

## **Las acciones positivas aplicadas a la cuestión de género. Veinticinco años después de la reforma constitucional.**

Por Marcela I. Basterra

Sumario: 1. Introducción. 2. La evolución del concepto de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino. 3. Definición y clasificación de las acciones positivas. 4. La reforma constitucional de 1994. 5. Legislación y Jurisprudencia en la materia. 6. La incorporación de la perspectiva de género y las *affirmative actions* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 7. Conclusiones.

### **1. Introducción.**

Si bien es cierto que en los últimos años ha habido un notable incremento de la participación femenina en el ámbito público, no podemos afirmar que la violencia y la segregación de este colectivo no estén todavía presentes en la estructura social de nuestro país.

La discriminación configura una negación del derecho a la igualdad que ha sido utilizada reiteradamente como medio para la obtención del poder. En este sentido, el Estado patriarcal significó la organización de las esferas pública y privada determinando quiénes podían estar o influir en cada una de ellas. Las mujeres en el ámbito legal, laboral, cultural y político quedaron apartadas de lo público, sólo tenían identidad si se reflejaban en un hombre<sup>1</sup>.

Entre otros aspectos, se las excluyó del derecho al sufragio hasta mediados del siglo XX, lo que ha significado en nuestra historia no sólo la negación del derecho a elegir

---

<sup>1</sup> WALBY, Sylvia, *Theorising Patriarchy*, Backwell, Oxford, London, 1990, citado por ALCANIZ, Mercedes, “Las políticas de conciliación entre el ámbito laboral y el familiar ¿Cambio o continuidad en el sistema de género?”. Ex aequo online, 2008, N° 18, p. 99, disponible en <http://www.scielo.mec.pt>.

políticamente, sino una *capitis diminutio* que la signaba peyorativamente en el ámbito laboral y familiar<sup>2</sup>.

En la esfera laboral, esta realidad se manifiesta en aspectos como la brecha salarial, la tasa de desempleo y el tipo de contrataciones –entre otros-, siendo las mujeres las que representan mayoritariamente la modalidad a tiempo parcial o jornadas reducidas. A estos datos de carácter económico, se suman otras diferencias en el ámbito familiar que contribuyen a que la discriminación continúe; la diferencia de tiempo dedicada por hombres y mujeres a las tareas domésticas, cuidado de niños o personas mayores<sup>3</sup>.

Son muchos los compromisos firmados por el Estado argentino y las sentencias en el ámbito local, regional e internacional que han contribuido a reconocer y garantizar los derechos de este colectivo en nuestro ordenamiento. Sin duda, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, el avance hacia la igualdad entre ambos sexos parece encontrar un sólido respaldo.

No obstante, esto no alcanza para que los derechos allí reconocidos se hagan efectivos. Son medidas justas y necesarias pero insuficientes para acelerar los cambios culturales.

Se trata de un tema sumamente complejo, dado que exige un profundo análisis de las condiciones históricas, sociales, políticas y económicas, que resultan determinantes al momento de abordar supuestos como los que aquí nos ocupan; la violencia contra la mujer, la discriminación estructural y las limitaciones para el acceso a los cargos públicos y al mercado laboral.

---

<sup>2</sup> FERREIRÓS, Estela Milagros, “La discriminación a la luz de los Derechos Humanos. La seguridad como principio jurídico base imprescindible para la efectivización de la igualdad”, Ponencia presentada en el VIII Congreso Nacional de Derecho Laboral de la SADL y IV Encuentro Nacional de Maestrandos, realizado en Junín los días 14, 15 y 16 de octubre de 2010, organizado por la Sociedad Argentina de Derecho Laboral y el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Junín, Doctrina ARTRA, Buenos Aires, 2012, p. 379.

<sup>3</sup> ALCANIZ, Mercedes, “Las políticas de conciliación entre el ámbito laboral y el familiar ¿cambio o continuidad en el sistema de género?”, Op. Cit., p. 86.

Como ha señalado Carmen Argibay: *“Detectar las múltiples situaciones en las que una mujer se encuentra en desventaja por su condición de tal requiere, además de un esfuerzo intelectual para comprender una temática que no fue parte de nuestra formación, agudeza de los sentidos para detectar los estereotipos culturales arraigados que reproducen la asignación de roles de género”*<sup>4</sup>.

Los constituyentes de 1994 conscientes del contexto social en el cual se sancionó la reforma y de la necesidad de dar un paso más en la tutela efectiva, para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de grupos históricamente relegados, incorporaron las acciones positivas en varias normas del nuevo texto

En primer lugar, en el artículo 37, 2º párrafo que establece: *“(…) La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”*<sup>5</sup>.

Antes de la reforma de 1994 ya se habían implementado acciones positivas en torno a la política de cargos electivos. La ley N° 24.012<sup>6</sup> sancionada en el año 1991, modificó el artículo 60 del Código Nacional Electoral, el que quedó redactado de la siguiente manera: *“(…) Las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas (…)*”. Con buen criterio la cláusula transitoria segunda de la Constitución Nacional reformada aclara que las acciones positivas del artículo 37 no serán inferiores a las vigentes al momento de su sanción.

---

<sup>4</sup> ARGIBAY, Carmen, Prólogo del “Protocolo de trabajo en talleres para una justicia con perspectiva de género”. Material de trabajo para Magistrados, p. 3.

<sup>5</sup> Constitución Nacional. Artículo 37; *“Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia, el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”*. Ver de BASTERRA, Marcela I., “Ley de cupo: Redefiniendo los contornos de los derechos de género”, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/09/2017, p. 7

<sup>6</sup> Ley N° 24.012, publicada en el B.O. el 03/12/1991.

En el año 2017 se sancionó la denominada ley de “Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política”<sup>7</sup>, en la que se prevé la paridad de género a nivel nacional para las listas de diputados, senadores y parlamentarios del Mercosur. En consecuencia, no será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos.

Complementariamente, el artículo 75, inciso 23<sup>8</sup> prevé en forma explícita que corresponde al Congreso; *“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato (...) en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (...)”*.

A veinticinco años de la modificación de la Carta Magna, es oportuno realizar un breve balance sobre la implementación de estas medidas, así como su influencia en el reconocimiento y protección de los derechos de género.

## **2. La evolución del concepto de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino.**

Poder entender el derecho a la igualdad, implica aceptar que es un concepto dinámico y cambiante. Asimismo, resulta necesario estudiar y evaluar qué criterios o pautas se emplean para diferenciar o igualar en nuestro ordenamiento jurídico.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre esta elemento, al señalar: *“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos*

---

<sup>7</sup> Ley N° 27.412, publicada en el B.O. el 15/12/2017.

<sup>8</sup> Constitución Nacional. Artículo 75.- *“Corresponde al Congreso: (...) 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (...)”*.

BASTERRA Marcela I., “Avances y desafíos de los derechos de género: evaluación de las acciones positivas”, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 13/06/2018.

*en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”<sup>9</sup>.*

En el ámbito nacional la Constitución histórica de 1853/1860 incorporó en el artículo 16 una concepción formal de esta prerrogativa. Este criterio se vio reflejado en varios fallos de nuestro más Alto Tribunal, que entendió que no había razones para nivelar desigualdades de hecho. En consecuencia, igualdad para esta concepción significa neutralidad de trato del Estado para los particulares, u otras veces, imparcialidad ante los gobernados<sup>10</sup>. En definitiva, se entendía como prohibiciones o restricciones contra la actuación arbitraria del poder público<sup>11</sup>.

Por otro lado, no podemos soslayar la clásica doctrina que afirma; justo es tratar en forma similar lo que es igual, y en forma diferente aquello que es distinto. La realización de la justicia exige un mismo trato en circunstancias similares, y no impide que la legislación o el juez al aplicarla a un caso concreto contemplen de modo distinto situaciones que consideren diferentes, siempre y cuando el criterio de diferenciación no sea arbitrario<sup>12</sup>.

En este sentido, se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *“La igualdad (...) ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos (...)”<sup>13</sup>*. Asimismo, consideró

---

<sup>9</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-04/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, 19/01/1984, Serie A No. 4, párr. 55.

<sup>10</sup> Ver CSJN, fallos 312:496, “*Portillo Alfredo s/ infracción de artículo 44 ley 17.531*”, 18/04/1989.

<sup>11</sup> OVEJERO PUENTE, Ana María, “Nuevos planteamientos sobre las acciones positivas. Los ejemplos de la ley integral contra la violencia de género y la ley de igualdad a debate”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 86, Madrid, mayo-agosto, 2009, p. 187.

<sup>12</sup> CIANCIARDO, Juan, TOLLER, Fernando, GIARDELLI, Lucas, “Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema Estadounidense y del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad”, *La ley*, 2009-A, 800.

<sup>13</sup> CSJN, fallos 16:118, “*Criminal, contra D. Guillermo Olivar, por complicidad en el delito de rebelión; - sobre fianza de juzgado y sentenciado y desacato*”, 01/05/1875 y fallos 151:359, “*Don Eugenio Díaz Vélez contra la Provincia de Buenos Aires, sobre inconstitucionalidad del impuesto*”, 20/06/1928.

que: *“No es, pues, la nivelación absoluta de los hombres, lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales”*<sup>14</sup>.

Más allá de la jurisprudencia que buscó solucionar estas injusticias, es innegable que la concepción “formal” de este derecho no las resuelve por sí mismas, sino que muchas veces las convalida o en definitiva permite que se mantengan en el tiempo.

Estas situaciones donde están en juego los derechos de grupos desaventajados, exigieron un rol activo por parte del Estado, para que pueda alcanzarse un equilibrio social a través de mecanismos especiales de tutela que se les otorga a las personas que sufren segregación. Así, es que se deja de lado el modelo formal para adoptar un concepto material de igualdad, que parte de reconocer que determinado colectivo de personas requieren acciones específicas a fin de modificar la estructura social<sup>15</sup>.

Lo que caracteriza a la concepción material de este derecho, es la mayor intensidad en la intervención del Estado en las condiciones de vida. Se abandona el criterio formal como prohibiciones de la actuación arbitraria de los poderes públicos, dando lugar a mandatos constitucionales de intervención para remediar activamente situaciones de desigualdad preexistentes<sup>16</sup>.

En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó: *“(…) toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en*

---

<sup>14</sup> CSJN, fallos 151:359, *“Don Eugenio Díaz Vélez contra la Provincia de Buenos Aires, sobre inconstitucionalidad del impuesto”*, 20/06/1928.

<sup>15</sup> BASTERRA, Marcela I., “El principio de igualdad y la elección del apellido de los hijos en el nuevo Código Civil”, RCCyC, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Agosto 2015, p. 79.

<sup>16</sup> OVEJERO PUENTE, Ana María, “Nuevos planteamientos sobre las acciones positivas. Los ejemplos de la ley integral contra la violencia de género y la ley de igualdad a debate”, Op. Cit., p. 187.

*función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (...)”*<sup>17</sup>.

Hay un cambio en el paradigma, ya que la visión tradicional se ve complementada -y a veces, en tensión-, con otra más moderna que advierte que la mera supresión de ciertos obstáculos normativos no se traduce necesariamente en un resultado justo, sino que es necesario realizar acciones positivas a fin de asegurar la igualdad real<sup>18</sup>.

Tal como explica Abramovich<sup>19</sup>, la adopción del paradigma de igualdad estructural en el Sistema Interamericano trajo algunas consecuencias. Los Estados no sólo tienen el deber de no discriminar, sino que ante ciertas situaciones de desigualdad de índole estructural, tienen la obligación de adoptar acciones positivas respecto de ciertos grupos desaventajados. Por último, es importante tener en consideración que algunas prácticas o políticas aparentemente neutrales pueden tener un efecto discriminatorio sobre determinados sectores vulnerables.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado expresamente sobre este punto al decir: “(...) los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”<sup>20</sup>.

### **3. Definición y clasificación de las acciones positivas.**

La terminología acción positiva, surge de la traducción del término estadounidense “*affirmative action*”. Rey Martínez entiende que; “*son todas las medidas de impulso y*

---

<sup>17</sup> Corte IDH, “*Furlan y familiares vs. Argentina*”, 31/08/2012, Serie C No. 246, párr. 134.

<sup>18</sup> TREACY, Guillermo F., “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011, p. 184.

<sup>19</sup> ABRAMOVICH, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales. Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, Revista Derechos Humanos, año N° 1, noviembre 2012, Id Infojus DACF120196.

<sup>20</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC – 18/03, “Condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados”, 19/09/2003, Serie A N° 18, párr. 104. Con posterioridad reiteró este criterio en “*Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*”, 24/02/2012, Serie C No. 239, párr. 80.

*promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombres y mujeres, sobre todo mediante la eliminación de las desigualdades de hecho*”<sup>21</sup>.

En el derecho comparado, más específicamente a nivel comunitario, no hay una definición oficial. No obstante, se reconoce en forma medianamente generalizada que “(...) *el concepto de acción positiva abarca todas las medidas destinadas a contrarrestar los efectos de la discriminación en el pasado, a eliminar la discriminación existente y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en relación con tipos o niveles de empleo donde los miembros de un sexo están infrarepresentados*”<sup>22</sup>.

Por su parte, Ovejero Puente<sup>23</sup> considera que éstas se reducen a acciones normativas, es decir, que implican la intervención de un poder público con capacidad normativa, quedando excluidas otras posibilidades como las acciones discriminatorias a favor de la mujer, que se producen entre particulares.

Entiendo, en disidencia con la mencionada autora, que si bien los particulares tienen un control menos estricto que el Estado al momento de decidir si estamos frente a un acto discriminatorio, en forma alguna pueden ser excluidos de responsabilidad ante este tipo de conductas.

Asimismo, no es exacto -a mi criterio- utilizar la expresión discriminación a favor de la mujer o discriminación inversa, ya que justamente las mujeres son el colectivo históricamente discriminado. Por lo tanto, legislar, dictar sentencias y promover políticas públicas de protección a este colectivo, implica ni más ni menos que los tres poderes del Estado cumplan con el mandato constitucionalmente encomendado.

---

<sup>21</sup> REY MARTÍNEZ, Fernando, “Acción Positiva y Discriminación Inversa: Delimitación”, en *Base Legal de la acción positiva*, EMAKUNDE, Instituto Vasco de la Mujer y Unión Europea, País Vasco, 2007, p. 16.

<sup>22</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia del TJCE del 17/10/1995 en el Asunto “*Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*”, (COM) 96 88 final, p. 3.

<sup>23</sup> OVEJERO PUENTE, Ana María, “Nuevos planteamientos sobre las acciones positivas. Los ejemplos de la ley integral contra la violencia de género y la ley de igualdad a debate”, Op. Cit., p. 190.

Las acciones positivas no implican necesariamente discriminaciones inversas. Sin embargo, se utilizan como forma de acceso a los derechos hasta entonces vedados en la práctica; por ello, configuraría una de las llamadas “*categorías sospechosas*” si dispusiera una diferenciación de trato irrazonable -en este caso en relación al sexo- con el objetivo de superar una desigualdad<sup>24</sup>.

Siguiendo esta línea argumental, podemos decir que las acciones positivas, adoptan las formas de sistemas de cuotas o tratos preferentes. Cuando existen patrones o constantes históricas de trato diferente, se intenta corregirlos mediante una distinción jurídica, adoptando medidas tendientes a favorecer y en consecuencia equiparar las oportunidades de quienes, en este caso por su sexo, se encuentran en una condición de inferioridad.

Teniendo en cuenta el mecanismo utilizado para ejecutar las acciones positivas, se han ensayado distintas clasificaciones. Una primera es la que las separa en moderadas y fuertes, utilizando como criterio de distinción si las mismas implican o no una discriminación inversa<sup>25</sup>. Reafirmando mi posición adelantada en párrafos anteriores, en cuanto a que sólo podremos referirnos a la existencia de discriminación inversa, en caso que la política de reparación al grupo discriminado, sea arbitraria y desproporcionada; por lo tanto, no se cumpla con el principio de razonabilidad.

Otra categorización es la que distingue entre sistemas de cuotas rígidas o flexibles. Las primeras -rígidas-, son las que establecen un cierto nivel que debe ser alcanzado sin tener en cuenta las cualificaciones o los méritos de las personas consideradas, o que fijan ciertos requisitos mínimos que deben cumplirse sin que haya ninguna posibilidad de considerar las circunstancias particulares de un caso concreto. Las segundas -flexibles-, son las que disponen un trato preferencial a favor de una categoría determinada, con tal que las

---

<sup>24</sup> GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 290. Ver también HITTERS, Juan Carlos, “La no discriminación contra la mujer”, *La Ley*, 2011-F, 1067.

<sup>25</sup> OVEJERO PUENTE “Nuevos planteamientos sobre las acciones positivas. Los ejemplos de la ley integral contra la violencia de género y la ley de igualdad a debate”, *Op. Cit.*, p. 191/192.

cualificaciones sean de igual valor en relación con el puesto de trabajo, pudiendo tenerse en cuenta circunstancias excepcionales<sup>26</sup>.

En oportunidad de analizar una sentencia sobre la legitimidad de las cuotas u otras formas de acción afirmativa dirigidas a aumentar el número de mujeres en ciertos sectores o niveles de empleo, la Comisión de la Comunidades Europeas esboza una categorización mucho más detallada en base a otros criterios de distinción.

En este contexto, entiende que un primer modelo consiste en las que están dirigidas a resolver las situaciones desfavorables que caracterizan la presencia de mujeres en el mercado laboral. Así, buscan eliminar las causas de las menores posibilidades de empleo o de carrera que las afectan, interviniendo principalmente en la orientación y formación profesional. Un segundo grupo, lo integran las que favorecen un cierto equilibrio o distribución más eficaz de las responsabilidades familiares y profesionales entre los dos sexos. Finalmente, el tercer modelo está constituido por las que son dirigidas a compensar la discriminación del pasado, por lo que se recomienda un trato preferencial en favor de determinadas categorías de personas, como los sistemas de cuotas u objetivos<sup>27</sup>.

Asimismo, parte de la doctrina sostiene que éstas tienen necesariamente naturaleza temporal<sup>28</sup>. No obstante, no siempre es así ya que algunas de las que establecen cupos o porcentajes tienen el objetivo de permanencia como la ley N° 27.412<sup>29</sup>, que dispuso la paridad de género a nivel nacional para las listas de diputados, senadores y parlamentarios del Mercosur.

---

<sup>26</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia del TJCE del 17/10/1995 en el Asunto *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Op. Cit, p. 3.

<sup>27</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia del TJCE del 17/10/1995 en el Asunto *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Op. Cit, p. 3.

<sup>28</sup> REY MARTÍNEZ, Fernando, “Acción Positiva y Discriminación Inversa: Delimitación”, Op.Cit., p. 16, BAHAMONDE, Macarena, “La falsa concepción de la acción positiva a favor de las mujeres como medida de discriminación inversa”, Universidad San Francisco de Quito, Law Review, Año 2, Vol. 2, N° 1, p. 37/38. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Op. Cit., p.689.

<sup>29</sup> Ley N° 27.412, publicada en el B.O. el 15/12/2017.

#### **4. La reforma constitucional de 1994.**

La reforma de 1994 implicó un avance en las formulaciones de la igualdad, superando la concepción formal con claros sesgos de constitucionalismo social, complementando las normas de la Constitución histórica, mediante la incorporación de las acciones positivas<sup>30</sup>.

Como lo mencionáramos anteriormente, la reforma las reconoce dentro de las atribuciones del Congreso en el artículo 75, inciso 23. Complementan esta disposición los artículos 37, 38 y la cláusula transitoria segunda, que buscan garantizar la igualdad y la representación de las minorías en materia electoral y partidaria.

Dado que se trata de una disposición referida a la igualdad material, debió haber sido incluida en la primera parte del texto constitucional, o al menos entre los nuevos derechos y garantías que se sancionaron. Esta situación responde a la prohibición de modificar las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional que dispuso el 7° de la ley N° 24.309, por lo que los convencionales apelaron a la estrategia de ampliar las atribuciones del Congreso para incorporar nuevos derechos<sup>31</sup>.

En nuestro ordenamiento éstas presuponen una intervención directa legislativa y administrativa, de ejecución, materialización y realización de la igualdad declarada<sup>32</sup>. Son prestaciones de dar y de hacer en favor de la igualdad; el verbo promover (en el inciso 23 del artículo 75) implica adoptar y ejecutar políticas activas que den impulso al acceso a la paridad real y efectiva, para lo cual es admisible la discriminación inversa<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006, T. I, p. 530.

<sup>31</sup> GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Op. Cit. p. 289.

<sup>32</sup> SABSAY, Daniel A., *Manual de Derecho Constitucional*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011, p. 301.

<sup>33</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Op. Cit., p. 532.

Quiroga Lavié<sup>34</sup>, considera que la incorporación de este instituto implicó constitucionalizar el trato diferenciado para todos aquellos que se encuentran en una situación de marginación en el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados de Derechos Humanos.

A fin de analizar la constitucionalidad de este tipo de medidas, es interesante lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al entender que sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable<sup>35</sup>. En consecuencia, las únicas distinciones inconstitucionales son las arbitrarias, considerándose tales las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, hostiles o que deparan privilegios indebidos<sup>36</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decir: “(...) sólo podrán establecer distinciones objetivas o razonables, cuando estas se realicen con el debido respeto de los derechos humanos y de conformidad con el principio de aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana”<sup>37</sup>.

La discriminación inversa supone una afectación mayor de los derechos fundamentales del colectivo desfavorecido, por lo que debe ser utilizada únicamente cuando no sea posible lograr la paridad mediante otras medidas de acción positiva. Está sujeta a un estricto control de proporcionalidad entre los fines que persigue y los derechos afectados, y siempre debe establecerse por ley<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, Zavalia, Buenos Aires, 2012, pp. 478/479.

<sup>35</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *"Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (merits) judgment*, 23/07/1968.

<sup>36</sup> Ver QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, Op. Cit., 2012, pp. 478/481, BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Op. Cit., p. 533.

<sup>37</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC – 18/03, “Condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados”, 19/09/2003, Serie A N° 18, párr. 105.

<sup>38</sup> Ver REY MARTINEZ, Fernando, “Acción Positiva y Discriminación Inversa: Delimitación”, Op. Cit., p. 16, BAHAMONDE, Macarena, “La falsa concepción de la acción positiva a favor de las mujeres como medida de discriminación inversa”, Op. Cit., pp. 37/38.

Saba<sup>39</sup> señala que la incorporación de estas medidas en el art. 75 inciso 23, torna irrelevante el debate sobre su constitucionalidad, dado que ya tienen reconocimiento constitucional, lo cual en definitiva obliga a conciliar esta norma con el artículo 16, quizás redefiniendo el significado de este último artículo.

No caben dudas que la incorporación de este dispositivo legal en el texto constitucional, reforzó la indelegable responsabilidad del Estado Argentino en la protección de los derechos de la mujer. Los artículos 37, 75 incisos 19 y 23, se complementan para garantizar los derechos de este colectivo.

## **5. Legislación y Jurisprudencia en la materia.**

Antes de la reforma de 1994 ya se habían implementado acciones positivas en torno a la política de cargos electivos. La ley N° 24.012<sup>40</sup> sancionada en el año 1991, modificó el artículo 60 del Código Nacional Electoral, el que quedó redactado de la siguiente manera: “(...) *Las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas*”. Con buen criterio la cláusula transitoria segunda de la Constitución Nacional reformada aclara que las acciones positivas del artículo 37 no serán inferiores a las vigentes al momento de su sanción.

Con posterioridad, la ley N° 27.412<sup>41</sup> dispuso la paridad de género a nivel nacional para las listas de diputados, senadores y parlamentarios del Mercosur. En consecuencia, no será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos.

La redacción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que tuvo lugar en el año 1996, se vio claramente influenciada por la reforma nacional. En consecuencia, es una de las que posee un reconocimiento más amplio de las acciones afirmativas para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en los artículos 36 y 38.

Por otra parte, son varias las provincias que reconocieron un cupo del 50%, permitiendo la paridad en cargos electivos en órganos colegiados; Santiago del Estero en el

---

<sup>39</sup> SABA, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en AMAYA, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución 1853-2004*, UCES, Buenos Aires, 2004, p. 511.

<sup>40</sup> Ley N° 24.012, publicada en el B.O. el 03/12/1991.

<sup>41</sup> Ley N° 27.412, publicada en el B.O. el 15/12/2017.

artículo 46 del Código electoral provincial<sup>42</sup>, Córdoba en el artículo 49 del Código Electoral<sup>43</sup>, Río Negro en el artículo 148 del Código Electoral y de Partidos Políticos<sup>44</sup>, y Buenos Aires en el artículo 32 de la Ley Electoral de la Provincia de Buenos Aires<sup>45</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, uno de los fallos emblemáticos sobre discriminación por razones de género y acceso al empleo por parte del colectivo femenino es “*Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/ amparo*”<sup>46</sup>. En el caso, la mencionada Fundación inició un amparo colectivo contra la empresa *Freddo S.A.*, alegando la utilización de prácticas discriminatorias contra el género femenino en la selección de personal. El juez de primera instancia no hizo lugar al amparo, argumentando que no se había demostrado que se hubiesen presentado mujeres a las convocatorias y que fueran rechazadas por su condición de tales. Asimismo, expresó que la ley prohíbe el empleo de mujeres en tareas peligrosas e insalubres, por lo que la empresa tiene la potestad de determinar su política de empleo.

La demandada reconoció que tomaba empleados del sexo masculino, porque además de preparar el producto y atender al cliente, podían cargar baldes con un peso de 10 Kg. e ingresar a los pozos de frío de gran profundidad y bajas temperaturas.

La Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia e hizo lugar al amparo, condenando a la empresa *Freddo SA* a contratar en el futuro sólo personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida.

Es interesante destacar la evaluación realizada por la Sala sobre las denominadas “acciones positivas” o “acciones afirmativas”, las que son tan necesarias como complejas de efectivizar. De este modo, argumentaron; “*Es sumamente razonable que el legislador intente corregir una desigualdad de la realidad a través de una diferenciación jurídica. Existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque suene*

---

<sup>42</sup> Ley N° 6.908, publicada en el B.O.P. el 19/09/2008, artículo 46.

<sup>43</sup> Ley N° 9.571, publicada en el B.O.P. el 29/12/2008, artículo 49.

<sup>44</sup> Ley N° 2.431, publicada en el B.O.P. el 05/09/2011, artículo 148.

<sup>45</sup> Ley N° 5.109, texto según ley N° 14.848 publicado en el B.O.P el 26/10/2016.

<sup>46</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “*Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo s.a. s/ amparo*”, 16/12/2002.

*contradictorio, cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados "programas de acción afirmativa", cuyo propósito es reparar injusticias pasadas".*

En este sentido, entendieron que el justificativo utilizado por la empresa no podía ser admitido ya que responde a prejuicios sobre el "sexo débil", agregando que: *"Al limitarse a la mujer la posibilidad de emplearse en determinadas tareas, por la sola razón de su sexo, se está restringiendo arbitrariamente su derecho a elegir una tarea u ocupación (...)".*

Un fallo interesante sobre cupos y acceso a los cargos públicos es *"Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo"*<sup>47</sup>.

En el año 2013 la Legislatura de la Ciudad designó como nuevo auditor General de la Auditoría General de la Ciudad al Sr. Facundo del Gaiso. La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), la Asociación Civil por los Derechos Civiles (ADC), la Fundación para el Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y la Fundación Mujeres en Igualdad (MEI), iniciaron acción de amparo contra la Legislatura con la siguiente finalidad: a) que se declarara la nulidad de la mencionada resolución y b) que se le ordenara a la demandada realizar un nuevo nombramiento adecuado al cupo femenino, previsto en el artículo 36 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el artículo 138 de la ley 70<sup>48</sup>, sobre Sistemas de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda, declarando la nulidad de la resolución cuestionada. La misma fue apelada por la demandada. La sala 3ª de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró parcialmente abstracta la demanda, ya que cuando las actuaciones arribaron a esa instancia se habían elegido nuevas autoridades para la Auditoría General de la Ciudad. No obstante, confirmó la sentencia apelada en cuanto a la invalidez de la designación cuestionada en el entendimiento de que el cumplimiento del cupo constituye un elemento reglado del acto de

---

<sup>47</sup> Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *"Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo"*, 28/04/2017.

<sup>48</sup> Ley N° 70, publicada en el B.O.C.B.A. el 29/09/1998.

nombramiento en examen, el que no puede ser soslayado por consideraciones vinculadas a la oportunidad, mérito o conveniencia de una solución diferente de la establecida en la norma.

En este sentido, el 70% del total de 7 (siete) miembros con que cuenta la Auditoría General de la Ciudad es igual a 4,9. Por lo tanto, la designación que dota al órgano citado de cinco integrantes del mismo género supera el límite numérico señalado e incumple con el mandato constitucional.

## **6. La incorporación de la perspectiva de género y las *affirmative actions* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Es importante iniciar este punto, recordando que a través del inciso 22 del artículo 75, la Constitución Nacional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a once Tratados Internacionales -en la actualidad catorce - en materia de Derechos Humanos, que revisten jerarquía superior a las leyes, formando junto con el texto de la Carta Magna el denominado Bloque de Constitucionalidad Federal o Regla de Reconocimiento Constitucional.

Este conjunto normativo que opera como sistema de fuentes reconocido por la doctrina como Bloque de Constitucionalidad Federal (BCF), es definido por Bidart Campos<sup>49</sup> como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución documental, cuyo fin es actuar como parámetro para el control de constitucionalidad de las normas de inferior rango. El “Bloque de Constitucionalidad Federal” es hoy la fórmula primaria de validez del derecho positivo argentino.

En la actualidad, en virtud de esta norma conviven dos tipos de fuentes. Por un lado, una fuente interna constituida por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos del artículo 75 inciso 22, y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por el otro, una fuente externa integrada por las Opiniones Consultivas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El objeto y fin de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), no es otro que la tutela efectiva o el efecto útil de los derechos y garantías

---

<sup>49</sup> BIDART CAMPOS, Germán, El derecho de la constitución y su fuerza normativa, Buenos Aires, editorial Ediar, 1995, p. 265/267.

reconocidos en la misma. La Corte Interamericana deviene por tanto, en guardián de dicha tutela. En palabras de Nogueira Alcalá<sup>50</sup>, este tribunal mantiene la "supervigilancia" del cumplimiento de las obligaciones asumidas. Ello significa que "*los custodios jurisdiccionales nacionales están custodiados por custodios jurisdiccionales internacionales y supranacionales*".

¿Cómo garantiza la Corte Interamericana este efecto útil?; aplicando el control de convencionalidad. En este orden de ideas, en la actualidad son varios los fallos en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la violencia hacia la mujer y la violencia de género.

Es interesante destacar que el accionar del Tribunal Internacional en esta materia, fue muy limitado hasta el año 2006, en gran medida por la reticencia de la Comisión en la remisión a la Corte de demandas individuales referidas a cuestiones de género. En consecuencia, la Corte podría haber incorporado la perspectiva de género en casos anteriores<sup>51</sup> como "*Loayza Tamayo vs. Perú*"<sup>52</sup> o "*Maritza Urrutia vs. Guatemala*"<sup>53</sup>, que se trataban sobre el secuestro y/o detención arbitraria de mujeres.

En el precedente "*Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*"<sup>54</sup> del año 2006, se puede ver como la Corte empieza a incorporar esta perspectiva. En esa oportunidad señala: "*Al analizar los hechos y sus consecuencias la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres. Ha sido reconocido por diversos órganos peruanos e internacionales que durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones*

---

<sup>50</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos", Chile, Junio de 2013, p.1. Ver en

[http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/08\\_NOGUEIRA.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/08_NOGUEIRA.htm)

<sup>51</sup> Ver CLÉRICO, Laura, NOVELLI, Celeste, "La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Op. Cit. pp.16.

<sup>52</sup> Corte IDH "*Loayza Tamayo vs. Perú*", 17/09/1997, Serie C No. 25.

<sup>53</sup> Corte IDH, "*Maritza Urrutia vs. Guatemala*", 27/11/2003, Serie C No.103

<sup>54</sup> Corte IDH, "*Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*", 25/11/2006, Serie C No. 160, párr. 223.

*específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”.*

En el año 2009 el Tribunal dicta sentencia en un caso paradigmático; *“González y otras (“campo algodoner”) vs. México”*<sup>55</sup>. En este precedente trata la desaparición y muerte de tres jóvenes en la Ciudad de Juárez. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegó ante el Tribunal la responsabilidad internacional del Estado Mexicano por: (i) la falta de medidas de protección a las víctimas; (ii) la falta de prevención de estos crímenes, pese al conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género en la zona, (iii) la inexistencia de respuesta de las autoridades frente a la desaparición, (iv) la ausencia de debida diligencia en la investigación de los asesinatos; y (v) la denegación de justicia y de reparación adecuada.

La novedad del caso reside en el abordaje que hace la Corte, enfatizando como causal el contexto de desigualdad estructural en el que se encontraban las víctimas.

No obstante, coincidimos con quienes entienden que el análisis del Tribunal resulta en algún punto insuficiente dado que basó las causales de desigualdad estructural solamente en factores culturales, omitiendo los referidos a la estructura de producción que atraviesa las formas de acceso al empleo y su relación con la desaparición y muerte de las mujeres; que en definitiva se trata de trabajadoras, jóvenes, por lo general migrantes y de escasos recursos económicos, sometidas a condiciones cercanas a la explotación laboral<sup>56</sup>.

En esta línea el Tribunal Internacional entendió que: *“(…) el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (...), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente*

---

<sup>55</sup> Corte IDH. *“González y otras (“campo algodoner”) vs. México”*, 16/11/2009, Serie C No. 205, párr. 401.

<sup>56</sup> Ver, CLÉRICO Laura, NOVELLI, Celeste, “La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: Notas para re-escribir “Campo Algodonero”, Revista de Ciencias Sociales, Volumen Monográfico Extraordinario, Universidad de Valparaíso, Chile, 2015, p. 458

*persistentes (...). La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer (...)*<sup>57</sup>.

Con posterioridad en el caso “*Gelman vs. Uruguay*” del año 2011 destacó: “*Los señalados actos cometidos contra María Claudia García pueden ser calificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer, que habrían sido perpetrados por agentes estatales argentinos y uruguayos, que afectaron gravemente su integridad personal y estuvieron claramente basados en su género*”<sup>58</sup>.

No caben dudas que estos precedentes sentaron las bases para la incorporación de la perspectiva de género.

Por otro lado, el Tribunal Internacional se expidió acerca de la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para garantizar la igualdad y erradicar toda forma de discriminación en varios precedentes. Si bien se trató de un caso de discriminación por orientación sexual y otro por discapacidad, el Tribunal Internacional se expide expresamente sobre estas medidas en los casos “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*”<sup>59</sup> y “*Furlan y familiares vs. Argentina*”<sup>60</sup> ambos del año 2012.

## **7. Conclusiones.**

Nuestro país se hizo eco del cambio de paradigma en la concepción del derecho a la igualdad, realizando la transición de una concepción formal a una material o estructural. Esta transición que se empezó a vislumbrar lentamente en la jurisprudencia, si bien se termina de efectivizar con la consagración de las acciones positivas en el nuevo texto constitucional de 1994.

A veinticinco (25) años de la reforma, consideramos que el balance sobre este punto es positivo, toda vez que coadyuvó para garantizar la paridad de género. Las acciones positivas, como vimos en el presente trabajo, tuvieron una recepción cada vez más amplia, tanto en la legislación como en la jurisprudencia.

---

<sup>57</sup> Corte IDH, “*González y otras (“campo algodonero”) vs. México*”, 16/11/2009, Serie C No. 205, párr. 401.

<sup>58</sup> Corte IDH, “*Gelman vs. Uruguay*”, 24/02/2011, Serie C. No. 221, párr. 98.

<sup>59</sup> Corte IDH, “*Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*”, 24/02/2012, Serie C No. 239, párr. 80.

<sup>60</sup> Corte IDH, “*Furlan y familiares vs. Argentina*”, 31/08/2012, Serie C No. 246, párr. 134.

Si bien es innegable la mayor participación de la mujer en el ámbito público, impulsada principalmente por distintas acciones positivas adoptadas por el Estado argentino en los últimos años, no podemos afirmar que la discriminación por razones de sexo haya sido erradicada.

Esperamos que se sigan desarrollando y afianzando estas medidas para eliminar la brecha entre la “igualdad formal” e “igualdad real”. Es decir, entre la existencia de los derechos y su reconocimiento, exigibilidad y efectivo goce, en particular para las mujeres cuyo tránsito ha sido más lento<sup>61</sup>.

Es necesario destacar que el eje fundamental al incorporar las acciones positivas en los textos constitucionales, es contribuir a erradicar el problema social de la violencia contra las mujeres, comprendiendo a ésta como una violación en última instancia a los derechos humanos.

El estudio de esta temática, nos permite abordar los derechos de uno de los grupos más desaventajados -como es el caso de los derechos de la mujer-, que exige un rol activo por parte del Estado para que pueda alcanzarse un equilibrio social, a través de medidas especiales de tutela dirigidas a las personas que sufren procesos estructurales de discriminación.

---

<sup>61</sup> SANTIAGO, Martín, “Palabras del Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en la Argentina”, en “Protocolo de trabajo en talleres para una justicia con perspectiva de género”. Material de trabajo para Magistrados, p. 4.