

# Acciones Afirmativas en el Ámbito Laboral: Una Respuesta a la Necesidad de Tutela de las Minorías en Democracia\*

Lily Ku Yanasupo\*\*

*"Lord Acton (...) pudo escribir: 'La prueba más segura para juzgar si un país es verdaderamente libre, es el quantum de seguridad de la que gozan las minorías'."*  
(Sartori 1993: 17).

*"Lo que queremos es una libertad unida a verdaderas oportunidades de ejercerla, para que la igualdad no sea un principio abstracto, sino una realidad tangible (...)."*  
Discurso del Presidente Lyndon B. Johnson en la ceremonia de entrega de diplomas de la Universidad Howard, junio de 1965. (Gonzales Martín 2006: 314).

*Ya desde mediados del siglo XX ha existido una inclinación por tutelar y efectivizar los derechos de las minorías a través de expresiones contramayoritarias, esto como respuesta ante el insuficiente aporte del sistema democrático representativo por alcanzar la justicia e igualdad sustancial que algunas minorías reclaman. Bajo una noción prescriptiva de la democracia, la autora analiza la incidencia de las acciones afirmativas en el país, describiendo en algunos casos la notoria falta de sustentación de diseño como también la poca o nula iniciativa por generar mecanismos tendientes a su efectividad.*

## A modo de Introducción

En 1962 el constitucionalista norteamericano Alexander M. Bickel acuñó la frase "dificultad contramayoritaria" en su libro *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, para afirmar que el control judicial "es una institución anómala y contramayoritaria del sistema democrático norteamericano" (Santiago Juárez 2007: 72). Atribuimos a esta objeción una concepción procedimental de la democracia, es decir, como forma de gobierno cuyo mecanismo para la toma de decisiones es la regla de la mayoría.

Esta dificultad expresada en los términos señalados, cuestionaba principalmente la falta de legitimidad de los jueces constitucionales para inaplicar o invalidar actos legislativos expedidos por un parlamento compuesto de representantes elegidos por la voluntad de la mayoría, en el marco de un sistema democrático. Entonces, ¿cómo una minoría, integrada por jueces que no estaban premunidos de ninguna legitimidad democrática, podía controlar las decisiones de la mayoría a través de su propia "lectura moral" de los derechos?

La tesis de la dificultad contramayoritaria ha encontrado continuidad en otros estudiosos como Jeremy Waldron, cuyos argumentos plantean buenas razones para considerar que los mismos riesgos que los constitucionalistas encuentran en las decisiones de

la mayoría, también podrían existir en las decisiones adoptadas por un grupo de jueces (Bayón 2005: 216).

Pero, por otro lado, ¿qué tan segura para la totalidad de los ciudadanos puede ser una democracia en la que deba presumirse inobjetablemente que todas las decisiones adoptadas por la mayoría son "buenas" o "correctas"?, o ¿qué tan justa puede considerarse una democracia en donde las minorías deben aceptar a rajatabla cualquier decisión de la mayoría, así ésta violente aspectos sustanciales de su existencia? Cuestionamientos de este tipo se han venido planteando en las últimas décadas para rebatir esta supuesta "dificultad", las cuales han encontrado como una de sus principales respuestas a los derechos fundamentales.

Lo cierto es que, desde antes de su planteamiento y quizás no con esa denominación, la tesis de la dificultad contramayoritaria ha estado muy presente durante el desarrollo de importantes temas jurídicos relacionados con el derecho a la igualdad y el tratamiento de las minorías, como es el caso de las políticas de inclusión y las acciones afirmativas, cuya finalidad es que en contextos democráticos determinados grupos sociales históricamente discriminados puedan lograr la satisfacción de sus derechos fundamentales, en condiciones dignas y de igualdad. Quizás por eso, las acciones afirmativas, como prácticas contramayoritarias para el logro de la igualdad material, desde los inicios de su implementación han

\* Los puntos de vista expresados en este documento de trabajo corresponden a la autora y no reflejan necesariamente la posición de la entidad en la que actualmente labora. Por otro lado, en la tarea de dar cumplimiento a las políticas que promueven la igualdad de género, existen soluciones lingüísticas para no discriminar ni marcar diferencias entre hombres y mujeres. Sin embargo, con el fin de evitar la sobrecarga gráfica en el presente trabajo, hemos optado por utilizar el clásico masculino genérico, debiendo entenderse que todas las menciones en tal género representan siempre a hombres y mujeres.

\*\* Abogada egresada de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, actualmente cursa estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y se desempeña como comisionada responsable del Área de Servicios Públicos, Medio Ambiente y Educación de la Oficina Defensorial de Lima Sur de la Defensoría del Pueblo.

estado bastante vinculadas al ámbito laboral sobre la base de criterios sensibles como la raza y el género.

Por ello, adentrarnos al tema de las acciones afirmativas nos debe llevar indefectiblemente a efectuar una revisión -siquiera breve- de los antecedentes normativos y jurisprudenciales de las acciones afirmativas en su contexto original que fue el norteamericano, lo cual en cierta medida nos permitirá explicar por qué en la actualidad cada vez es más pacífico para las sociedades pluralistas aceptar la implementación de programas de acción afirmativa para el tratamiento de las minorías, sin tampoco desconocer que aún persisten objeciones contramayoritarias que insisten en su rechazo o negación, muchas de las cuales -podríamos decir- responden a un enfoque procedimental de la democracia, a una errónea interpretación del principio de igualdad ante la ley, o simplemente a “*evidencia fáctica vaga*” o “*supuestas presunciones de sentido común*” (Dworkin 2003: 24).

Asimismo, los aspectos teóricos y descriptivos del presente trabajo que desarrollan y vinculan las nociones de democracia e igualdad -criterios que consideramos nos puede ayudar a entender mejor la finalidad de las acciones afirmativas-, se tratarán de convalidar en el ámbito nacional mostrando algunos indicadores de desigualdad en nuestro país, así como algunos ejemplos que evidencien las deficiencias en el diseño, implementación y efectividad de las medidas de acción afirmativa por parte del Estado.

Finalmente, entendiendo a las acciones afirmativas como expresiones contramayoritarias, el presente trabajo pretende proponer una noción de democracia que, puesta en práctica, pueda lograr el respeto de las minorías y el reconocimiento de sus derechos fundamentales. En esa misma línea, la lectura del presente trabajo pretende invitar a varias reflexiones, entre éstas: ¿vivir en democracia, y con crecimiento económico, nos puede hacer una sociedad más igualitaria? Un dato real es que en la actualidad las minorías son consideradas grupos vulnerables por los bajos índices que muestran en el goce efectivo de sus derechos básicos. ¿Qué tarea le corresponde al Estado en dicho contexto? Sin ánimos de adelantar nuestras conclusiones, nos queda claro que el Estado tiene un deber de efectivizar la igualdad material otorgando a todos sus ciudadanos las mismas posibilidades para lograr la satisfacción de sus intereses, y vigilando que los poderes públicos traten a todos los individuos con igual respeto y consideración a su dignidad humana<sup>1</sup>.

### **I. La Democracia como Modelo Ideal de Gobierno y la “Regla de la Mayoría” como Mecanismo de Toma de Decisiones.**

Desde una concepción literal, formal o procedimental, la democracia es una forma de gobierno o un sistema

político en el que el eje central es la voluntad del pueblo, y adopta como mecanismo para la toma de decisiones la regla de la mayoría. No podemos dejar de mencionar que su teorización ha dado cabida a innumerables estudios, algunos más complejos que otros. Consideramos uno de los más completos el de Giovanni Sartori: ¿Qué es la democracia? Vale decir que la concepción literal de democracia a la que hemos aludido, corresponde también a la noción de democracia etimológica que plantea este autor (1993: 3).

Este principio mayoritario que rige la democracia viene a ser de carácter electoral y decisorio en el sentido que actúa con igual relevancia en la elección de los representantes del pueblo (mecanismos electivos), y en la toma de decisiones del cuerpo político integrado por los representantes elegidos (transmisión representativa del poder). Este cuerpo político, en las diversas realidades democráticas, suele tener elementos comunes como la representación de los intereses de la mayoría que la eligió.

Cabe señalar que algunos autores, como Jon Elster, ponen un especial énfasis en diferenciar entre la mayoría formal representativa (mayoría parlamentaria) y la mayoría electoral material (mayoría popular), entre la voluntad de los representantes del pueblo y la voluntad del pueblo, esto con la finalidad de resaltar los peligros de la representación y de la presión social (1998: 29).

Ahora bien, si nos imaginamos en un contexto donde predomine una noción procedimental de la democracia, a las minorías no les quedaría más que aceptar que todas las decisiones adoptadas por la mayoría son “buenas” o “correctas”<sup>2</sup>, o simplemente tendrían que aceptarlas. Si admitimos tal deducción, podría darse que aquellos grupos minoritarios que perdieron la elección y que estarán sujetos a las decisiones de la mayoría, corran el riesgo de ver vulnerados sus derechos. Y así, “la cantidad” que en un principio emergió como un mecanismo rápido y eficaz para la toma de decisiones, puede convertirse en un instrumento de opresión de los menos, posibilitando que la libertad se vea constreñida por la igualdad (abstracta)<sup>3</sup>.

Cabe precisar que nuestro criterio de “minorías”, término que se empleará con mucha frecuencia en el presente trabajo, no se limita a una noción meramente cuantitativa. Si bien en algunas situaciones se determinan por factores naturales o fortuitos, como en el caso de las personas con discapacidad, incluso en este caso las minorías terminan constituyendo un fenómeno de carácter social que alude más a elementos de carácter cualitativo, ya sea por la existencia de conductas estatales o particulares que les impide su libre desenvolvimiento en la sociedad, al igual que al grupo social mayoritario, o por la omisión de políticas públicas que les permitan colocarse en igualdad de condiciones para el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales (políticos, económicos, sociales y culturales).

1 Nos referimos al *derecho a un igual tratamiento y al derecho a ser tratado como igual*, los que Dworkin considera se derivan del principio de igualdad. (1989: 332).

2 “El teorema de Condorcet sostiene que si presuimos que cada miembro de un panel decisor tiene la tendencia a adoptar la decisión correcta, la probabilidad de que la decisión sea correcta aumenta cuando aumenta el número de miembros del panel.” (Nino 1997: 178).

3 La igualdad abstracta se constituye en un principio fundamental de la democracia procedimental: “si bien las personas no son iguales, deben ser tratadas como si lo fueran.” (Elster 1998: 25).

Pero tal como plantea Sartori, la democracia como forma de gobierno no sólo tiene una noción descriptiva de lo que ella es, que desde las diversas realidades resume la historia de cómo ha venido funcionando, sus procedimientos, mecanismos e instituciones; sino también, tiene una noción prescriptiva de aquello que ella debería ser, que parte de la noción descriptiva, y se conjuga con los ideales y aspiraciones que guían a las sociedades.

Nosotros consideramos importante tener presente esta noción prescriptiva de la democracia, que hace posible una constante revaloración de los cambios que atañen el reconocimiento de derechos y la protección de las minorías en un gobierno irrestricto de la mayoría. Esta noción prescriptiva supera el simple criterio de igualdad política y abstracta, para exigir al sistema democrático el respeto de esta igualdad en un sentido material "siempre".

Bajo esta noción prescriptiva de la democracia, es preciso rechazar bajo un criterio de justicia -como John Rawls- la creencia que "cuanta más gente apoya una solución, es más probable que ésta sea correcta"<sup>4</sup>. Lo cual nos permite tomar en consideración otras condiciones necesarias para alcanzar este ideal de democracia, entre éstas, la importancia de la discusión moral para la búsqueda de soluciones correctas y no simples soluciones apoyadas por la mayoría, que al final son soluciones parciales y no ponderativas. Lo dicho tampoco debe hacernos caer en la creencia que el reconocimiento de derechos depende únicamente de garantizar la participación de todos -incluidas las minorías- en el debate público y en la deliberación, ya que es difícil asegurar que finalmente todas puedan o quieran concurrir (pues no todas muestran el mismo interés en las cuestiones públicas o políticas), o concurriendo, no se puede garantizar que todas puedan argumentar (Dworkin 2007: 151).

Conforme a lo expuesto en el presente apartado, consideramos que adoptar una noción literal de la democracia en la que predomine la regla de la mayoría, no es suficiente para alcanzar la justicia e igualdad sustancial que algunas minorías reclaman, y esto es porque en la práctica el gobierno de la mayoría no necesariamente garantiza la igualdad de todos los que conforman el esquema social, tal como demostraremos con algunos ejemplos en el siguiente apartado.

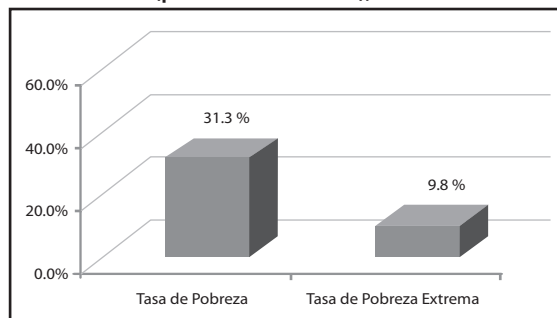
## II. El Perú en Democracia: Algunos Indicadores de Desigualdad en Tiempos de Crecimiento Económico

Los peligros del gobierno de la mayoría se pueden resumir en algunas situaciones, entre éstas, su resistencia a proteger los derechos de las minorías para hacer prevalecer sus propios intereses, los de su grupo o los intereses de la presión social mayoritaria; en todos estos casos, dichos intereses pueden ser de diversa índole: económica, moral, racial, religiosa, cultural, etc.

Como en toda democracia, estos peligros no son ajenos a los países de nuestra región, incluido el nuestro, donde los índices de pobreza, exclusión y desigualdad van decreciendo a pasos muy lentos, a pesar que hemos venido desarrollando una de las más importantes fases de expansión registradas en la economía nacional durante el período 2002-2010.

Fijémonos en lo siguiente. Al año 2010, todavía cerca de la tercera parte de la población peruana (31.3%) se encuentra en situación de pobreza monetaria, es decir, no está en capacidad de cubrir la parte proporcional del valor de la canasta básica de consumo familiar que le corresponde a un individuo, que incluye un componente alimentario y otro no alimentario. Asimismo, casi el 10% de la población se encuentra en situación de pobreza extrema (9.8%), lo cual implica que no está en capacidad de cubrir ni siquiera el componente alimentario de la canasta básica de consumo familiar (ver gráfico siguiente).

Perú: Tasas de pobreza y pobreza extrema (pobreza monetaria), 2010



Fuente: Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, INEI.

Los datos presentados en el gráfico anterior son el resultado de una distribución desigual de los beneficios derivados del crecimiento económico, ya que la mayor parte de estos beneficios se encuentran concentrados en un segmento minoritario de la población que ha visto representado sus intereses en las mayorías parlamentarias o en la clase política predominante: el sector empresarial (grupo que, si bien minoritario desde el punto de vista cuantitativo, no califica en la noción de minoría que viene siendo empleada en el presente trabajo); en cambio, persiste la tendencia decreciente en los niveles de participación del sector trabajador observada desde inicios de la década del 90, cuando coincidentemente el gobierno implementó una serie de políticas de flexibilización laboral, cuyas reformas precarizaron las relaciones laborales en perjuicio de los derechos de los trabajadores, agravando aún más la situación de los grupos vulnerables que integran dicho sector<sup>5</sup>.

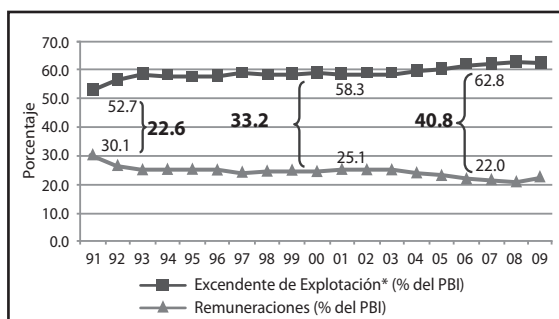
Asimismo, la evolución de la distribución del Producto Bruto Interno por tipo de ingreso nos dice el grado de equidad en la distribución de la riqueza generada anualmente entre los principales agentes de la economía nacional: el Estado, las empresas privadas y los trabajadores (a través de los

4 "(...) la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos." (Rawls 1979: 17).

5 Para un mayor análisis del tema, recomendamos la siguiente lectura: Ku Yanasupo, Lily & Cuadros Luque, Fernando. "Crecimiento económico y contenido esencial de los derechos fundamentales laborales. Una aproximación a nuestra realidad laboral". En Gaceta Constitucional, Tomo 21, 2009, pp. 235-253.

impuestos, utilidades y remuneraciones, respectivamente). Al respecto, sobre la base de información oficial generada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, se observa que en el período 1991-2009 el excedente de explotación -compuesto casi en su totalidad por las utilidades empresariales- incrementó su participación en el Producto Bruto Interno por tipo de ingreso de 52.7% a 62.8%; mientras que la participación de las remuneraciones se redujo de 30.1% a 22%. Esto se traduce en una ampliación de la brecha entre ambos componentes, equivalente a 18.2 puntos porcentuales del Producto Bruto Interno en favor de las utilidades empresariales, es decir, se incrementó la desigualdad en la distribución de la riqueza a favor del sector empresarial (ver gráfico siguiente).

**Perú: Evolución de la participación en el PBI según el tipo de ingreso, 1991 - 2009**



\* Incluye utilidades (90% aprox.) e ingresos de independientes (10% aprox.). Fuente: INEI.

Cabe señalar que la participación del resto de componentes del PBI por tipo de ingreso (impuestos y reposición de capital depreciado) se mantuvo prácticamente constante en el referido período, lo cual nos permite concluir que se dio un claro traslado de renta del factor trabajo al capital.

Partiendo de esta información el enfoque laboral resulta interesante, dado que el acceso al trabajo y el respeto de los derechos laborales sin discriminación, es un aspecto esencial en las minorías o grupos vulnerables, debido a la especial dificultad que éstas tienen para insertarse en un empleo adecuado, tal es el caso de las mujeres, las personas con discapacidad, los homosexuales, los trabajadores del hogar y las personas con VIH/SIDA, sólo para poner algunos ejemplos. Claro está que los niveles de desigualdad también se pueden apreciar a través de otros indicadores referidos a aspectos básicos para el desarrollo humano, tales como el acceso a la salud, la educación, la justicia y la participación política.

### III. Hacia una Noción de Democracia que Armonice con los Derechos: Representando a las Minorías

Vistos los peligros reales de la democracia cuando su concepción se restringe a la regla de la mayoría -lo cual en cierta medida se puede apreciar en Estados democráticos que adolecen de altos índices de desigualdad-, es preciso ensayar una noción prescriptiva de la democracia que conciba una forma de gobierno que, además de ejercer una representación cabal de los intereses de la mayoría de la población, resguarde que dichos intereses no se contrapongan con derechos básicos instituidos como

límites infranqueables a las decisiones de la mayoría; con controles institucionales que garanticen que ante intereses perversos o en momentos de inestabilidad, estas decisiones puedan estar sujetas a control o se puedan invalidar (Ferrajoli 1999: 23); y que excluya toda forma de representación preferencial<sup>6</sup> que pudiese anular los beneficios del debate público y de la deliberación.

**“(...) el enfoque laboral resulta interesante, dado que el acceso al trabajo y el respeto de los derechos laborales sin discriminación, es un aspecto esencial en las minorías o grupos vulnerables, debido a la especial dificultad que éstas tienen para insertarse en un empleo adecuado (...)”**

Efectivamente, como señala Sartori, la democracia no es simplemente regla de la mayoría, sino que, así como la democracia debe forzosamente hacer prevalecer el principio mayoritario a través de sus representantes, debe también respetar los derechos y las libertades de los grupos minoritarios (1993: 17). Quizás correspondería aquí reconocer el principal aporte del constitucionalismo a las democracias, que ha sido el delimitar un contenido intangible que garantiza que no sólo la mayoría se vea representada en la defensa de sus intereses, sino también, que dicha representación se extienda a aquellas minorías que, a pesar de no verse representadas en el ámbito político o en las esferas de poder, tienen iguales derechos basados en su dignidad, incluso a la diferencia.

Es por ello que principios como el pluralismo, la tolerancia y la inclusión constituyen también el marco de protección de ese contenido intangible exigible a las democracias actuales, pues aceptar un sistema de imposiciones como el que plantean las democracias mayoritarias o procedimentales, es dejar abierta la puerta a la marginación y convertir en inútil cualquier procedimiento de deliberación y de diálogo.

Podríamos decir que el aparente conflicto entre democracia y derechos se hace real según la concepción que tengamos de la primera. Conforme a lo desarrollado hasta aquí, es acorde con el respeto a la igualdad mantenerse en una concepción que permita armonizar criterios que garanticen el reconocimiento y la efectividad de los derechos, no sólo a determinados grupos o sectores de la población, sino también a las minorías, atendiendo a las necesidades particulares y respetando las preferencias, siempre que con esto no se vulneren los principios constitucionales que rigen a la nación. Esto también implica constituir en el ámbito de los Estados democráticos garantías institucionales de equilibrio y contrapeso entre las decisiones mayoritarias y las minorías (Rivera Ramos 2003: 32).

Si en una democracia la regla de la mayoría exige que se asigne a todos una igualdad aparente, el triunfo de los derechos le agrega a esta igualdad abstracta un elemento

6 “Representación preferencial, que es la capacidad de transmisión exacta de opiniones, percepciones y preferencias.” (Rivera León 2010: 237).

de “sustancialidad” en el sentido que esta igualdad debe trascender el mero ejercicio de determinados derechos para exigir el establecimiento de contenidos, haciéndola real, y por tanto, dependiente para su efectividad de la identificación de las circunstancias particulares de cada individuo o grupo, coadyuvando a su plena inclusión en la sociedad o el respeto de su diferencia<sup>7</sup>.

Efectivamente, es de observar que en la actualidad son indicadores del proceso de construcción democrática de los Estados contemporáneos los temas de lucha contra la discriminación y la exclusión social<sup>8</sup>, y esto pasa por reconocer la existencia de grupos históricamente postergados, discriminados, con cualidades diferentes o necesidades especiales que requieren de una intervención activa del aparato estatal para el establecimiento de una sociedad más igualitaria. Esto supera cualquier noción de democracia procedimental o la simple “regla de la mayoría”, para entenderla en un sentido más complejo y sustancial.

Antes de adentrarnos al siguiente apartado es preciso adelantar que, en conexión con los temas antes señalados, las acciones afirmativas, como típicas expresiones contramayoritarias, han jugado un rol fundamental en la representación de los intereses de las minorías y en el cumplimiento de los deberes estatales de reconocimiento y diferenciación. Así también, estas políticas positivas de compensación, reequilibrio y redistribución han posibilitado que las minorías, en igual medida que la mayoría, sean incluidas en la búsqueda libre de su ideal de vida (Gargarella 2003: 4).

#### IV. Las Acciones Afirmativas como Expresiones Contramayoritarias y su Surgimiento en el Ámbito Laboral

El argumento contramayoritario que mayor crítica y oposición ha tenido en los últimos tiempos es el control judicial. Se desarrolló en virtud a dos hechos: la decisión *Marbury vs. Madison* en 1803 dictada por la Suprema Corte de Estados Unidos y la creación del Tribunal Constitucional de Austria en 1920. La primera dio cabida al argumento contramayoritario esgrimido por Alexander M. Bickel respecto a lo que se denominó *Judicial Review*, definida como la injerencia del Poder Judicial en las decisiones adoptadas por el Poder Legislativo, lo cual atentaba supuestamente contra el sistema democrático. A partir de la decisión *Marbury vs. Madison* la Suprema Corte expidió otras decisiones igual de controversiales por su naturaleza contramayoritaria y conflictiva.

De hecho, el desarrollo doctrinal de las acciones afirmativas se sitúa en el sistema judicial norteamericano, detrás del cual existió un complejo contexto social de discriminación basado principalmente en la raza

y el género (Gonzales Martín 2006: 309), lo cual no es difícil de atribuir a una nación cuya Constitución no contempló desde sus orígenes ninguna referencia a la igualdad, haciéndose más fácil la construcción de argumentaciones que justificaban, por ejemplo, la esclavitud<sup>9</sup>.

Es preciso resaltar el contexto norteamericano que dio cabida al surgimiento de las acciones afirmativas, lo cual arrojó la necesidad de contar con medidas concretas de enmienda respecto a las desigualdades que padecían algunos grupos sociales; llegar a este objetivo en el corto plazo implicaría la adopción de decisiones estatales opuestas a lo que comúnmente conviene, desea o beneficia únicamente a la mayoría.

“(…) las acciones afirmativas, como típicas expresiones contramayoritarias, han jugado un rol fundamental en la representación de los intereses de las minorías y en el cumplimiento de los deberes estatales de reconocimiento y diferenciación.”

La figura de las acciones afirmativas surge por primera vez en Estados Unidos en la esfera laboral, a través de la Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935. Esta Ley establecía que el empresario culpable de discriminar a sus trabajadores pertenecientes a sindicatos, debía colocar a las víctimas en los cargos que ocuparían si no hubiesen sido discriminadas. Podremos ver más adelante que el concepto de acción afirmativa originariamente estaba relacionado con la obligación que tenían las empresas de poner en marcha programas para garantizar la presencia de minorías en las postulaciones a un empleo, lo cual no necesariamente afectaba los criterios tradicionales de selección, tales como el mérito. Es decir, en un inicio no se pensaba en las acciones afirmativas como medidas de tratamiento preferente a favor de las minorías (Martín Vida 2003: 171).

El siguiente cuadro nos puede ilustrar mejor el grado de efectividad que iban adquiriendo las medidas administrativas dictadas por el Gobierno estadounidense a partir de la década del '40 para garantizar, desde el gobierno y las empresas que negociaban con él, la contratación de empleados en igualdad de oportunidades y sin tomar en cuenta criterios discriminatorios como la raza, las creencias, el color de piel, el género o el origen, lo cual encerraba el concepto primigenio que se tenía de acción afirmativa<sup>10</sup>:

7 Ferrajoli nos habla de una dimensión sustancial de la democracia o de una democracia sustancial, entendida como la introducción de normas sustanciales que establecen lo que no puede decidirse o no debe ser decidido por cualquier mayoría, so pena de invalidez. Esta dimensión sustancial no es un elemento antitético de la democracia sino su complemento, pues convierte a los derechos fundamentales en la esfera de lo indecible que ninguna mayoría puede desconocer. (1999: 23-25).

8 Es interesante destacar que más de 15 indicadores del *Democracy Index 2010: Democracy in retreat* - estudio sobre la democracia en el mundo preparado por el Economist Intelligence Unit- están referidos al respeto de los derechos humanos, el pluralismo, la vigencia de las libertades civiles y la protección de los derechos de las minorías.

9 Nos referimos a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y, posteriormente, a la famosa Sentencia del caso *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (1857).

10 Para efectuar este recuento histórico normativo me remito básicamente a los siguientes estudios: Martín Vida, María Ángeles. “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, Núm. 68, Mayo-Agosto 2003, pp. 151-194, y Gonzales Martín, Nuria. “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas. Derecho a la no discriminación”. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 361, 2006, pp. 307-367.

GOBIERNO	NORMA	ORGANISMO / PROGRAMA	FINALIDAD
Franklin D. Roosevelt	Orden Ejecutiva N° 8802 (1941).	Comité de Prácticas Justas de Empleo (FEPC)	Controlaba el cumplimiento de la normativa antidiscriminatoria, como la prohibición de discriminación racial a todas las empresas armamentísticas que querían contratar con el Gobierno Federal. Carecía de poderes efectivos de actuación, pues se basaba en la persuasión moral y en la negociación entre las partes. Fue disuelta tras el final de la Segunda Guerra Mundial.
	Orden Ejecutiva N° 9346 (1943).		
Harry S. Truman	Orden Ejecutiva N° 9980 (1948).	Consejo de Equidad en el Empleo	Garantizar la igualdad de oportunidades y el cumplimiento de la política de no discriminación en la Administración Pública.
	Orden Ejecutiva N° 10308 (1951)	Comité encargado de examinar la Conformidad de los Contratos Gubernamentales	Revisar los problemas de discriminación en las empresas que contrataban con el Gobierno Federal.
Dwight D. Eisenhower	Orden Ejecutiva N° 10749 (1953)	Comité Presidencial sobre Contratos Gubernamentales	Se orientó más al aspecto educativo, y a verificar el cumplimiento de una cláusula antidiscriminatoria referida al empleo, ascenso, traslado, contratación, ofertas de empleo, publicación, ceses, despidos, salarios, y programas de aprendizaje. Sus medios de actuación carecían de efectividad, pues se restringían a labores de investigación y asesoramiento.
John F. Kennedy	Orden Ejecutiva N° 10925 (1961)	Comité Presidencial de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (PCEEO)	Supervisar que las empresas que contrataban con el Gobierno Federal no discriminasen. A su vez, se autorizaba a poner en práctica medidas de acción afirmativa para garantizar que en los procesos de selección no se tomaran en cuenta motivos prohibidos. A diferencia del resto de organismos que se habían creado, el PCEEO tenía facultades sancionatorias, aunque nunca las puso en práctica.
Lyndon B. Johnson	Ley de Derechos Civiles (1964)	Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC)	Controlar el cumplimiento de las normas antidiscriminatorias del Título VII de la Ley <sup>11</sup> . Posteriormente se la dotó de poderes ejecutivos para entablar acciones civiles.
	Orden Ejecutiva N° 11246 (1965)	Oficina encargada de examinar la Conformidad de los Contratos Federales (OFCC)	Promover el cumplimiento de los Títulos VI y VII de la Ley por parte de las empresas que contrataban con el Gobierno Federal, bajo pena de resolver el contrato si la empresa no respetaba la prohibición de discriminación.
Richard Nixon	Labor Department's Order N° 4 (1970)	Plan Philadelphia, que buscaba la contratación de una proporción mínima de afroamericanos en las empresas dedicadas a la construcción en el Estado de Pennsylvania, y que eran contratadas por el Gobierno.	En el marco del modelo del Plan Philadelphia, las empresas estaban obligadas a presentar programas de acción afirmativa, es decir, propuestas de objetivos numéricos aceptables para igualar la proporción de trabajadores miembros de minorías con la proporción de los miembros de tales minorías dentro de la fuerza de trabajo local y que contaban con la capacitación requerida <sup>12</sup> .

11 Establecía que los empleadores debían contratar y capacitar en base a los méritos y habilidades del trabajador, sin distinguir raza o género, esto también alcanzaba a los sindicatos. En resumen, el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 prohibió la discriminación de raza o género en el ámbito laboral.

12 Esto se convirtió en una práctica jurisprudencial desde el año 1989: "La Corte Suprema (...) consideró necesario comparar la proporción entre los trabajadores miembros de una minoría racial que desempeñaban el trabajo en cuestión y la proporción de personas de esa minoría que dentro del mercado de trabajo correspondiente tenían la cualificación necesaria para desempeñarlo" (Martín Vida 2003: 163).

Es de resaltar el devenir histórico de la acción afirmativa en el sistema jurídico norteamericano, dado que pudo pasar de la obligación de cumplimiento de la normativa antidiscriminatoria -efectivizada a través de la persuasión moral y la negociación entre las partes, a través de instrumentos ejecutivos y entes sin mucha capacidad ejecutiva-, a la obligación de los empleadores de no discriminar y de establecer planes y programas para contratar a miembros de minorías para el logro de resultados a través de objetivos numéricos, así los empleadores no hayan incurrido en prácticas discriminatorias.

Todas estas medidas ejecutivas por parte del Gobierno estadounidense para disminuir las desigualdades y amparar a las minorías en el ámbito laboral, tuvieron mayor efectividad a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos. Por ejemplo, para la década del '60 con la Ley de Derechos Civiles, los programas de acción afirmativa por parte de los empleadores eran voluntarios y debían ser promovidos por la EEOC, es decir, éstas no estaban concebidas como una obligación jurídica para los empleadores. Sin embargo, los tribunales estaban autorizados a imponer medidas de acción afirmativa en aquellos casos en los que se comprobaba prácticas laborales discriminatorias por parte de las empresas, y esto debido a las interpretaciones particulares que los tribunales daban a los Títulos VI y VII de la Ley.

De hecho, los cambios jurisprudenciales en el sistema judicial norteamericano referidos a la igualdad de las minorías y a las acciones afirmativas, respondían con claridad a las doctrinas predominantes en el momento en que se resolvía un determinado caso, por ejemplo: *Lochner v. New York* (doctrina del debido procedimiento sustancial)<sup>13</sup>, *Brown v. Board of Education I* (doctrina antisegregacionista compatible con la cláusula de "igual protección de las leyes")<sup>14</sup>, *Griggs v. Duke Power*

*Company* (doctrina del efecto adverso)<sup>15</sup>, *Washington v. Davis* (doctrina de la intención discriminatoria)<sup>16</sup>. Estos paradigmáticos casos muestran el vaivén de posiciones del sistema constitucional norteamericano respecto al contenido de la igualdad, su alcance a las minorías y la adopción de medidas de acción afirmativa.

Si bien la Suprema Corte de Estados Unidos y su posición frente a las minorías no ha sido uniforme, es posible citar algunos casos en los que consideró que no es inconstitucional la adopción de programas de acción afirmativa a favor de la inclusión de grupos históricamente discriminados, como por ejemplo, los casos *Regents of the University of California v. Bakke*<sup>17</sup> y *Romer v. Evans*<sup>18</sup>. Sin embargo, no se pueden desconocer que aún persisten en el contexto norteamericano fuertes cuestionamientos a los programas que otorgan un tratamiento preferente a grupos históricamente discriminados, especialmente en los ámbitos laboral y educativo, y esto, bajo argumentos de diversa naturaleza, como por ejemplo, que a la larga estas acciones pueden constituirse en medidas peligrosas, ya que al pretender un trato igualitario a personas que integran grupos en situación de vulnerabilidad, se termina generando la desigualdad de otros que integran grupos no excluidos; que para la formulación de estas medidas se presupone la inferioridad de los miembros de las minorías, haciendo que en algunos casos estas personas obtengan una ventaja no querida con respecto al resto; o que en el reparto de bienes escasos, tales como los puestos de trabajo, los ascensos y las vacantes universitarias, debe regir el criterio del "mérito".

Estas objeciones contramayoritarias han posibilitado la revisión constitucional de las medidas de acción afirmativa en el sistema judicial norteamericano, desembocando luego en mayores niveles de exigencia para su admisión<sup>19</sup>, aliviando -por otro lado- los intereses de colectivos poderosos y mayoritarios, como los empresariales. Por ello Ronald Dworkin en su libro "Virtud Soberana. La Teoría y la Práctica de la Igualdad" (2003), sobre la base de un

- 13 198 U.S. 45 (1905). Famoso caso visto por la Suprema Corte de Estados Unidos a inicios del Siglo XX, en el que se declaró inconstitucional una ley aprobada por el Estado de Nueva York que establecía que los obreros de las panaderías podían trabajar un máximo de diez horas diarias, con un límite de sesenta horas por semana, de tal manera que se evitase la explotación laboral. El test de constitucionalidad empleado por la Suprema Corte contrapuso derechos como la libertad de contratar y el debido procedimiento sustancial de los empleadores, y el derecho a la propiedad del trabajo de los obreros, que hacía irrazonable cualquier limitación a la voluntad de éstos de someterse a jornadas de trabajo excesivas. Para un mayor análisis del tema, recomendamos los siguientes estudios: Beck Furnish, Dale. Adopción de decisiones económicas en el sistema constitucional norteamericano. Revista Chilena de Derecho, Vol. 14, N° 1, 1987. Carbonell, Miguel. *Lochner versus New York: libertad contractual y derechos fundamentales*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia, Año 2, N° 09, Septiembre 2007.
- 14 374 U.S. 483 (1954). Con este caso la Suprema Corte de Estados Unidos puso fin a toda la doctrina segregacionista "iguales pero separados" que tuvo sus inicios con el caso *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896), el cual negaba la posibilidad de alcanzar la igualdad social a través de las leyes, salvo la igualdad civil y política.
- 15 401 U.S. 424 (1971). Esta doctrina permitió a los tribunales verificar si determinada norma aparentemente neutra producía efectos discriminatorios en alguna minoría; de ser así, dicha norma terminaba siendo declarada contraria a la cláusula de igual protección de las leyes. En el caso *Griggs* se establece que el empleador estaba obligado a justificar en necesidades empresariales una medida con efectos negativos en una determinada minoría, ya que más que las intenciones del empleador, a la Corte le interesaba el impacto real de determinadas prácticas en el empleo. Esto llevó a que las empresas adoptasen voluntariamente programas de acción afirmativa (medidas de tratamiento preferente o sistemas de cuotas) para no tener que probar la justificación de la medida, y así ahorrarse el pago de indemnizaciones.
- 16 426 U.S. 229 (1976). En este caso, la Suprema Corte de Estados Unidos estableció que lo inconstitucional era la intención de discriminar, al margen de los efectos adversos de la medida en determinadas minorías, es decir, este impacto debía ser producto de una intención, y probada por el demandante. Este nuevo enfoque jurisprudencial hizo mucho más difícil para las personas obtener amparo judicial e hizo que las empresas ya no se vean obligadas a implementar programas de acción afirmativa, pues las exigencias de justificación para los empleadores eran menos estrictas. Los cambios jurisprudenciales por parte de la Suprema Corte de Estados Unidos finalmente arribaron en que era preferible la adopción de criterios, estándares o políticas neutrales e indiferentes a los rasgos que identifican a las minorías, puesto que: "el respeto al principio antidiscriminatorio y a la igualdad de oportunidades no conduce necesariamente a una representación proporcional de los distintos colectivos en los diversos ámbitos de la vida social" (Martín Vida 2003: 167).
- 17 438 U.S. 265 (1978) La Suprema Corte de Estados Unidos se pronunció sobre la constitucionalidad de un programa que reservaba un número determinado de vacantes de la Escuela de Medicina de la Universidad de California, para ser ocupado por personas pertenecientes a grupos minoritarios. La Suprema Corte estableció que los programas de admisión universitaria basados en criterios sensibles como la raza, no son contrarios a la cláusula de igual protección de las leyes, siempre que sólo sea tomado en cuenta como un factor de selección entre otros, y no se establezcan cuotas rígidas.
- 18 517 U.S. 620 (1996) La Suprema Corte de Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de la Enmienda 2 de la Constitución del Estado de Colorado. Lo resaltante de este caso es que la reforma constitucional que subyace a la mencionada enmienda tuvo su origen en un referéndum estatal en el que la mayoría de los habitantes del Estado de Colorado votaron a favor de la misma (53%). Ésta establecía lo siguiente: "(...) ni el estado de Colorado, por medio de cualquiera de sus ramas o departamentos, ni ninguna de sus agencias, subdivisiones políticas, municipalidades o escuelas de distrito, sancionará ley, regulación, ordenanza o política alguna por medio de las cuales la orientación o conducta homosexual, lesbiana o bisexual constituya o sea el fundamento o título de cualquier persona o clase de personas para reclamar un estatus especialmente protegido o de minoría, ni para exigir cuotas preferenciales o reclamos antidiscriminatorios". La Suprema Corte básicamente sostuvo que la enmienda en cuestión colocaba a los homosexuales en una clase solitaria y los privaba de una protección necesaria en su calidad de minoría, que lejos de colocarlos en pie de igualdad con el resto de la sociedad, los incapacitaba para poder reclamar a futuro medidas de protección frente a las esferas pública y privada, así como anulaba su derecho a la no discriminación. Otro argumento de la Suprema Corte fue que la enmienda no guardaba relación con un propósito legislativo válido, ni con las razones alegadas para su implementación, ya que únicamente respondía a la intención de seleccionar un grupo y colocarlo en situación de desigualdad con respecto al resto de ciudadanos, tan sólo por su orientación sexual.
- 19 Esta situación se presentó con mayor frecuencia en el sistema educativo, con motivo de la segregación racial de la década del '70.

importante estudio estadístico elaborado en el año 1998 respecto a los treinta años de discriminación positiva en las universidades norteamericanas<sup>20</sup>, realiza un interesante análisis sobre la funcionalidad de la discriminación positiva y advierte de los riesgos de las críticas prejuiciosas o doctrinales en los ámbitos político y legal contra estos programas de inclusión, pues ello podría conllevar a su disminución o desaparición.

De hecho, Dworkin se basa en el estudio señalado para contradecir con datos reales las principales críticas sostenidas en Estados Unidos contra las acciones afirmativas (2003: 423), concluyendo que éstas han significado más beneficiosas para la inclusión de grupos históricamente discriminados, como los afroamericanos, que si se hubiesen empleado políticas neutrales, por lo que la eliminación de estas medidas podría tener efectos contraproducentes para las minorías.

En la actualidad podemos ver que la adopción de medidas de acción afirmativa por parte de los Estados, además de beneficiar a las personas que conforman una minoría, contribuyen a que el resto de la sociedad tome conciencia respecto a los efectos negativos de la discriminación y los beneficios de la integración, por lo que estas políticas también terminan siendo un elemento esencial en las democracias pluralistas.

## V. Las Acciones Afirmativas en el Contexto Peruano

De lo dicho hasta aquí, es preciso destacar algunos elementos que conforman la definición de acción afirmativa y que por lo general no suelen ser tomados en cuenta cuando los poderes públicos planean su incorporación en alguna política de inclusión. Uno de estos elementos es su naturaleza contramayoritaria para la reivindicación de derechos, en tanto contraviene la regla de la mayoría que por excelencia es el mecanismo de toma de decisiones de las democracias procedimentales, una muestra más de la importancia de los derechos fundamentales como límites al poder de la mayoría.

Otro elemento a destacar en la definición de acción afirmativa es la función que cumple en democracias pluralistas o sociedades multiculturales, constituyéndose en garantías de los derechos fundamentales de las minorías (sin embargo, no las únicas), frente a los problemas generados por la discriminación, que se entremezclan con otros fenómenos sociales tales como el desempleo, el racismo y la inmigración.

Por último, resaltar que la acción afirmativa no sólo cumple una función compensatoria de los efectos negativos de una conducta discriminatoria pasada, y de la cual fueron víctimas los miembros de una determinada minoría;

sino también, cumple una función de corrección<sup>21</sup> de los efectos negativos de conductas discriminatorias presentes, que puede provenir tanto de los poderes públicos como privados, y que impiden que los miembros de dicha minoría logren el goce efectivo de sus derechos básicos, impidiéndoles su integración en la sociedad.

En nuestro caso, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que el derecho a la igualdad material se desprende del artículo 103º de la Constitución Política del Estado, derecho que debe ser promovido por el Estado mediante acciones “positivas” o “de discriminación inversa”<sup>22</sup>. Posteriormente, el Tribunal Constitucional nos brinda una mayor precisión conceptual al señalar que: “(...) el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como ‘discriminación positiva o acción positiva -affirmative action-’. La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado”<sup>23</sup>.

En general, si bien la intervención de la justicia constitucional ha permitido legitimar la adopción de medidas de acción afirmativa por parte del Estado, en el caso peruano la configuración de estas medidas se ha venido dando en el ámbito legislativo. Sin embargo, algo que hemos podido advertir es que los estudios previos o las exposiciones de motivos que acompañan a estas medidas legislativas adolecen de serias deficiencias en cuanto al sustento técnico para justificar su implementación. Consideramos que esto responde básicamente a la falta de información estadística sobre determinados grupos vulnerables en nuestra sociedad<sup>24</sup>, tal como veremos a continuación.

No podemos discrepar en que el diseño de políticas de inclusión y de acciones afirmativas requieren previamente del establecimiento de dos bases de información: La primera, tiene relación con el diseño mismo de la acción afirmativa, que obliga al Estado a identificar con anterioridad a su implementación aquellas circunstancias, condiciones u obstáculos reales que afectan el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de la minoría que se pretende beneficiar, los porcentajes de acceso a determinados derechos básicos y su comparación con otros grupos no excluidos. La segunda, tiene relación con el grado de efectividad de la acción afirmativa implementada, lo que obliga al Estado a establecer mecanismos de seguimiento a través del recojo de información y de la elaboración de estadística, de tal forma que sea posible determinar con cierta periodicidad si ésta viene logrando los objetivos deseados<sup>25</sup>.

20 El estudio se denomina “The Shape of River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions”, cuyos autores son William G. Bowen y Derek Bok.

21 Para Gonzales Martín hablamos de una función de reequilibrio y de redistribución (2003: 309).

22 Expedientes Acumulados N° 0001/0003-2003-AI/TC, fundamento N° 12.

23 Expediente N° 0048-2004-PI/TC, fundamento N° 63.

24 El uso de estadísticas no es ajeno a otras realidades. Por ejemplo, desde finales de la década del ‘60 Estados Unidos viene empleando en el ámbito jurisprudencial estadísticas que reflejan la proporción en la contratación laboral de miembros de minorías, y esto incluso puede ser admitido como prueba de discriminación, práctica procesal que fue establecida con la Ley de Derechos Civiles de 1991.

25 Gonzales Martín señala que en la definición de acción afirmativa podemos encontrar un “elemento de temporalidad”: “(...) dato fundamental que determina que pasado un lapso, no se invierta la discriminación en la persona de aquel grupo no vulnerable en principio. Se necesita establecer un baremo, un sistema de control de estadísticas (Applicant Flow, Applicant pool) que especifique en qué momento obtenemos esos niveles de igualdad, esas cuotas, la representación necesaria del grupo vulnerable”. (2006: 345).



Por otro lado, el logro de los objetivos de las acciones afirmativas, que es la inclusión progresiva de la minoría que se pretende beneficiar, no depende únicamente de su reconocimiento legal y de establecer a su favor una serie de preferencias en ciertos ámbitos de la vida social, sino de un adecuado diseño, implementación y monitoreo de las políticas de inclusión, lo cual tiene que ver con la asignación de un presupuesto suficiente, acciones de capacitación a funcionarios y autoridades del Estado, acciones de sensibilización e involucramiento dirigidas a la población, y el establecimiento de mecanismos eficientes de fiscalización y sanción en casos de incumplimiento de la normativa respectiva.

Para el diseño de las medidas de acción afirmativa a favor de determina minoría es necesario que el Estado pueda previamente identificar numéricamente a esta población, y sobre esto trabajar su acceso real a derechos básicos, tales como salud, educación, empleo, etc.<sup>26</sup>. Para el monitoreo en el cumplimiento de los objetivos, la información empleada para su diseño debe servir como base o punto de partida para la elaboración de información continua, lo cual permita realizar un seguimiento periódico respecto al grado de inclusión de los miembros de la minoría a beneficiar en los diversos ámbitos de la vida social. Sólo con información continua que permita el monitoreo de las medidas de acción afirmativa, se puede discutir el elemento de temporalidad.

En el caso peruano, podemos señalar algunas razones por las cuales consideramos que existen medidas de acción afirmativa que no responden a un adecuado diseño, y sobre las cuales desconocemos si han venido obteniendo los resultados esperados:

- La falta de información sobre el acceso a derechos básicos de algunas minorías, tales como: afrodescendientes, homosexuales y comunidades indígenas. Esto termina influyendo en un conocimiento deficiente de la problemática real, y por tanto, en el diseño de políticas inadecuadas.
- Que habiendo información, ésta no es continua ni suficiente, tales como la data sobre personas con discapacidad y afrodescendientes<sup>27</sup>, por lo que al final es imposible efectuar un monitoreo en el cumplimiento de los fines de la acción afirmativa.
- Que habiendo información continua y suficiente para hacer una evaluación adecuada, el Estado no la emplea para el diseño de políticas de inclusión o para el seguimiento de la efectividad de las ya existentes. Tal es el caso de la data sobre trabajadores del hogar desde el año 2004<sup>28</sup>.
- Por último, uno de los principales factores que influyen en la ineficacia de las medidas de acción

afirmativa es la falta de acciones de fiscalización y de sanción por el incumplimiento de la normativa respectiva.

Como un ejemplo de lo antes señalado podemos mencionar el caso de las personas con discapacidad en nuestra sociedad. Éstas integran un sector vulnerable pues con frecuencia son excluidas de los diversos ámbitos de la vida social, comenzando por aspectos tan simples de la vida diaria como el acceso a edificaciones o el transporte público, hasta alcanzar otros ámbitos más esenciales, como el educativo y el laboral. Centrémonos únicamente en el aspecto laboral. Como es sabido, el acceso al mercado de trabajo es especialmente complicado para los personas con discapacidad, lo cual se refleja en la elevada proporción de personas con discapacidad en edad de trabajar que no se encuentra empleada y que tampoco busca un empleo, es decir, se encuentra inactiva.

Como se recordará, la Ley N° 28164, Ley que modifica diversos artículos de la Ley General de la Persona con Discapacidad, publicada el 10 de enero del 2004, estableció en su artículo 33° (Fomento del empleo) la obligación del Poder Ejecutivo, sus órganos desconcentrados y descentralizados, las instituciones constitucionalmente autónomas, las empresas del Estado, los gobiernos regionales y las municipalidades, de contratar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al tres por ciento de la totalidad de su personal. Para conocer los criterios empleados por el legislador para establecer este porcentaje (o sea, ¿por qué no se propuso el dos por ciento, o mejor, el cuatro por ciento?), tendríamos que verificar la exposición de motivos de dicha norma.

Cabe mencionar que el Proyecto de Ley N° 0893 “Propone: Modificar los artículos 31° y 38° de la Ley N° 27050, Ley General de Persona con Discapacidad”, presentado el 23 de mayo de 2003, propone inicialmente que todas las instituciones del Estado, que tengan Direcciones, Comisiones, Oficinas u otros similares, que traten temas relativos a la discapacidad deban contar con personal discapacitado en un porcentaje que no sea inferior al treinta por ciento. Ahora bien, si leemos con mucho detenimiento el referido proyecto para conocer el sustento técnico del porcentaje propuesto, no hallaremos ninguno. Y si hacemos un seguimiento sobre el recorrido legislativo que tuvo el mencionado proyecto de ley, veremos que en los debates parlamentarios de la Comisión Permanente<sup>29</sup> y del Pleno del Congreso<sup>30</sup>, el tema del porcentaje propuesto no fue materia de discusión, por lo que desconocemos los motivos por los cuales se varió la propuesta de un treinta por ciento a un tres por ciento, que es como queda finalmente redactado en la norma.

26 Como ejemplo de la practicidad en el uso de información estadística para el diseño de medidas de acción afirmativa, véase el pie de página N° 13.

27 Al respecto, sugerimos la lectura del Informe de Adjuntía N° 003-2011DP/ADHPD. Los Afrodescendientes en el Perú: Una aproximación a su realidad y al ejercicio de sus derechos, elaborado por la Defensoría del Pueblo en febrero de 2011. El documento puede ser descargado del siguiente link: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/Informes/variados/2011/Informe-003-2011-DP-ADHPD.pdf>.

28 Según la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continua 2004-2010, INEI.

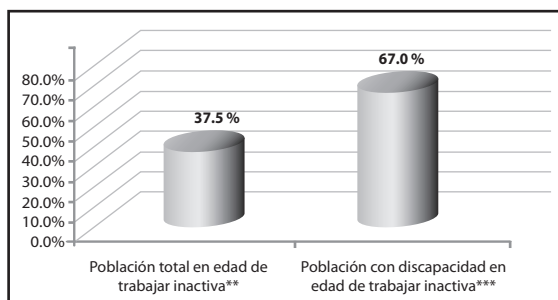
29 Según la página web del Congreso de la República, el 25 de junio de 2003 el Proyecto de Ley N° 0893 pasa al orden del día y es aprobado por la Comisión Permanente. Por ello, nuestra revisión se centró en los Diarios de los Debates del Período Legislativo 2002-2003, Comisión Permanente 34° I Sesión (Matinal), y 34.ª J Sesión (Vespertina), ambas de la fecha señalada.

30 Según la página web del Congreso de la República, el 12 de diciembre de 2003 el Proyecto de Ley N° 0893 pasa al orden del día y es aprobado por el Pleno del Congreso. Por ello, nuestra revisión se centró en los Diarios de los Debates de la Primera Legislatura Ordinaria de 2003, Pleno del Congreso 38.ª Sesión (Matinal) y 38.ª A Sesión (Vespertina), ambas de la fecha señalada.

Esta omisión de fundamentos y debates es un importante indicador de que no se tuvo en cuenta información estadística referencial que haya tenido una relación directa con el porcentaje establecido, ya sea porque dicha información no existía en ese momento, y nadie se interesó en presentar alguna propuesta para corregir esta omisión; o porque existiendo, a nadie le pareció necesario contar con ella.

Ahora bien, sólo para tener un panorama más exacto sobre la problemática laboral de las personas con discapacidad, habría que indicar que el Estado peruano no cuenta con información laboral representativa y continua sobre las personas con discapacidad a nivel nacional, únicamente con información a nivel de Lima Metropolitana para el año 2005. Si analizamos esta información, veremos que la proporción de personas con discapacidad en edad de trabajar que no se encuentra empleada y que tampoco busca un empleo (inactiva) fue del 67%, mientras que en el caso del total de la población en edad de trabajar sólo el 37.5% estaba en condición de inactividad (ver gráfico siguiente).

**Lima Metropolitana: Población en edad para trabajar en condición de inactividad\***



\* Población en edad de trabajar (14 a más años) que no se encuentra trabajando y tampoco busca empleo.

\*\* Fuente: Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo 2005, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

\*\*\* Fuente: Encuesta de Hogares sobre Discapacidad en Lima Metropolitana 2005, INEI-CONADIS.

Debemos precisar que la elevada tasa de inactividad de la población con discapacidad es explicada en buena parte por la existencia del “desempleo oculto” en dicho segmento, es decir, personas que han buscado continuamente insertarse a un puesto de trabajo, pero que al no poder hacerlo se han visto desalentadas y decidieron no seguir buscando empleo, a pesar de tener la disposición para trabajar.

Si se observa, la información estadística antes señalada es importante pues nos permite conocer el nivel de acceso a un derecho fundamental como es el trabajo. Lamentablemente, la información es parcial pues, como se dijo, sólo corresponde a Lima Metropolitana para el año 2005. Debido a la falta de información continua y a nivel nacional sobre las personas con discapacidad, difícilmente podríamos evaluar el grado de efectividad de la acción afirmativa en materia de inserción laboral que estableció la Ley N° 28164 desde el año 2004.

Una propuesta sería aprovechar el proceso de descentralización en el que se encuentra sumido el Estado peruano desde el año 2002, de tal forma que a través de encuestas especializadas efectuadas por los Gobiernos Regionales se pueda recoger información valiosa referida a las minorías y su nivel de acceso a determinados derechos, tales como trabajo, salud y educación.

Al respecto, es importante destacar la creación de observatorios socioeconómicos laborales regionales que viene fomentando el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo de los Gobiernos Regionales, para generar y difundir información sobre el mercado de trabajo en cada región, la cual podría ayudar a diseñar programas de inclusión pertinentes. Incluso, esto podría ser empleado como un canal importante para la producción de información continua que permita conocer el grado de inserción laboral de ciertas minorías, lo cual facilite el monitoreo adecuado de las medidas de acción afirmativa implementadas a favor de éstas<sup>31</sup>.

### Conclusiones y Perspectivas

- Es importante tener presente la noción prescriptiva de la democracia, que hace posible una constante revaloración de los cambios que se suscitan en la realidad, como la existencia de minorías que demandan el reconocimiento de sus derechos en un gobierno irrestricto de la mayoría. Esta noción prescriptiva supera el simple criterio de igualdad política y abstracta, para exigir al sistema democrático el logro de esta igualdad en un sentido material “siempre”.
- Bajo esta noción de democracia se debe rechazar la creencia que “cuanta más gente apoya una solución, es más probable que ésta sea correcta”, pues la realidad nos demuestra que entre los peligros del gobierno de la mayoría está la resistencia a proteger los derechos de las minorías para hacer prevalecer intereses particulares, los intereses de grupo o los intereses de la presión social mayoritaria.
- Si cotejamos las ideas antes señaladas con nuestra realidad socioeconómica, veremos que nuestro país muestra una distribución desigual de los beneficios derivados del crecimiento económico, proceso que hemos venido desarrollando durante el período 2002-2010; y además, veremos que la mayor parte de estos beneficios se encuentran concentrados en un segmento minoritario de la población que ha visto representado sus intereses en las mayorías parlamentarias o en la clase política predominante: el sector empresarial. En cambio, persiste la tendencia decreciente en los niveles de participación del sector trabajador observada desde inicios de la década del 90, cuando coincidentemente el gobierno implementó una serie de políticas de flexibilización laboral, cuyas reformas precarizaron las relaciones laborales

31 El Observatorio Socio Económico y Laboral (OSEL) se define como un instrumento de producción, análisis y difusión de la situación socioeconómica laboral en un ámbito geográfico determinado, brindando a las entidades públicas y privadas, información oficial sobre el mercado de trabajo. Actualmente esto se viene llevando a cabo en 13 Regiones: Cajamarca, Ica, La Libertad, Ayacucho, Ancash, Callao, Apurímac, Arequipa, Lambayeque, Ucayali, Tacna, Piura y Cusco; y los OSEL Locales (2) de Lima Sur y Lima Norte.

en perjuicio de los derechos de los trabajadores, agravando aún más la situación de las minorías que integran dicho sector.

- Nuestra noción de democracia concibe una forma de gobierno que no sólo busque la representación cabal de los intereses de la mayoría de la población, sino que también resguarde que dichos intereses no se contrapongan con derechos básicos instituidos como límites infranqueables a las decisiones de la mayoría; con controles institucionales que garanticen que ante intereses perversos o en momentos de inestabilidad, estas decisiones puedan estar sujetas a control o se puedan invalidar; y que excluya toda forma de representación preferencial que pueda anular los beneficios del debate público y de la deliberación.
- El respeto de las minorías y su reconocimiento es un tema que ocupa cada vez más un lugar preponderante en las agendas gubernamentales de los Estados contemporáneos. Tal es así que en la actualidad son indicadores del proceso de construcción democrática los temas de lucha contra la discriminación y la exclusión social, y esto pasa por reconocer la existencia de grupos históricamente postergados, discriminados, con cualidades diferentes o necesidades especiales, que requieren de una intervención activa del aparato estatal para el establecimiento de una sociedad más igualitaria. Esto supera cualquier noción de democracia procedimental o la simple “regla de la mayoría”, para entenderla en un sentido más complejo y sustancial.
- Para entender mejor el proceso que ha seguido el reconocimiento de las minorías, es preciso tener presente sus antecedentes y el contexto en el que surgieron algunos de los mecanismos para su tratamiento e inclusión, por ello es de resaltar el contexto norteamericano que dio cabida al surgimiento de las acciones afirmativas, haciendo necesarias medidas concretas de enmienda respecto a las desigualdades que padecían algunos grupos sociales. Esto implicaría la adopción de decisiones estatales opuestas a lo que comúnmente conviene, desea o beneficia únicamente a la mayoría.
- Si bien en el devenir histórico de las acciones afirmativas se puede observar la amplia lista de disposiciones administrativas dictadas por el Gobierno estadounidense para lograr la igualdad de oportunidades y la no discriminación en el ámbito laboral, en lo que respecta al ámbito judicial, la Suprema Corte de Estados Unidos y su posición frente a las minorías no ha sido uniforme, y esto es porque desde siempre han existido fuertes cuestionamientos a los programas que otorgan un tratamiento preferente a grupos históricamente discriminados, especialmente en los ámbitos educativo y laboral, muchos de los cuales responden a prejuicios o creencias sin ningún fundamento fáctico.
- Sin embargo, como una muestra de superación de estas objeciones contramayoritarias, vemos

gratamente que en la actualidad los Estados no sólo enfocan la adopción de medidas de acción afirmativa hacia la inclusión de las personas que conforman una minoría, sino también, como una forma de coadyuvar a sociedades más igualitarias y con conciencia respecto a los efectos negativos de la discriminación, por lo que estas políticas terminan siendo un elemento esencial en las democracias pluralistas.

- Sobre las acciones afirmativas en el contexto peruano, vemos que los estudios previos que acompañan a las medidas legislativas que las incorporan adolecen de serias deficiencias en cuanto al sustento técnico para justificar su implementación, y esto responde básicamente a la falta de información estadística sobre determinados grupos vulnerables en nuestra sociedad. Frente a esto, es necesario que el Estado establezca canales para el recojo de información que le permita conocer la problemática real de sus minorías, lo cual debería facilitar el diseño, implementación y monitoreo adecuado de las medidas de acción afirmativa.

### Bibliografía

- ALEGRE, Marcelo.  
2003 Igualitarismo, democracia y activismo judicial. En Los Derechos Fundamentales. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política - SELA 2001, Argentina: Editores del Puerto, pp. 91-106.
- AMAYA, Jorge Alejandro.  
2006 El “sistema unitario” de derechos y valores políticos en la democracia (Reflexiones en torno a una teoría sobre los derechos de las minorías políticas en la democracia moderna). En Derecho Constitucional para el Siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. España: Editorial Aranzadi, pp. 5067-5083.
- BAYÓN, Juan Carlos.  
2005 Derechos, democracia y constitución. En Neoconstitucionalismo(s). 2da Edición, Madrid: Trotta, pp. 211-238.
- BECK FURNISH, Dale.  
1987 Adopción de decisiones económicas en el sistema constitucional norteamericano. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 14, Nº 1, pp. 81-96.
- BOBBIO, Norberto.  
1999 Liberalismo y Democracia. México: Fondo de Cultura Económica.
- CARBONELL, Miguel.  
2000 Constitucionalismo, minorías y derechos. En Derechos sociales y derechos de las minorías. 1ra Edición, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 247-270.
- 2007 Lochner versus New York: libertad contractual y derechos fundamentales. En Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de Doctrina y Jurisprudencia, Año 2, Nº 09, pp. 689-694.

- COMANDUCCI, Paolo.  
2000 Derechos Humanos y Minorías. Un acercamiento analítico neoilustrado. En *Derechos sociales y derechos de las minorías*. 1ra Edición, México: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 185-206.
- DWORKIN, Ronald.  
2000 ¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad? En *Vivir como iguales. Apología de la justicia social*. Barcelona: Editorial Paidós, pp. 57-110.  
2003 *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Barcelona: Editorial Paidós.  
2007 *La Justicia con Toga*. Madrid: Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.
- ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela.  
2005 Las minorías en la democracia constitucional -el caso español-. En *Universitas*, Número 109, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, pp. 583-618.
- ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy.  
2010 Derecho a la igualdad en el Perú: modelo para armar, avances y retos por enfrentar. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular. En *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 83-96.
- ELSTER, Jon.  
1998 Regla de mayoría y derechos individuales. En *La Política* N° 4, Barcelona: Paidós, pp. 23-58.
- FERRAJOLI, Luigi.  
1999 *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- FERRERES COMELLA, Víctor.  
1997 *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.  
2010 El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática. En *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 356-380.
- GARGARELLA, Roberto.  
2003 Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia. En *Los Derechos Fundamentales. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política - SELA 2001*, Argentina: Editores del Puerto, pp. 3-18.
- GONZALES MARTÍN, Nuria.  
2006 Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas. En *Derecho a la no discriminación*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 361, pp. 307-367.
- KU YANASUPO, Lily & CUADROS LUQUE, Fernando  
2009 Crecimiento económico y contenido esencial de los derechos fundamentales laborales. Una aproximación a nuestra realidad laboral. En *Gaceta Constitucional*, Tomo 21, pp. 235-253.
- MARTÍN VIDA, María Ángeles.  
2003 Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, Núm. 68, pp. 151-194.
- PECES-BARBA, Gregorio y Otros.  
1995 *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: BOE-Universidad Carlos III.
- PRADO HERRERA, Juan Carlos.  
2009 El derecho fundamental a la igualdad. En *Los derechos fundamentales en su jurisprudencia. Análisis y selección de las principales sentencias del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales*. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia RAE, Lima: Ediciones Caballero Bustamante, pp. 59-88.
- PRIETO SANCHÍS, Luis.  
2004 El constitucionalismo de los derechos. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, Núm. 71, pp. 47-72.
- SANTIAGO, Alfonso.  
2008 Sistema jurídico, teoría del Derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo. En *Dikaion*, Vol. 22, Núm. 17, Colombia: Universidad de la Sabana. Facultad de Derecho, pp. 131-155.
- RIVERA LEÓN, Mauro Arturo.  
2010 Jurisdicción Constitucional. Ecos del argumento contramayoritario. En *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 22, pp. 223-260.
- SABA, Roberto.  
2010 (Des) Igualdad estructural. Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco Editores, pp. 53-93.
- SANTIAGO JUÁREZ, Mario.  
2007 *Igualdad y acciones afirmativas*. 1ª Edición, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- SARTORI, Giovanni.  
1993 ¿Qué es la democracia? México: Editorial Patria, Tribunal Federal Electoral.
- VÁSQUEZ, Rodolfo.  
2010 Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario. En *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 381-402.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos.  
2000 Derechos de las minorías y democracia liberal: un debate abierto. En *Revista de Estudios Políticos*, Vol. 109, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 201-221.
- VÁSQUEZ, Rodolfo.  
2000 Derechos de las minorías y tolerancia. En *Derechos sociales y derechos de las minorías*. 1ra Edición, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 207-222.