

# LAS ACCIONES AFIRMATIVAS COMO ESTRATEGIA PARA LA EQUIDAD. A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 36 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES <sup>1</sup>

Patricia GÓMEZ <sup>2</sup>

## I. Introducción

En 1996 se llevó adelante la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de dotar al nuevo Estado de una Carta fundacional con varias características novedosas. Sólo por mencionar algunas, incluye derechos de participación ciudadana -como las audiencias públicas y la iniciativa popular legislativa-; así como ejes para el diseño de políticas públicas poniendo especial atención en los grupos subalternizados.

Ya desde su preámbulo incluye una serie de valores propios del clima de época: su redacción es deudora de una cultura del respeto de los derechos humanos que comienza a instalarse en la segunda mitad de siglo XX y que intenta consolidarse a finales del mismo. Prueba de ello es la apelación al desarrollo humano, la libertad y la solidaridad, entre otros valores modernos. Especialmente relevante es la inclusión de la igualdad, haciendo un reconocimiento específico a las identidades plurales y a la mención explícita de las mujeres sin apelar al uso lingüístico del genérico masculino para dar cuenta de

---

1 Algunas de las ideas presentadas fueron expuestas previamente en “Igualdad real y acciones afirmativas. Acerca del artículo 36 de la Constitución de la CABA”, en BASTERRA, Marcela (2016, dir.) *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición comentada*. Buenos Aires. Jusbaire; pp. 401-413.

2 Licenciada en Ciencia Política por la Universidad de Buenos Aires y Doctoranda por la Universitat Autònoma de Barcelona. Secretaria Académica del Programa de Actualización de Género y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y miembro del Observatorio de Género en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

su condición de ciudadanía <sup>3</sup>. En este sentido, se observa un cuerpo normativo que cuida el uso de un lenguaje no sexista y no discriminatorio, siendo el resultado de las discusiones desarrolladas en las sesiones de la Convención, tanto en plenario como en comisiones <sup>4</sup>. Probablemente, ello ha sido posible por la participación de un mayor número de mujeres que en otros procesos semejantes, como el de la Convención Nacional Constituyente de 1994, y donde otras voces comienzan a ser atendidas como sujetos de derechos.

A lo largo del articulado, la noción de igualdad no sólo está entendida en el sentido liberal clásico de igualdad ante la ley, sino también como igualdad de oportunidades y trato <sup>5</sup>. Ello se transversaliza en varios de los capítulos de la Constitución y en caso del capítulo noveno, se refiere específicamente en la igualdad entre varones y mujeres con tres artículos, a saber: igualdad real de oportunidades en el ejercicio de derechos a través de acciones afirmativas; reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos básicos; y la incorporación de la perspectiva de género en el diseño y ejecución de políticas públicas en la Ciudad.

---

3 La última edición de la *Gramática de la Lengua Española* (2009) establece que el género no marcado es el masculino y el género marcado es el femenino, y que el uso del primero hace innecesario la mención del segundo; caso contrario, estamos en presencia de circunloquios. Las consecuencias jurídicas y legales de estas consideraciones se traducen en exclusiones en la consideración y el disfrute de derechos por parte de colectivos específicos y en la negación de la condición de ciudadanía. Prueba de ello son los avatares judiciales atravesados por la *Asociación de Lucha por la Identidad Travesti Transexual (ALITT)* en el pedido de su personería jurídica y que culminó cuatro años después con un dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cf. AA.VV. (2008). *Políticas de reconocimiento*, vol 1. Buenos Aires, Ediciones Ajá de pollo.

4 Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2016). *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*; compilado por M<sup>a</sup> Alejandra PERÍCOLA, 1<sup>a</sup> ed. Buenos Aires, Jusbaire; pp. 550-557. Especialistas del Derecho y la Lingüística vienen trabajando desde hace dos décadas sobre el tema, y prueba de ello son las guías de lenguaje no sexista para las administraciones públicas, por ejemplo. Cfr. BENGOCHEA, Mercedes (2011), “El lenguaje jurídico no sexista, principio fundamental del lenguaje jurídico modernizado del siglo XXI”, en *Anuario Facultad de Derecho*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá IV, pp. 15-26.

5 Para un análisis profundo sobre el derecho a la igualdad véanse los trabajos relacionados que se encuentran en esta obra colectiva.

A continuación, se presentan algunas consideraciones y comentarios sobre el artículo 36 en cuanto a las nociones de igualdad y no discriminación, analizando la inclusión de las acciones afirmativas en el corpus constitucional. Debe tenerse en cuenta que al momento que se escriben estas líneas se ha promulgado la ley 27.412 a través del Decreto 1035/2017. Dicha norma establece el principio de paridad de género en la conformación de las listas de cargos electivos nacionales y supranacionales (con vigencia de aplicación para las elecciones de 2019), así como modificaciones a la Ley 23.298 que regula la actividad de los partidos políticos indicando que las cartas orgánicas deben respetar dicho principio en el acceso a los cargos partidarios y estableciendo como causal de caducidad de la personería de los partidos la violación de dicho principio.

La reciente promulgación de dicha legislación excede del marco de referencia de las reflexiones que se presentan a continuación, aunque es muy importante en un futuro cercano, realizar un análisis comparado sobre las acciones afirmativas para mujeres y la paridad de género, en términos conceptuales y procedimentales y las consecuencias en el derecho electoral <sup>6</sup>. Baste señalar por el momento que en ambos casos se apunta a la conformación de una ciudadanía libre de principios sexuados en el ejercicio de los derechos. Sin embargo, mientras que en el caso de las acciones afirmativas estamos en presencia de una medida instrumental, definida por la Unión Interparlamentaria como *paliativa y temporaria*, la paridad de género opera como un *principio rector* y, en consecuencia, de carácter definitivo, para promover e implementar la democracia paritaria.

## II. Acerca de la igualdad y la no discriminación

Un aspecto central en el ordenamiento internacional de los derechos humanos es la consagración del principio de igualdad y no discriminación; principio que con el correr del tiempo se ha ido perfilando más acabadamente hacia sujetos y grupos y no solamente desde la individualidad. La *Carta de las Naciones Unidas* en 1945 establece el principio de igual acceso a los derechos y se reitera en

---

6 Como puntapié inicial del debate, cfr. JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina (2017), “La paridad como argumento de la emancipación: oportunidades y límites”, en BERGALLO, Paola y Aluminé MORENO (edit.), *Hacia políticas judiciales de género*. Buenos Aires, Jusbairens, 1<sup>a</sup> ed.; pp. 261-269.

distintas normas supranacionales como la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (1948) y el *Pacto de San José de Costa* (1969), por mencionar sólo algunas. Con distintas fórmulas, en estos instrumentos se manifiesta el compromiso al respeto y garantía de los derechos sin distinciones por parte de los Estados firmantes.

De esta manera, un conjunto de herramientas normativas pone su foco de atención en áreas temáticas y/o en situaciones de colectivos específicos para dar cuenta de los alcances de los derechos reconocidos internacionalmente, frente a la heterogeneidad de las relaciones sociales y la comprensión restrictiva de dicho alcance <sup>7</sup>. Prueba de ello lo constituyen la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW, por sus siglas en inglés; 1979) <sup>8</sup> y la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing* (1995), entre otros.

Durante la última década del siglo XX especialmente, los principios de igualdad y no discriminación se entienden como parte de una misma relación. En el caso que nos ocupa referido a las mujeres, las disposiciones de la CEDAW dan cuenta de la permanencia de espacios de construcción y reproducción de las desigualdades, y de la necesidad de suprimir las inequidades. Por ello, la definición de *discriminación contra la mujer* postulada en su art. 1 es entendida como

*“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.*

La definición pone un hito fundamental y fundacional en la forma de entender la igualdad entre los sexos al articular cuatro presupuestos articulados: (a) la prohibición de discriminar por los motivos y las formas que fueren; (b) la atención en las consecuencias

---

7 Por ejemplo, recién en 1993, con la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, se reconoce que los derechos de las mujeres son derechos humanos.

8 Con rango constitucional por el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y, por consiguiente, de aplicabilidad en la interpretación del articulado de la CCABA.

de la discriminación y no sólo en los orígenes de la misma; (c) la responsabilidad de los Estados en la garantía y ejercicio de los derechos; y (d) el reconocimiento de distintas esferas susceptibles de intervención. En síntesis, se establece un giro muy relevante en el concepto de igualdad al entenderla como igualdad sustantiva en un contexto de goce de los derechos humanos, y avanza desde el postulado de sujetos iguales ante la ley, entendido como trato idéntico, a la noción de igualdad de oportunidades y trato.

La importancia de la CEDAW y de las resoluciones posteriores de su Comité residen en la deconstrucción de un concepto de igualdad hegemónico en la estructura jurídica y política entendido sólo como igualdad de *iure*, y fortalece esta perspectiva al incorporar, a través de su art. 4 la adopción por parte de los Estados de “*medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer*”, que no serán consideradas discriminatorias en el marco de lo dispuesto por la Convención:

“En primer lugar, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación -que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares- por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. La segunda obligación de los Estados Partes es mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar los Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales”<sup>9</sup>.

Puede decirse esquemáticamente que mientras el Art. 1º de la CEDAW pone de relieve qué debe entenderse por igualdad entre varones y mujeres, el Art. 4 plantea qué debe entender como discriminación y sus distintas fórmulas<sup>10</sup>. Sin embargo, dichos artículos

---

9 Recomendación General N° 25, párrafo 7 (citas omitidas).

10 Cfr. FACIO, Alda (2008). “El derecho a la no discriminación”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos de las mujeres en los instrumen-*

no deben interpretarse como complementarios, sino que los conceptos de igualdad y no discriminación se articulan en un principio con valor jurídico de *ius cogens* <sup>11</sup>. En síntesis, la CEDAW consagra una idea de igualdad más amplia y sustantiva que posibilita la puesta en práctica de medidas especiales de carácter temporal destinadas a revertir asimetrías de poder en diversos campos.

Desde esta perspectiva y en este clima de ideas se realizan los debates de la Convención Constituyente de 1996 y, en consecuencia, la redacción del Art. 36 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CCABA), como parte integrante del capítulo noveno. Cabe aclarar que dado que dicho capítulo está dedicado a la igualdad entre varones y mujeres, las consideraciones que aquí se presentan se refieren a esos colectivos en particular, sin que ello signifique perder de vistas consideraciones más generales sobre el principio de igualdad referido a otros grupos. Sin embargo, no debe perderse de vista, la necesidad de comenzar a realizar lecturas críticas teniendo en cuenta que la perspectiva de género no puede circunscribirse a distinciones binarias entre varones y mujeres definidos en términos de genitalidad <sup>12</sup>.

Estas premisas se recogen nuevamente veinte años después y en forma más amplia en la Ley 5261, sancionada en 2015 y denominada *Ley contra la Discriminación* <sup>13</sup>, al reafirmar el compromiso con la garantía y promoción de la igualdad sustantiva, la prevención de la discriminación en todas sus formas a través de las acciones afirmativas y, muy especialmente, la sanción y reparación de los

---

*tos del Sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 11-25.

11 Ésta es la interpretación generalmente utilizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintas intervenciones de los últimos años.

12 Para ampliar esta discusión desde una perspectiva de respeto de los derechos humanos, véase Observatorio de Género en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (2015), *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Buenos Aires, Jusbairens, 2<sup>a</sup> ed.

13 Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2016), *Normas institucionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Jusbairens, 3<sup>a</sup> ed.; pp. 133-142.

actos discriminatorios, entendiendo las disposiciones de la ley como de orden público. “Ésta se configura como una de las normas más modernas a nivel mundial en materia de establecer -en su artículo 2- distintas tipologías, tales como la *discriminación de iure* (..) y la *discriminación de facto* (...). Asimismo, incorpora -en el artículo 13- la teoría de la carga dinámica de la prueba ya que establece que en los procesos promovidos en los cuales se controvierte la existencia de hecho, acto u omisión discriminatoria, resultará suficiente para la parte que afirma dicho motivo la acreditación de hechos que, evaluados *prima facie*, resulten idóneos para inducir su existencia”<sup>14</sup>.

### III. Androcentrismo del Derecho

La noción hegemónica de igualdad presente en nuestro andamiaje jurídico debe entenderse como igualdad de *iure*, en tanto hay un reconocimiento formal de los derechos de las mujeres que en general no se corresponde con la situación real y, en muchos casos, obstaculiza el ejercicio de derechos. Contrariamente a lo que podría suponerse desde una posición de neutralidad valorativa, las diferencias entre varones y mujeres no llevan a una organización social más rica y diversa a partir de los aportes de todos los sujetos intervinientes, sino que tiene el sentido de una jerarquización masculina que se universaliza y se manifiesta como la organización androcéntrica de las relaciones sociales, es decir, la ubicación de (un cierto tipo de) hombre en el centro/cúspide de las jerarquías.

Esta forma androcéntrica de organización de lo social excluye especialmente a las mujeres pero no de manera exclusiva, sino que también lo hace con los varones que no forman parte de las clases dominantes. Así se conforma un arquetipo viril que se erige como sujeto universal del Derecho y se generaliza sin dejar huellas de las contradicciones y exclusiones sobre las que se sostiene. Se define desde el *Andros* de la democracia griega, es decir el varón, adulto, libre, religiosamente monoteísta, ciudadano, propietario, heterosexual y, actualmente, caucásico, occidental y alfabetizado.

---

14 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2016). “Introducción: La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996-2016): Veinte años de derechos, garantías y políticas especiales”, en BASTERRA, Marcela (2016, dir.) *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición comentada*, cit., pp. 63-64.

Los derechos son definidos desde este universal androcéntrico y en consecuencia, el lenguaje legal y la práctica jurídica va a suponer un sujeto dominante masculino, que no es cualquier varón sino el que se alinea con todos los aspectos del *Andros*, organizando desde allí un discurso jurídico, científico y religioso cuasi absolutista <sup>15</sup>. “Tanto en los sistemas nacionales como en el sistema internacional de derechos humanos se ha partido de la concepción de que la pertenencia al género femenino o masculino son características ontológicas y no construcciones de la percepción, intervenciones culturales o identidades forzadas por el propio sistema social de jerarquías entre los sexos (...) El derecho ha contribuido activamente en la transformación de una perspectiva en una ‘instancia objetiva de neutralidad’” <sup>16</sup>. En resumen, en el sistema jurídico, el punto de vista de los varones dominantes se transforma en la regla objetiva que no es entendida como un punto de vista entre otros, sino en la unidad de medida que legitima la dominación masculina y la refuerza con su aplicación, objetivando estructuras sociales que los procesos jurídicos reflejan <sup>17</sup>.

En este debate se ubica la discusión de la Convención Constituyente de 1996 al hablar de igualdad real de oportunidades y trato <sup>18</sup>, ya que esta noción da cuenta de situaciones diferenciales en la formulación y disfrute de los derechos humanos. Atendiendo a la incorporación formal de las mujeres en el sistema político y el sistema de partidos desde los inicios del siglo XX y su presencia en las instituciones públicas, estamos en presencia de un proceso que no puede entenderse como el resultado de una relación lineal entre la extensión del derecho de voto y el ejercicio de la ciudadanía, ya

---

15 MORENO SARDÀ, Amparo (1988), *La otra 'Política' de Aristóteles. Cultura de Masas y divulgación del Arquetipo Viril*. Barcelona. Editorial Icaria, 1ª ed.

16 RODRÍGUEZ, Marcela V. (1997), “Tomando los derechos de las mujeres en serio”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires. Ediciones Del Puerto/CELS, 1997. Las comillas son de la autora.

17 Cfr. MACKINNON, Catharine (2014), *Feminismo Inmodificado: Discursos sobre la Vida y el Derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

18 Véase especialmente las intervenciones de M<sup>a</sup>. José Lubertino y Eugenio Zaffaroni en *Diario de Sesiones...* op. cit., pp. 688-691 y 694-697 (respectivamente).

que por definición, la ciudadanía política implica el derecho al sufragio pero este último no presupone *necesariamente* la condición de ciudadano/a. Ya no se trata solamente del acceso de grupos subalternizados al espacio público, sino en analizar las formas de inclusión y de exclusión en una organización androcéntrica.

En esta línea, cabe preguntarse si el derecho de las mujeres al sufragio ha supuesto su constitución como ciudadanas. En todo caso puede afirmarse que las mujeres accedieron a la ciudadanía como *un principio de inclusión excluyente*: las *incluye* en tanto presentan derechos políticos, pero las *excluye* de la pertenencia a la comunidad política ya que no forman parte de los procesos de toma de decisiones por una organización androcéntrica de la estructura política <sup>19</sup>. Pero para que las concepciones restrictivas de la ciudadanía e igualdad cambien, no alcanza con “agregar mujeres”. Y de allí deviene la crítica feminista al liberalismo contemporáneo al impugnar la “trampa” que encierra el ideal abstracto de ciudadanía, construido a la medida de quienes participaron de su definición. Incluso RAWLS se permite dejar fuera del velo de ignorancia en la situación original, el hecho de que quienes establecen la definición de justicia son patriarcas cabeza de familia. Con lo que de una vez se asegura que sean varones y no se debata la estructura de la familia patriarcal <sup>20</sup>.

De lo que se trata es de generar una masa crítica de ciudadanas en condiciones de autoridad como para discutir las propias normas constitutivas de la estructura de los derechos.

#### IV. Acciones afirmativas

Con el eje en la noción de igualdad de oportunidades y trato, el artículo 36 de la CCABA incluye acciones destinadas a acelerar la incorporación y permanencia de las mujeres en aquellos terrenos

---

19 GÓMEZ, Patricia, “Acciones afirmativas para grupos desaventajados. Un análisis del caso argentino”, en GARCÍA INDA, Andrés y LOMBARDO, Emanuela (coord.), *Género y Derechos Humanos*, 1ª ed., Zaragoza, Mira Editores, 2002, p. 127-149.

20 Cfr. RAWLS, John (1993), *Teoría de la justicia*, 1ª ed. en castellano, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

en los que se verifican barreras u obstáculos difíciles de sortear a través de medidas alternativas <sup>21</sup>.

Las acciones afirmativas pueden definirse como aquellos mecanismos adoptados por instituciones y/o grupos organizados con el objeto de garantizar el principio de igualdad de oportunidades en presencia de grupos históricamente subalternizados. El uso del término subalternización en estas consideraciones pretende dar cuenta de la situación impuesta a determinados grupos como resultado de una organización social androcéntrica, y no como consecuencia de una situación individual o colectiva de disvalor intrínseco, lo cual resulta indispensable a la hora de considerar derechos y pretender su disfrute.

Tanto la denominación como el concepto de acciones afirmativas no han estado exentos de polémicas y conviene empezar por hacer una brevísima distinción terminológica. La tradición del derecho antidiscriminatorio tiene su origen en USA y ha acuñado el término discriminación inversa, que en la tradición europea se ha dado en llamar discriminación positiva. Tanto uno como el otro han sido criticados por considerarse que suponen una contradicción en sí misma. Desde el punto de vista político, el concepto de discriminación alude al desfavorecimiento de una persona o grupo y que se manifiesta en una desvalorización; mientras que desde el punto de vista jurídico, remite a toda infracción al principio de igualdad y a la violación de la igualdad cuando criterios prohibidos de diferenciación <sup>22</sup>. Sin embargo, cuando se habla de discriminación inversa / discriminación positiva, la polémica gira en torno al desfavorecimiento al que se verán sometidos ciertos sujetos para valorizar las libertades de los que forman parte de grupos socialmente subalternizados.

Por cuestiones de espacio, aquí se utiliza la noción de acciones afirmativas ya que, por un lado, constituye el núcleo del derecho antidiscriminatorio y, por otro, aun cuando su definición normativa no es muy clara según algunos/as autores/as porque refiere a la posi-

---

21 La Constitución Nacional reconoce a las acciones positivas de forma explícita tanto en el art. 37 (referido a la participación política) como en el art. 75 inc. 23.

22 BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (1997), *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas.

tividad de medidas que se instrumentan como políticas en beneficio del conjunto de la comunidad, y no exclusivamente para los sujetos individuales o colectivos a las que van destinadas en primera instancia. Por último, la denominación de acción afirmativa proviene de la expresión estadounidense “affirmative action policy”, aunque se usa en el mismo sentido, preferentemente en ámbitos fuera del académico, la expresión acción positiva, procedente de la inglesa “positive action”.

La implementación de acciones afirmativas presenta alguno de uno de los siguiente requisitos: (a) la garantía de promoción de sujetos de derechos para asegurar el disfrute de los derechos humanos y de las libertades básicas; (b) la temporalidad de las medidas frente a una situación de desigualdad inicial; (c) la aplicabilidad de las medidas siempre que no resulte en el mantenimiento de estándares jurídicos separados.

Las acciones afirmativas pueden implementarse de dos maneras. Una de ellas a través de la incorporación de una porción significativa de miembros de sectores subalternizados en determinadas posiciones a través de políticas activas de promoción por parte de las instituciones públicas o privadas. Esta modalidad denominada por *objetivos* establece metas a cumplir en un período de tiempo determinado previamente. Ejemplo de ello es la Plataforma de Acción de Beijing (1995) y el Plan de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato entre Mujeres y Varones en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establecido por la Ley 474. En esta modalidad se inscriben dos de los tipos de programas de acción afirmativa que distingue la jurisprudencia estadounidense: los blandos (*soft*), oportunidades para todos los grupos de población, más allá de su condición de raza o sexo, y los enérgicos (*aggressive*), dirigidos a obtener un resultado por lo que asignan un “plus” a determinados grupos en competición con el resto de la población, pero sin excluir totalmente a quienes no forman parte de tales grupos de los beneficios del programa.

Otra forma de llevar adelante acciones afirmativas es la generación de situaciones especiales para los grupos históricamente subalternizados a través de *cuotas*, es decir la obligatoriedad temporal de incorporar un número mínimo e indispensable de individuos pertenecientes a dichos grupos en determinadas posiciones. Este formato de acciones afirmativas puede llevarse a cabo por lo que la jurisprudencia estadounidense califica como programas enérgicos, o

por lo que denomina rompedores (*hardball*), ya que establecen una preferencia “absoluta” hacia miembros de determinados grupos. La implementación de este formato en los Estados Unidos de América tiene como requisito la comprobación de la victimización del colectivo en cuestión -por parte de la Administración-; sin embargo no comparto que la incorporación de las mujeres al ejercicio de la igualdad deba partir de la dicha premisa.

Entre los variados argumentos favorables al establecimiento de acciones afirmativas a través de cuotas, puede señalarse que las mismas compensan las barreras que presentan las prácticas políticas para las mujeres, ya que éstas son tan competentes como los varones pero sus calificaciones son degradadas y minimizadas en una organización social androcéntrica.

En oposición a la implementación de las cuotas puede argüirse que este tipo de medidas vulnera la igualdad ante la ley y genera graves conflictos en la organización partidaria; en consecuencia, estaría lesionando gravemente el vínculo representativo. Pero la cuestión es más compleja: frente a un trato imparcial, las posibilidades de las mujeres de integrar las listas de partidos políticos se ven sensiblemente reducidas como resultado de mecanismos discriminatorios más o menos sutiles. Para lograr un marco equitativo de oportunidades para todos los individuos con el fin de obtener instituciones justas, es necesario instrumentar medidas que garanticen no sólo las libertades básicas, sino también -y muy especialmente- la compensación de la menor utilidad de la libertad para algunos sectores, como son las mujeres. Si las acciones positivas cuestionan el vínculo representativo no es porque supongan *per se* la representación de intereses de género, sino porque muestran en toda su complejidad la situación de subalternización de buena parte de los individuos en relación con el arquetipo viril protagonista del Derecho.

Estas discusiones estuvieron presentes (y lo continúan estando) en distintos reclamos judiciales. Citaremos sólo dos ejemplos ilustrativos: uno referido a la jurisdicción de la República y otro, a la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el primero, el reclamo llegó a la CIDH en junio de 1994 a través de María Teresa Merciadri de Morini alegando violación de derechos al debido proceso, a los derechos políticos, a la igualdad ante la ley y a los recursos efectivos, establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte del Estado argentino, frente al incumplimiento de la Ley 24.012 en la oficialización de la lista electoral de la Unión Cívica

Radical para diputados/as nacionales por la provincia de Córdoba (Caso 11.307). El mismo fue resuelto de manera amistosa según los procedimientos de la CIDH en tanto el Estado Argentino publica el Decreto 1246/2000 para establecer la interpretación adecuada de la ley en lo que hace a la posibilidad de las mujeres de resultar electas y de esta manera garantizar lo establecido por el artículo 37 de la Constitución Nacional y en las normas concordantes de los Tratados internacionales de derechos humanos de los que la República Argentina es parte (Informe 103/01 de la CIDH).

En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el conflicto se judicializó a través del Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario como consecuencia de la interposición de un recurso de amparo presentado por cinco organizaciones de la sociedad civil <sup>23</sup> contra la Legislatura de la Ciudad, por no haber respetado el art. 36 de la Constitución local en el proceso de designación de una nueva persona para integrar la auditoría general (Exp. a1684-2015/0 del 03/11/202015) <sup>24</sup>. El Juez de primera instancia a cargo del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 resolvió: a) hacer lugar a la acción de amparo; b) declarar la nulidad de la resolución 357/2013 de la Legislatura por la cual se designó a Juan Facundo del Gaiso como auditor general de la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y c) disponer la reparación del daño colectivo por parte de la Legislatura a través del cumplimiento de la medida prevista en el inciso d) del artículo 15 de la ley 5.261 (emisión y difusión de disculpas públicas al grupo discriminado), a tra-

---

23 Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Fundación para el Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), y Fundación Mujeres en Igualdad (MEI)

24 El objeto del amparo consistía en que se declare la nulidad de la Resolución 357-13 emitida por la Legislatura de la Ciudad 9 de diciembre de 2013, por la que se designó a un nuevo auditor de la Auditoría General de la Ciudad como consecuencia de la vacancia producida a raíz de la renuncia de una de las auditoras. Asimismo, solicitaron se ordene a la accionada realizar una nueva elección para dicho cargo, de modo tal que se respete el cupo por sexo establecido por los arts. 138 de la ley 70 y 36 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Por otro lado, peticionaron, como medida cautelar, la suspensión de la designación del auditor general aprobada por la resolución atacada, hasta tanto se resolviese el fondo del asunto.

vés de su publicación en alguno de los tres medios de prensa gráfica de mayor tirada en la ciudad.

En los fundamentos de esta decisión nos encontramos con un repaso por los compromisos con el derecho a la igualdad que ha asumido la Ciudad de Buenos Aires, enfatizando -en lo que aquí importa- en el alcance del artículo 36 de la Constitución de la Ciudad y recordando la plena vigencia, tanto de la Ley 474 (Plan de igualdad real de oportunidades y de trato entre mujeres y varones) como la más reciente Ley 5261 (Contra la discriminación). La sentencia concluye con un párrafo que vale la pena destacar: "...las alternativas del caso en estudio no hacen más que ratificar la situación de colectivo objeto de trato desigual desfavorable que recae sobre las mujeres en nuestro país. Evidentemente no sólo no ha bastado con la consagración de la igualdad formal ante la ley (proceso gradual cuyas últimas etapas son incluso muy recientes), sino que pareciera que, en ocasiones, tampoco las medidas de acción positiva resultan suficientes. No en vano la Convención insta a modificar no sólo instrumentos jurídicos, sino también 'usos y prácticas' que constituyan discriminación contra la mujer"<sup>25</sup>.

Dicha sentencia fue apelada tanto por la demandada como por el Sr. del Gaiso por lo que intervino la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III. La resolución de este Tribunal<sup>26</sup> recordó nuevamente que sólo bastaba un simple cálculo matemático para demostrar que se encontraba incumplida la obligación constitucional a la participación de las mujeres y que permite comprobar que el 70% del total de siete miembros con que cuenta la AGCABA es igual a 4,9. Por lo que la designación que dota al órgano citado de cinco integrantes del mismo género supera el límite numérico señalado e incumple con el mandato constitucional<sup>27</sup>.

---

25 Considerando 13.

26 Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III, "ASOCIACION CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA y otros CONTRA LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES SOBRE AMPARO". A1684-2015/0, 28/04/2017.

27 Considerando 7.

Asimismo, la Sala III entendió que el hecho de que haya cesado el acto discriminatorio que originó la causa no excluye la posibilidad de una reparación del daño colectivo causado por un medio razonable, proporcional y previsto en la ley. Por otro lado, expresó que “las medidas de reparación del daño colectivo previstas en el artículo 15 de la ley 5261 no requieren de petición de parte; verificados ciertos requisitos, el tribunal *debe* disponerlas. Cabe agregar, en análogo sentido, que las disposiciones de la ley citada son de orden público (cf. art. 1º. g). En función del principio *pro homine*, de la índole de la afectación, del tiempo por el que se extendió, del hecho de que haya sido llevada a cabo por uno de los poderes públicos de la Ciudad y de la publicidad que recibió la designación, la medida contemplada en el artículo 15, inciso ‘d’ de la ley 5261 resulta adecuada para evitar la repetición de conductas discriminatorias y cumplir con los fines enunciados en el artículo 1º de la ley”.

Finalmente, resolvió declarar abstracto el objeto de la presente acción de amparo en lo relativo a la realización de una nueva designación ajustada al cupo establecido por los artículos 36 de la CCABA y 138 de la ley 70 y, rechazar los recursos de apelación interpuestos y confirmar la resolución impugnada.

La importancia de las consideraciones esgrimidas en las resoluciones mencionadas dan cuenta que la invisibilización y /o la neutralización de procesos de ampliación de derechos tiene efectos directos sobre las personas, ya sea en términos individuales o colectivos. Por ello, la Recomendación General N° 25 del Comité de la CEDAW señaló que la legislación y políticas públicas ancladas en criterios neutros aparentes en cuanto al género pueden tener repercusiones negativas sobre las mujeres: “(...) La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente. Las necesidades y experiencias permanentes determinadas biológicamente de la mujer deben distinguirse de otras necesidades que pueden ser el resultado de la discriminación pasada y presente cometida contra la mujer por personas concretas, de la ideología de género dominante o de manifestaciones de dicha discriminación en estructuras e instituciones sociales y culturales”.

La idea de alcanzar la igualdad de oportunidades a través de la desigualdad está comprendida en los principios de justicia rawl-

sianos, donde aplica el principio de la diferencia a la igualdad democrática: “las expectativas más elevadas de quienes están mejor situados son justas *sí y sólo sí* funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad”<sup>28</sup>. Las acciones afirmativas, más que cuestionar el principio de igualdad ante la ley, posibilitan el efectivo cumplimiento de la igualdad democrática a partir de la igualdad inicial. En esta línea se inscribe la Ley de Igualdad española que establece una fórmula flexible según la cual ninguno de los dos sexos puede tener una presencia en las listas electorales inferior al 40% en cada tramo de cinco puestos. Este procedimiento se sustenta en lo que la Ley define como “principio de presencia o composición equilibrada”, por el que se trata de asegurar una representación suficientemente significativa de ambos sexos en puestos de toma de decisiones.

Una idea semejante aparece en la Ley 24.012, conocida como *Ley de Cupos* sancionada en Argentina en 1991, en cuya parte sustantiva expresa que las listas electorales deberán presentar un mínimo del 30 % de mujeres entre las personas candidatas y en proporciones con posibilidad de resultar electas, estableciendo el número mínimo de mujeres que debían estar en las listas de cargos electivos nacionales. La peculiaridad del tipo de mecanismo de acciones afirmativas adoptado tanto en Argentina como en otros países (por ejemplo, el Estado Español) a través de cuotas, reside en que esta disposición opera en el régimen electoral y no en el sistema de partidos, siendo la Argentina el primer país latinoamericano en aplicar medidas de este tipo y de esta forma. En el caso francés, por caso, la estrategia promueve la paridad en las listas electorales, expresada en la ley de 1999, con el objetivo de “favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives”, y estableciendo sanciones para los partidos políticos que no cumplan con la paridad entre varones y mujeres.

En el mismo sentido, la Ley 27.412 conocida como *Ley de paridad de género*, también opera en el régimen electoral al modificar, entre otros, el art. 60 bis del Código Electoral Nacional en lo que hace a las condiciones para la oficialización de las candidaturas y estableciendo taxativamente la que suele conocerse en la jerga partidaria como “cremallera”, es decir, la intercalación unitaria de mujeres y

---

28 RAWLS, op. cit., pp. 97.

varones desde la primera candidatura hasta la última, tanto para titulares como para suplentes <sup>29</sup>. Al igual que la Ley 24.012, esta nueva normativa también inició su trámite en el Senado con una modificación del artículo 60 y fue aprobada luego en la Cámara baja. En ambos casos, hubo una importante presión por parte de una coalición de mujeres de varios partidos políticos que en 2017 fue acompañada por algunos varones de distintas fuerzas. Otros países de la región ya instrumentaron este tipo de legislaciones con resultados dispares y que están sujetos a evaluación por su reciente aplicación.

El Art. 36 de la CCABA presenta tres características novedades frente a otros casos, a saber: (a) el mecanismo de acciones afirmativas no se limita a un único formato sino que los/as Convencionales dejaron el camino abierto para implementaciones con distintas fórmulas legales en las políticas públicas a llevar adelante; (b) la obligatoriedad constitucional está prevista para todo el conjunto de normas jurisdiccionales, haciendo especial hincapié en el sistema de partidos en tanto intermediario de la voluntad popular pero en este caso a través de la modalidad de cuotas; y (c) todo cuerpo colectivo regulado por la CCABA debe respetar el precepto constitucional obligando a la Legislatura al respeto del cupo establecido en el segundo párrafo del artículo 36.

Las dos últimas características son particularmente relevantes frente a la supuesta inconstitucionalidad de la ejecución de acciones afirmativas en tanto violarían la igualdad antes la ley: "(...) mientras que en los Estados Unidos el principio de igualdad es de carácter constitucional y las medidas de acción afirmativa encuentran su fuente en la ley (y, por ello, son pasibles de ser declaradas inconstitucionales por los tribunales), la incorporación en la propia Constitución Nacional de nuestro país de acciones afirmativas respecto de algunos grupos específicos, como lo es el de las mujeres, según lo establece el artículo 75, inciso 23, torna el debate sobre su 'constitucionalidad' irrelevante, dado que ya tienen reconocimiento constitucional. En el caso del país del norte, la raíz legal de las acciones afirmativas puede hacerlas vulnerables frente a ataques fundados en la Enmienda XIV de la Constitución, de modo que la discusión

---

29 Estas condiciones rigen tanto para las elecciones nacionales y supranacionales como para las elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO), modificando el art. 26 de la Ley 26.571, de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral.

tiene sentido al buscar derribar la validez constitucional de la norma legal. En el caso de nuestro país, la inclusión constitucional de las acciones afirmativas obliga a conciliar ambas normas, el artículo 16 y el artículo 75, inciso 23, quizá redefiniendo el significado del primero de ellos”<sup>30</sup>.

En síntesis, las acciones afirmativas promueven el acceso de las mujeres a los procesos de toma de decisiones, al facilitar el pasaje de una ciudadanía definida en términos del principio de inclusión excluyente -como la que realiza la ley de voto femenino-, a una definida en términos del *principio de inclusión incluyente*: las mujeres son ciudadanas en tanto sujetos de derechos, así como por su ejercicio efectivo en cuanto participantes de la comunidad política. Dicho de otra forma, este principio de inclusión incluyente permite articular los puntos de vista de las mujeres -y de otros grupos socialmente subalternizados-, ya no como otro excluido, sino como partícipes de las prácticas políticas en una situación de equidad. Ello no elimina las diferencias entre los distintos sujetos ni al interior de actores colectivos de los que forman parte. Es precisamente allí donde radica la posibilidad de construir una democracia que respete los diferentes clivajes sin una disposición jerárquica, preservando los valores de libertad y equidad para la resolución de conflictos.

Estas acciones así como otras políticas de promoción de grupos subalternizados, deben comenzar a implementarse en el corto y mediano plazo. De no hacerse, se ofrecerá sustento a una legitimidad de resultados mucho más que a una legitimidad de principios, dando por tierra con la posibilidad de construir una ciudadanía democrática que forja y perfecciona el gobierno de la ley.

---

30 SABA, Roberto (2004), “(Des)igualdad Estructural”, en AMAYA, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, Buenos Aires, UCES, p. 511.