

AUTOTUTELA COMO SOLUCIÓN A LOS LITIGIOS LABORALES SOBRE AFECTACIÓN A LA INTIMIDAD Y DISCRIMINACIÓN EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL DE LA RELACIÓN DE TRABAJO: ¿DERECHO A MENTIR?

*“En tiempos de guerra, la verdad es tan
valiosa, que siempre debe ser custodia-
da por mentiras como guardaespaldas”*

Winston Churchill⁽¹⁾

Óscar Raúl Chuquillanqui Aragón

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, analizaremos la idoneidad de la actual protección que ofrece el ordenamiento jurídico en los casos de discriminación en el campo de acceso al trabajo. Luego de demostrar que las medidas de protección no son las idóneas, propondremos una alternativa distinta a la que se viene aplicando en el ámbito ya señalado. Para llegar a ello, analizaremos el surgimiento de los litigios y los métodos de solución de los mismos propuestos por el Derecho, tales como la heterocomposición, la autocomposición y la autotutela; vale precisar que nos detendremos en el análisis de esta última, ya que, a nuestro entender en ella reside la forma de protección más idónea, ante violaciones al derecho de la intimidad y posterior discriminación, en la etapa de acceso al trabajo.

(1) Extracto del discurso de Winston Churchill durante la Segunda Guerra Mundial.

De lo dicho, anteriormente trataremos de demostrar a la doctrina laboral, que la autotutela no esta restringida al ámbito colectivo, sino que perfectamente puede ser aplicada en el ámbito individual, ante la poca eficacia que brindan los otros métodos de solución de conflicto.

Nuestras propuestas tendrán sustento constitucional e irán en armonía con la realidad peruana, ya que, lo que se busca en estas líneas son soluciones prácticas que tengan como objetivo la adecuada protección de derechos de las personas. Adicionalmente a ello, daremos respuesta a posibles refutaciones a nuestra posición, demostrando que nuestro planteamiento significa un avance en la tutela de derechos en el país.

II. INTERÉS, CONFLICTOS DE INTERESES Y LITIGIOS

Doctrina especializada, menciona que “por naturaleza, el [D]erecho tiene, entre sus misiones, la de reconducir al orden las situaciones de conflicto, manifestando así su condición de *ordo ordinans*”⁽²⁾. En un sentido lato, toda la arquitectura del Derecho no es sino un gigantesco esfuerzo (un esfuerzo no siempre coronado por el éxito) de superación de conflictos y creación de solidaridad, bien en plano de igualdad, bien en plano jerárquico”⁽³⁾.

Entonces, el Derecho, como disciplina, podría ser considerado como una herramienta que busca la solución de conflictos; dicho de otro modo, las personas tenemos distintos intereses casi siempre contrapuestos, por ende, se necesita de un regulador que permita el acceso a cubrir nuestras necesidades, las que buscamos satisfacer a través de la determinación de intereses. Así consideramos pertinente entender el concepto de *interés y conflicto de intereses*, debido a la vinculación –expuesta líneas arriba– que tienen con el Derecho.

“El concepto de interés es fundamental, tanto para el estudio del proceso como para el Derecho. Interés no significa un juicio, sino una posición del hombre, o más exactamente: la posición favorable a la satisfacción de una necesidad”⁽⁴⁾; en palabras sencillas, el interés es aquella inclinación o preferencia que de manifestarlas en una acción permitirá la satisfacción de una necesidad, entonces, cuando dos o

(2) Orden ordenador.

(3) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 2009, p. 715.

(4) CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo. Uteha, Buenos Aires, 1944, p. 11.

más intereses se contraponen nos encontramos ante un conflicto de intereses.

Carnelutti, hace referencia al conflicto, estableciéndolo como consecuencia lógica de que los bienes son finitos y los intereses ilimitados, con lo cual las partes en pugna podrían optar por una medida violenta que atente contra la vida en sociedad, ante ello surge como una opción de solución la moralidad de las personas; pero como el mismo autor reconoce, esto es una solución muy idealista, con lo cual la solución a los conflictos recae en el Derecho⁽⁵⁾. Entonces, de lo dicho, “[s]urge conflicto entre dos intereses cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta”⁽⁶⁾.

Antes de continuar, creemos necesario aclarar la relación entre dos conceptos fundamentales para el desarrollo de las siguientes líneas, por un lado, “conflicto de intereses” (visto líneas arriba) y por otro lado, el concepto de “litigio”, pues debemos empezar señalando que hay una relación de género-especie, en la medida que todo litigio es un conflicto de interés, pero no todo conflicto de interés es un litigio; en otras palabras, “el litigio no es solo un conflicto de intereses, sino un conflicto jurídicamente calificado, es decir trascendente para el Derecho”⁽⁷⁾, en el mismo sentido complementa Ovalle “puede haber conflictos de intereses de carácter económico, científico, etc., que no estén tutelados por el derecho; conflictos cuya solución se ha dejado a la espontaneidad de la vida social, porque no se haya estimado necesario proporcionar criterios ni medios para resolverlos (...) [e]n cambio, cuando en un conflicto el derecho otorga su tutela en uno de los intereses en pugna, se puede hablar propiamente de litigio”⁽⁸⁾.

Así, por ejemplo, un conflicto de intereses en donde una pareja de novios no se pone de acuerdo en donde ir cenar no es jurídicamente relevante, ergo, no es tutelable. Por el contrario, un conflicto de intereses que incumple una norma imperativa (por ejemplo, el principio de no discriminación) sí tiene relevancia jurídica, por lo que son tutelables y son denominados litigios.

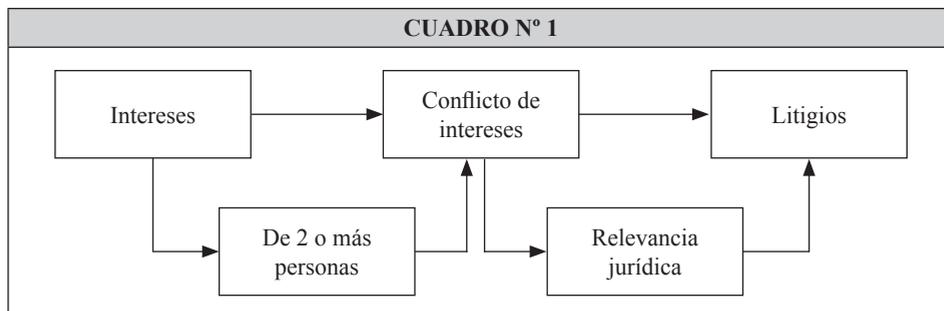
(5) Ibidem, pp. 16-19.

(6) Ibidem, p. 16.

(7) Ibidem, pp. 4-5.

(8) OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*. Harla, México D.F., 1996, p. 6.

Hasta aquí, a manera de ayuda, graficamos la línea de pensamiento seguida líneas arriba:



Los **intereses** son inherentes a la condición humana, con lo cual cada uno de nosotros tiene sus propios intereses dependiendo de las necesidades que tengamos en las distintas etapas de la vida humana. Pero, cuando dos o más intereses se contraponen, se produce un **conflicto de intereses**, el cual puede o no tener relevancia jurídica, aquellos conflictos con relevancia jurídica son denominados **litigios**.

Vale precisar que los conceptos de litigio y proceso no son equivalentes –es decir, no significan lo mismo–, pues, el proceso en muchos casos es un método de resolver los litigios, pero no el único, debido a que, como veremos más adelante existen métodos que tutelan derechos de manera más eficaz.

III. FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERESES: HETEROTUTELA, AUTOCOMPOSICIÓN Y AUTOTUTELA

Para lograr encontrar soluciones a los litigios, el Derecho normalmente recurre a los siguientes mecanismos de solución: la heterocomposición, la autocomposición y la autotutela; aunque debemos precisar que esta última es resistida por el Derecho. Concretamente dentro del derecho del trabajo la producción doctrinaria sobre la huelga (tipo de autotutela propia de la mencionada rama jurídica) es tan amplia –en doctrina nacional como extranjera– que podría llevarnos al error de pensar que es la única forma de autotutela en el ámbito laboral, peor aún que la autotutela solo es aplicable dentro del ámbito del Derecho colectivo del trabajo, dejando de lado el ámbito individual; con lo cual, estaríamos descartando de plano un método de solución de conflicto muy eficaz en algunas circunstancias.

1. Heterocomposición y autocomposición

Muy concisamente, hablamos de heterocomposición cuando “la solución al conflicto es calificada de imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia”⁽⁹⁾, el ejemplo bandera sería el proceso judicial, donde la solución es impuesta por un tercero independiente e imparcial: el juez⁽¹⁰⁾. Si bien este método es por antonomasia el más usado, en nuestra realidad se ve afectado entre otras cosas, por su excesiva duración, producto de la agobiante carga procesal que tienen los juzgados⁽¹¹⁾. Esto acarrea el problema de pérdida de celeridad, con lo cual el proceso judicial, no puede proteger Derechos Fundamentales de manera idónea.

Por su parte, la autocomposición “es un medio de solución parcial, porque proviene de una o de ambas partes en conflicto. La autocomposición es unilateral cuando proviene de una de las partes, y bilateral cuando tiene su origen en ambas partes”⁽¹²⁾, en otras palabras, la autocomposición, confía en la puesta de acuerdo de las partes en conflicto (bilateral) o la aceptación de un interés sobre el otro pero, a diferencia de la autotutela, en un entorno pacífico, es decir hay una imposición consentida de un interés sobre el otro (unilateral)⁽¹³⁾

2. Autotutela: concepto y clasificación

Finalmente, la autotutela “consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno”⁽¹⁴⁾. Alcalá-Zamora, menciona que la autotutela “se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (...), y aun a veces los dos, como en el duelo o en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con

(9) *Ibíd.*, p. 25.

(10) Otros ejemplo de heterocomposición lo encontramos en el arbitraje

(11) “La carga procesal se define como la cantidad de expedientes que quedaron pendientes a fin del periodo anterior, más los que Ingresaron en el periodo. Bajo esta definición, la Carga Procesal del Primer Semestre del año 2011 asciende a **2,578,945 expedientes** y está compuesta por los Expedientes Pendientes al 31 de diciembre del año 2010, así como por los que ingresaron durante el Primer Semestre del año 2011”.

PODER JUDICIAL. Gerencia General. Estadísticas de la función jurisdiccional a nivel nacional periodo: enero-junio 2011, p. 3. Resaltado y subrayado nuestro.

<http://historico.pj.gob.pe/imagen/documentos/..%5C..%5CCorteSuprema%5Cdocumentos%5CESTA DISTICAS_JURIS_1_SEMESTRE_2011_130911.pdf>. Lima. Visto 3 de setiembre de 2012, 3:00 pm.

(12) OVALLE, José. *Ob. cit.*, p. 16.

(13) Ejemplos de la autocomposición podemos encontrar, allanamiento, perdón del ofendido, transacción, etc.

(14) OVALLE, José. *Ob. cit.*, p. 9.

el otro, mediante su acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso⁽¹⁵⁾.

Por su parte, Ovalle, considera que la autotutela, a consecuencia de la evolución del Derecho, ha quedado rezagada como método de solución de litigios y se ha realzado la importancia de los tribunales como método de solución⁽¹⁶⁾. Así en el caso peruano, nuestra Constitución en su artículo 139, 3 establece el derecho de tutela jurisdiccional. Pero no debemos olvidar que la misma Constitución también regula supuestos de autotutela –excepción a la regla– como por ejemplo la legítima defensa, expresada en el artículo 2, 12.

Creemos conveniente, resaltar que doctrina especializada⁽¹⁷⁾ clasifica a la autotutela en distintos tipos, pero por cuestiones de espacio y de pertinencia, analizaremos solo tres de ellas:

a) La autotutela entendida como respuesta a un ataque precedente

Esta autotutela, tiene dos elementos (i) un ataque inicial, que activa la posibilidad a que la parte afectada, ejerza (ii) un contraataque como respuesta protectora.

El ataque inicial debe ser una agresión ilegítima, es decir debe tener un carácter antijurídico violatorio de un derecho. El contraataque, debe ser racional, es decir, dependerá del caso en concreto determinar si el medio empleado para autotutelarse es el correcto, debemos señalar que racional no significa proporcional, pudiendo darse casos en que el contraataque sea desproporcional, pero al ser el único medio posible de defensa según las circunstancias, calificará de racional. Finalmente, sobre la parte que ejerce la autotutela recae el deber de falta de provocación suficiente, se entiende por este, que para ejercer autotutela, la persona no debe provocar la agresión⁽¹⁸⁾.

(15) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. UNAM, México, 1970, p. 50.

(16) OVALLE, José. Ob. cit., p. 10.

(17) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Ob. cit., pp. 58-60.

(18) Para realizar la presente construcción nos basamos en lo que la doctrina penal entiende por elementos objetivos de la legítima defensa. Vease: BRAMONT-ARIAS TORRES. Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal*. EDDILI, Lima, 2008, pp. 274-280

b) El ejercicio personal de un derecho subjetivo, sin que sea necesario un ataque previo⁽¹⁹⁾

Esta clasificación la podemos dividir en tres supuestos: (i) obrar por disposición de una norma; (ii) obrar por cumplimiento de un deber; y (iii) obrar en ejercicio de un derecho.

El primer supuesto, nos dice que se puede actuar y vulnerar de cierta forma derechos ajenos, así por ejemplo la Constitución en el artículo 24, f establece que la flagrancia habilita la detención policial, con lo cual el policía pese a privar a alguien de su libertad, actúa bajo el amparo de la Constitución que le ordena realizar sus actividades de determinada manera.

Por su parte, el segundo supuesto, se da dentro del ámbito de funcionarios públicos, cuando un funcionario actúa por disposición de otro. El ejemplo, puede verse en el desalojo autorizado por un juez; en este supuesto, si se produce resistencia, la policía estará autorizada a realizar actividades que pueden lesionar bienes jurídicos.

Finalmente, el tercer supuesto, es el ejercicio de un derecho, esto no significa el ejercicio irrestricto del mismo sino que el ordenamiento tolera su ejecución hasta cierto punto, el límite es la afectación de otros derechos.

c) Medio de coacción y presión ejercido a una de las partes, con la finalidad de imponerle intereses

En este tipo de autotutela la persona que la ejerce busca que la contraparte realice y/o se vea motivada a realizar una determinada acción o conducta. Resulta

(19) Ovalle realiza un interesante análisis del despido como acto de autotutela a favor de los intereses del empleador, planteándolo de la siguiente manera: “En este grupo también se debe señalar el *despido* de los trabajadores por los patrones. La fracción XXII del apartado A del artículo 123 constitucional permite, de manera implícita, que los patrones puedan despedir a sus trabajadores sin tener que seguir previamente un proceso ante los tribunales, en el que se acredite la causa legal de la rescisión del contrato o la relación de trabajo. Cuando el despido o rescisión se haya llevado a cabo sin causa justificada, el precepto constitucional otorga al trabajador la opción para elegir entre dos clases de pretensiones: la de reclamar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje competente el *cumplimiento* del contrato o la relación de trabajo, con la consecuente *reinstalación* en su puesto de trabajo; o bien, la de demandar ante dicho tribunal el pago de una *indemnización* por el importe de tres meses de salario y las demás prestaciones que le correspondan.

Es evidente que el despido que hace el patrón de un empleado es una autotutela, pues a través de dicho despido el patrón impone su pretensión propia en perjuicio del interés del trabajador, ya que decide, por sí, la rescisión del contrato o de la relación de trabajo. Aunque el párrafo final del artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo impone al patrón el deber de comunicar por escrito al trabajador la causa del despido, la decisión para rescindir la relación se mantiene, en principio, en manos del patrón. Solo hasta el momento en que el trabajador despedido formule su pretensión de reinstalación (cumplimiento del contrato o de la relación de trabajo) o de indemnización, la decisión del patrón será sometida a la revisión de la Junta de Conciliación y Arbitraje, la que, con base en las pruebas aportadas, determinará si el despido fue o no justificado, y en este último caso, condenará al patrón a satisfacer la pretensión formulada por el trabajador, en los términos de ley”. En: OVALLE, José. Ob. cit., pp. 11-12.

evidente que en esta clasificación encajaría la huelga, que es la modalidad más difundida por el Derecho del Trabajo, sin embargo, a estas alturas ya resulta claro que es apenas una modalidad más dentro del concepto de autotutela.

A partir, de lo expuesto, líneas arriba, más adelante propondremos un nuevo tipo de autotutela, el cual a pesar de tener características propias, responde en parte, a elementos de la clasificación precedente. Recalcamos que por un tema de orden y mayor comprensión del presente trabajo, consideramos conveniente llegar hasta aquí en el análisis de la autotutela como método de solución de litigios y postergar nuestro planteamiento hasta el capítulo correspondiente.

IV. DISCRIMINACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA AFECTACIÓN AL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA ETAPA PRE-CONTRACTUAL DE LA RELACIÓN LABORAL: ¿ADECUADA TUTELA O SIMPLE FORMALIDAD?

Ya centrándonos en el ámbito del Derecho del Trabajo podemos observar que existen intereses contrapuestos⁽²⁰⁾. Esto graficado en la etapa de entrevistas de trabajo, nos da la concurrencia de dos intereses en conflicto; por un lado, tenemos el interés de acceder aun puesto de trabajo, por otro lado, el interés de seleccionar a la persona más apta para el puesto, este litigio desemboca en graves problemas en torno a dos derechos fundamentales, como son la intimidad y la no discriminación.

En esta oportunidad desarrollaremos como la afectación de la intimidad, permite que el mandato de no discriminación sea vulnerado con relativa facilidad e impunidad en la etapa precontractual de la relación laboral, recordemos que uno de los problemas que atraviesa el Derecho del Trabajo, y en general el país, es justamente esta facilidad con la que se puede discriminar, más aún si tenemos en cuenta que “la relación de trabajo en tanto relación de poder o relación desigual, es un campo fértil, un campo de cultivo para la discriminación”⁽²¹⁾. Consideramos, que el referido “campo de cultivo” es aún más fértil durante la etapa precontractual, porque, es aquí donde se aprecia la asimetría de poderes en sentido

(20) Así, doctrina especializada, hace mención a los intereses contrapuestos de la siguiente manera: “como la relación laboral es, de un lado, conflictiva, porque los intereses de los trabajadores –como individuos y como categoría– son diferentes y a veces opuestos a los de los empresarios –como individuos y como categoría–, siendo ambos legítimos, se requiere regulación para que el conflicto discurra entre los márgenes del sistema”. NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009, p. 12.

(21) ERMIDA URIARTE, Óscar. “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”. En: *Revista Derecho & Sociedad*. Año XXII, N° 37, 2011, p. 18.

puro, ya que, al no existir aún contrato de trabajo, no existe equiparación normativa que evite (o al menos intente reducir) una relación abusiva entre las partes. Ante ello, podemos optar por ser simples observadores o aportar ideas en busca de un cambio de paradigma, nosotros nos alineamos a esta última forma de pensar.

1. Derecho de acceso al trabajo, etapa precontractual de la relación laboral

El derecho al trabajo es un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución, no solo tutela la relación de trabajo en su etapa contractual, sino que también tutela la etapa previa, es decir el acceso al trabajo, el cual se debe dar en condiciones de igualdad de trato, igualdad de oportunidades y bajo el mandato de no discriminación.

Nuestro Tribunal Constitucional ratifica este doble sentido del derecho al trabajo de la siguiente manera:

“El contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: Por un lado, el derecho a acceder a un puesto de trabajo, y por otro lado, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; precisando que la satisfacción de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”⁽²²⁾.

A efectos del presente trabajo, entendemos como etapa precontractual de la relación laboral, aquella que inicia cuando el empleador requiere cubrir un determinado puesto de trabajo hasta la contratación del postulante para el puesto disponible. Entendida así la etapa precontractual, doctrina especializada menciona que hay que diferenciar entre dos subetapas, por un lado tenemos la subetapa de reclutamiento de personal, la cual es acto abierto y que busca **atraer** postulantes (aspecto positivo), por otro lado, tenemos la subetapa de selección, la cual es un proceso de **descarte** de postulantes en busca del más idóneo para el cargo (aspecto negativo)⁽²³⁾.

(22) STC Exp. N° 03052-2009-PA/TC, f. j. 11.

(23) Al respecto véase: CHIAVENATO, Idalberto. *Gestión del talento humano*. McGRAW-HILL/INTERAMERICANA EDITORES S.A., Mexico D.F., 2009, pp. 101-170 y FLINT BLANCK, Pinkas. *La revolución del Derecho de seguros y del Derecho Laboral*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1998, pp. 127-146.

En el presente trabajo, por cuestiones de extensión no nos detendremos en la primera, perfilando así nuestro análisis en la subetapa de selección, la cual suele estar conformada por test psicológicos, entrevistas personales, prueba de conocimientos entre otros. Nuevamente precisamos que por cuestiones de espacio, nos referiremos concretamente al caso de las entrevistas de trabajo.

2. Principio de no discriminación

“El concepto de discriminación, a pesar de presentar una cierta elasticidad, tiene siempre dos elementos definidores. Se trata, en primer lugar, de la diferencia de trato con respecto a alguien (termino de comparación) y, después, del fundamento o apoyo en determinados motivos o razones específicas (causa de discriminación)”⁽²⁴⁾. Es claro, que en la subetapa de selección el término de comparación se manifiesta en la cantidad de postulantes que tienen el interés de acceder a un mismo puesto, aquí el empleador tiene la posibilidad de compararlos y elegir, quién a su criterio es el más apto; pero si su decisión se basa, o hay pruebas que puedan llevarnos a pensar que se basaron, en los denominados “motivos prohibidos”, esta decisión debería ser inválida.

Pero, cuáles son los motivos prohibidos, una referencia importante la encontramos en lo establecido sobre discriminación, por el convenio 111 de la OIT, “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”⁽²⁵⁾, defendemos la idea de que, si bien estos motivos son generales, es decir abarcan múltiples supuestos, no son taxativos, porque no podemos equiparar la realidad social de las naciones, ya que, podrán existir nuevos motivos prohibidos a partir de las problemáticas propias de cada país. Esta línea de pensamiento la sigue la OIT, al establecer en su artículo 1, párrafo 2.b⁽²⁶⁾, la posibilidad de ampliar los supuestos de discriminación que considere el país miembro, previa coordinación con las instituciones representativas de los distintos actores sociales.

(24) MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis. *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Cedecs, Barcelona, 1998, p. 166.

(25) OIT. 1984, Convenio 111, artículo 1, párrafo 1.a.

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

Finalmente, precisamos que “[n]o es relevante la intención del sujeto discriminante, siendo suficiente la existencia del daño”⁽²⁷⁾ ⁽²⁸⁾, esto se debe a que si se impone al afectado probar la intención de la contraparte, lo único que conseguiríamos es mantenerlo en un estado de vulneración constante, porque, no tendría los medios para conseguir una prueba idónea que demuestre la intención discriminatoria. Por ello, nuestro Tribunal Constitucional establece que “[c]uando se alegue que se es objeto de una conducta discriminatoria, ha de acreditarse la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato, para lo cual se requiere, por lo menos, la prueba indiciaria”⁽²⁹⁾. Esto, sin duda, es un avance para acceder al proceso, pero como veremos más adelante, resulta una medida insuficiente porque, pese a ello, la heterocomposición no es eficaz.

3. Derecho a la intimidad

Mucho se ha escrito en torno a la relación que existen entre el derecho a la intimidad, el derecho a la privacidad e incluso el derecho a la vida privada. En ese sentido, se ha sostenido que son sinónimos, en consecuencias todos protegen los mismos supuestos; por otro lado, se esgrime la idea de que son diferentes en tanto a la gradualidad de su tutela⁽³⁰⁾. El presente trabajo no tiene como finalidad acabar con aquella discusión; sin embargo plantaremos nuestra propia postura, basada en lo ya escrito por doctrina especializada.

A nuestro entender existe una vida pública, que por lo general, son aquellos actos que se realizan de manera abierta con la intención de compartirlos con los demás; en contraposición, la vida privada, son aquellas acciones costumbres pensamientos percepciones, etc. que la persona se guarda para si misma, algunos de estos actos recaen en su familia y en amigos cercanos. Por otro lado, consideramos que la intimidad entra a tallar en ambas etapas de la vida –tanto pública como privada– siempre y cuando se trate de elementos –acciones, costumbres, pensamientos, percepciones, etc.– tan personalísimos que si llegan a ser transmitidos a otras personas, el afectado no podrá desarrollarse dignamente e íntegramente en la sociedad.

(27) ERMIDA URIARTE, Óscar. Loc. Cit.

(28) En el mismo sentido, en referencia a la discriminación: “Alguna vez se ha aludido a un elemento intencional que, sin embargo, no considero relevante a los efectos de configurar el supuesto”. MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis. Loc. Cit.

(29) STC Exp. N° 02562-2002-AA/TC, f. j. 3.

(30) Al respecto véase: JIMÉNEZ GUZMÁN. “Evolución histórica y conceptual del derecho de la vida privada”. En: *Revista de los Tribunales Agrarios*. Año IV, Segunda época, mayo-agosto de 2007. pp. 63-112. Colección de revistas disponibles en línea, véase: <http://www.tribunalesagrarios.gob.mx/wp/?page_id=101>.

De lo dicho, líneas arriba, resulta superlativa la tutela de la intimidad; por ello, debemos precisar que su respeto se debe dar tanto en lo público como en lo privado; por ejemplo, una conversación confidencial entre dos personas no puede ser filtrada a terceros, por el simple hecho de estar en la calle.

Entonces la vulneración del derecho a la intimidad de la persona, se da cuando se divulgan hechos o actitudes personalísimos de cada individuo ya sea de su vida privada o pública, pero también hay vulneración del derecho a la intimidad cuando se fisgonea o invade en temas relacionados a la vida privada de la persona, sin que exista un interés público de por medio⁽³¹⁾.

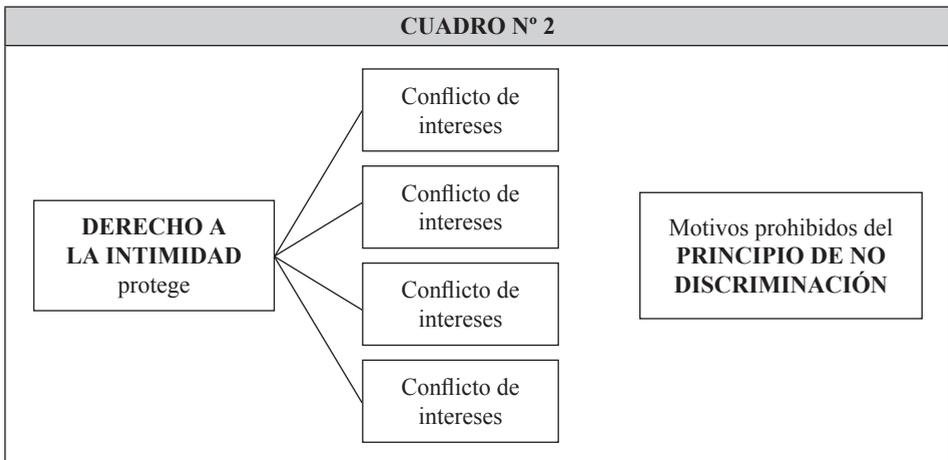
Debemos precisar, que la vida privada está compuesta de distintos elementos, algunos serán factibles de ser conocidos bajo motivos fundamentados –como puede ser el interés del empleador que, con base en el derecho de libertad de empresa, puede formular preguntas para tomar una elección idónea–; pero, otros elementos no podrán ser ni siquiera fisgoneados (preguntados), ya que esta afectación impediría el libre desarrollo de la persona en la sociedad⁽³²⁾. En otras palabras, “la intimidad del trabajador (...) no puede quedar sometida al poder directivo ni de control del empresario. En cambio, algunos aspectos de la vida privada del trabajador, en cuanto afectan a la relación jurídico-laboral, sí pueden ser materia de esa investigación y de control”⁽³³⁾, consideramos que la cita precedente, si bien se refiere a la etapa contractual de la relación, es perfectamente aplicable a la etapa precontractual –en el contexto de una entrevista de trabajo–, en la medida que la intimidad del postulante no debe sucumbir ante las preguntas del entrevistador, pero los aspectos relacionados al puesto de trabajo sí pueden ser de conocimiento del empleador

(31) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2007, pp. 192-193. Citando a: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1992, pp. 61-62.

(32) En el mismo sentido el Tribunal Constitucional entiende por vida privada lo siguiente: “el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño” y sobre la relación entre vida privada y la intimidad establece que “[l]a vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de una persona; la vida privada, por su parte, la engloba y también incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas”. STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f. j. 38. Primer y tercer párrafo, respectivamente.

(33) PACHECO ZERGA, Luz. “El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos”. En: *Laborem* 6. Año 2006, pp. 25-26.

Finalmente, doctrina especializada, refiriéndose a la intimidad considera que “constituye el **presupuesto** para el ejercicio de otros derechos, es decir, la base para el desarrollo efectivo de libertades y derechos básicos como la libertad de pensamiento, libertad de culto, y un conjunto de **derechos sociales**, salud, costumbres, hábitos sexuales, ideas políticas, fe religiosa, aspectos sociales, económicos, etc.”⁽³⁴⁾, concretamente creemos que en el contexto de entrevistas de trabajo al ser vulnerada la intimidad mediante preguntas invasoras de la vida privada, queda expuesto el postulante, en la medida que muchos conceptos que protege la intimidad son los motivos prohibidos, con lo cual vulnerar la intimidad en el contexto de entrevistas abre las puertas a la discriminación; si a esto le sumamos la desigualdad material propia del derecho al trabajo, las posibilidades que el postulante sea discriminado se acrecientan aún más.



4. Intento infructuoso del proceso en la tutela del derecho a la intimidad y el principio de no discriminación

Realizadas todas las precisiones anteriores, entramos a definir la problemática que pretendemos resolver. **Qué sucede si el entrevistador (posible empleador o representante del mismo) durante la entrevista de trabajo realiza preguntas al postulante (posible trabajador) no relacionadas con el puesto de trabajo, que afecten el derecho a la intimidad y cuyas respuestas podrían generar una descalificación o no selección basada en motivos discriminatorios.**

(34) GONZALES, Gorki. “El Derecho a la Intimidad y la Informática”. En: *Themis*. N° 26, Época 2, 1993, p. 70.

Como ya mencionamos, durante las entrevistas de trabajo hay dos intereses en juego ambos con fundamentos, por un lado el interés del empleador de obtener toda la información posible que le permita elegir al postulante más capaz. Por otro lado, desde la perspectiva del postulante –quien tiene el interés de conseguir el puesto de trabajo– tratará de desenvolverse en la entrevista de la mejor forma, de tal manera que haga sentir al entrevistador que sería la mejor elección. Es importante señalar que ambos intereses tienen límites, en el primer caso, el entrevistador no puede vulnerar el derecho a la intimidad ni puede excluir postulantes con base en motivos prohibidos. Por otro lado, respecto al interés del postulante encontramos un límite importante: el de veracidad. Tradicionalmente se piensa que el postulante tiene la obligación de transmitir información real y veraz al entrevistador. Nosotros discrepamos parcialmente de esa posición, ya que, consideramos que debemos precisarla. Así, en nuestra opinión efectivamente el postulante debe transmitir información verdadera, pero solo aquella relacionada con el puesto de trabajo; sobre la información solicitada no relacionada con el puesto de trabajo, no debería estar obligado a decir la verdad⁽³⁵⁾.

Ahora, al hablar de preguntas no relacionadas con el puesto de trabajo nos referimos a preguntas cuya formulación implicaría intromisión en la intimidad del postulante, a manera de ejemplo enunciaremos las siguientes: ¿está embarazada?; ¿tiene hijos?; ¿planea casarse?; ¿cuál es su religión?; ¿cuál es su pensamiento político?; ¿es heterosexual?; etc.⁽³⁶⁾. Como se pudo ver líneas arriba, esta información está protegida por el derecho a la intimidad; sin embargo, eso no evita que en la práctica se realicen; siendo en muchos casos determinantes para la elección de trabajadores. Por otro lado, las preguntas que a manera de ejemplo enunciaremos, no tienen que ser así de explícitas sino que pueden ser indirectas, sutiles o matizadas de tal manera que el empleador sin discriminar ni fisgonear abiertamente puede acceder a información personal del postulante, con lo cual estaría transgrediendo el límite mencionado líneas arriba (derecho a la intimidad).

Hacemos hincapié en no olvidar el contexto en el que se producen estas preguntas, ya que, algún lector perspicaz podría argumentar, que bastaría con no responderla haciendo uso del derecho fundamental a la intimidad, pero siguiendo un pensamiento lógico, si un postulante se niega a dar información, lo más probable es que sea descalificado. Entonces, en términos jurídicos, quedarse callado o negarse a responder una pregunta en el contexto de una entrevista tutela el derecho

(35) Este punto será desarrollado en el siguiente epígrafe.

(36) Somos conscientes de que en el caso de empleadores ideológicos la relevancia de estas preguntas puede verse matizada, sin embargo, en el presente trabajo, por cuestiones de espacio, dejamos constancia que no nos referiremos a este tipo de empleadores.

a la intimidad, pero deja desprotegidos los derechos de acceso al trabajo, igualdad de oportunidades y el de no discriminación. Además no olvidemos que ante determinadas preguntas el silencio o negativa a responder, implica una aceptación tacita, así por ejemplo, ante la pregunta ¿está embarazada?, el guardar silencio o negarse a responder podría ser entendido, y en la práctica lo es, como una contestación afirmativa a la pregunta.

Entonces sobre el ejercicio del derecho a la intimidad –como límite a preguntas invasoras– explicado en el párrafo precedente; en nuestra opinión, nos encontramos ante un mecanismo insuficiente una tutela parcial que más que favorecer perjudica, privando a personas que pertenecen a algún grupo históricamente vulnerado accedan a puestos de trabajo a causa de motivos prohibidos.

El otro camino posible, es que ante las preguntas formuladas el postulante diga la verdad, esperando que esos criterios no sean los determinantes para la selección. Este supuesto es poco probable, pero posible. Con lo cual hacemos mención que de suceder no se produciría discriminación, pero si se estaría vulnerando el derecho a la intimidad, ya que, el entrevistador, llegaría a obtener información propia de la esfera personal del postulante, más allá de contratarlo o no.

Por otro lado, si el postulante cumple con todos los requisitos establecidos en la convocatoria y es descalificado a causa de un motivo discriminatorio; ante este supuesto, normalmente nuestro ordenamiento, ha recurrido a la heterocomposición como método de solución de litigios, pasando de la competencia del juez civil que mediante proceso ordinario pueda resolver litigios de discriminación en el acceso a la competencia del juez de trabajo que mediante proceso laboral ordinario haga lo propio⁽³⁷⁾. Entonces el afectado podrá acudir a un proceso y solicitar la indemnización correspondiente.

Sin embargo, doctrina nacional, menciona que “[n]o resulta común, encontrar una sentencia que aborde el tema de discriminación en el acceso al empleo, y más difícil es encontrar una que ampare al demandante en este tipo de supuestos.

(37) Lo dicho, se puede apreciar en la Ley N° 26772 que en su artículo 3, establece que la persona afectada puede optar por la indemnización, su reglamento Decreto Supremo N° 002-98-TR, especifica en su artículo 9, que la indemnización debería ser proporcional y razonable, sirviendo como parámetro el monto de la remuneración anual ofertada y mediante su artículo 8, atribuía competencia al juez civil para conocer indemnizaciones por discriminación en el acceso al trabajo mediante proceso de conocimiento. El mismo criterio se siguió en la Ley N° 27270 en lo referente a la indemnización a favor de la persona afectada aumentado la sanción de clausura temporal en perjuicio de la institución discriminante. Finalmente la Ley N° 29477 - Nueva Ley Procesal Laboral, derogando las leyes que se le opongan estableciendo la competencia del juez de trabajo en proceso ordinario para conocer temas de discriminación.

Posiblemente ello tenga como justificación (...) la falta de medios probatorios para determinar ya sea el motivo o el efecto de la discriminación³⁸⁾

Entonces, si el proceso llegara a ser promovido y ante la dificultad probatoria que padece el postulante, el empleador convocante gozará de una gran ventaja en la medida de que tendrá la posibilidad de volverlo a excluir encubriendo el motivo prohibido de discriminación en algún mecanismo que evidencie causa objetiva de descalificación, llámese test psicológico u otro informe similar.

Pero, ¿qué sucedería si el empleador efectivamente descalificó al postulante en motivos objetivos y pese a ello el trabajador cree que fue discriminado?; ¿cómo podría el juez determinar quien tiene la razón?, en ambos supuestos el elemento que determine causa objetiva tiene un rol probatorio vital, ante ello los jueces siempre o casi siempre terminarán declarando infundadas las demandas (sentenciando que no hubo discriminación), porque, evidentemente el empleador cuenta con mayora material probatorio como el test psicológico o alguna similar que atribuya una causa objetiva distinta al motivo prohibido. Entonces, para dar respuesta a las interrogantes planteadas podemos decir que los intereses de los empleadores normalmente estarán protegidos porque la dinámica del proceso les favorece, ya que tienen mayor facilidad de conseguir medios probatorios, distinto es el caso del postulante que no tiene forma de probar mediante un proceso la existencia de discriminación siendo muy excepcional los casos en los que accede a la indemnización; sobre la segunda interrogante, consideramos que el juez califica en base del material probatorio que actúan las partes y como ya vimos la ventaja recae sobre el empleador convocante³⁹⁾.

Como es evidente el proceso resulta ineficaz –por decirlo menos– para tutelar estos supuestos; esto se debe a que nuestro ordenamiento jurídico no tutela el problema cuando este esta iniciando (momento de la entrevista donde se formula la pregunta invasora, afectando el derecho a la intimidad), sino que se espera a que se produzca una afectación mayor (afectación al acceso al trabajo y vulneración al principio de no discriminación) para recién intentar tutelar mediante un proceso.

(38) TOYAMA MIYAGUSUKU. “Discriminación en las ofertas de empleo”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*. N° 87, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2005, p. 26 / pp. 21-27. Otras posibles causas que expresa el autor son: 1. “[E]l desconocimiento del alcance de este derecho por los postulantes preocupados más por encontrar un trabajo” y 2. “[L]os costos de iniciar y seguir un proceso para una persona sin recursos, pues estamos ante desempleados”.

(39) Resulta interesante el denominado “rol activo del juez” que propone la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en la medida que el juez podría evaluar el accionar de las partes en el proceso y no depender únicamente de la actividad probatoria para fundamentar su fallo, sin embargo, consideramos que este avance no es suficiente, ya que el material probatorio del que dispone el empleador tiene fuerza muy cercana a la certeza, ya que elimina el motivo prohibido, reemplazándolo por una causa objetiva (test psicológicos, exámenes de conocimientos, entre otros).

Es lamentable ver como en este supuesto “el proceso haya ido olvidando su cometido fundamental: brindar una efectiva tutela a las situaciones jurídicas materiales, para con ello lograr la paz social en justicia. Dicho cometido, además, es la justificación misma de la existencia del proceso, pues sin él el proceso se convertiría en el más inservible e inhumano rito que los hombres hayan creado”⁽⁴⁰⁾.

Como si no fueran suficientes razones para entender la ineficacia del proceso en la problemática desarrollada, hacemos hincapié en que, la Nueva Ley Procesal del Trabajo⁽⁴¹⁾, establece en su artículo 2, inciso 1, literal c que los jueces laborales son los competentes para resolver temas de discriminación en el acceso al empleo, pero lo más dramático de esta medida es que se tutela la discriminación mediante proceso **ordinario** laboral, dejando de lado el abreviado, que por un tema de celeridad hubiera sido el más idóneo⁽⁴²⁾.

Por otro lado, **no** compartimos la interpretación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo⁽⁴³⁾, que promociona como un beneficio de la NLPT su artículo 9.1.⁽⁴⁴⁾, el cual establece la legitimación extraordinaria, en defensa de la discriminación, de distintas entidades (Ministerio Público, sindicatos, entre otros), ya que, propone una tutela tardía que dificulta al juez un pronunciamiento cierto. Quien mejor que el afectado para realizar la demanda, el tiempo que las entidades con legitimación especial se demoran en conocer el caso afectará más los derechos, ya de por sí vulnerados, del postulante.

(40) PRIORI POSADA, Giovanni. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et Veritas*. Año 13, N° 26, 2003, pp. 273-292.

(41) Ley N° 29497, Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo
Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:

l. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios. Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes: (...)

c) Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.

(42) Véase: ARCE ORTÍZ, Elmer. “La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una asignatura pendiente en tiempos de reforma”. En: *Revista Derecho PUCP*. N° 68, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2012, pp. 435-448.

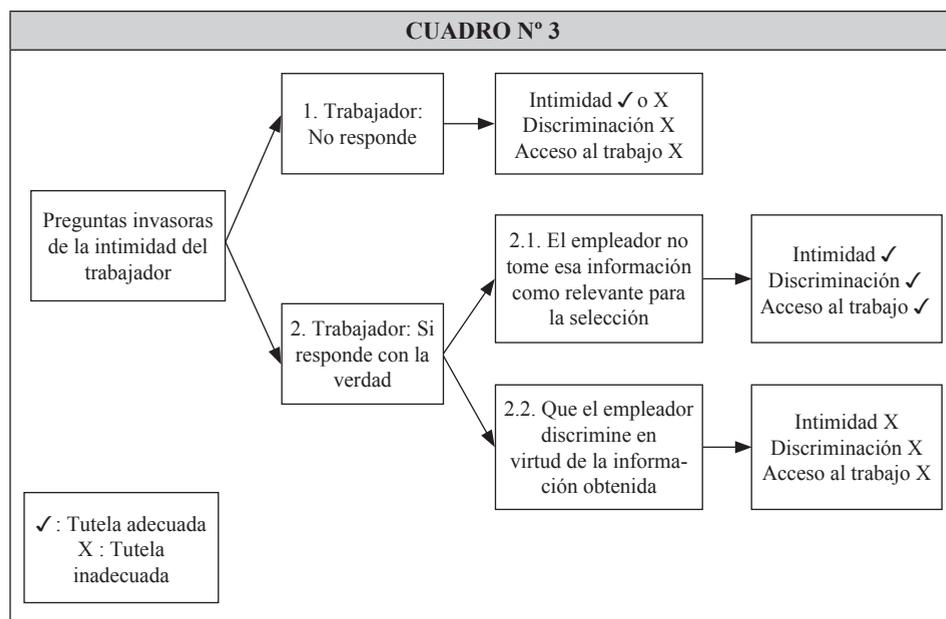
(43) MINISTERIO DEL TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Beneficios de la nueva ley procesal del trabajo*. <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/publicaciones/beneficios_nueva_ley_procesal_trabajo.pdf>. Lima, visto el 3 de setiembre de 2012, 3:00 p.m.

(44) Ley N° 29497, Artículo 9.- Legitimación especial

9.1 Las pretensiones derivadas de la afectación al derecho a la no discriminación en el acceso al empleo o del quebrantamiento de las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil pueden ser formuladas por los afectados directos, una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales con solvencia para afrontar la defensa a criterio del juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público.

Por último, hay quienes dicen que si un postulante es capaz, en términos coloquiales “tiene un buen currículum”, el empleador lo contratara sin importar nada, sin duda esta postura es válida, pero en una realidad utópica en la que todos los ciudadanos de un país hayan tenido las mismas oportunidades de educación y capacitación, en un país como el Perú, en donde la educación de calidad sigue siendo un privilegio, plantear posturas como la mencionada no solo demuestra poco conocimiento de la realidad peruana, sino que dicha postura, aumentaría las diferencias existentes entre la masa de trabajadores.

Entonces, como queda demostrado, el actual mecanismo de tutela que ofrece nuestro ordenamiento ante litigios en la etapa precontractual del Derecho del Trabajo es insuficiente; en palabras sencillas, es pura formalidad, ya que, a nuestro entender, no tutela el problema de fondo. Esto se debe a que no se ha reflexionado ni analizado la naturaleza propia de este litigio y en virtud de ello elegir el método de solución más idóneo. Simplemente se cayó en el facilismo de darle responsabilidades al método de solución de conflictos por antonomasia (el proceso) el cual por sus propias características no puede tutelar la problemática planteada en estas líneas. Sobre la base de las ideas vertidas en este subcapítulo, planteamos el siguiente esquema:



V. AUTOTELA FORMA IDÓNEA PARA GARANTIZAR DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL DE LA RELACIÓN LABORAL - DERECHO A MENTIR

Defendemos la tesis de que el trabajador puede faltar a la verdad cuando se le haga preguntas invasoras de la intimidad, porque, este tipo de preguntas, no solo vulnera ese derecho sino que también abre las puertas a la discriminación y siendo la relación laboral desigual desde sus orígenes, este nuevo desbalance es antinatural al Derecho del Trabajo, porque acrecienta la desigualdad material

1. Autotutela: construcción del concepto y forma de aplicación

A partir de lo expuesto en el epígrafe III, 2, creemos importante construir un concepto propio de autotutela, así consideramos que esta debe estar permitida por responder al *ejercicio de un derecho*, como lo son el de la intimidad y el principio de no discriminación, ya que, al no existir mecanismo idóneos que eviten la vulneración de este último, la afectación del derecho a la intimidad, traerá como consecuencia inmediata la vulneración del principio de no discriminación. Salvo evidentemente, que confiemos en la moralidad, como ente que regule el comportamiento humano, la misma que fue descartada por el mismo Carnelutti⁽⁴⁵⁾ prefiriendo al Derecho como ente encargado de facilitar soluciones a los litigios.

Creemos que, pese a que la autotutela es resistida por el Derecho, en este caso en concreto, sí se debe permitir su empleo por dos motivos: (i) el Estado, peruano, pese a haber ratificado el convenio 111 de la OIT, no ha implementado políticas ni medios de soluciones efectivos para el cumplimiento del principio de no discriminación.

En el mismo sentido Calamandrei, considera que la autodefensa (léase autotutela), es propio de civilizaciones sin evolucionar, que lo lógico es que el Derecho la prohíba y no la permita; sin embargo, “la prohibición de la autodefensa no puede ser prácticamente operativa sino en cuanto, casi **como compensación de tal prohibición, el Estado ofrezca para reaccionar contra el atropello medios más fuertes y eficaces que la fuerza privada**”⁽⁴⁶⁾, como ya explicamos, es-

(45) Carnelutti se refiere a la moralidad como solución de conflictos en los siguientes términos: “exige una evolución tan avanzada de los hombres, que en el estado actual de la civilización no solo no cabe contar con ella, sino ni siquiera prever cuándo se podrá confiar en la misma”. CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit., p. 17.

(46) CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Según el nuevo código*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, pp. 225-226. (el resaltado es nuestro).

tos medios no se dan en la realidad peruana, con lo cual el Estado no está cumpliendo con el rol democrático de asegurar los derechos fundamentales

El otro punto, es que (ii) postulamos una autotutela racional, es decir, no defendemos una autotutela abiertamente agresiva; en otras palabras, no afecta de forma grave derechos de la contraparte, ya que, no amparamos la idea de que el postulante coaccione mediante la fuerza al empleador buscando ser contratado, sino que consideramos necesario que en supuestos no relacionados con el puesto de trabajo el trabajador pueda faltar a la verdad en defensa de sus derechos fundamentales.

Alguien podría decir que se está afectado la capacidad de elección que tiene el empleador, sin embargo, reiteramos que la autotutela que planteamos tiene el límite importante de no mentir sobre información relacionada con el puesto de trabajo.

Ahora quién decide que información está relacionado con el puesto de trabajo y cuál no la está; nosotros consideramos que la naturaleza de la autotutela nos lleva a responder que es el trabajador –en la medida que vea afectada su intimidad– el que lo determine, sin embargo, en defensa de los intereses del empleador podemos establecer que bajo determinados criterios no se puede faltar a la verdad; por ejemplo: experiencia profesional, conocimientos de idiomas, conocimientos de informática, capacitaciones y centros de estudios de los mismos, somos absolutamente conscientes que algunos de los criterios mencionados también podría llevar a la discriminación, sin embargo, consideramos igual de importante dar un piso mínimo de seguridad al empleador, quien recordemos también tiene un interés legítimo en juego.

Finalmente, creemos que la autotutela planteada, en un corto plazo, servirá de incentivo al empleador a no hacer preguntas violatorias de la intimidad del postulante y a largo plazo podrá ir desterrando aquellos antiguos, pero, infundados prejuicios que actualmente impiden el ingreso a personas a un puesto de trabajo, por el solo hecho de pertenecer a un colectivo determinado –por ejemplo, el colectivo embarazadas– y/o tener pensamientos distintos –por ejemplo, dirigentes sindicales–.

2. Función social de la mentira

Por temas de extensión, nos limitaremos a dar a un planteamiento muy general de lo que entendemos por función social de la mentira.

Primero que nada debemos desterrar aquel viejo antagonismo, que recita que toda verdad es buena y toda mentira es mala, postura radical que mantuvo Kant, quien por ejemplo llega a la conclusión de que todo tipo de mentira es mala

en tanto ofende el deber moral absoluto, el cual supone una “traición a la dignidad humana”⁽⁴⁷⁾; sin embargo, Nietzsche opina, básicamente, que todo lo que entendemos como verdad es una mentira consensuada de alcance amplio⁽⁴⁸⁾, con lo cual a nuestro entender podemos consensuar y admitir “nuevas verdades” que permitan la protección de derechos, he allí donde reside la causa del consenso.

Más concretamente, nosotros creemos que la mentira cumple una función similar a la del Derecho, que es la de facilitar a los hombres la vida en sociedad. El gran problema es que sobre la mentira existe un tema de gradualidad, así existen mentiras permitidas socialmente –son aquellas que no vulneran ningún derecho o interés tutelado del engañado o lo vulneran de una manera mínima casi imperceptible– y mentiras condenadas socialmente –son aquellas que vulneran, de una forma significativa, derechos o intereses tutelados o están encaminadas a hacerlo–.

Un ejemplo, de una mentira permitida socialmente, es decir, a los niños que la cigüeña trae a los bebés y una mentira condenada, sería por ejemplo la calumnia. Evidentemente, entre una y otra existe una zona gris que complejiza el tema, pero que no la expondremos porque consideramos, que no resulta oportuna en esta ocasión.

Sin embargo, debemos dejar en claro que la autotutela que proponemos debe ser entendida como una mentira aceptada socialmente, ya que busca la defensa de derechos fundamentales y no vulnera derecho alguno, solo limita el rango de preguntas realizadas por el empleador, en el contexto de una entrevista de trabajo.

VI. BUENA FE LABORAL COMO LÍMITE A LA AUTOTUTELA DE ACCESO AL TRABAJO (DERECHO A MENTIR)

Después de todo lo expuesto, algún lector perspicaz podría contraargumentar, diciendo que se vulnera la buena fe laboral, cuando el postulante falta a la

(47) LYNCH, Michael. *La importancia de la verdad, para una cultura pública decente*. Traducción de Pablo Hermida Lazcano, Paidós, Barcelona, 2005, pp. 183-245.

(48) NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Traducción de Luis Valdés y Teresa Orduña, Tecnos, Madrid, 2007. pp. 17-38. Concretamente en la p. 25, el referido autor, menciona: “¿Qué es entonces la verdad? Una hueste en un movimiento de metáforas, metonimias, antropomorfismos, en resumidas cuentas, una suma de relaciones humanas que han sido realizadas, extrapoladas y adornadas poéticamente y retóricamente y que, después de un prolongado uso, un pueblo considera firmes, canónicas y vinculantes; **las verdades son ilusiones de las que se ha olvidado que lo son**; metáforas que se han vuelto gastadas y sin fuerza sensible, monedas que han perdido su troquelado y no son ahora ya consideradas como monedas, sino como metal” (el resaltado es nuestro).

verdad a su potencial empleador, sin miedo a contradecirnos, aceptamos la aplicación del principio de buena fe así como de todos los principios propios del Derecho del Trabajo dentro de la etapa precontractual. Sin embargo, consideramos que no hay quebrantamiento de la misma, ya que es el empleador convocante (léase entrevistador) con la formulación de preguntas que atentan contra la intimidad del postulante, el que pone al postulante en la situación de ejercer la autotutela. Dicho de otro modo, no se ocultaría información alguna si es que el empleador se limita a la realización de preguntas pertinentes y que guarden relación directa con el puesto de trabajo al que se está postulando.

Profundizando un poco en el tema, consideramos que si los trabajadores, son despedidos por el hecho de haber faltado a la verdad sobre aspectos no relacionados con el puesto de trabajo este despido sería arbitrario. Esto no quiere decir que haya una estabilidad laboral absoluta, ya que quedan abiertas las causas válidas de despido, como son por razones de capacidad y de conducta del trabajador.

Nos explicamos mejor mediante un ejemplo: una mujer embarazada de tres meses que es consciente de su estado, pero falta a la verdad durante la entrevista y al cumplir con los requisitos para el puesto es contratada. Con el pasar de los meses su estado se hace evidente ante el empleador, quien la despide argumentando, quebrantamiento a la buena fe laboral⁽⁴⁹⁾, porque le “mintió” durante la entrevista. Este despido es a todas luces arbitrario, ya que la conducta de faltar a la verdad no causo perjuicio alguno al empleador, peor aún el cambio de parecer repentino del empleador, de contratarla –cuando desconocía su especial estado– y despedirla –cuando tomo conocimiento del mismo–, nos genera un fuerte indicio de que hay un trasfondo discriminatorio.

Ahora, en el literal d) del artículo 25 del Decreto Legislativo N° 728 se establece como falta grave que el trabajador dé “(...) información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja (...)”, debemos precisar que para que este literal esté en armonía con la Constitución –concretamente respete el derecho a la intimidad y el principio de no discriminación– debe ser entendido, en el sentido de que es falta grave aquella información falsa relativa al puesto de trabajo y que no sea producto de una pregunta invasora de la intimidad del postulante. De lo contrario, podríamos llegar al absurdo de amparar un despido producto de la defensa del derecho a la intimidad.

(49) Decreto Legislativo N° 728. Artículo 25, literal a).

Entonces la buena fe es un principio que, a nuestro entender, irradia tanto la etapa precontractual como la etapa contractual. En ese sentido, creemos que este principio implica que ambas partes deben comportarse respetuosas del interés de la contraparte sin generarle daño alguno, esto siempre que no implique un sacrificio o afectación relevante del interés propio.

En palabras sencillas, la buena fe no puede implicar que una parte acepte una afectación relevante, con tal de salvaguardar el interés ajeno, sino que lo que se busca es que haya respeto hacia ambos intereses por ambas partes. Como hemos tratado de demostrar –durante todo el trabajo– cuando el postulante falta a la verdad, no atenta contra el interés del empleador, porque lo hace sobre información no relevante al puesto de trabajo y en protección de sus derechos a la intimidad y no discriminación. Por su parte, creemos que si hay una afectación a la buena fe cuando el empleador convocante realiza preguntas que invaden la intimidad del postulante.

VII. REFLEXIONES FINALES

No ha sido, finalidad del presente trabajo dar por terminada o concluida la investigación al respecto de los puntos planteados, ya que somos perfectamente conscientes de que varios temas –por cuestiones de extensión– se han quedado en el tintero. Sin embargo, humildemente, consideramos importante las ideas aquí vertidas, ya que, traemos a discusión un tema poco tratado en la doctrina nacional, con la finalidad de fomentar el debate al respecto. En ese sentido, resaltamos la importancia de las siguientes ideas:

Existen distintos mecanismos de solución de conflicto los cuales pueden tener distintos grados de efectividad en la tutela de derechos.

El proceso resulta ser poco efectivo para tutelar temas de discriminación, lo cual no significa su exclusión en el ámbito jurídico, sino que concretamente sobre temas de discriminación en acceso al trabajo no es pertinente.

La doctrina jurídica considera que la autotutela debe ser restringida, sin embargo, debemos resaltar su importancia en la defensa de derechos que bajo determinadas situaciones encuentran en ella la tutela idónea.

Consideramos y defendemos la tesis que el postulante esta facultado a faltar a la verdad en defensa de su derecho a la intimidad y del principio de no discriminación, pero únicamente sobre información no relacionada al puesto de trabajo.

Creemos que este ejercicio no vulnera el interés legítimo del empleador, en la medida en que el postulante no podrá mentir en temas relacionados con el empleo, así por ejemplo, sobre su formación educativa, experiencia profesional, conocimientos de idiomas e informática.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto.
1970 *Proceso, autocomposición y autodefensa*. UNAM, México.
- ARCE ORTÍZ, Elmer
2012 “La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una asignatura pendiente en tiempos de reforma”. En: *Revista Derecho PUCP*. N° 68, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2012.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.
2007 *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel.
2008 *Manual de Derecho Penal*. EDDILI, Lima.
- CALAMANDREI, Piero.
1962 *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Según el nuevo código*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- CARNELUTTI, Francesco.
1944 *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Vol. 1, Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo, Uteha, Buenos Aires.
- CHIAVENATO, Idalberto.
2009 *Gestión del talento humano*. MCGRAW-HILL / Interamericana Editores S.A., México D.F.
- ERMIDA URIARTE, Óscar.
2005 “Ética y Derecho del Trabajo”. En: *Ius et Veritas*. Año 15, N° 30, 2005.
- ERMIDA URIARTE, Óscar.
2011 “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”. En: *Revista Derecho & Sociedad*. Año XXII, N° 37, 2011.
- FLINT BLANCK, Pinkas.
1998 *La revolución del derecho de seguros y del Derecho Laboral. Derecho y genética: El proyecto genoma humano*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima.

GONZALES MANTILLA, Gorki.

1993 “El Derecho a la Intimidad y la Informática”. En: *Themis*. N° 26, Época 2.

JIMÉNEZ GUZMÁN.

2007 “Evolución histórica y conceptual del derecho de la vida privada”. En: *Revista de los Tribunales Agrarios*. Año IV, Segunda época, mayo-agosto de 2007. Colección de revistas disponibles en línea. <http://www.tribunalesagrarios.gob.mx/wp/?page_id=101>.

LYNCH, Michael.

2005 *La importancia de la verdad, para una cultura publica decente*. Traducción de Pablo Hermida Lazcano, Paidós, Barcelona.

MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis.

1998 *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Cedecs, Barcelona, 1998.

MINISTERIO DEL TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO.

2010 *Beneficios de la nueva ley procesal del trabajo*. Lima. Visto 3 de setiembre de 2012, 3:00 pm. <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/publicaciones/beneficios_nueva_ley_procesal_trabajo.pdf>.

MONTOYA MELGAR, Alfredo.

2009 *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid.

NEVES MUJICA, Javier.

2009 *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima.

NIETZSCHE, Friedrich.

2007 *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Traducción de Luis Valdés y Teresa Orduña, Tecnos, Madrid.

OVALLE FAVELA, José.

1996 *Teoría general del proceso*. 3ª ed., Harla S.A., México D.F.

PACHECO ZERGA, Luz.

2006 “El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos”. En: *Laborem* 6. Año 2006.

PODER JUDICIAL. Gerencia General.

2011 *Estadísticas de la función jurisdiccional a nivel nacional periodo: Enero - Junio 2011*. p. 3. Resaltado y subrayado nuestro. Lima Visto 3 de setiembre de 2012, 3:00 pm. <http://historico.pj.gob.pe/imagen/documentos/..%5C.%5CCorteSuprema%5Cdocumentos%5CESTADISTICAS_JURIS_1_SEMESTRE_2011_130911.pdf>.

PRIORI POSADA, Giovanni.

2003 “La efectiva tutela Jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et Veritas*. Año 13, N° 26.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo.

2002 “El principio de autotutela en el Derecho del Trabajo español”. En: *Themis*. N° 45, Época 2.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ.

2010 Exp. N° 03052-2009-PA/TC.

2004 Exp. N° 02562-2002-AA/TC.

2005 Exp. N° 06712-2005-HC/TC.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.

2005 “Discriminación en las ofertas de empleo”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 87, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2005.