

Universidad de Lima

Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Empresarial



**LA CONTRATACION PREFERENTE QUE
BUSCA PROMOVER LA COMPOSICION
EQUITATIVA DE HOMBRES Y MUJERES EN
UN SECTOR ESPECIFICO SEGÚN LA
PRIMERA DISPOSICIÓN
COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA DEL
REGLAMENTO DE LA LEY N° 30709 ¿ES
CONSTITUCIONAL?**

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho
Empresarial

Carlos Martin Lopez Gomez

20161632

Asesor: Carlos Alberto Cárdenas Robles

Lima – Perú

Febrero de 2021



**LA CONTRATACION PREFERENTE QUE
BUSCA PROMOVER LA COMPOSICION
EQUITATIVA DE HOMBRES Y MUJERES EN
UN SECTOR ESPECIFICO SEGÚN LA
PRIMERA DISPOSICIÓN
COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA DEL
REGLAMENTO DE LA LEY N° 30709 ¿ES
CONSTITUCIONAL?**

**IS THE DIRECTED HIRING THAT WANTS
TO PROMOTE THE EQUALITY
COMPOSITION OF MEN AND WOMEN IN A
SPECIFIC SECTOR ACCORDING TO THE
FIRST COMPLEMENTARY PROVISION
THAT MODIFY THE REGULATION OF LAW
Nº 30709 IS IT CONSTITUTIONAL?**

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	V
RESUMEN	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: La igualdad laboral o de oportunidades en el Perú	3
1.1. Antecedentes	3
1.2. Planteamiento del problema	5
CAPÍTULO II: Derecho a la igualdad y sus dimensiones	8
2.1. La igualdad según la Constitución Política del Perú	8
2.2. La igualdad según los Tratados Internacionales	10
2.3. La igualdad laboral según las normas peruanas	13
2.4. La igualdad según la Ley N° 30709 y su reglamento	18
CAPÍTULO III: Definición de contratación preferente	20
3.1. ¿Qué es la contratación preferente?	20
3.2. Contratación preferente en la doctrina comparada	25
3.3. Contratación preferente en la legislación comparada	26
3.4. Contratación preferente en la jurisprudencia internacional	28
CAPÍTULO IV: Aplicación práctica de la contratación preferente	30
4.1. Aviso de empleo	30
CAPÍTULO V: Constitucionalidad de la contratación preferente	34
5.1. Criterios de interpretación de constitucionalidad de una norma	34
5.1.1. Concepto de Decreto Supremo	34
5.1.2. Jerarquización de las normas jurídicas	35

5.1.3.	Proceso de Acción Popular	36
5.1.4.	Infracciones de inconstitucionalidad de un Decreto Supremo	37
5.2.	¿Resulta constitucional la primera disposición complementaria modificatoria del Reglamento de la Ley N° 30709?	39
5.3.	Posible interpretación constitucional de la norma.....	42
CONCLUSIONES		44
RECOMENDACIONES		47
REFERENCIAS.....		48



INDICE DE FIGURAS

Figura 2.1 Objetivos estratégicos del PLANIG.....17



RESUMEN

En el presente trabajo de investigación, se realiza un análisis de la Primera Disposición Complementaria Modificatoria Decreto Supremo N° 002-2018-TR -Reglamento de la Ley N° 30709, la misma que permite considerar como no discriminatorias las ofertas de trabajo que tengan como propósito promover la composición equitativa de hombres y mujeres dentro de un sector específico. Es así que, aplicando a modo comparativo medidas anglosajonas, se busca determinar la constitucionalidad, funcionalidad, aplicación y recomendaciones con la finalidad de instaurar correctamente a futuro la implementación de cupos de género para los puestos de trabajo.

Palabras Clave: Discriminación positiva, acción positiva, cuotas de género, common law, Constitución Política del Perú, Disposición Complementaria Modificatoria Decreto Supremo N° 002-2018-TR.

ABSTRACT

In this research work, I made an analysis of the First Complementary Modifying Provision of Supreme Decree No. 002-2018-TR -Regulation of Law No. 30709, which allows job offers that are intended to promote as non-discriminatory. the equitable composition of men and women within a specific sector. Thus, by comparing Anglo-Saxon measures, we seek to determine the constitutionality, functionality, application and recommendations in order to correctly install the future implementation of gender quotas for jobs.

Keywords: Positive discrimination, positive action, gender quotas, common law, Political Constitution of Peru, Complementary Modifying Provision Supreme Decree No. 002-2018-TR.

INTRODUCCIÓN

La sociedad peruana posee un modelo social cultural patriarcal que roza absurdamente con el machismo o en palabras de la actual presidenta del Poder Judicial (en ese momento jueza) en declaraciones brindadas el 16 de setiembre de 2016 a través de un artículo del diario El Comercio Digital: “Nuestra sociedad es patriarcal y tiene una cultura machista”. Es por ello que, a lo largo de nuestra historia como república, la mujer ha debido luchar por obtener derechos que los hombres poseen y que les son inherentes por la condición de seres humanos. La mujer ha debido pelear por sus derechos para votar, estudiar, ser escuchadas.

Sin embargo, a la fecha, existen derechos en el ámbito laboral que solo benefician a un género. Por ejemplo, una mujer que realiza las mismas funciones en el mismo puesto que un hombre raramente gana igual o, pese a que existen normas que las protegen, las mujeres embarazadas o en etapa de lactancia son inducidas a renunciar. El principal motivo es que otorgar noventa días de descanso por maternidad obliga a los empleadores a tener que buscar un reemplazo e incurrir en sobrecostos de contratación; pese a que ESSALUD ayuda a subsidiar el descanso por maternidad a partir del día veintiuno. El afrontar un largo proceso judicial laboral es preferible ya que el pago de alguna obligación se dará en el futuro y no de manera inmediata. A estos actos se le puede dar un nombre: Discriminación laboral por género. La discriminación laboral por género es el gran problema que afrontan las mujeres que pertenecen a la PEA.

Por esta razón, los legisladores desde 1995 en adelante en un intento de combatir esta problemática han emitido normas como la Ley N° 26772 – Ley que dispone que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato – del año 1997 y la Ley N° 28983 – Ley de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres – del año 2007. La gran problemática con estas Leyes es que intentan tratar el problema de manera muy superficial y en la práctica resulta insuficiente para combatir la discriminación laboral.

En esa línea de ideas, con fecha 28 de diciembre de 2017 entró en vigencia la Ley N° 30709 – Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres; y,

posteriormente, con fecha 08 de marzo de 2018 entró en vigencia el Decreto Supremo N° 002-2018-TR -Reglamento de la Ley N° 30709. A través de estas normas se ha intentado combatir la discriminación salarial por género.

Asimismo, a través de la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del reglamento se ha pretendido instaurar las cuotas de género para un determinado puesto modificando el artículo 3 Decreto Supremo N° 002-98-TR y el mismo ha sido redactado de la siguiente manera: *“Asimismo, no se consideran discriminatorias las ofertas de empleo que tienen como propósito promover una composición más equitativa de mujeres y varones dentro de un sector ocupacional específico.”* No obstante, la ley que modifica no hace referencia a ningún tipo cupo equitativo para un puesto de trabajo.

Consecuentemente, el desarrollo del presente trabajo de investigación busca determinar la constitucionalidad de la modificación artículo 3 Decreto Supremo N° 002-98-TR. Asimismo, determinar si la medida que se pretende emplear resulta suficiente para dar un paso más en el tortuoso camino de la mujer en el ámbito laboral en un país patriarcal y con cultura machista.

CAPÍTULO I: LA IGUALDAD LABORAL O DE OPORTUNIDADES EN EL PERÚ

1.1. Antecedentes

Debemos entender la igualdad laboral o de oportunidades como la búsqueda del acceso equitativo a puestos de trabajos y condiciones laborales para todas las personas sin importar, en este caso, su género. Es decir que si existe una oferta de trabajo a la cual postulan hombres y mujeres con igualdad de aptitudes para una determinada posición, ambos deben tener la misma oportunidad y no se debe privilegiar a un género en específico. Asimismo, en lo referido a las remuneraciones y beneficios deben ser iguales en el supuesto que exista un puesto en una empresa que sea realizado tanto por hombres como mujeres.

Sin embargo, la situación de la mujer trabajadora peruana actualmente es muy distante a lo que busca garantizar la igualdad laboral o de oportunidades en nuestro país.

Al hacer una revisión histórica, se puede apreciar que este problema es algo que viene ocurriendo desde la época del incanato pues la mujer era explotada en todos los ámbitos bajo la figura del trabajo colectivo. Para desarrollar el presente capítulo me basaré en el trabajo de investigación de Barba, Martos y Fonseca (1997). Las autoras señalan que los principios que regían la conducta (no robes, no mientas, no seas perezoso) indirectamente condicionaban la subordinación de todos los habitantes, especialmente el de la mujer hacia los gobernantes. La razón es que era ubicada dentro del clan familiar a través del trabajo doméstico, participando en las labores agrícolas junto a su esposo y como mano de obra especializada en los telares. Ello evidentemente constituía una situación de discriminación, explotación y subordinación frente a los hombres quienes sí podían aspirar socialmente a otras labores.

Esta condición no cambió mucho durante la época del virreinato ya que, al establecerse el feudalismo como modelo económico social, la sociedad se empezó a dividir en clases sociales que, se pueden clasificar como el explotador y el explotado (Barba, Martos y Fonseca, 1997, p.24). Si bien este modelo se basaba en la acumulación de riqueza mediante la explotación de la mano de obra india, la más afectada fue la mujer ya que fue víctima nuevamente de subordinación, opresión, discriminación y degradación

sexual ocasionando que sea explotada y subvalorada dentro y fuera del hogar. Las oportunidades de trabajo como señalan los autores citados se presentaban de manera más fácil para los hombres quienes se desempeñaban como trabajadores de las minas, el campo y como artesano y las mujeres debían permanecer en el hogar teniendo la tarea única y exclusiva de servir al marido, a los hijos y los patrones españoles.

Posteriormente, Barba, Martos y Fonseca (1997). indican que durante las primeras manifestaciones de independencia del Perú las mujeres tuvieron una participación valerosa y entregada durante las batallas que nos llevaron a la independencia desempeñándose como comerciantes de comida para los soldados del ejército o de los trabajadores subsistiendo a base del salario del soldado y del esclavo. Además, mientras el hombre peleaba contra las fuerzas realistas, las mujeres no solo debían cuidar y educar a los hijos, sino que empezaron a participar activamente en labores realizadas por los varones, desempeñándose en actividades agrícolas e industriales en beneficio de su comunidad.

Luego de la independencia, ocurre un cambio en el modelo económico pasando del esclavismo a el capitalismo. Ello conllevó una serie de cambios sociales y económicos que dieron origen a una nueva estructura social que mezcló intereses contradictorios y consecuentemente originó un incremento del problema de las relaciones de género entre trabajadores. La mujer pobre solo podía desempeñarse como artesana o trabajadora manual mientras era sometida a los intereses de un capitalismo deforme que se aprovechaba de la necesidad de supervivencia y por ello eran explotadas y oprimidas. Por otro lado, la mujer burguesa es incorporada al trabajo público debido a la “Guerra del Pacífico” (1879-1885), la cual ocasionó la pérdida de cabezas de familia. La necesidad de buscar el sustento familiar es la razón principal que permite el ingreso limitado de las mujeres a carreras profesionales consideradas como femeninas. (Barba, Martos y Fonseca, 1997, pp. 25 –26)

Todo esto conllevó a que con el paso del tiempo y de las necesidades del mercado la mujer trabajadora se constituya en protagonista y pueda participar activamente en el mercado laboral, pero, siempre condicionada a ganar menos que los hombres. Nuestra sociedad consideraba y considera equívocamente que las mujeres no son la fuente de ingreso familiar puesto que esta labor depende exclusivamente de los hombres quienes son los que proveen principalmente los ingresos.

1.2. Planteamiento del problema

El 27 de diciembre de 2017 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 30709 – Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres; y posteriormente, el 08 de marzo de 2018 publicó su reglamento el Decreto Supremo N° 002-2018-TR.

Las citadas normas tienen como objetivo principal prohibir la discriminación salarial por género, es decir, si una mujer realiza la misma actividad laboral u ostenta el mismo puesto que un hombre; esta no puede percibir un sueldo inferior al de su par y viceversa. Asimismo, en un segundo plano, también exigen que se garantice la igualdad entre hombres y mujeres cuando las empresas decidan implementar planes de formación profesional y de desarrollo de capacidades a sus trabajadores; y, además, plantea que los empleadores deben cumplir con informar a sus trabajadores las políticas salariales que se implementen en el centro de trabajo.

Sin embargo, el análisis medular del presente trabajo no se encuentra enfocado a determinar la funcionalidad de las medidas previamente citadas, sino en analizar la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 002-2018-TR - Reglamento de Ley N° 30709- que modifica el artículo 3° del Decreto Supremo N° 002-98-TR - Dictan normas reglamentarias de la Ley N° 26772, sobre prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa. La modificación señala lo siguiente: “Asimismo, no se consideran discriminatorias las ofertas de empleo que tienen como propósito promover una composición más equitativa de mujeres y varones dentro de un sector ocupacional específico.” (El subrayado es mío)

Entonces, los sectores específicos que busquen promover una composición equitativa entre hombres y mujeres a través de ofertas de empleos específicas, ¿No están cometiendo un acto discriminatorio? El hecho de buscar contratar determinado género para mantener el equilibrio de trabajadores en las planillas de las empresas ¿No se considera discriminatorio para el hombre o mujer que no es tomado en cuenta para una determinada oferta de trabajo? ¿Es constitucional? A primera vista parecería que no.

Como podemos apreciar, no se respeta el derecho a la igualdad al preferir un género sobre el otro con la mera finalidad de poder alcanzar una composición equitativa. El hecho de no permitir que hombres o mujeres, según sea el caso, puedan acceder a una oferta de empleo porque la misma está dirigida a promover una composición equitativa

en un sector determinado, atenta claramente con lo establecido en el numeral 2. del artículo 2° de la nuestra Carta Magna respecto a la igualdad ante la Ley y consecuentemente habría que determinar si la modificación mencionada es constitucional.

La gran pregunta que me hago es: ¿Cómo conciliarlo? El análisis del presente trabajo buscará analizar si a nivel constitucional resulta admisible que una disposición complementaria que, busca contrarrestar una medida discriminatoria, vaya en contra de lo dispuesto expresamente por la Constitución Peruana o; si, por el contrario, se puede interpretar que, en un intento por otorgar una igualdad real y efectiva a las personas, es posible y permitido afectar de manera excepcional el derecho a la no discriminación.

Siguiendo esta línea de ideas, evidentemente de plantearse debidamente el problema a nivel legislativo se estaría abriendo un debate constitucional entre la igualdad y la no discriminación, evaluando bajo el principio de proporcionalidad, si la afectación resulta razonable y adecuada con la finalidad de alcanzar el objetivo de la norma que es no permitir la discriminación salarial por género pero bajo la condición de que se permita la discriminación de un género con la finalidad de establecer una composición equitativa justa en un determinado puesto de trabajo. Ello pues efectivamente el objetivo de la Ley 30709 es conseguir la igualdad real y consecuentemente cuenta con una finalidad legítima.

Entonces, el primer planteamiento del problema del presente trabajo es determinar si los medios empleados para conseguir la igualdad real, concediendo la posibilidad de que las ofertas se encuentren orientadas o dirigidas a un determinado género, pueda perjudicar a las personas que se han esforzado para obtener determinados logros profesionales pues verán reducida sus posibilidades por las empresas encontrarse obligadas a cumplir con la cuota exigida por la norma.

El segundo planteamiento del problema es que medida dictada no promueve la eficiencia debido a que no se elegirá al postulante con mayor experiencia. Es decir, si una empresa decide contratar a un postulante con el mero objetivo de alcanzar una composición equitativa sin tomar en cuenta su experiencia ocasionara que mi capacidad productiva se vea reducida y torne ineficiente un puesto que debería ser desempeñado por un trabajador debidamente capacitado, generando valor útil al asegurar una buena producción laboral. En base a ello, se debe determinar si existen medidas alternativas a

la medida antidiscriminatoria propuesta ya que, desde el punto de vista a la igualdad, todos debemos ser tratados como iguales sin importar el género.

El último planteamiento del problema que encuentro aparece al analizar la disposición complementaria que busca combatir la desigualdad de género: ¿Por qué se decidió incluir una modificación a la Ley que prohíbe la discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa a través de un Decreto Supremo? Un Decreto Supremo lo que busca es reglamentar una Ley dando mayores alcances y precisiones respecto a lo que se quiere regular. Sin embargo, resultaría imposible exceder los alcances de una Ley a través de un reglamento, argumentando que no se contempló la inclusión de las mujeres al pretender combatir la desigualdad.

Finalmente, cierro el planteamiento de mi problema con las siguientes interrogantes: En base al principio de proporcionalidad ¿La búsqueda de una cuota de género permite una excepción a la regla respecto al derecho constitucional a la no discriminación? ¿Resulta eficiente a nivel empresarial contratar personal solo por cumplir cuotas y no por su experiencia y preparación profesional? ¿Podemos incluir una modificación tan crucial a la inclusión de las mujeres a través de un Decreto Supremo ya que no ha sido considerado en la Ley? La finalidad de mi trabajo es encontrar una respuesta a estas interrogantes y determinar si efectivamente, pese a las deficiencias, se logra combatir la desigualdad de género en nuestro país.

CAPÍTULO II: DERECHO A LA IGUALDAD Y SUS DIMENSIONES

2.1. La igualdad según la Constitución Política del Perú

Antes de proceder a desarrollar la forma en la cual se encuentra regulada la igualdad o la no discriminación en nuestra Carta Magna, es necesario señalar que la misma posee una doble dimensión. Como indica Eguiguen (1997):

Al abordar el tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptuamos en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático del derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho a ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación. (p. 63)

En ese sentido, el derecho a la igualdad no se trata de un derecho autónomo debido que al existir una vulneración al mismo irremediablemente se atentará contra otro derecho. La razón es que la igualdad ante la ley exige que una determinada transgresión se proyecte sobre algún otro derecho. No se viola la igualdad per se. Por ejemplo, se puede atentar contra la libertad de residencia, el derecho al trabajo o a la tutela judicial efectiva; y, ello indirectamente atentará contra el derecho a la igualdad sin manifestarse expresamente contra este derecho. (Eguiguen, F.J., 1997, p. 64).

Por otro lado, el derecho a la igualdad implica que todas las personas sin distinción deben ser tratadas de la misma manera por el estado. Todo trato diferencial se encuentra prohibido y de existir se constituye como un acto de discriminación. Se debe tener en cuenta que:

- El derecho a la igualdad significa el trato igual entre los iguales; y,
- La discriminación ocurre cuando se da un trato desigual entre los iguales. (Huerta, L.A. 1997, p. 308).

En palabras propias, se constituye un hecho discriminatorio cuando se concede un trato diferenciado a un grupo de personas basado en cualquier condición que sea distinta a la del común denominador. El presente caso trata sobre la contratación preferente y el no permitir que un ser humano pueda participar en igual de condiciones para un puesto de trabajo por sexo, credo, afiliación sindical (en el caso de un ascenso) constituye una violación a un derecho fundamental protegido.

La discriminación también puede ocurrir luego, cuando el postulante con una característica diferenciadora que pueda generar un hecho discriminatorio obtiene el puesto de trabajo, pero percibiendo una remuneración inferior al de otro trabajador que ostenta el mismo puesto.

Por otro lado, ocurre que el estado en ciertas situaciones realiza actos discriminatorios al expedir normas que perjudican a determinado grupos de personas y benefician a otras. Esto se sustenta en el hecho que nuestro poder Legislativo muy pocas veces cuenta con un sustento adecuado previo a la aprobación y posterior publicación de una norma. Hemos sido testigos muchas veces como se promulgan normas que no tiene una base sobre la cual sostenerse y muchas veces terminan derogadas.

Un claro ejemplo reciente fue la Ley N° 30288 o como vulgarmente la llamaron: La Ley Pulpín. La misma perjudicaba a los futuros profesionales técnicos o superiores puesto que, al realizar sus prácticas profesionales, recortaban sus beneficios, pero en contra parte, las empresas tendrían acceso a beneficios tributarios y les permitían reducir sus costos laborales. Personalmente, creo que esta norma no se promulgó con un sustento claro y sin considerar a la parte más débil de la relación laboral. Sin embargo, como casi todo en la vida, existe dos formas distintas de ver una misma posición y existen personas que creen que la norma citada podría haber solucionado el problema de la informalidad laboral de los jóvenes.

Retomando el contenido del capítulo, el derecho a la igualdad es abordado en el inciso segundo del artículo 2° de la Constitución Política del Perú del año 1993 e indica lo siguiente:

“**Artículo 2°.**- Toda persona tiene derecho:

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

Como se puede apreciar, a primera vista lo que busca el artículo es garantizar un derecho fundamental que permita que tanto hombres como mujeres en nuestro país tengan el derecho a desarrollarse como personas en plena libertad, cumpliendo sus deberes, pero haciendo prevalecer sus derechos.

Lamentablemente, el citado artículo hace referencia a solo dos aspectos relacionados con el derecho a la igualdad: la igualdad ante la Ley y la prohibición de la discriminación. Asimismo, resulta evidente que existen graves e importantes omisiones y deficiencias en el actual reconocimiento del derecho a la igualdad en el plano constitucional peruano. Una de ellas es que no existe un reconocimiento general del derecho a la igualdad, por el contrario, solo hace referencia al derecho a la igualdad ante la Ley, la cual se trata de una de sus manifestaciones. La segunda es que no se hace una referencia expresa a la obligación del estado de adoptar medidas con la finalidad de lograr una igualdad material a favor de las personas que se encuentren en una situación de desigualdad. (Huerta, L.A. 1997, Pág. 309).

Finalmente, si bien existen graves omisiones respecto a cómo se establece el derecho a la igualdad y no discriminación en nuestra constitución, ello no impide que en la práctica la jurisprudencia pueda precisar sus alcances o que los órganos del estado puedan adoptar medidas inclinadas a la búsqueda de una igualdad material. Además, resultaría adecuado que el texto constitucional precise o aclare cuál es la forma más adecuada para interpretar ambos derechos ya que resulta primordial que las personas conozcan o tengan claro el contenido y los alcances del derecho a la igualdad. (Huerta, L.A. 1997, Pág. 309).

2.2. La igualdad según los Tratados Internacionales

El marco normativo internacional sobre el derecho a la igualdad y no discriminación se sustenta principalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Los artículos que hacen referencia a este derecho son los siguientes:

- El artículo 1º establece el derecho a la Igualdad en la dignidad y derechos, donde se señala que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)”.

- El artículo 2º establece el ejercicio de derechos y libertades señalando que “Toda persona tiene los derechos y libertades (...) sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole (...) o cualquier otra condición”.

- El artículo 7º hace referencia al derecho a la igualdad ante la ley, el cual indica que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”.

Por otro lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos se manifiesta respecto a la igualdad en el campo laboral, indicando en el artículo 23º que:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo; 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por igual trabajo; 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social; y, 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Asimismo, los Convenios realizados por la Organización Internacional del Trabajo son consideradas normas internacionales relacionada al campo laboral sobre la igualdad de oportunidades y empleo, siendo principalmente las siguientes:

- **Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración** del año 1951, el cual se refiere a la igualdad de remuneración del hombre y de la mujer por un trabajo de igual valor;
- **Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación)** del año 1958, el cual se opone a cualquier distinción o preferencia que alteren la igualdad de oportunidades en materia de empleo u ocupación;
- **Convenio N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares** de año 1981, el cual promueve la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres con responsabilidades familiares cuando limiten sus posibilidades en participar en la actividad económica; y,
- **Convenio N° 175 sobre trabajo a tiempo parcial** del año 1994, el cual establece la equivalencia en la protección y beneficios concedidos a los trabajadores a tiempo parcial y a los de tiempo completo frente a la realización de un trabajo comparable.

Otra de las normas internacionales importantes con un enfoque de derechos humanos y que debería utilizarse de marco para el diseño de políticas públicas nacionales, pues fue suscrita por el Perú en el año 1981, es la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW por sus siglas en inglés) del año 1979. En dicha convención se insta a los gobiernos a reformar las leyes que incluyan formas de discriminación contra la mujer y que obligatoriamente garanticen el ejercicio de todos los derechos y libertades para cualquier persona.

En el artículo 11 la CEDAW se establece que los Estados que suscriben y ratifican el Convenio deben adoptar todas las medidas necesarias que contribuyan a eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo y que además le aseguren los mismos derechos, en condiciones de igualdad con los hombres. Los derechos que se deben asegurar son los siguientes:

- “El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
- El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;
- El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
- El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;
- El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;
- El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”.

Finalmente, en setiembre del año 1995 se celebró en Beijing (China) la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Siendo considerada un de las conferencias mundiales más importantes sobre los derechos de igualdad de las mujeres. Como resultado de ella se elaboró un programa común de desarrollo el cual dio lugar a la “*Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*”, cuyos principios fundamentales fueron la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer. Actualmente, este programa continúa sirviendo de marco de políticas internacionales para la acción.

La Plataforma de Acción comprende 12 esferas elementales e incluye una serie de objetivos estratégicos y medidas para el logro de la igualdad de género. Estas 12 esferas vigentes y relevantes hasta hoy en día son las siguientes:

- La pobreza; la educación y la capacitación;
- La salud;
- La violencia contra la mujer;
- Los conflictos armados;
- La economía;
- El ejercicio del poder y la adopción de decisiones;
- Los mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer;
- Los derechos humanos;
- Los medios de difusión;
- El medio ambiente; y,
- La niña.

Sin embargo, en la Declaración de Acción de Beijing. Declaración Política y documentos resultados de Beijing del año 2014 se señaló que:

(...) ningún país ha alcanzado la igualdad para las mujeres y las niñas y persisten significativos niveles de desigualdad entre mujeres y hombres. Entre los importantes ámbitos con insuficientes progresos se incluyen el acceso al trabajo decente y la eliminación de la brecha salarial por motivos de género; el reequilibrio de la carga del trabajo de cuidado no remunerado; poner fin a la violencia contra las mujeres; reducir la mortalidad materna y el respetar los derechos de salud sexual y reproductiva; y la participación en el ejercicio del poder y la toma de decisiones a todos los niveles.

2.3. La igualdad laboral según las normas peruanas

En el año 2002 se llevó a cabo un Acuerdo Nacional, el cual fue convocado por Alejandro Toledo con la finalidad de establecer las bases que sirvan para la transición y consolidación de la democracia. Éste fue debatido por los partidos políticos y organizaciones de la sociedad civil. Se concluyó estableciendo treinta y cuatro políticas de Estado a través de un largo debate y diálogo.

Estas políticas se agruparon en “función de cuatro objetivos fundamentales:

- Consolidación y fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho;
- Lograr el desarrollo con equidad y justicia social;
- Promoción de la competitividad del país en el mercado global; y
- La creación de un Estado eficiente, transparente y descentralizado.

Estas políticas buscaron orientar la actividad legislativa y sentó las bases sobre las cuales pretendió construir la institucionalidad y el rumbo del país.

Dentro de las treinta y cuatro políticas de Estado se encuentran principalmente tres directamente relacionadas con el tema de la igualdad de oportunidades y de equidad de género, las mismas que menciono a continuación:

- **Política N° 11: Promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación**

El Estado se compromete a priorizar la promoción de la igualdad de oportunidades, erradicar estas desigualdades aplicando políticas y mecanismos que permitan garantizar la igualdad de oportunidades económicas, sociales y políticas para toda la población.

“Con este objetivo, el Estado:

- *Combatirá toda forma de discriminación, promoviendo la igualdad de oportunidades;*
- *Fortalecerá la participación de las mujeres como sujetos sociales y políticos que dialogan y conciertan con el Estado y la sociedad civil;*
- *Fortalecerá una institución al más alto nivel del Estado en su rol rector de políticas y programas para la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, es decir, equidad de género;*
- *Dará acceso equitativo a las mujeres a recursos productivos y empleo;*
- *Desarrollará sistemas que permitan proteger a niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, mujeres responsables de hogar, personas desprovistas de sustento, personas con discapacidad y otras personas discriminadas o excluidas; y*
- *Promoverá y protegerá los derechos de los integrantes de las comunidades étnicas discriminadas, impulsando programas de desarrollo social que los favorezcan integralmente”.*

- **Política N° 14° Acceso al empleo pleno, digno y productivo**

El Estado se compromete en promover y propiciar la creación descentralizada de nuevos puestos de trabajo, así como mejorar la calidad del empleo, con ingresos y condiciones adecuadas y acceso a la seguridad social.

En ese sentido, se establecen las siguientes acciones que “eliminan” las desigualdades de género en el mercado de trabajo:

- *“Fomentará la eliminación de la brecha de extrema desigualdad entre los que perciben más ingresos y los que perciben menos;*
- *Fomentará que los planes de desarrollo incluyan programas de empleo femenino y de los adultos mayores y jóvenes;*
- *Garantizará la aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor, sin discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, credo, opinión, condición económica, edad o de cualquier otra índole;*
- *Erradicará las peores formas de trabajo infantil y, en general, protegerá a los niños y adolescentes de cualquier forma de trabajo que pueda poner en peligro su educación, salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social;*
- *Promoverá mejores condiciones de trabajo y protegerá adecuadamente los derechos de las trabajadoras del hogar”.*

Sin embargo, no se considera en el Acuerdo Nacional una política que proponga eliminar la violencia de género. Lamentablemente la violencia contra la mujer impacta directamente en el trabajo reduciendo su productividad pues psicológicamente afecta el desempeño regular. Aparentemente, este problema ha sido tocado de manera indirecta en la Política N° 16 referido al Fortalecimiento de la familia, protección y promoción de la niñez, la adolescencia y la juventud.

Por otro lado, la «Convención de Belem do para” (1996) para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer establece que “La eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida”.

Asimismo, existen normas concordantes con la Constitución sobre la no discriminación e igualdad ante la ley entre hombres y mujeres. Entre ellas tenemos los lineamientos establecidos en el artículo 6° de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (Ley N° 28983, 2007) referidos al sector Trabajo, los cuales se pueden apreciar a continuación:

- *“Fomentar el acceso a recursos productivos, financieros, científico-tecnológicos...”*
- *“Garantizar el derecho a un trabajo productivo, ejercido en condiciones de libertad, equidad seguridad y dignidad humana, incorporando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, entre mujeres y hombres...”*
- *“Promover la formalización de las trabajadoras y los trabajadores de la economía informal en las zonas urbanas y rurales”. “Garantizar un trato no discriminatorio a las trabajadoras del hogar”.*

En el artículo 5° de la citada norma, se señala que el Poder Legislativo deberá “Aprobar normas que garanticen los derechos de igualdad entre mujeres y hombres, a nivel laboral, económico, cultural, social, político y en cualquier otra esfera; acorde con los compromisos y tratados internacionales que incorporan la equidad de género, la inclusión social y la igualdad de oportunidades, asumidos y ratificados por el Estado peruano, debiendo derogar, modificar o dejar sin efecto las normas que producen discriminación; y, “Fiscalizar la aplicación y cumplimiento de las normas y políticas que garanticen la igualdad de oportunidades y la equidad de género”.

Por lo que, la Defensoría del Pueblo efectuó reportes que dan cuenta sobre el cumplimiento de la ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en los sectores que han sido comprometidos y en su Cuarto Reporte del 2010 señala que “(...) sobre las medidas adoptadas para garantizar el acceso y permanencia en el mercado laboral se debe subrayar que existe una participación mayoritaria de mujeres en los programas del MTPE, orientados a desarrollar capacidades para mejorar la empleabilidad e incluso brindar empleo temporal. Así, en el Programa Construyendo Perú existe una participación de 74% de mujeres; en el Programa Pro-Joven de 51%; y en

Revalora de 39%. Incluso en sus documentos de gestión se prioriza la atención de las mujeres, así como de las madres adolescentes”.

Finalmente, a la fecha existe el Plan de Igualdad de Género (PLANIG) 2012-2017 se enmarca en la vigencia de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (Ley N° 28983) del año 2007 y el Decreto Legislativo N° 1098, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

El PLANIG es un instrumento de gestión cuyo objetivo es transversalizar el enfoque de género en las políticas públicas del Estado Peruano en el ámbito nacional, regional y local (PNUD, 2012). Son ocho los objetivos estratégicos en que consta este Plan como se puede apreciar en la Figura 2.1.

OBJETIVOS ESTRATÉGICOS DEL PLAN DE IGUALDAD DE GÉNERO (PLANIG) 2012-2017	
OBJETIVOS ESTRATÉGICOS	
1.	Promover y fortalecer la transversalización del enfoque de género en los tres niveles de gobierno.
2.	Fortalecer una cultura de respeto y valoración de las diferencias de género.
3.	Reducir brechas educativas entre mujeres y hombres.
4.	Mejorar la Salud de las mujeres y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de mujeres y hombres.
5.	Garantizar los derechos económicos de las mujeres en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades con los hombres.
6.	Reducir la violencia de género en sus diferentes expresiones.
7.	Incrementar la participación de mujeres y hombres en la toma de decisiones y la participación política y ciudadana.
8.	Valorar el aporte de las mujeres en el manejo sostenible de los recursos naturales.

Fuente: Extraído del MIMP. Plan de Igualdad de Género 2012-2017.

Figura 1.1 Objetivos estratégicos del PLANIG

Los resultados al año 2017 en lo referido al quinto objetivo estratégico y relacionado con el Sector Trabajo para su cumplimiento o seguimiento se encuentran los siguientes:

- *“Entidades públicas garantizan los derechos por maternidad y paternidad.*
- *Los y las Trabajadoras del Hogar gozan de plenos derechos laborales.*
- *Las entidades públicas garantizan un ambiente laboral libre de hostigamiento sexual.*

- *El Estado promueve en el sector privado el cumplimiento de la Ley N° 27942, Ley de prevención, atención y sanción frente al hostigamiento sexual.*
- *Mujeres desocupadas que realizan trabajos precarios acceden a sistemas previsionales y de seguridad social.*
- *Los programas de capacitación laboral, generación de empleo y proyectos productivos, promovidos por el Estado, garantizan la cuota de género favoreciendo la participación de mujeres rurales andinas y amazónicas y en situación de discapacidad” (MIMP, 2012).*

2.4. La igualdad según la Ley N° 30709 y su reglamento

El 28 de diciembre de 2017 entró en vigencia la Ley N° 30709 – Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Si bien no se trata de la única norma que hace referencia a la discriminación remunerativa por género si es una de las primeras en referirse de manera más específica a la desigualdad existente en el sector laboral. Previamente se emitieron la Ley N° 26772 – Ley que dispone que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato – del año 1997 y la Ley N° 28983 – Ley de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres – del año 2007; que busca combatir la discriminación de manera general pero no logran identificar apropiadamente ni específicamente el problema de la brecha salarial de género que existe en el país.

Esta norma tiene como objetivo principal prohibir la discriminación remunerativa entre varones y mujeres a través de la identificación de categorías, funciones y remuneraciones con lo cual aparentemente se busca cumplir con el Principio de igual remuneración por igual trabajo” el cual se encuentra contemplado en la Ley N° 28983.

Lo que la norma exige es el cumplimiento de requisitos indispensables con la finalidad de garantizar el cumplimiento normativo y mantenerse alineado a la fiscalización correspondiente con la finalidad de identificar los problemas y la solución real y efectiva por parte de las empresas.

Con la finalidad que no existan actos discriminatorios, la norma establece obligaciones para los empleadores ya que principalmente deben crear un “Cuadro de

Categorías y Funciones”, “Planes de capacitación que garanticen la igualdad entre hombres y mujeres” y deben informar cuáles serán las políticas salariales en los centros laborales.

El 08 de marzo de 2018 entró en vigencia el Decreto Supremo N° 002-2018-TR - Reglamento de la Ley N° 30709 y el cual regula los aspectos sobre la eliminación de la discriminación remunerativa, condiciones para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Además, como la prohibición de despido por motivos vinculados al embarazo.

En el reglamento se desarrolla con mayor amplitud la obligación al empleador de evaluar y agrupar los puestos de trabajo existentes en “Cuadros de Categorías y Funciones”. Se deben aplicar criterios objetivos y precisos respecto a las tareas que se realizan en la empresa, las aptitudes requeridas para realizarlas y el perfil del puesto.

Finalmente, es importante señalar que el problema medular de la presente tesis es justamente analizar si la primera disposición complementaria modificatoria de reglamento al no considerar actos discriminatorios las ofertas de empleo que tengan como propósito promover la composición equitativa en un sector resulta constitucional o por el contrario no ayuda a combatir el problema de eliminar si la discriminación o desigualdad que los puestos de trabajo.

CAPÍTULO III: DEFINICIÓN DE CONTRATACIÓN PREFERENTE

3.1. ¿Qué es la contratación preferente?

Previamente a definir qué la “Contratación Preferente”, es importante indicar que no se trata un término utilizado ni mucho menos acuñado en nuestro país. En general no ha sido concebido en ningún país que utilice el sistema jurídico denominado “Civil law” o ley escrita y se refieren a ella como Positive Action.

No obstante, el término de “Contratación Preferente” es reconocido a nivel de doctrina como acción positiva o afirmativa porque busca equilibrar positivamente las desventajas de una persona históricamente discriminada dándole preferencia al momento de postular a un puesto de trabajo o al solicitar una promoción del puesto. En los diferentes Tribunales Constitucionales Latinoamericanos (incluido el peruano) han hecho referencia al término, pero no han abordado nunca ningún caso, de manera directa, en el cual la materia en discusión sea la acción afirmativa.

Se tiene, por ejemplo, la publicación de Figueroa, G.R. (2016) en su artículo “*Acción Afirmativa en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” señala que se han revisado 140 casos resueltos por el Tribunal Constitucional Chileno y concluye que, si bien nunca se ha discutido un caso sobre la acción afirmativa directamente, solo en un fallo se ha validado expresamente el término. Lo mismo ocurre con el Tribunal Constitucional peruano, pero ello lo veremos más adelante.

Tomando este referente, en adelante cuando se consigne acción positiva o afirmativa me estoy refiriendo a Contratación preferente puesto que es la españolización del término en inglés (Positive Action).

El concepto acción positiva o acción afirmativa es recogido por “The Equality Act” o Ley de Igualdad del año 2010 (pero recién fue promulgada en abril de 2011). Es emitido por el Parlamento de Reino Unido reemplazando a las anteriores Leyes Antidiscriminación británicas. La finalidad de la promulgación de esta Norma es consolidar, actualizar y complementar las numerosas leyes y reglamentos que conformaban la Ley contra la Discriminación. Uno de los objetivos principales de la

Norma es simplificar la Ley, solucionando las inconsistencias y volverla más fácil de entender para las personas. Asimismo, la fortaleció combatiendo la discriminación y desigualdad existente en el país británico.

Sin embargo, pese a que la Contratación preferente o “Positive Action”, como ya se dijo anteriormente, es un término acuñado y utilizado en Gran Bretaña, aun así, los propios juristas británicos suelen confundir la acción positiva con la discriminación positiva, ya que la línea de diferencia con la acción positiva es muy delgada. Entonces, si existen confusiones en su país de origen respecto a estos dos términos y al no ser usados en Latino América considero importante definirlos y diferenciarlos para evitar confusiones o comparaciones por parte del lector.

Para poder establecer una correcta diferenciación, he revisado el artículo escrito por el jurista Sayers, P. (Julio 2019) para el blog del Estudio de Abogados “COODES SOLICITORS”, el cual es uno de los mejores y más antiguos estudios de abogados de Inglaterra ya que fue creado en 1747. La discriminación y la acción positiva pese a ser muy parecidas no son lo mismo. SAYERS explica porque es importante que los empleadores entiendan la diferencia entre estos dos términos para poder entender la diferencia. Para conocer el contexto histórico siempre es necesario entender el porqué de una problemática y cuáles fueron las medidas para combatirla. SAYERS señala que, en el caso de Gran Bretaña, durante décadas, la diversidad y la inclusión en el trabajo siempre ha sido un gran problema latente. Ello debido a la mixtura de culturas y razas conviven en dicho país y pese que actualmente la fuerza laboral es mucho más diversa que en el pasado; aún existen empresas que deben ser motivadas para que ofrezcan continuamente oportunidades para todos los empleados sin distinción. Como consecuencia de ello, el Gobierno Británico introdujo políticas, leyes e iniciativas con la finalidad de asegurar que los grupos minoritarios puedan tener igualdad de oportunidades al aplicar a trabajos o promociones.

La motivación de la existencia política antidiscriminatoria según Sayers, P. (Julio 2019) se justifica en las Estadísticas del año 2017 presentada por el Gobierno Británico. El 76% y 86% de las tasas de empleo correspondían a grupos de británicos blancos y de otra etnia blanca, respectivamente. En el mismo año, el 77% de las personas blancas en edad de trabajar se encontraban contratados a comparación del 65% de todos los demás grupos étnicos comparados. Siendo la tasa más alta para ambos grupos desde el 2004.

Entonces, la Ley de Igualdad se encuentra motivada en las estadísticas británicas que demuestran que ciertos grupos de personas enfrentan desventajas al acceder o progresar a través de una empresa. A menudo son acciones o comportamientos conscientes, algunas veces inconscientes, los que conducen a incrementar esta desventaja. En dicho sentido, *“los empleadores deben actuar cautelosamente para evitar acusaciones de discriminación positiva al contratar nuevo personal y para ello deben tener claro la importancia de diferenciar entre discriminación y acción positiva al momento de diversificar la fuerza laboral”*. (Sayers, P., 2019)

Entonces, ¿Qué es la discriminación positiva? Sayers, P. (Julio 2019) la define como el **proceso para incrementar el número de trabajadores de grupos minoritarios de una empresa**. Esta medida se orienta para mejorar la vida de algunos grupos que históricamente hayan sufrido discriminación; o, en otras palabras, su objetivo es conseguir una mayor igualdad para todas las personas. Uno de los grandes ejemplos sería la discriminación por causa de género, es decir la desigualdad entre hombres y mujeres.

No obstante, la **discriminación positiva fue declarada ilegal** en virtud de lo establecido por “The Equality Act” de 2010, ya que es evidente que **no brindaba un trato igualitario para todas las personas**. Una empresa estaría cometiendo discriminación positiva si contrata a una persona basándose únicamente en una característica protegida y no por su experiencia o calificaciones profesionales. Se debe entender como característica protegida o minoría subrepresentada a la raza, género, religión, edad, sexualidad, discapacidad, estado civil y maternidad.

La discriminación positiva también abarca la implantación de cuotas o puntos de referencia en el proceso de selección de personal o la promoción de un número determinado de personas que se encuentran dentro de un grupo minoritario.

Y, por el contrario ¿Qué es la acción positiva? Puede ser definida como las **acciones voluntarias que los empleadores deben tomar para abordar cualquier desequilibrio de oportunidades o desventajas que se debe enfrentar una persona con una característica protegida**.

Sayers, P. (Julio 2019) la define como una medida “para asegurar que los empleadores tomen las medidas necesarias para asegurar y apoyar el reclutamiento y la promoción de las minorías que se pueden encontrar

subrepresentadas.” (Octavo Párrafo de <https://coodes.co.uk/blog/positive-discrimination-and-positive-action-why-employers-need-to-know-the-difference/>)

La acción positiva aparece cuando una empresa debe decidir a quién contratar o promover y los candidatos se encuentran en **igualdad de condiciones en lo que refiere a la calificación**. Ante esta situación, el empleador puede optar por contratar a una persona de un grupo subrepresentado siempre y cuando se encuentre tan calificado y apto para el puesto como los demás solicitantes. Además, la acción positiva también incluye la situación en la cual el empleador debe tomar medidas para abordar desequilibrios dentro de la empresa que puedan afectar a un trabajador con una característica protegida.

En resumen, **la acción positiva tiene su razón de ser en incentivar y permitir a las personas con una característica protegida a superar las desventajas y evitar así la discriminación.**

Podemos apreciar, que una nación tan variada como Gran Bretaña ha comprendido que, a veces, la única forma de corregir un desequilibrio “histórico” es proporcionar herramientas adicionales para determinado grupo de personas.

Es decisión de los empleadores británicos evaluar si existe la necesidad de aplicar la acción positiva en la empresa, identificando cuáles son los desequilibrios, y, de resultar necesario, implementar políticas de acción positiva.

Según Sayers, P. (Julio 2019), la acción positiva es legal si se utiliza para:

- Permitir o alentar a las personas que comparten una característica protegida a superar una desventaja relacionada dicha característica;
- Satisfacer las necesidades de las personas que comparten una característica protegida donde esas necesidades son diferentes a las de las personas que no tienen la característica; o
- Permitir o alentar a las personas que comparten una característica protegida a participar en una actividad en la que su participación es desproporcionadamente baja.

Tenemos entonces que, la discriminación positiva permite al empleador apartar a un grupo de personas dándole preferencia a otras en dos situaciones. La primera para permitir que personas con una característica protegida puedan acceder a puestos de trabajo ya su participación es nula o casi nula en comparación con una característica dominante.

La segunda para permitir que personas con una característica protegida, que ya laboran para una empresa, puedan acceder a una promoción de empleo. Es importante indicar que en la discriminación positiva el empleador no toma en cuenta las calificaciones de las personas con una característica protegida, sino que por el contrario la única intención es llenar una cuota con la finalidad de demostrar que es una empresa que permite la mixtura laboral. Esto evidentemente es discriminatorio puesto que, si bien busca permitir que personas históricamente discriminadas accedan a un puesto laboral o una promoción, se está dejando de lado a personas mejores preparadas y que han estudiado cierta cantidad de tiempo para poder obtener un puesto de trabajo pero que no poseen una característica protegida.

Por el contrario, la acción positiva busca exactamente lo mismo que la discriminación positiva, pero si considera las calificaciones de los postulantes a un puesto de trabajo o a una promoción. Ello permite que personas con o sin una característica protegida puedan competir de manera pareja y justa, pero dándole la posibilidad al seleccionador o empleador de decantarse por un postulante con una característica protegida y que se encuentra totalmente capacitado. Tenemos entonces que la acción positiva es una medida correctiva o diferenciadora que permite la justa competencia entre personas igual de preparadas y, de hacerse una distinción exclusiva en base al género por nula o poca representación en el puesto, no resulta discriminatorio.

Finalmente, tras lo expuesto, debo indicar que la única forma de volver legal y constitucional la Disposición Complementaria que busca equiparar la desigualdad de representación de un género para un puesto de trabajo o una promoción, es aplicando la acción positiva. Para ello se debe permitir que las personas que acceden a un puesto de trabajo con subrepresentación de un determinado género puedan competir en igualdad de condiciones y aptitudes. De lo contrario, si solo opto por contratar personal de un género escaso para cumplir una cuota sin considerar la preparación para el puesto, estaría cometiendo discriminación positiva y volviendo ineficiente un puesto que no va a generar nada de valor productivo dado que no cumple con las condiciones para el mismo.

3.2. Contratación preferente en la doctrina comparada

En la doctrina, y como ya lo he señalado previamente, existen diferentes formas de referirse a la Contratación Preferente: acción positiva, discriminación positiva o discriminación inversa.

En la literatura jurídica chilena se ha acogido el término e inclusive, como ya lo mencioné líneas arriba, existe un caso en que la Corte Suprema resolviendo una acción de inaplicabilidad, declaró constitucionales artículos de una Ley Indígena que imponía una forma de acción positiva.

En nuestro país no existe literatura sobre la acción positiva por lo que recogeré la doctrina del país más cercano que tenemos y del que cual heredamos modelos de nuestras normas: España. Asimismo, en México desde el 2001 se viene escribiendo sobre el tema por lo que también será analizado la forma en la que ha sido plasmado a nivel de literatura jurídica.

En lo que respecta a la doctrina española, este término se encuentra más desarrollado a nivel escrito. Siguiendo la cita que realiza Gómez Orfanel, G. (2008) refiriendo a Gimenez, D., quien realizó un análisis relevante y sugerente sobre las acciones positivas en un texto publicado en 1999, situándola dentro del *trato desigual orientado hacia la igualdad material*.

Asimismo, Gómez Orfanel, G. (2008) señala que la acción positiva no solo es aplicable en la contratación de personal y por el contrario puede ser confundible con otras categorías. Las medidas de igualación positiva es una de esa otra categoría. La finalidad de dicha medida no es otra que buscar la igualdad individual entre ciudadanos igualmente considerados al momento de solicitar una beca o algún tipo de condonación tributaria, por poner un ejemplo. Por el contrario, la acción positiva busca la igualdad de un grupo de personas. Además, define a las acciones positivas como “los tratos formalmente desiguales que favorecen a determinados colectivos por poseer un rasgo diferenciador en común caracterizado por ser transparente e inmodificable y constituir cláusulas específicas de no discriminación. (p. 382)

Gonzalez Martín, N (2001) publicó un artículo a través del cual identificó en México cuatro supuestos en los cuales se debería aplicar la acción positiva:

- El principio de igualdad no garantiza un trato igualitario ya que el mismo resulta insuficiente y no abarca a todas las personas. El acceso a la educación y la capacitación laboral no es aplicable a todos los mexicanos y ello evidentemente configura una desigualdad;
- El prohibir la discriminación no es lo mismo que el principio de igualdad como garantía constitucional. El mismo no tiene función práctica si busca aplicarse como principio, pero olvidando aplicarle una obligatoriedad por parte del Estado y la empresa privada. Teóricamente deberían ser esos sectores los encargados de actuar, proteger, promover y compensar a los grupos vulnerables por históricamente haber sufrido discriminación.
- La igualdad de oportunidades debería tener como finalidad diferenciada y exclusiva la nivelación de la igualdad como *“medida de justicia social con un beneficio común.”* Hecho que al momento de la publicación de texto no se había logrado.
- Las acciones positivas deben ser aplicables ante el aumento de la discriminación con la finalidad de remediar la desigualdad de hecho y de derecho. Lo que se pretende con ello es el concepto de ir más allá de una mera obligación estatal y establecer un principio de igualdad de oportunidades con una doble vertiente: i) Subjetiva: prohibición de discriminación directa e indirecta; y, ii) Objetiva: Aplicación de la acción positiva con la subsecuente consecución de la igualdad real.

3.3. Contratación preferente en la legislación comparada

La acción positiva, como ya se indicó anteriormente, se encuentra regulada principalmente en la Legislación Británica a través de la Ley de igualdad del año 2010. En ella se incentiva el acceso a puestos de trabajo o ascensos de grupos de personas con características protegidas igual de preparados que el resto, permitiéndoles decantarse por estos sin que el otro grupo se considere discriminado. Sin embargo, existen excepciones a este punto en la norma.

Por ejemplo, un empleador que tiene registros que muestran que los empleados de un grupo racial en particular se encuentran subrepresentados a nivel gerencial; podría realizar un curso de capacitación gerencial dirigido a los empleados de ese grupo. Sin embargo, el empleador no podía favorecer a los candidatos de ese grupo, a expensas de otros candidatos, al reclutar gerentes, a menos que se aplique la sección 159 de “The Equality Act” de 2010.

La Sección 159 de la Ley de Igualdad de 2010 permite que un empleador trate a un solicitante o trabajador con una característica protegida de manera más favorable, en lo referente al reclutamiento o la promoción, frente a alguien sin esa característica pero que se encuentra igualmente calificado para el puesto. Así, se tiene que el empleador debe saber que las personas con la característica protegida sufren una desventaja o se encuentran subrepresentadas. La implementación de las medidas positivas debe ser un medio para permitir o alentar a las personas a superar desventajas o participar en los procesos de selección.

Esto no significa que los empleadores no deben tener una política de tratar a las personas que comparten una característica de manera favorable frente a otros, sino que por el contrario deben decidir si toman o no medidas positivas caso por caso.

En el caso de España, su Constitución establece en el artículo 14º que todos “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

A su vez dicho artículo debe interpretarse desde la perspectiva del artículo 9. 2º de la citada Carta Magna, el cual establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y, de no suceder ello, se deben remover los obstáculos que dificulten su plenitud.

Por lo que se entiende que, un estado social y democrático, debe actuar a favor de ciertos grupos o colectivos para asegurar la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento como son la justicia y la igualdad.

Para concluir, se puede sugerir la aplicación al modelo peruano y que los legisladores peruanos comprendan la importancia de esta medida aplicada de manera

comparada para poder identificar y eliminar barreras discriminatorias antes de intentar introducir una contratación preferente, que a primera vista aparentaría ser discriminatorio. La legalidad de la contratación preferente va a depender mucho de la perspectiva desde la que se observe y las condiciones en las cuales se desenvuelva.

3.4. Contratación preferente en la jurisprudencia internacional

En Estados Unidos, el precedente sobre la acción positiva se estableció en 1978 mediante el caso Bakke. El Tribunal Supremo obligó a una Facultad de Medicina de California a admitir a un estudiante que había sido discriminado al momento de su admisión por ser de raza blanca. El caso se inicia cuando el ingeniero Allan Bakke de 38 años intentó ingresar a la facultad de Medicina de la Universidad de California y no fue admitido porque según el centro universitario, no cumplía con las puntuaciones requeridas. Sin embargo, Bakke se percató que dieciséis de las 100 plazas disponibles se encontraban destinadas a estudiantes pertenecientes a minorías raciales. Asimismo, Bakke comprobó que muchos alumnos que habían sido inscritos dentro de ese cupo de minorías raciales tenían peores puntuaciones que él. Por dicho motivo querelló a las autoridades académicas al considerar que por ser de raza blanca no se le había permitido el ingreso mientras que, a estudiantes de otras razas menos preparados, sí conseguían ser admitidos. Finalmente, el Tribunal Supremo falló a favor de Bakke y se ordenó su admisión, pero la sentencia reconoció que la raza debe seguir tomándose en cuenta a la hora de admitir alumnos, pero también deben tomarse en cuenta las calificaciones. Asimismo, se precisó que en este caso se traspasa el límite de lo legal para incurrir en un caso de discriminación racial o discriminación inversa.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España (en adelante TCE) ha establecido que las acciones positivas son medidas igualitarias asociadas a los objetivos del estado social de derecho. Asimismo, ha señalado que no toda diferenciación es constitucionalmente ilegítima y lo ilegítimo ocurre cuando no existe un sustento objetivo o razonable.

La primera sentencia a través de la cual el TCE se pronuncia sobre la acción positiva fue la 128/1987 en el caso llamado “*Guarderías Infantiles*”. La controversia constitucional de dicho proceso fue debido a que mediante un acuerdo del Instituto Nacional de Previsión de 26 de noviembre de 1974 aplicado por el Instituto Nacional de

la Salud se reconocía un complemento retributivo de 4000 pesetas mensuales en concepto de guardería a las mujeres trabajadoras que tuviesen hijos menores de seis años, mientras que a los varones solo se les reconocía si eran viudos. Un trabajador que no cumplía con dicha condición alegó la vulneración del artículo 14º de la Constitución Española. Dicho artículo hace referencia a la igualdad de las personas ante la Ley. El TCE desestimó la demanda señalando que:

Las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que están sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en el (...) y que no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes. (pp. 386-387)

El TCE también se ha pronunciado sobre la acción positiva en la sentencia 109/1993. La controversia en este caso es iniciada por un trabajador que solicita que se le reconozca el derecho a la lactancia artificial, amparando su pretensión en lo establecido por el artículo 77.4 de la Ley 8/80 que establece el derecho a tener una franja horaria durante la jornada laboral para dar lactancia natural o artificial solo les corresponde a las madres. El TCE resolvió indicando que el precepto no era discriminatorio debido a que biológicamente el hombre no se encarga de la lactancia y, de determinarse lo contrario, se distorsionaría la finalidad de la norma que, busca tomar medidas a favor de un grupo en desventaja como lo son las madres en el ámbito laboral.

En los dos casos citados, el TCE permite la discriminación de un grupo de personas con el objetivo de permitir que, un grupo que sufre una desventaja pueda ser protegido al punto de nivelar la desventaja que sufre. Asimismo, el hecho que el beneficio sea exclusivo de personas en desventaja no puede constituir discriminación frente a quien no la sufre debido a que no les afecta.

Finalmente, como se ha podido apreciar existen precedentes en algunos países que utilizan el modelo de la Ley Escrita pero la interpretación de la acción positiva no siempre es la correcta pues en algunos casos, como en el de España, el termino se distorsiona y existen distintas aplicaciones para el mismo concepto e inclusive se roza el límite con la discriminación positiva.

CAPÍTULO IV: APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA CONTRATACION PREFERENTE

Habiendo desarrollado y explicado en que consiste la Contratación preferente o acción afirmativa, resulta necesario teorizar supuestos en los cuales podríamos aplicarla sin cometer errores.

La comisión de un error ante la aplicación de un mecanismo que busca combatir la desigualdad podría generar que indirectamente se genere una discriminación positiva.

Recordemos que existe una confusión y polémica entre estos términos puesto que la línea que divide uno del otro es muy delgada. La diferencia entre ambas es que la acción positiva permite a hombres y mujeres competir en igualdad de méritos y capacidades en un proceso de selección o promoción para cubrir un determinado puesto. En el supuesto que la presencia femenina en el puesto sea poca o nula, el seleccionador, en aras de proteger a un género evidentemente excluido, deberá decantarse por escoger a una mujer y no a un hombre, y ello no constituye un acto discriminatorio. Por el contrario, si ante la misma situación seleccionó a una mujer solo por su género y que no cuenta con los mismos méritos y capacidades que un hombre, estaría cometiendo discriminación positiva y ello se encuentra prohibido por resultar evidentemente discriminatorio.

Por ello, y pese a que en nuestro país estas prácticas antidiscriminatorias no existen, es necesario tratar de proyectar, aplicando el derecho comparado, los avisos de empleo y promoción de trabajadores. La acción positiva debe aplicarse con la finalidad de interpretar de manera correcta y constitucional lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 002-2018-TR - Reglamento de Ley N° 30709.

4.1. Aviso de empleo

En nuestro país resulta habitual encontrar ofertas de empleo que dejan en evidencia la preferencia de trabajadores de un determinado género. Si hacemos una búsqueda rápida en internet podemos encontrar que solicitan personal hombre para supervisar una cadena de montaje de piezas de vehículos o solicitan mujeres para limpieza. El primer puesto mencionado consiste en apretar tornillos y verificar que estos se encuentren

correctamente alineados y el segundo se sustenta en la necesidad de que se realice una limpieza. Entonces, ¿Por qué se requieren candidatos que tenga formación automotriz o se precisa que solo se requieren mujeres para limpiar? El 90% de personas que tienen ese tipo de formación son hombres (excluyendo evidentemente a las mujeres) y en el caso del segundo puesto no tiene ningún tipo de sustento pues la limpieza lo puede realizar cualquier persona sin importar el sexo.

Como ya lo he señalado previamente, nuestro país se encuentra en sus inicios en lo que se refiere a las practicas que fomenten una igualdad para todos y ello, se proyecta en el hecho que no existen normas que regulen de manera correcta los avisos de empleo.

Ante la ausencia de normas nacionales y queriendo abarcar lo aplicable a casi un continente, he revisado directivas y sentencias emitidas por la “Unión Europea”¹ y por su Tribunal de Justicia.

La Comisión Europea prohíbe de manera expresa a través del artículo 14.1 de la Directiva 2006/54/CE de fecha 5 de julio de 2006 (Aplicación del Principio de Igualdad de Oportunidades e Igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación) las acciones discriminatorias de manera directa e indirecta por razón de sexo en las condiciones de acceso a un empleo. Asimismo, estas acciones se prohíben en los criterios de selección y las condiciones de contratación sin importar el sector o la actividad.

La prohibición anteriormente señalada abarca el momento de la publicación o difusión de la oferta de empleo, la misma que debe ser neutra o en otras palabras no solicitar de manera expresa el requerimiento de un determinado sexo. Esto ha sido establecido mediante Sentencia C-248/83 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitido con fecha 21 de mayo de 1985, entre la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Federal de Alemania.

Posteriormente, el Tribunal, aplicando la sentencia mencionada, declaro discriminatorio un proceso de selección iniciado con un aviso de empleo que señalaba que se buscaba una colaboradora con experiencia para una empresa de distribución (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 1997, C-180/95, asunto Draehmpaehl).

¹ Se encuentra entre comillas debido a que su nacimiento se remonta a casi 20 años en el futuro.

Por su lado, el ordenamiento jurídico español también prohíbe la discriminación de por razón del sexo en las ofertas de empleo a través del numeral 2 artículo 35º de la Ley de Empleo, la misma que señala que:

Se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencia y determinante de la actividad a desarrollar” y se “considerará discriminatorio la oferta referida a uno solo de los sexos basada en la exigencia del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico.

Podemos apreciar que, las ofertas de empleo deben redactarse de manera neutra, sin establecer preferencias por un determinado género y no permitiéndose que se su no cumplimiento se sustente en motivos de solo contratar hombres porque se requiere un esfuerzo físico elevado en el puesto a seleccionar personal.

Asimismo, pueden existir supuestos en los cuales se deba omitir lo anteriormente desarrollado y se permita la publicación de ofertas de empleo destinadas a un sexo determinado. Lo indicado se encuentra recogido en el artículo 14. 2º de la Directiva de la Comisión Europea ya mencionada que señala:

Que una diferencia de trato basado en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

La Jurisprudencia Comunitaria ha determinado cuales son las características que permiten la excepción a la regla y que son muy pocas. Los empleos en los cuales resulta más fácil justificar la discriminación por razón de sexo por ampararse en la naturaleza de la actividad concreta podrían ser los modelos de ropa, de pintura o actores de cine y teatro. Ello debido a que la sociedad mundial aún no se encuentra acostumbrada totalmente a ver hombres modelando ropa de mujer o una actriz realizando un papel que necesariamente debe ser interpretado por un hombre.

También se puede justificar la exclusión para determinadas actividades en centro penitenciarios, hospitales o puesto similares en los cuales se deba cuidar la intimidad personal y el Tribunal de Justicia de la Comisión Europea se ha pronunciado través de la Sentencia C-318/86 al permitir la discriminación de los hombres para puestos de trabajo de vigilancia en prisiones para mujeres y viceversa.

Para concluir, si bien en nuestro país jamás se ha tomado en cuenta los requisitos para publicar un aviso de empleo sin discriminar a las personas, se debe considerar que no se debe solicitar de manera expresa el requerimiento de un determinado sexo y por el contrario la oferta debe ser neutra. No obstante, se debe realizar algún tipo de excepción si es que las funciones a realizar constituyan un requisito profesional esencial y determinante para la actividad a desarrollar, siendo un ejemplo claro el citado en el párrafo precedente.



CAPÍTULO V: CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PREFERENTE

5.1. Criterios de interpretación de constitucionalidad de una norma

Como ya se ha indicado anteriormente, con la presente tesis lo que se busca es averiguar con exactitud si la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 002-2018-TR - Reglamento de Ley N° 30709 - que modifica el artículo 3° del Decreto Supremo N° 002-98-TR - Dictan normas reglamentarias de la Ley N° 26772, sobre prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa – no atenta contra el derecho a la igualdad y no discriminación planteada por nuestra constitución. En palabras simples: ¿La citada disposición es constitucional o no? Y si lo es ¿Se puede pretender modificar una ley a través de un reglamento?

Para ello, debemos conocer cuáles son los criterios de interpretación de constitucionalidad de una norma o, mejor dicho, de un Decreto Supremo.

5.1.1. Concepto de Decreto Supremo

El Decreto Supremo no es lo mismo que una Ley pues no es emitida por el Congreso de la República en el ejercicio de las atribuciones legislativas que posee. Asimismo, una Ley para ser promulgada debe seguir el procedimiento establecido en la Constitución. Por el contrario, el Decreto supremo es una norma de carácter general que lo que busca es reglamentar normas con rango de Ley o regular la actividad sectorial funcional o multisectorial a nivel nacional.

Se tratan de reglamentos, normas administrativas, Resoluciones o Decretos dictado por el Poder Ejecutivo y refrendados por uno o más ministros con la finalidad de regular las actividades que se encuentran bajo la jurisdicción de los ministerios o entidades estatales. Entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano. Furnish, D (1971) señala que *“Los Decretos Supremos deben limitarse a interpretar y aplicar la legislación, sin transgredirla, desnaturalizar o modificarla.”*

Entonces, para determinar cuáles son los criterios que se deben emplear con la finalidad de determinar si un Decreto Supremo no busca atentar, transgredir, desnaturalizar o modificar la constitución primero debemos entender cuál es el nivel de jerarquía que ostenta. A partir de ahí recién se podrá establecer cuál es el procedimiento adecuado para cuestionar su validez jurídica. Pag 299

5.1.2. Jerarquización de las normas jurídicas.

El ordenamiento jurídico estatal nacional se encuentra regido por el Principio de Jerarquía. Este principio establece el modo de organizar las normas nacionales que se encuentran vigentes y preponderar la validez de unas sobre otras. Es decir, una norma será considerada jerárquicamente superior a otra en función a si su validez depende de otra norma. Además, “implica la valoración y respeto a la Constitución y demás normas jurídicas en función al orden público establecido...” (García Toma V, 2015 p.284).

El artículo 51° de la Constitución Política del Perú señala que “*La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la Ley, sobre las normas de inferior jerarquía y sucesivamente...*”. Es decir, la Constitución establece como indica García Toma, V (2015): “el principio de supremacía constitucional y consigna la regulación normativa básica del ordenamiento jurídico, de la cual emana la validez de todo ordenamiento legal de la sociedad política.”.

El citado artículo recoge la tesis de la pirámide jurídica propuesta por el jurista Hans Kelsen en su obra “Introducción a la teoría pura del Derecho” (1934) donde expone que “el ordenamiento jurídico es un sistema de normas dispuestas jerárquicamente entre sí, de modo que, traducido a una imagen visual, se asemeja a una pirámide formada por varios pisos superpuestos.” (García Toma V, 2015 p.287). Tomando como referencia lo escrito por García Toma en el con lo planteado por Hans *Kelsen* “se postula una prelación normativa con arreglo a la cual las normas se diversifican en una pluralidad de categorías escalonadas según su rango jerárquico”.(p. 289)

Entonces, al utilizarse en nuestro país la pirámide de Kelsen dentro nuestro ordenamiento jurídico, las normas son clasificadas según su prelación en las siguientes cinco categorías:

- La primera categoría se encuentra integrada por las normas constitucionales y las normas con rango constitucional.
- La segunda categoría comprende las leyes y normas con fuerza o condición de Ley.
- La tercera categoría abarca los decretos que incluye los Reglamentos Administrativos, reglamentos ejecutivos y Reglamentos Autónomos. Es en la categoría de Reglamento Ejecutivo donde podemos ubicar al Decreto Supremo N° 002-98-TR - Dictan normas reglamentarias de la Ley N° 26772, sobre prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa – pues se tratan de preceptos generales que tienen como finalidad la especificación de detalles y aspectos accesorios de una Ley.
- La cuarta categoría abarca las resoluciones supremas, ministeriales, emitidas por órganos autónomos, acuerdos de consejo regional, entre otros.
- La última categoría reúne las disposiciones que resuelven controversias de naturaleza jurisdiccional o administrativa de privados.

5.1.3. Proceso de Acción Popular

El proceso de Acción Popular es uno de los procesos constitucionales más antiguos. Esta garantía constitucional apareció por primera vez en nuestro país en el artículo 127° de la Constitución de 1920. Luego en la Constitución de 1933 en el artículo 133°. Finalmente, fue recogido en el artículo 295° de la Constitución de 1979.

Pues bien, se trata de una herramienta necesaria para combatir los excesos reglamentarios del Poder Ejecutivo o la administración pública que, por medio de normas que no cuentan con rango de ley, pueden estar infringiendo en forma directa o indirecta la Constitución Política del Estado.

Actualmente, se trata una garantía constitucional que se encuentra contenido en el numeral 5 del artículo 200° de la Constitución Política del Perú. Se trata de un proceso de control normativo cuyo objetivo es proteger jurídicamente la primacía de la Constitución y la Ley frente al resto de normas de rango inferior. Como ya lo indiqué el objeto de protección de este proceso es el Sistema de fuentes prescrita por la Constitución o en otras palabras el orden jerárquico de las normas de nuestro sistema jurídicos.

Entonces, el proceso de Acción Popular según el artículo 76° del Código Procesal Constitucional procede contra los Reglamentos, Normas Administrativas y Resoluciones de carácter general siempre que infrinjan la Constitución o las Leyes o cuando hayan sido emitidas o publicadas sin tomar en cuenta la forma prescrita por la Constitución o la Ley, según sea el caso.

Entonces, su finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo.

Consecuentemente, si se demuestra que el Decreto Supremo N° 002-98-TR atenta contra lo dispuesto en la Constitución sobre el derecho a la igualdad; el Proceso de Acción Popular sería el idóneo para proteger el mencionado derecho pues, al tratarse de un Decreto emitido por el Ministerio de Trabajo que reglamenta una Ley que busca eliminar la desigualdad, está creando una brecha de desigualdad y va en contra de la prelación jurisdiccional de las normas del ordenamiento legal peruano.

5.1.4. Infracciones de inconstitucionalidad de un Decreto Supremo

Si bien la Constitución Política peruana de 1993 hace referencia al proceso de acción de amparo en el numeral 5 del artículo 200° indicando que procede ante la existencia de una infracción de la Constitución o de una Ley, no se vuelve a hacer alguna mención al respecto. Quedando algunas interrogantes sobre cuáles serían las infracciones a las que se hace referencia.

Por otro lado, el Código Procesal Constitucional si hace una referencia más amplia sobre las infracciones e inclusive aborda este punto en su artículo 75°, estableciendo lo siguiente:

[El proceso de acción popular] tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa, esta infracción puede ser, **directa o indirecta**, de carácter **total o parcial**, y tanto por la **forma o como por el fondo**. (El resaltado y subrayado es mío)

Como se puede apreciar, tanto la Constitución como el Código Procesal Constitucional precisan las razones para interponer una impugnación contra una norma a través del proceso de Acción Popular. La segunda complementa a la primera puesto que resulta muy vaga la definición dada por la norma magna.

- **Infracción directa e indirecta**

Entonces, tenemos primero que la infracción cometida puede ser directa o indirecta. La infracción directa ocurre cuando una norma infra legal o con rango jerárquico contraviene la Constitución o una Ley. En este caso en particular es obligatorio y necesario que la parte demandante determina en la demanda que disposición constitucional o legal se encuentra siendo afectada por la norma infra legal que se pretende impugnar.

Por el contrario, el término de infracción indirecta se suele utilizar en los casos en los que se cuestiona la inconstitucionalidad de una norma y tiene la finalidad de demostrar que no solo se produce cuando una norma de menor rango choca con lo dispuesto en el texto constitucional, sino que además también atenta contra una norma de desarrollo constitucional. Esto quiere decir que el control constitucional de las normas a través del proceso de acción popular no se emplea únicamente tomando como parámetro de referencia al texto de la Constitución, sino que también se deben considerar otras disposiciones constitucionales. Es por ello que, el Código Procesal Constitucional hace referencia a este tipo de infracción en el artículo 79° señalando cuales son los principios de interpretación y señala textualmente lo siguiente:

Para apreciar la validez constitucional de las normas, el Tribunal Constitucional considerara, además de las normas constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

A primera vista, pareciera que únicamente se refiere al Tribunal Constitucional como el Órgano con capacidad de determinar la validez constitucional de una norma, pero en realidad se trata de un parámetro de interpretación que también puede y debe ser observado por los órganos del

Poder Judicial que tienen competencia para conocer las demandas de acción popular; siempre y cuando se les solicite realizar un control constitucional efectivo. No obstante, en la jurisprudencia de estos procesos muy pocas veces se hace una referencia al artículo previamente citado y al uso de otras fuentes diferentes a la Constitución para resolver una controversia sobre la inconstitucionalidad de una norma con carácter infra legal.

- **Infracción total y parcial**

Este tipo de infracciones hace referencia a la norma que se pretende impugnar, es decir si se cuestiona una sola parte de ella o en su totalidad. Para el caso de la infracción parcial es obligatorio que la parte demandante precisé de manera clara y concisa cuáles serán las disposiciones cuestionadas y sobre cuales se solicita que se efectúe un control constitucional.

- **Infracción por la forma y por el fondo**

La infracción por la forma obliga a analizar si en el proceso de elaboración de la norma a impugnar se han respetado los procedimientos previstos a nivel normativo previstos para dicho fin. Al respecto el artículo 76° del Código Procesal Constitucional señala lo siguiente:

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquier sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no han sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

Por el contrario, una infracción sobre el fondo quiere decir que existe una contradicción entre el contenido normativo de la norma que se quiere impugnar y la norma constitucional o legal que será utilizada como parámetro de control.

5.2. ¿Resulta constitucional la primera disposición complementaria modificatoria del Reglamento de la Ley N° 30709?

Tras lo previamente expuesto, es necesario determinar ahora si el último párrafo de la modificación del artículo 3° del Decreto Supremo N° 002-2018-TR que dicta las normas

reglamentarias de la Ley sobre prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de Formación Educativa resulta constitucional y de no serlo habría que determinar qué medidas aplicar con la finalidad de poder implementarlo y utilizarlo sin ir en contra del derecho a la igualdad previsto en la Constitución.

Para realizar un análisis hay que recordar lo que establece la primera disposición complementaria, la misma que establece textualmente lo siguiente:

“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

PRIMERA. - *Modificación del artículo 3 del Decreto Supremo N° 002-98-TR, que dicta normas reglamentarias de la Ley N° 26772, sobre prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa*

Modifícase (SIC) el artículo 3 Decreto Supremo N° 002-98-TR, que dicta normas reglamentarias de la Ley N° 26772, sobre prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa, en los siguientes términos:

“Artículo 3.- (...)

*Asimismo, **no se consideran discriminatorias las ofertas de empleo que tienen como propósito promover una composición más equitativa de mujeres y varones dentro de un sector ocupacional específico.**”*

Como primer comentario, el hecho de pretender establecer cuotas de género para puestos de trabajo no es constitucional debido a que las cuotas se encuentran prohibidas. La única excepción que se permite es la cuota para personas con discapacidad que se encuentra establecida en el artículo 49° de la Ley N° 29973, la misma que asciende al 3% del total del personal para el sector privado.

Por otro lado, si analizamos detenidamente el último párrafo precedente podemos apreciar que el mismo evidentemente no es constitucional puesto al promover cuotas con la finalidad de alcanzar composiciones equitativas de género en un puesto de trabajo atenta contra el artículo 2° de la Constitución que, establece que todas las personas tienen derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, etc.

Asimismo, se estaría aplicando una medida discriminatoria como es la denominada discriminación positiva, la cual como ya hemos visto es un mecanismo ilegal que permite que los empleadores puedan reclutar o ascender personal solo por poseer una característica protegida sin importar su nivel de formación o experiencia profesional. Aparentemente, se pretende no considerar discriminatorias las ofertas de empleo con la finalidad de implementar composiciones equitativas por género en determinados puestos. Pero qué pasa con las personas que se encuentran mejor preparados que un candidato que obtiene un empleo o un ascenso por pertenecer a un género que escasea en la posición ¿No se está cometiendo discriminación inversa? Lo correcto sería que, en un cargo en una empresa donde la representación es mayormente masculina, se permita la justa competencia entre hombres y mujeres con la experiencia necesaria y suficiente para desempeñarlo, pudiendo el empleador optar por contratar a una mujer y sin resultar discriminatorio para un hombre.

Lo que se sugiere aplicar es la acción positiva para volver constitucional una modificación que irónicamente vuelve discriminatoria una medida que busca combatir la desigualdad de género y consecuentemente no es constitucional. Recordemos que la acción positiva es una herramienta que permite a las personas que acceden a un puesto de trabajo con subrepresentación de un determinado género puedan competir contra el género opuesto en igualdad de condiciones y aptitudes.

Asimismo, otra ventaja de aplicar la acción positiva y no la discriminación positiva resulta en no volver ineficientes los puestos de trabajo dado que si solo contrato personal con la finalidad de implementar composiciones equitativas para un determinado puesto estaría dejando a un lado la aptitud para desempeñar dicho puesto. Las empresas contratan personal con la finalidad de aportar algún tipo de valor productivo para la misma. A cambio del trabajo realizado se otorga una contraprestación, la misma es que es pagada porque el trabajador me va a generar un valor mayor a lo que la empresa le paga. Entonces, si contrato personal porque quiero cumplir con lo establecido por una Ley estaría aportando una carga a la empresa y no un valor y ello es lo contrario a la utilidad que pretenden generar las empresas.

Finalmente, debo concluir que la primera disposición complementaria que busca modificar el artículo 3º de la Ley que prohíbe la discriminación en las ofertas de empleo al promover las composiciones equitativas de género en un sector ocupacional no es constitucional, pero aplicando la acción positiva, precisando los alcances y la forma de

aplicación a través de una modificación normativa y aplicándolo a través de una Ley y no un Decreto Supremo (ya que no contempla lo que dice la Ley como se desarrollará más adelante) , podría volverse constitucional.

5.3. Posible interpretación constitucional de la norma

Luego de haber determinado que la promoción de composiciones equitativas de genero por cuota no es constitucional, ahora procederé a establecer la forma correcta de interpretación y aplicación.

Como ya he indicado anteriormente la aplicación cuotas por genero buscando la equidad podría ser constitucional dependiendo de la forma de aplicación. Si la ejecutamos aplicando la discriminación positiva resulta ilegal y atenta contra lo dispuesto por lo establecido por nuestra Carta Magna. Por el contrario, si aplicamos la acción positiva permitiendo la justa competencia entre los géneros y cuidando la generación de valor productivo de la empresa, la medida es constitucional y combate la discriminación.

Asimismo, hay otro punto a tomar en cuenta al momento de querer interpretar las ofertas de empleo que promueven las cuotas por género. La primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N°002-2018-TR modifica el artículo 3° del Decreto Supremo N° 002-98-TR, la misma que dicta normas reglamentarias a la Ley N° 26772, sobre prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa. Sin embargo, la Ley no contempla la inclusión y han pretendido solucionar la omisión a través de un Decreto Supremo, cuya principal función es dar mayores alcances sobre la correcta aplicación de una Ley. Ante ello, surge la interrogante sobre la legalidad de este tipo de medida. ¿Es posible regular a través de un reglamento algo que una Ley no manifiesta? La respuesta es no. Un Decreto Supremo no puede contemplar obligaciones que no son dictadas por una Ley. Además, el hecho de incluir en un reglamento algo que no ha sido mencionado en la Ley no resulta legal puesto que, ante una omisión, la salida no es solucionar el problema a través de una inclusión en un Decreto Supremo que no contiene lo que dice la norma. Finalmente, no se está respetando la regla de proporcionalidad, la misma que señala que una norma de menor jerarquía no puede referirse sobre obligaciones contenidas en una norma de jerarquía superior. En el presente caso un Decreto supremo jerárquicamente se encuentra

debajo de una Ley y consecuentemente no puede exceder sus alcances como efectivamente está ocurriendo en el presente caso.

Entonces, por lo mencionado no existe una interpretación y aplicación constitucional correcta de la inclusión de cuotas de género en los puestos de trabajo desbalanceados por los siguientes motivos:

- La forma en la que ha sido redactada evidentemente promueve la llamada discriminación positiva y subsecuentemente incita a la discriminación de personas al intentar combatirla;
- La forma de inclusión de la medida no es la correcta dado que un Decreto Supremo no puede contemplar lo no fijado por una Ley. Al contrario, lo que busca un reglamento es precisar los puntos que no se encuentran claros en una Ley y no al revés.
- En el supuesto que la inclusión de las cuotas estuviera correctamente regulada, seguiría siendo inconstitucional debido a que la norma estaría excediendo los alcances de la constitución respecto a la igualdad de todas las personas ante la Ley.

La solución para remediar el error cometido por los legisladores sería derogar la Disposición Complementaria que establece el no considerar discriminatorias las ofertas de empleo que promuevan la equidad de género para un puesto determinado o en otras palabras el establecimiento de cuotas por género en un puesto de trabajo. Luego de ello, se debe modificar la Ley sobre prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa y se debe incluir la aplicación de cuotas para puestos de trabajo, pero aplicando la acción positiva. De repetirse el error existente, la medida pese a haber sido modificada, seguiría siendo inconstitucional. Esto con la finalidad de no discriminar personas que cumplen con las características para un determinado puesto pero que no pueden acceder al mismo por encontrarse con sobre representación de género. Asimismo, el remediar la medida mal establecida ayudará a que las empresas no pierdan el valor productivo de un puesto por contratar personas solo por cumplir con el establecimiento de cuotas por género.

CONCLUSIONES

- En el presente caso, la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N°002-2018-TR ha querido combatir la desigualdad laboral, pero de una manera que resulta insuficiente dado que la medida emitida permite la competencia de género en desigualdad de condiciones sin importar si el candidato elegido podrá realizar las funciones requeridas para el puesto, solo me importa llenar cuotas de género.
- Como ya se ha demostrado en el desarrollo del presente plan de investigación, esto genera discriminación positiva o discriminación contra las personas igualmente preparadas pero que, por no pertenecer al género con representación minoritaria para un puesto, quedaran fuera del proceso de selección.
- La discriminación y la acción positiva son términos diferentes pero que al leerlos parecieran resultar muy parecidos. La diferencia entre ambos, si bien es muy pequeña, radica en la forma correcta de aplicación.
- En la primera se busca incrementar el número de trabajadores de grupos minoritarios en una empresa pero que resulta ilegal porque no brinda un trato igualitario; y, en la segunda, son acciones voluntarias que un empleador puede aplicar con la finalidad de combatir el desequilibrio de oportunidades o desventajas que debe enfrentar una persona con una característica protegida.
- La diferencia radica en que, en la acción positiva los candidatos, compiten en igualdad de condiciones de calificaciones y el empleador puede optar por contratar a una persona que históricamente ha sido discriminada pero que se encuentra igual de preparada que el resto de los candidatos.
- Consecuentemente, la contratación preferente que busca promover la composición equitativa de hombres y mujeres resulta ser inconstitucional debido a que al aplicar la discriminación positiva se atenta contra el derecho a la igualdad previsto en nuestra Carta Magna.
- La primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N°002-2018-TR que modifica el artículo 3° del Decreto Supremo N° 002-98-TR, la misma

que dicta normas reglamentarias a la Ley N° 26772 - Sobre prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa – no es constitucional.

- La Ley no ha contemplado la composición equitativa como materia a regular. Resulta imposible que, ante dicha omisión, el Legislativo pretenda solucionarla regulándola a través de un Decreto Supremo. Ello debido a que el Decreto Supremo tiene como finalidad dar mayores alcances sobre una Ley y, en el presente caso, la disposición complementaria modificatoria se pronuncia sobre una medida que no existe en la norma.
- No se puede regular a la composición equitativa de género a través de un reglamento y menos aún si la norma que pretende regularla no hace referencia a ella. Es por esta otra razón que la primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N°002-2018-TR es inconstitucional.
- Según el principio de proporcionalidad, no se puede pretender aplicar una discriminación positiva para aplicar una excepción a la regla al derecho constitucional a la no discriminación. Como ya he señalado anteriormente, si aplicamos una medida que permite equilibrar la representación de un género para un determinado puesto de trabajo, pero, sin importar las aptitudes de los postulantes, estaríamos cometiendo discriminación contra las personas totalmente preparadas pero que no obtendrán el puesto por no ser del género a equilibrar. Es por ello que, de la manera en la cual está planteada la cuota por género, resulta ser discriminatoria. El escenario cambiaría si se hubiera aplicado la acción positiva, ya que dicha medida si permite la igual competencia entre candidatos, pero pudiendo el empleador escoger a un personal perfectamente preparado y con inferioridad numérica de género para un puesto.
- El hecho de contratar personal con la única finalidad de cumplir con las cuotas por género no resulta ser una medida eficiente a nivel empresarial. Ello debido a que una disposición complementaria modificatoria me obliga a contratar personal solo para cumplir con equilibrar numéricamente el género para un puesto de trabajo sin importar la experiencia o la preparación profesional. Inevitablemente esto disminuirá la cantidad y calidad productiva de la empresa pudiendo traer perdidas en el mediano o largo plazo puesto que personal no preparado realizaran tareas que no conocen y

se deberá invertir tiempo y personal en enseñar las funciones a realizar. La curva de aprendizaje es natural para todo puesto nuevo, pero en el presente caso será mayor.

- Finalmente, para concluir, no se puede incluir una modificación que regule las cuotas de género en los puestos de trabajo mediante de una disposición complementaria modificatoria de un Decreto Supremo y peor aún si la Ley no ha considerado este supuesto. Es decir, la Ley N° 26772 - Sobre prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa – no ha señalado que no se consideran discriminatorias determinadas acciones al momento de acceder a un puesto de trabajo. Entonces, resulta inverosímil que se pretende modificar algo que no se encuentra regulado. Lo ideal hubiera sido que se modifique la Ley a través de una modificación por otra Ley y no por un Decreto Supremo que lo busca es dar mayores alcances sobre una Ley. Asimismo, se debería aplicar correctamente la acción positiva en el supuesto que se modifique la Ley correctamente con la finalidad de no volverlo una acción discriminatoria y por lo tanto inconstitucional.

RECOMENDACIONES

- Se debe fomentar la promoción de personas al poder legislativo con conocimientos técnicos jurídicos suficientes probados con la finalidad de poder impulsar proyectos de Ley que realmente propongan soluciones a problemas sociales y evitar que en la pseudo búsqueda de esta finalidad se genere más discriminación o falta de protección de colectivos históricamente afectados, tal como ha sucedido en el presente trabajo de investigación. Es claro que mi primera recomendación resulta ser utópica, pero creo que resulta ser una recomendación válida para identificar de donde previenen tantos males que la sociedad acarrea.
- Al haberse demostrado que la Disposición Complementaria que promueve la contratación preferente por cuota es inconstitucional; lo que se debería hacer a continuación para remediar la medida discriminatoria es derogar el Decreto Supremo parcialmente. Posterior a ello, se debe modificar parcialmente la Ley N° 26772 e incluir las cuotas para puestos de trabajo, pero aplicando correctamente la acción positiva. Para ello, el legislador debe tener en claro la diferencia con la discriminación positiva y darle claridad al momento de plantearlo en modificación de la norma. De no realizarse de esta manera, y de copiar y pegar lo ya establecido en la primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N°002-2018-TR se estaría volviendo a cometer el mismo error y la medida continuaría siendo inconstitucional. No se debe discriminar a las personas bajo ningún motivo y más aún cuando ello se encuentra establecido por una Declaración Universal y en nuestra Constitución Política.
- Se puede iniciar un proceso constitucional de Acción Popular contra la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N°002-2018-TR, por haberse cometido una infracción directa y parcial contra el artículo 2° de la Constitución Política del Perú que establece del derecho a la igualdad. En el caso que se declare fundada, los legisladores no deben quedar exentos de aplicar correctamente la medida correctiva para fomentar la contratación preferente aplicando la acción positiva.

REFERENCIAS

- Barba, M. C., Martos, M. V. E. P., & Fonseca, R. M. G. S. (1997). Género y trabajo femenino en el Perú. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, 5(2), 23-31. <https://doi.org/10.1590/s0104-11691997000200004>
- Eguiguren Praeli, F. J. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius Et Veritas*, 15, 63-72. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/1573>
- Huerta, L. A. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, 11, 308-334. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7686/7932>
- Asamblea General de la ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Paris. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Organización Internacional del Trabajo (1951), *Convenio (N. 100) sobre igualdad de remuneración*. Ginebra. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/987A1F01BBA6957305257E14005A6DDF/\\$FILE/5_C100_CONVENIO_IGUALDAD_REMUNERACION.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/987A1F01BBA6957305257E14005A6DDF/$FILE/5_C100_CONVENIO_IGUALDAD_REMUNERACION.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo (1958), *Convenio (N. 111) el cual se opone a cualquier distinción o preferencia que alteren la igualdad de oportunidades en materia de empleo u ocupación*. Ginebra. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/28FEE348CD17405B052580CF006FD775/\\$FILE/7_C111_CONVENIO_SOBRE_DISCRIMINACION.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/28FEE348CD17405B052580CF006FD775/$FILE/7_C111_CONVENIO_SOBRE_DISCRIMINACION.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo (1981), *Convenio (N. 156) el cual promueve la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres con responsabilidades familiares cuando limiten sus posibilidades en participar en la actividad económica*. Ginebra. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:CON,es,C156./Document
- Organización Internacional del Trabajo (1994), *Convenio (N. 175) el cual establece la equivalencia en la protección y beneficios concedidos a los trabajadores a tiempo parcial y a los de tiempo completo frente a la realización de un trabajo comparable*. Ginebra.

<http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/aplicum/convenios/c175.html>

Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) (1979), *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Editado por la ONU.

ONU. (s. f.). Cuarta conferencia mundial sobre la mujer declaración y plan de acción Beijing.

Figuroa G, R. (2016). Acción afirmativa en la jurisprudencia del tribunal constitucional. *Revista chilena de derecho*, 43(2), 401-431.
<https://doi.org/10.4067/s0718-34372016000200003>

Solicitors, C. (2019, 9 julio). Positive discrimination and positive action: why employers need to know the difference. Coodes Solicitors.
<https://coodes.co.uk/blog/positive-discrimination-and-positive-action-why-employers-need-to-know-the-difference/>

Gómez Orfanel, G. (2008). Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación. *Anuario de Derechos Humanos*, 9, 379-402.
<https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0808110379A>

González, N. (2001). El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas. *Derecho & Sociedad*, 18, 71-79.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16919>

Furnish, D. (1971). La Jerarquía del Ordenamiento Jurídico Peruano. *The American Journal of Comparative Law*, XIX, 61-80.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6607/0>

García Toma, V. (2015). La Constitución y la estructura jerárquica de las normas en el Sistema Jurídico Nacional. *ADVOCATUS*, 31, 283-303.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6012713>

Kelsen, H. (2019). *Introducción a la teoría pura del derecho* (1.^a ed.). Ediciones Coyoacán.