴ Cfr. LARRAURI, Elena, “Antecedentes penales”, *Revista Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad* N° 08, 2015, pp. 2-3, [Ubicado el 09. X. 2017], Obtenido en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/2481/1365>.

¹⁷⁵ Cfr. ESCOBAR, Guillermo, “Sistema Penitenciario”. V *Informe sobre Derechos Humanos*, Madrid, Federación Iberoamericana de Ombudsman, 2007, p. 58.

conexión que permita una inserción laboral y el mantenimiento en dicho mundo, a través de la capacitación y formación profesional¹⁷⁶.

El ámbito de aplicación de la formación laboral comprende a todas las empresas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, sean del sector público o privado. No generan vínculo laboral, se celebran con carácter individual, la jornada formativa responde a las necesidades propias de la persona en formación y por ende dependerá del tipo de convenio suscrito¹⁷⁷.

Tal y como lo establece el artículo 2° de la Ley 28518, estas se clasifican en:

1. Del aprendizaje:
 - a. Con predominio en la Empresa.
 - b. Con predominio en el Centro de Formación Profesional:
 - b.1 Prácticas Preprofesionales.
2. Práctica Profesional.
3. De la Capacitación Laboral Juvenil
4. De la Pasantía:
 - a. De la Pasantía en la Empresa.
 - b. De la Pasantía de Docentes y Catedráticos.
5. De la actualización para la Reinserción Laboral

Si bien, estas modalidades son medios que permiten la incorporación de las personas a la vida laboral, según la información estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en el período 2013 – 2015, se registraron alrededor de 60 mil convenios de modalidades formativas laborales al año ante la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT). De los cuales, 92% de los convenios de modalidades formativas registrados corresponden a práctica preprofesionales y

¹⁷⁶ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *El Derecho Individual Del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico – práctico*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p. 92.

¹⁷⁷ Cfr. BERNUY ÁLVAREZ, Oscar, "Modalidades formativas laborales", *Actualidad empresarial*, N° 271, 2013, p. 1, [Ubicado el 26. X. 2016], Obtenido en: http://aempresarial.com/servicios/revista/271_4_CENZVETYJMTKPPCVSGJIXIHTWMYEMWCOA QNVVHUETOPIDREWYN.pdf.

prácticas profesionales, a diferencia de la actualización para la reinserción laboral, que solo corresponde al 0.02%¹⁷⁸.

Como vemos, existe mayor interés en realizar convenios con las modalidades formativas de aprendizaje, a diferencia de la modalidad formativa de actualización, por lo que una manera de promover dicha modalidad y a la vez lograr que los ex reclusos tengan una adecuada reinserción laboral es precisamente incorporando a estos dentro de esta modalidad.

La modalidad formativa de actualización para la reinserción laboral tiene por característica principal realizar el proceso de actualización para la reinserción en las unidades productivas de las empresas, permitiendo a los beneficiarios la recalificación, ejercitando su desempeño en una situación real de trabajo¹⁷⁹.

Actualmente, la Ley de Modalidades Formativas Laborales en su Artículo 30° otorga a este tipo de modalidad la finalidad de mejorar la empleabilidad y la reinserción de trabajadores no ocupados (desempleados del sector público o privado) entre 45 y 65 años, que se encuentren en situación de desempleo prolongado, mayor a doce (12) meses continuos. Por lo tanto, consideramos posible que se amplíe el ámbito de aplicación subjetivo de esta modalidad para que pueda contribuir a la reinserción de trabajadores de los grupos más vulnerables, siendo así abarcaría tanto a la población adulta mayor, discapacitados y también a los ex reclusos, lo que se traduciría en otorgar mayores posibilidades de presentarse a la vida productiva.

Su relación con el asunto bajo estudio, se hace evidente porque estas modalidades toman como centro a la persona, así, el título Preliminar, Artículo I, inciso 1 indica: “La persona es el centro fundamental de todo proceso formativo; en consecuencia, las modalidades formativas que se desarrollen deben fijarse como meta principal que la persona alcance a comprender su medio social en general y su medio de

¹⁷⁸ AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, *Desafíos de las modalidades formativas laborales en el Perú*, Lima, diciembre 2016, p.3. [Ubicado el 26. IX. 2017], Obtenido en: http://storage.servir.gob.pe/publicaciones-sc/2016/Desafios_de_las_modalidades_formativas_laborales_peru.pdf.

¹⁷⁹ Art. 29, Capítulo V: De la Actualización para la Reinserción Laboral, Ley N° 28518 - Ley sobre modalidades formativas laborales.

trabajo en particular, a fin de que esté en condiciones de incidir en estos de manera individual y colectiva”¹⁸⁰; y esta es una de las características resaltantes que permitirán que la incorporación a esta modalidad formativa logre que los ex reclusos puedan alcanzar la reinserción.

Además, es de suma importancia permitir que la persona que posea las capacidades necesarias para incorporarse a una empresa reciba en el seno de la misma la experiencia práctica y debidamente programada para adecuarse así a la realidad del entorno laboral.

Esto debe darse con mayor firmeza en el caso de las personas que salen de las cárceles pues son estas personas quienes tienen que reinsertarse a la vida social y laboral. Así como lo indica VIAL, “Es necesario transformar al individuo en un sujeto activo de su proceso, capaz de promover el cambio y entregar aportes valiosos a la comunidad”¹⁸¹, para ello es necesaria la preparación que haya recibido el individuo cuando recupera su libertad, además del seguimiento por parte de la empresa en que realice su formación.

Pues bien, el Estado no solo debe preocuparse por la empleabilidad y obtención de vínculos laborales de los ex reclusos, sino que debe brindarles la preparación necesaria para que estos puedan afrontar con éxito la vida laboral, y esto puede lograrse mediante la modalidad formativa laboral de actualización, ya que gracias a esta el ex recluso logrará adecuarse desde el respeto por un horario hasta el cumplimiento de las normas que exija el empleo.

Por lo tanto, creemos que al incorporar a los ex reclusos a esta modalidad, también deberán aplicarse las normas comunes a las modalidades formativas, las que son indicadas en el artículo 42° de la Ley N° 28518; además la Dirección de Promoción del Empleo y Formación Profesional podrá autorizar la realización de actividades en las modalidades formativas laborales, en jornada u horario nocturno, para ello la

¹⁸⁰ Inciso 1, Artículo I, Título Preliminar Ley N° 28518 – Ley de Modalidades Formativas Laborales.

¹⁸¹ Cfr. VIAL, Paula, *Volver a confiar. Caminos para la integración post carcelaria*. Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile, 2014, p.8, [Ubicado el 26. X. 2016], Obtenido en: http://www.cesc.uchile.cl/docs/VAC_publicacion_libro.pdf.

empresa deberá presentar una declaración jurada en la que señale expresamente que cuenta con una jornada y horario de trabajo nocturno y que el desarrollo de la actividad formativa en ese horario resulta necesaria para cumplir con la finalidad formativa.

En cuanto a la subvención económica mensual, esta modalidad, no posee carácter remunerativo y no estará afectada al pago de impuesto a la renta, contribuciones ni aportaciones de ningún tipo a cargo de la empresa. La duración de este convenio será la dispuesta por el artículo 37° de la Ley 28518; es decir, no mayor a doce (12) meses, prorrogable por otro período no mayor a doce (12) meses cuando ello esté previsto y se justifique por el Plan de Entrenamiento y Actualización diseñado, plan que también se encuentra regulado por la misma Ley, en su artículo 35°.

Además, una de las ventajas que puede tomar el reinsertado es que esta modalidad formativa podrá desnaturalizarse y entenderse como una relación laboral común, siempre y cuando se cumpla aquellos casos del artículo 51° de la Ley 28518.

De esta manera, una actualización para la reinserción laboral permitirá a los beneficiarios la recalificación, ejercitando su desempeño en una situación real de trabajo, complementada con el acceso a servicios de formación y de orientación para la inserción en el mercado laboral¹⁸².

2.3. Beneficios tributarios para fomentar la contratación de personas con antecedentes penales en las empresas

Una forma de impulsar a las empresas a contratar personas de grupos vulnerables o desfavorecidos es mediante los beneficios tributarios otorgados por el Estado, pues, estos son incentivos cuyo objetivo es dispensar total o parcialmente la obligación tributaria, contando para ello con una motivación de por medio¹⁸³.

¹⁸² Cfr. BERNUY ÁLVAREZ, Oscar, "Modalidades formativas laborales", *Actualidad empresarial*, N° 271, 2013, p. 3, [Ubicado el 26. X. 2016], Obtenido en: http://aempresarial.com/servicios/revista/271_4_CENZVETYJMTKPPCVSGJIXIHTWYEMWCOA QNVVHUETOPIDREWYN.pdf.

¹⁸³ VILLANUEVA BARRÓN, Clara, "Los beneficios Tributarios: Exoneración, inafectación, entre otros". *Actualidad Empresarial*, N° 39, setiembre 2011, [Ubicado el 26. X. 2016], Obtenido en: http://aempresarial.com/web/revitem/1_12813_62051.pdf.

Para la doctrina, un incentivo tributario es la reducción a la base imponible del tributo, otorgada con el propósito de incentivar a determinados sectores económicos o actividades, e inclusive aquellos subsidios que otorga el Estado a determinados sujetos.

Frente a ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha indicado que “De acuerdo con nuestra Constitución (artículo 74), la potestad tributaria es la facultad del Estado para crear, modificar o derogar tributos, así como para otorgar beneficios tributarios. Esta potestad se manifiesta a través de los distintos niveles de Gobierno u órganos del Estado –central, regional y local–. Sin embargo, es del caso señalar que esta potestad no es irrestricta o ilimitada, por lo que su ejercicio debe realizarse al margen de los principios y límites que la propia Constitución y las leyes de la materia establecen”¹⁸⁴.

Asimismo, estos beneficios deben responder al interés social, ya sean de orden económico o por otros motivos que el Estado considere atendible, los cuales deben estar dentro de políticas y objetivos concretos que justifiquen ese trato excepcional a quienes tienen la obligación de tributar. Esto implica también la observancia de los demás principios tributarios y constitucionales, tomando en cuenta su necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

De este modo, consideramos factible que el Estado brinde beneficios tributarios para promover la contratación de personas con antecedentes penales, pues estos serán estímulos necesarios que permitirán que las empresas al momento de contratar tomen en cuenta a los ex reclusos que se encuentran debidamente calificados y puedan acceder así a un puesto de trabajo.

Esto se logrará tomando como referencia a la Ley N° 29973 - Ley General de la Persona con Discapacidad, en cuyo artículo 47° inc. 2°, indica que las entidades, ya sean públicas o privadas, que empleen personas con discapacidad obtendrán

¹⁸⁴ STC del 13 de Abril del 2015, {Exp. 0042-2004-AI/TC}, fundamento jurídico 6, [Ubicado el 01. XII. 2016], Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.html>.

una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre las remuneraciones que se paguen a estas personas.

Por lo que, para la contratación de personas con antecedentes penales, se deberá suscribir acuerdo entre el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Trabajo, de manera que aquellos empleadores públicos y privados que generen rentas de tercera categoría y que contraten a personas con antecedentes penales tendrían una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre las remuneraciones que se paguen a estas personas.

Además, tomando como referencia la ley anteriormente citada, también existirá una cuota de contratación, mediante la que se determinará que las entidades públicas estarían obligadas a contratar personas con antecedentes penales en una proporción no inferior al 5% de la totalidad de su personal, y los empleadores privados con más de cincuenta trabajadores en una proporción no inferior al 3%¹⁸⁵.

Asimismo, se tomará como referencia el Decreto Supremo N° 287-2013-EF en cuyo artículo 3° su inciso a), hace mención de dicho porcentaje, límites y algunas observaciones: “El importe del crédito equivale al 3% (tres por ciento) de la remuneración anual de los trabajadores con discapacidad -que en nuestro caso sería a los ex reclusos- que devengue y se pague en el mismo ejercicio. Para tales efectos, se entiende por remuneración a cualquier retribución por servicios que constituya renta de quinta categoría para la Ley del Impuesto a la Renta, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF y normas modificatorias. El monto de dicho crédito no deberá exceder al importe que resulte de multiplicar el factor 1,44 por la Remuneración Mínima Vital (RMV) y por el número de trabajadores con discapacidad sobre el cual se estima la remuneración anual”¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Cfr. Art. 49° de la Ley N° 29973, publicada en el Diario Peruano el 24 de diciembre del 2012.

¹⁸⁶ Cfr. TORRES, Miguel; *Trabajadores con discapacidad vs Impuesto a la Renta*, Noticiero Contable; 2013; [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: <https://www.noticierocontable.com/trabajadores-con-discapacidad-vs-impuesto-a-la-renta/>.

Por lo que esta deducción se encontrará en función al porcentaje de personas con antecedentes penales que laboren para el generador de rentas de tercera categoría calculado sobre el total de trabajadores, generándose así un incentivo para que los empleadores tomen en cuenta aquellos que han purgado condenas penales.

2.4. Fiscalización de personas reinsertadas laboralmente en las empresas

Una efectiva reinserción laboral, no solo debe promover la obtención del empleo, sino también su conservación, de manera que, al permitir desarrollar habilidades y capacidades, facilitará que el ex recluso tenga acceso a medios económicos para mantenerse. Por ello, se debe continuar con una supervisión intensiva tras su salida al medio libre.

Asegurar y mantener un trabajo inmediato al egreso de un centro penitenciario incide de manera importante en la reincidencia durante los primeros ocho a doce meses tras el egreso, ya que, aquellos individuos que obtuvieron empleo al egresar de prisión disminuyeron su tasa de reincidencia en un 68,5%¹⁸⁷.

Por ello, una de las acciones a realizar por parte del Estado debe ser la fiscalización o supervisión del ex recluso que ha conseguido un trabajo, de esta manera las acciones del Estado no se limitarían a colocar en un puesto de trabajo, sino que también implicaría una intervención en términos de acompañamiento y supervisión para promover el éxito del programa.

Esto puede lograrse, si se toma el modelo de países como Chile o Uruguay, que consideran de suma importancia la supervisión en medio libre logrando que equipos de profesionales mantengan un seguimiento del caso en el medio libre y manteniendo un contacto regular con los usuarios y actuando como referente de apoyo¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Cfr. MORALES PEILLARD, Ana María; WELSCH CHAHÚAN, Gherman y Otros, *Reinserción social y laboral de infractores de la ley, estudio comparado de la evidencia*, Fundación Paz Ciudadana, 2015 p.44, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2015/04/estudio-comparado-de-la-evidencia-en-reinsercion-social-y-laboral.pdf>.

¹⁸⁸ Cfr. PANTOJA VERA, Rodrigo y GUZMÁN CÁCERES, Gonzalo, *Impacto del Programa de reinserción social sobre la reincidencia de hombres adultos condenados por delitos, resultados*

La Gendarmería de Chile mediante la creación del programa “Patronato Nacional de Reos”, ha desarrollado un programa que no solo capacita a los ex reclusos, sino que además se encarga de su colocación en diversos puestos de trabajo, pero sin descuidar su fiscalización. El programa realiza una labor de seguimiento supervisando el cumplimiento de: los contenidos programados, la asistencia, las horas programadas, uso de infraestructura y equipamiento del organismo técnico¹⁸⁹.

Además, dicha institución cuenta con 15 Patronatos locales, lo que permite que la evaluación de la gestión del programa se realice bajo la forma de supervisiones presenciales al menos una vez en el semestre y también a través de un informe mensual de gestión, el cual debe ser consolidado en el Patronato Nacional de Reos por el coordinador del programa.

Para el efectivo monitoreo y seguimiento del programa se efectúa los siguientes ámbitos de seguimiento: 1) Procesos de Selección de beneficiarios: Este ámbito, se concentra de manera directa en el proceso de reclutamiento y selección de los usuarios; 2) Procesos de Intervención: Respecto de este ámbito, el monitoreo y control de la gestión se centra en las actividades del área psicosocial, tendientes a responder el objetivo estratégico del programa, a decir, fomentar conductas, habilidades y capacidades que incrementen sus posibilidades de reinserción social. Se utiliza una batería de instrumentos de recolección de información: diagnóstico individual y selección de beneficiarios; plan de intervención individual trimensual; registro de actividades del profesional con cada usuario, plan de vida; resumen de intervención individual y encuestas de satisfacción a usuarios¹⁹⁰.

preliminares, Ministerio del Interior y seguridad pública Subsecretaría de Prevención del delito Departamento de reinserción social, 2011, p. 13, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: <http://www.dsp.gob.cl/filesapp/Informe%20evaluacion%20de%20impacto%20preliminar%20Programa%20reinsercion%20social%202011.pdf>.

¹⁸⁹ Cfr. MINISTERIO DE JUSTICIA, GENDARMERIA DE CHILE, *Informe final de evaluación: programas de rehabilitación y reinserción social*, p. 283, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: http://www.dipres.gob.cl/595/articles-141210_informe_final.pdf.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 311.

Creemos conveniente que tomando en cuenta el precedente chileno, en nuestro país se implemente un programa similar, que busque la fiscalización de aquellos ex reclusos que logren ser colocados en un empleo, de manera que el órgano encargado de dicha función será el INPE, que en colaboración con el Ministerio de Trabajo y Ministerio de Educación se suscriban alianzas con las universidades, tanto públicas como privadas, para la creación de un voluntariado que busque que jóvenes universitarios de los últimos años de carreras de Ciencias Sociales y Derecho puedan realizar la supervisión de estos.

De esta manera, la única carga económica para el Estado sería la capacitación de los voluntarios, la cual debe estar a cargo de la Secretaria Nacional de la Juventud (SENAJU), pues esta tiene por objetivo principal impulsar la participación de los jóvenes en actividades de compromiso social.

Esta práctica debe ser implementada a lo largo del programa de reinserción laboral adoptado por el Estado. Pues, de la revisión de las buenas prácticas indicadas por la Organización de los Estados Americanos, se indica como principio fundamental al monitoreo, que corresponde al seguimiento de los programas mientras están en desarrollo, su propósito es registrar el progreso de los participantes en dirección al logro de los objetivos de intervención, y por tanto se centra en los productos del programa¹⁹¹.

Finalmente, consideramos que es de suma importancia implementar una fiscalización, cuya duración deba ser de 36 meses, ya que este será el tiempo suficiente para asegurarnos si el programa de reinserción laboral está siendo efectivo, en qué medida lo está siendo y que elementos han influido en ello. Además, permitirá la retroalimentación respecto de los resultados alcanzados, garantizándose la consistencia del programa.

¹⁹¹ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Reduciendo la reincidencia delictiva. Metodología Estandarizada para el Monitoreo y la Evaluación de Proyectos y Programas de Reintegración Social Orientados a la Disminución de la Reincidencia Delictiva*, OEA documentos oficiales, p. 129, [Ubicado el 12. XI 2016], Obtenido en: https://www.oas.org/dsp/documentos/dps_MetodologiaMonitoreo_evaluacion-F.pdf.

CONCLUSIONES

1. El trabajo es el bien que se identifica inseparablemente con la persona. Como derecho, este alcanza su definitiva consolidación cuando adquiere rango Constitucional. Así lo indica el TC, al establecer dos aspectos importantes el: de acceso a un puesto de trabajo, y el derecho a no ser despedido sin que medie causa justa. Por su parte, La libertad del derecho al trabajo concede a su titular una serie de facultades de acción: “la de trabajar o no hacerlo, la de establecer en qué actividad se va a ocupar, la de determinar si va a trabajar para sí o para otro y, en este último caso, la de precisar a favor de quien”.

2. El certificado de antecedentes penales es el documento oficial expedido por el Registro Nacional de Condenas del Poder Judicial, que comporta importantes consecuencias en el futuro laboral de la persona, dificultando las posibilidades para su reintegración a la sociedad. Por lo tanto, es necesaria la intervención del Estado, mediante políticas de reinserción social, que se encuentran legisladas de manera internacional. Así, en México se le otorga reconocimiento constitucional; en Chile, se reconoce a la reinserción social como la misión de la Gendarmería de Chile y pone en marcha algunos programas y proyectos que permiten hacer efectiva dicha reinserción. Al contrario, en nuestro país, las políticas criminales no son efectivas, debido a que el sistema carcelario adolece de muy serios problemas.

3. La exigencia de antecedentes penales para acceder a un puesto de trabajo produce una discriminación directa que corresponde a la etapa pre-ocupacional, vulnerándose el derecho a la igualdad y no discriminación. De esta manera ante la colisión entre el Derecho al trabajo y la libertad de empresa, se debe aplicar el juicio de ponderación. Examinando los sub principios de: a) Adecuación o idoneidad, donde si es posible limitar la libre disposición que tiene la empresa para designar a quienes desea o no contratar, pues permite el desarrollo del Derecho al acceso al trabajo; b) Necesidad, la implementación de las políticas que garanticen que aquellas personas con antecedentes penales accedan a un empleo es una medida adecuada y carente de consecuencia lesiva, que por el contrario si ocurre cuando se afecta este derecho y genera discriminación; c) Proporcionalidad, el grado de afectación de la Libertad de empresa es leve y las premisas que sustentan la intervención del Derecho al trabajo son certeras.

4. Por ello, se han considerado como medidas para evitar la discriminación de ciudadanos con antecedentes penales y fomentar el acceso al empleo de estos, las siguientes propuestas: la eliminación definitiva de la presentación del certificado de los antecedentes penales de la lista de requisitos para obtener un empleo, pues la existencia de estos no acredita, por sí sola, carencia de probidad y de un modo honesto de vivir; la ampliación del ámbito de aplicación subjetivo de la modalidad formativa laboral de actualización para la reinserción laboral, de esta manera se abarcaría tanto a la población adulta mayor, discapacitados y también a los ex reclusos, lo que se traduciría en mayor producción y reducción del desempleo; el impulso de beneficios tributarios por parte del Estado, que logrará que las empresas encuentren una motivación para contratar con los ex reclusos que se encuentran debidamente calificados para acceder a un puesto de trabajo; y aplicar fiscalización laboral, mediante la creación de un órgano de fiscalización a cargo del INPE, cuya función deba ser la evaluación y supervisión del ex recluso que ha obtenido un empleo. Esto con el fin de brindar un soporte al proceso de reinserción y evitar acentuar sus dificultades de retorno a la libertad. Además, de generar confianza en el empleador.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPOS RUIZ, Luis, y otros, *Derecho del Trabajo, Contrato Individual*, Tomo II, 4° Edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002.
2. AMPUERO DE FUERTES, Victoria, “Discriminación e igualdad de oportunidades en el acceso al empleo”. en *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, 2a ed., Lima, Grijley, 2009.
3. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El Despido en el Derecho Laboral peruano*, 1° edición, Lima, Ara Editores, 2002.
4. BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*, Barcelona, Ediciones Paidós, 1993.
5. CASTILLO-CÓRDOVA, Luis, *Derechos fundamentales y Procesos Constitucionales*, Lima, Grijley, 2008.
6. CASTRO ARGUELLES, Antonia; ALVAREZ ALONSO, Diego. *La Igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo*, Navarra, Aranzadi, 2007.

7. GARCIA MANRIQUE, Álvaro, *¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque Teórico- Jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010.
8. GOFFMAN, Erving, Estigma. *La identidad deteriorada*. Amorrortu editores, Buenos Aires-Madrid, 2006.
9. GONZALES NIEVES, Orlando, “La no discriminación en la extinción de la relación laboral” en *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, 2a ed., Lima, Grijley, 2009.
10. HONNETH, Axel, *Crítica del Agravio Moral. Patologías de la sociedad contemporánea*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2009.
11. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*, 35º edición, Madrid, Tecnos, 2014, p. 85.
12. MORGADO VALENZUELA, Emilio, “Reflexiones iniciales acerca de la recepción del principio de no discriminación en el convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958” en *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, 2ª ed., Lima, Grijley, 2009.
13. NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho Laboral*, Lima, Fondo Editorial de La Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.
14. PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad Humana en el Derecho del Trabajo*, Navarra, Aranzadi, 2007.
15. PLÁ RODRIGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3º Ed., buenos Aires, Depalma, 1993.
16. PULIDO QUEVEDO, Manuel, *La Constitución Española, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 3º ed., Navarra, Aranzadi, 2001, p. 174.
17. PUMAR BELTRAN, Nuria, *La igualdad ante la ley en el ámbito de la seguridad social*, Navarra, Aranzadi, 2001.
18. RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, *Curso de Derecho del Trabajo y Seguridad social*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.
19. RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel, *El Principio de Igualdad y las Relaciones Laborales*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1999.
20. SORIANO, J.E., *Derecho Público de la Competencia*, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1998.

21. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *El Derecho Individual Del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico – práctico*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2015.
22. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *La Constitución Comentada, Análisis artículo por Artículo, obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2006.
23. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *Empresa y Relaciones de trabajo en el siglo XXI*, 1º edición, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015.

REVISTAS:

24. ALÓS, R.; MARTÍN, A., y Otros, “¿Sirve el trabajo penitenciario para la reinserción? Un estudio a partir de las opiniones de los presos de las cárceles de Cataluña”, Cataluña, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, N° 127, 2012, [Ubicado el 15. VI. 2016], Obtenido en: http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_127_JUL_SEP_2009_pp_11_3112464_29318774.pdf.
25. ÁVALOS JARA, Víctor, “¿El principio de inmediatez constituye una formalidad no esencial del despido?”, *Jus*, N°7, Doctrina & Pacifico, 2007.
26. BERNUY ÁLVAREZ, Oscar, “Modalidades formativas laborales”, *Actualidad empresarial*, N° 271, 2013, [Ubicado el 26. X. 2016], Obtenido en: http://aempresarial.com/servicios/revista/271_4_CENZVETYJMTKPPCVSGJIXIHTWMYEMWCOAQNVVHUETOPIIDREWYN.pdf.
27. BURGA CORONEL, Angélica, “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Gaceta Constitucional*, N° 47, Noviembre 2011.
28. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “El Principio de Igualdad de Trato en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXI, 2000.
29. CERDA P., Andrea y LEIBOVITZ L., Talia, “Programa laboral Colina I: una evaluación del trabajo penitenciario desde la perspectiva de sus beneficios”, *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, N°2, Chile, 2011, [Ubicado el 13. VI. 2016], Obtenido en:

- http://bibliotecadigital.uchile.cl/client/en_US/sisib/search/detailnonmodal.detail.boundwithtable.boundwithtitlesearch;jsessionid=E1938D753B36B5DFE0959B8839BBC90F?qu=Revista+de+estudios+crimino%3%B3gicos+y+penitenciarios&ic=true&ps=1000.
30. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE. *Ipsa Iure*, Año 6, Nro.26, 2014.
 31. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PAÍS VASCO, “Necesidad de evitar el efecto discriminatorio de los antecedentes penales”, *colección “Jornadas sobre derechos humanos”*, Marzo 1996, [Ubicado el 03. X, 2016], Obtenido en http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_874_3.pdf.
 32. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes”, *Serie Documentos Defensoriales- Documento N° 2*, Lima, Septiembre 2007, [Ubicado el 05.XI del 2015], Obtenido en: <http://alertacontraelracismo.pe/wp-content/uploads/2013/02/La-discriminaci%C3%B3n-en-el-Per%C3%BA-problem%C3%A1tica-normatividad-y-tareas-pendientes.pdf>.
 33. DEFENSORIA DEL PUEBLO-RESUMEN EJECUTIVO, “Informe Defensorial N° 154: El Sistema Penitenciario: componente clave de la seguridad ciudadana y la Política Criminal. Problemas, retos y perspectivas”, Lima, 2011.
 34. DEL POZO GOICOCHEA, Claudia, “La interpretación Constitucional del Principio de Igualdad a cargo de los Órganos Administrativos. A propósito de la Res. N° 001-2011/SC2-INDECOPI”, *Gaceta Constitucional*, N° 40, Abril 2011.
 35. DOLORIER TORRES, Javier Richard & DEL CARPIO TORRES, Pedro, “Los actos discriminatorios en materia laboral. Análisis del principio de discriminación en el acceso al empleo”, *Actualidad Jurídica*, N° 154, Lima, septiembre 2016.
 36. ELÍAS ORTEGA, Angel y MANZANOS BILBAO, César, “Medidas para fomentar el empleo de las personas que han sido privadas de libertad”, *Revista De Relaciones Laborales*. N°.4, País Vasco, 2001, [Ubicado el 14. VI. 2016], Obtenido en: http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/5902/5580.
 37. EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DE SOLUCIONES LABORALES, “Aplicación del Principio de igualdad y no discriminación en el trabajo por los inspectores laborales”, *Soluciones Laborales*, Año 4, Nro.45, setiembre 2011.

38. ESCOBAR, Guillermo, "Sistema Penitenciario". *V Informe sobre Derechos Humanos*, Madrid, Federación Iberoamericana de Ombudsman, 2007.
39. ESPINOZA MAVILA, Olga y MARTÍNEZ MERCADO, Fernando, "Políticas de reinserción post penitenciaria. Eliminación de antecedentes penales en Chile", *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. No. 1, Quito, mayo 2007, [Ubicado el 13. VI. 2016], Obtenido en: <http://www.flacso.org.ec/docs/urvio1.pdf>.
40. EYZAGUIRRE BROU, Joan, "Retención del Talento e Inversión para su Desarrollo", *Soluciones Laborales*, Año 3, N° 31, julio 2010.
41. FAJARDO MORI, Martin, El conflicto entre los Derechos fundamentales del trabajador y los poderes empresariales en la transmisión de Empresa. Lima, PUCP, *Revista Derecho & Sociedad*, N°40, [Ubicado el 03. X 2016], Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12798>.
42. GACETA JURÍDICA, "El Código Penal en su Jurisprudencia", Gaceta Jurídica, Primera edición, 2007.
43. GALVEZ ROSASCO, José; DOLORIER TORRES, Javier & et al. "Principales Aspectos de la Ley sobre las Modalidades Formativas Laborales. Ley N° 28518", *Informe Especial N° 02*, 2005, [Ubicado el 26. X. 2016], Obtenido en: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/652EE397395B5F290525
44. GARCÍA MANRIQUE, Álvaro, *¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico - jurisprudencial*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2010.
45. GONZÁLES ALARCÓN, Hugo Manuel, "Análisis del Principio de Igualdad ante la Doctrina y la Jurisprudencia Comparada", *Revista Jurídica de Derecho Público*, Tomo 6, 2015.
46. GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. "Igualdad ante la ley" en la Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2005.
47. HUERGO LORA, Alejandro, "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las administraciones con empresas Públicas", *Revista de Administración Pública*, N°154, marzo 2014.
48. IBACACHE RAMIREZ, Daniela, "Reinserción laboral de personas que cumplen condena en libertad: un acercamiento desde los encargados de los programas

- de Intermediación Laboral en el Sistema Abierto de Gendarmería de Chile”, *Revista Trabajo Social*, N° 88, Chile, 2015, [Ubicado el 28. V. 2016], Obtenido en: <http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/Revista17/Articulo26.pdf>.
49. JAMES B., Jacobs, y LARRAURI Elena, “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, Barcelona, [Ubicado el 13. VI. 2016], Obtenido en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/226683>.
50. LARRAURI, Elena y JACOBS, James B “Reinserción Laboral y Antecedentes Penales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 13, Barcelona, 2011, [Ubicado el 23. IV. 2016], Obtenido en: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-09.pdf>.
51. LARRAURI, Elena, “Antecedentes penales”, *Revista Eunomía*, N° 08, 2015, [Ubicado el 09. X. 2017], Obtenido en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/2481/1365>.
52. MEJÍA MADRID, Renato, “La Igualdad en el Trabajo. Una breve exposición de sus manifestaciones en la legislación laboral peruana”, *Soluciones Laborales*, Año 3, N° 31, Julio 2010.
53. NEVES MUJICA, Javier, “Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo”. *Asesoría laboral*, N° 137, Caballero Bustamante, 2002.
54. SABOGAL BERNA, Luis, “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia”, *Revista Mercatoria*, Volumen 4, Número 1 (2005), [Ubicado el 23. IV. 2016], Obtenido en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1490362.
55. PRADO OYARZO, Francisco, La Crisis del Sistema Penitenciario Chileno, *Revista Mensaje*, Vol. 50 N° 503, Santiago, 2001, [Ubicado el 13. VI. 2016], Obtenido en: http://www.academia.edu/2915078/EI_sistema_penitenciario_en_Chile_Desaf%C3%ADos_para_el_nuevo_modelo_p%C3%BAblico-privado.
56. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “El Tribunal Constitucional y los supuestos de reposición laboral: el caso telefónica”, *Asesoría Laboral*, N° 146, Caballero Bustamante, febrero 2003.

57. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, "La estabilidad laboral y la acción de amparo", *Asesoría Laboral*, N° 69, Editorial Caballero Bustamante, septiembre 1996.
58. VILLANUEVA BARRÓN, Clara, "Los beneficios Tributarios: Exoneración, inafectación, entre otros". *Actualidad Empresarial*, N° 39, setiembre 2011, [Ubicado el 26. X. 2016], Obtenido en: http://aempresarial.com/web/revitem/1_12813_62051.pdf.

TESIS:

59. BENITEZ GOMEZ, Brenda, *Inserción Laboral para las personas que han cumplido una sanción penal en la ciudad de Latacunga*, Tesis para obtener el título de abogado de los Juzgados y Tribunales, Latacunga-Ecuador, Universidad Técnica de Cotopaxi, 2012, [Ubicado el 03. XI. 2015], Obtenido en <http://repositorio.utc.edu.ec/handle/27000/143>.
60. CABELLO TORO, Daniela Andrea, *Derecho a la Reinserción Social*, Tesina de la Carrera de Derecho, Santiago de Chile, Universidad Alberto Hurtado de Chile, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en: <http://repositorio.uahurtado.cl/bitstream/handle/11242/7424/DERCabelloT.pdf?sequence=1>.
61. CORONA AGUIRRE, Liliana Alejandra, *La participación ciudadana como parte integrante de la seguridad pública en México*, Tesis Profesional como requisito parcial para obtener el título en Licenciatura en Derecho con especialidad en Derecho Fiscal, Puebla-México, Universidad de las Américas Puebla, 2005, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/corona_a_la/capitulo3.pdf.
62. ESPINOZA MONDRAGÓN, Braulio, *Política criminal y Prevención del Delito Hoy: Una propuesta de Modelo de Prevención para el Municipio de León, basado en la Participación Ciudadana*, Tesis de Graduación sometida a consideración del Tribunal Examinador del Programa de Doctorado en Derecho del Sistema de Estudios de Postgrado para optar por el grado académico de Doctor en Derecho, San José- Costa Rica, Universidad Estatal a Distancia, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en:

<http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/120809/969/1/Politica%20Criminal%20y%20Prevencion%20del%20Delito.pdf>.

63. MARTÍNEZ BLANCH, Patricia, *La resocialización del delincuente*, Trabajo final de grado, Curso de adaptación 2013/2014, grado en criminología y seguridad, Castellón de la Plana-España, Universitat Jaume I, p. 29, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/106276/TFG_2014_MARTINEZ%20BLANCH.pdf?sequence=1.

RECURSOS ELECTRÓNICOS:

64. AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, *Desafíos de las modalidades formativas laborales en el Perú*, Lima, diciembre 2016, [Ubicado el 26. IX. 2017], Obtenido en: http://storage.servir.gob.pe/publicaciones-sc/2016/Desafios_de_las_modalidades_formativas_laborales_peru.pdf.
65. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin*, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217111.pdf>.
66. CARRANZA, Elías, *Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe: ¿Qué hacer?*, Primera Edición, ILANUD, Costa Rica, 2010, [Ubicado el 09. X. 2016], Obtenido en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>
67. CASTRO CASTRO, José Francisco, *Discriminación en las Relaciones Laborales. Algunos casos particulares, Doctrina, estudios y comentarios*, N° 146, 2001, [Ubicado el 03. X. 2016], Obtenido en: http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65173_recurso_1.pdf.
68. CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Santiago, 2006, [Ubicado el 13. VI. 2016], Obtenido en: www.udp.cl/funciones/descargaArchivos.asp?seccion=documentos&id=48.
69. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA, *La política criminal y penitenciaria del estado colombiano*, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/04/documento_09_sep_2013.pdf.

70. ESPINOZA, C, Y VIANO, O. *El desafío de la libertad: Proceso de concesión de beneficios intrapenitenciarios para la reinserción social*, Santiago de Chile, RIL Editores, 2008, [Ubicado el 28. V. 2016], Obtenido en: <http://www.cesc.uchile.cl/9789562845885%20Espinoza%20-%202008%20-%20EI%20desaf%3%ADo%20de%20la%20libertad.pdf>.
71. GONZALES PEREZ, Luis Raúl, *Pronunciamiento sobre antecedentes penales*, México, [Ubicado el 16. VIII. 2017], Obtenido en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160828.pdf.
72. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Ricardo, *La reinserción social*, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: http://congresopuebla.gob.mx/docs/Mesa2/25_LA_REINSERCIÓN_SOCIAL.pdf.
73. HONNETH, Axel, *La Lucha por el Reconocimiento, por una gramática moral de los conflictos sociales*, Barcelona, Grijalbo Mondadori Editores, 1997, [Ubicado el 15. VI. 2016], Obtenido en: <https://filosinsentido.files.wordpress.com/2013/06/73040182-honneth-a-la-lucha-por-el-reconocimiento.pdf>.
74. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO, Profesionales del Programa Creo Intercambian experiencias, Nota de prensa N° 092-2010-INPE, 2010, [Ubicado el 21. VI. 2016], Obtenido en: <http://www.inpe.gob.pe/contenidosprensa.php?id=858&direccion=1>.
75. JUÁREZ BRIBIESCA, Armando y MEDINA RAMÍREZ, Marco Antonio, *Política Criminal (México y Chile)*, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/18/jec/jec8.pdf>.
76. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *10 Medidas de reforma del sistema penitenciario*, [Ubicado el 21. VI. 2016], Obtenido en: http://www.inpe.gob.pe/pdf/10_medidas.pdf.
77. MINISTERIO DE JUSTICIA, GENDARMERÍA DE CHILE, *Informe final de evaluación: programas de rehabilitación y reinserción social*, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: http://www.dipres.gob.cl/595/articles-141210_informe_final.pdf.

78. MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE ARGENTINA & DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA DE CHILE, *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: www.dpp.cl/resources/upload/94ea454848933ba928bc545a14f3c0bb.pdf.
79. MORALES PEILLARD, Ana María; WELSCH CHAHÚAN, Gherman y Otros, *Reinserción social y laboral de infractores de la ley, estudio comparado de la evidencia*, Fundación Paz Ciudadana, 2015, [Ubicado el 12. V.I 2016], Obtenido en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2015/04/estudio-comparado-de-la-evidencia-en-reinsercion-social-y-laboral.pdf>.
80. OFICINA DE INFRAESTRUCTURA PENITENCIARIA, Programa CREO beneficia a internos del E.P. Huancayo, 2014, [Ubicado el 21. VI 2016], Obtenido en: <http://www.oip-inpe.gob.pe/index.php/noticias/284-notainformativa075-27-02-14>.
81. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Reinserción social y función de la pena*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Formación de la Procuraduría General de Justicia de la UNAM, 2012, [Ubicado el 10. VI. 2016], Obtenido en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3169/7.pdf>.
82. ONUDD: OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Guía de Introducción a la prevención de la reincidencia y la reintegración social de delincuentes*, Serie de Guías de Justicia Penal, Naciones Unidas, Nueva York, 2013, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_SocialReintegration_ESP_LR_final_online_version.pdf.
83. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Reduciendo la reincidencia delictiva. Metodología Estandarizada para el Monitoreo y la Evaluación de Proyectos y Programas de Reintegración Social Orientados a la Disminución de la Reincidencia Delictiva*, OEA documentos oficiales, [Ubicado el 12. XI 2016], Obtenido en: https://www.oas.org/dsp/documentos/dps_MetodologiaMonitoreo_evaluacion-F.pdf.
84. PANTOJA VERA, Rodrigo y GUZMÁN CÁCERES, Gonzalo, *Impacto del Programa de reinserción social sobre la reincidencia de hombres adultos condenados por delitos, resultados preliminares*, Ministerio del Interior y

- seguridad publica Subsecretaría de Prevención del delito Departamento de reinserción social, 2011, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: <http://www.dsp.gob.cl/filesapp/Informe%20evaluacion%20de%20impacto%20preliminar%20Programa%20reinsercion%20social%202011.pdf>.
85. PODER JUDICIAL, Registro Nacional de Condenas, [Ubicado el 10. V. 2016], Obtenido en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_servicios/as_enlaces_de_interes/as_registro_nacional_condenas.
86. PLAN ESTRATÉGICO PENITENCIARIO 2012-2016, Instituto Nacional Penitenciario, Perú [Ubicado el 30.X. 2016], Obtenido en: www.inpe.gob.pe/pdf/PEI-2012-2016.pdf.
87. PLAN NACIONAL DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO, Ministerio de Justicia, Perú [Ubicado el 30.X. 2016], Obtenido en: www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/planNacPenitenciario.pdf.
88. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, *Fórmulas para la resocialización del delincuente en la Legislación y el Sistema Penitenciario Españoles*, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: <http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/arod.pdf>.
89. TORRES MORATO, Miguel Ángel, *Antecedentes Penales*, [Ubicado el 27. V. 2016], Obtenido en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20TORRES%20MORATO.pdf?idFile=506bf55a-eb38-4907-a500-6dddf03bfadd.
90. TORRES, Miguel; *Trabajadores con discapacidad vs Impuesto a la Renta*, Noticiero Contable; 2013; [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: <https://www.noticierocontable.com/trabajadores-con-discapacidad-vs-impuesto-a-la-renta/>.
91. VERA ROJAS, Patricia, *La discriminación en los procesos de selección de personal*, Oficina nacional de trabajo de Ginebra, abril 2006, Suiza, [Ubicado el 10. V. 2016], Obtenido en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_wp_29_sp.pdf.
92. VIAL, Paula, *Volver a confiar. Caminos para la integración post carcelaria*. Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile, 2014, [Ubicado el 26. X. 2016], Obtenido en: http://www.cesc.uchile.cl/docs/VAC_publicacion_libro.pdf.

93. ZAPATA CARNAQUÉ, Esperanza, *La reinserción productiva; una segunda oportunidad para los internos de los establecimientos penales*, Gestión del Estado, Octubre 2010, [Ubicado el 12. VI. 2016], Obtenido en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:f5mFp5D_weEJ:gestionpublica.org.pe/plantilla/rxv5t4/1029474941/enl4ce/2010/octu/revges_1088.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe .