

DERECHOS POLITICOS DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Por María Elena Barbagelata¹

INDICE:

1. **Derechos políticos y participación.**
2. **Derecho a elegir y ser elegida**
3. **Derechos humanos, derechos políticos y perspectiva de género**
4. **Democracia participativa y acciones positivas.**
5. **De la democracia formal a la democracia participativa. Análisis de jurisprudencia:**
 - 5.1. **La causa “Villar”.**
 - 5.2. **La causa “Ciudad Futura”**
 - 5.3. **La causa “Auditoria General de la CABA”**

1. Derechos políticos y participación

Los derechos políticos contienen básicamente “los derechos a gobernar, a decidir quién gobierna y a incidir en las decisiones que le afectan. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 23, incluye además de los citados, el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos y el derecho al acceso en condiciones de igualdad a la función pública. La Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) incluye también el derecho a participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales.”²

Los derechos políticos reconocidos a todas las personas sin discriminación basada en el sexo o en el género, son conquistas que todavía hoy están en proceso de consolidación en el mundo y también en nuestra región. La preocupación central no es tanto lograr su

¹ Abogada UBA, Diputada Nacional (M.C.), fue Constituyente de la CABA, Directora General de la Mujer de la CABA, Vicepresidenta de la AABA en dos mandatos. Es Directora de la Comisión de los Derechos de la Mujer de la F.A.C.A.. Integró la Comisión de Reforma del Código Penal de la Nación (Dto. 678/2012).

² Barreiro, Line “Avances importantes y persistentes discriminaciones a los derechos políticos de las mujeres en Cuadernos de CAPEL N° 57- Ed. IIDH, 2012, pág.81.

reconocimiento normativo, sino acordar y hacer efectiva la protección para asegurar su ejercicio en un marco de igualdad, pasos que aún las democracias adeudan.

El principio de no discriminación en el ámbito de los derechos políticos comprende no sólo la obligación de los Estados de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias o de eliminar las que revistan tal carácter, sino también la obligación positiva de dictar normas e implementar otras medidas, incluyendo combatir las prácticas que anulen o restrinjan la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado con profundidad los efectos del principio de igualdad y no discriminación, resaltando que de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas en virtud de las cuales los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.

Además, 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. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.³

2. El derecho a elegir y ser elegidas

Si bien nuestro país ha seguido una línea de progreso en el reconocimiento de los derechos de las mujeres y en particular, ha sido pionero en la sanción e implementación de la ley de cuotas⁴, su origen se remonta a la lucha del movimiento feminista que ha sido constante desde los comienzos del siglo XX.

Pioneras como Julieta Lanteri, Cecilia Grierson, Alicia Moreau, Alfonsina Storni entre muchas otras mujeres, tuvieron una activa militancia para exigir la modificación de las leyes

³ Corte IDH, Opinión Consultiva Nº 18 – 2003.

⁴ El cupo del 30% de mujeres en las listas a cargos públicos electivos se estableció por ley 24012 en 1991.

civiles que conferían a las mujeres un trato equiparado al de los niños y para poner fin a la exclusión de la mujer de los derechos políticos.

La prohibición de elegir y poder ser elegidas constituía una privación inaceptable ya entonces para aquel movimiento feminista que reclamaba este derecho junto a la igualdad en los derechos civiles, sociales y culturales que se les negaban.

A principios del siglo XX se había reconocido el derecho al voto secreto y obligatorio a amplios sectores sociales que antes estaban excluidos, como analfabetos y pobres. El voto pasó a ser secreto, obligatorio y “universal” aunque solo incluyó a los varones⁵ a quienes “naturalmente” pertenecía el mundo político, espacio de poder reservado históricamente al sexo masculino.

No obstante, el derecho al voto femenino no era totalmente desconocido en nuestro país. En 1862 en la ciudad de San Juan las mujeres ejercieron el derecho al voto y años después en 1927 dicha provincia incorporó expresamente ese derecho en su Constitución.⁶

Pero a nivel nacional, la exclusión recién se superó en 1947 cuando se sancionó la ley de voto femenino y las mujeres pudieron elegir y ser elegidas por primera vez en 1951⁷ ingresando a la Cámara de Diputados hasta entonces integrada totalmente por varones.

En América Latina entre 1929 (en Ecuador) y 1961 (en Paraguay), las mujeres fueron obteniendo el derecho al voto, que con avances y retrocesos se fue consolidando.

Paralelamente en el campo del derecho internacional, los derechos humanos fueron abriendo nuevos horizontes y planteando nuevas exigencias en orden a los derechos políticos.

Las guerras mundiales que devastaron la vida y la integridad de millones de personas en la primera mitad del siglo XX, dejaron expuesta la fragilidad de los derechos humanos y la necesidad de acordar en la comunidad internacional nuevas herramientas para asegurar su reconocimiento, respeto y garantías para su ejercicio.

Estos instrumentos fueron elaborándose en torno al varón, concebido como un eje central, a cuyos derechos la mujer “accedía” y no fue sino hasta 1993 cuando los derechos humanos de las mujeres fueron expresamente reconocidos como parte de los derechos

⁵ En 1912 la Nº 8.878 conocida como “Ley Sáenz Peña” de voto universal, secreto y obligatorio, extendió el derecho al voto a todos los ciudadanos varones.

⁶ La Constitución de la Provincia de San Juan consagraba en sus arts. 34 y 140 inc.4 iguales derechos electorales a mujeres y varones. Conf. Gallo, Edit y Giacobone Carlos “Cupo Femenino en la Política Argentina”, EUDEBA, 2001, pág. 12.

⁷ Ley 13010 de voto femenino fue sancionada el 9.9.1947.

humanos universales, en la Declaración de Viena, adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas.⁸

3. Derechos humanos, derechos políticos y perspectiva de género

El gran desarrollo que ha experimentado el derecho internacional de los derechos humanos a partir de la segunda mitad del siglo XX ha sido uno de los logros más significativos para la humanidad. Los derechos de las mujeres ocuparon lentamente su lugar entre ellos, aunque hubo que esperar décadas hasta que en 1979 se acordara la primera Convención específica para los derechos de las mujeres en el mundo.⁹ Se trata de la “Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, conocida como “CEDAW” en sus siglas en inglés, aprobada en nuestro país recién en 1985 por ley 23.179.

Las primeras declaraciones si bien no excluyeron a las mujeres, las mantuvieron invisibles. En 1948 se aprobó la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” en Naciones Unidas, enunciando derechos y libertades que traducen un ideal común logrado en ese entonces por la comunidad internacional, mediante el cual pueblos y naciones asumieron el compromiso de promover el respeto a los derechos humanos y asegurar, a través de medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universal y efectiva.

Se perfilan ya las características fundamentales inherentes a los derechos humanos: orden público, universalidad, unicidad, irreversibilidad, progresividad, complementariedad y maximización. Se va conformando a través de distintos instrumentos, una interrelación entre derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales; entre los niveles internacionales, regionales y nacionales.

En América en particular, también en 1948 se aprueba la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” con base en reconocer que las instituciones jurídicas y políticas tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre que no nacen del hecho de ser nacionales de un determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana (de allí su universalidad que trasciende las fronteras nacionales).

⁸ Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada en Viena, Austria, en 1993.

⁹ Convención de ONU de 1979, aprobada en nuestro país en 1985 por ley 23.179 y luego incorporada al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional en la reforma de 1994. Por ley 26.171 del año 2006 se aprobó el Protocolo Facultativo de dicha Convención.

Este instrumento afirma que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser la guía del derecho americano en evolución.

Nótese la ausencia de toda referencia a los derechos de las mujeres en su denominación y también en su contenido, donde sus derechos humanos se encontrarán “subsumidos” en los derechos reconocidos al hombre, tomado como el centro de la regulación. “La concepción y aplicación de los derechos humanos se concibió desde sus inicios en clave masculina: el hombre como centro del pensamiento humano, del desarrollo histórico, protagonista único y parámetro de la humanidad”.¹⁰

Los derechos humanos son derechos en construcción, en evolución permanente y su lista se modifica al calor de los cambios sociales regionales y mundiales. Son inderogables por el derecho interno e indisponibles por parte del Estado signatario, quien una vez que voluntariamente los adopta, al firmar y ratificar el instrumento internacional, asume el compromiso de cumplirlo de buena fe y asegurar que produzca efecto útil para lograr los fines propuestos. Estas características tendrán especial impacto en los derechos políticos de las mujeres.

En el curso de las décadas siguientes, se firman más Convenciones y Pactos, como la Convención contra el Genocidio (1958), la Convención contra la Discriminación Racial (1963), el Pacto sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966). Años más tarde, se aprueban en Naciones Unidas otros importantes instrumentos internacionales como la CEDAW ya mencionada, la Convención contra la Tortura (1984) y la de los Derechos del Niño (1989).

Como señaláramos, en 1993 en la Conferencia de Naciones Unidas sobre derechos humanos reunida en Viena, se estableció en forma expresa que los derechos humanos y la igualdad son precondiciones esenciales para la participación de la mujer en el desarrollo como agente y beneficiaria.

Pero debemos tener en cuenta que estas Convenciones nacidas en el seno de las Naciones Unidas no son la fuente exclusiva de los derechos de las mujeres sino que debe complementarse con el análisis de las fuentes regionales del sistema interamericano, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica- de 1969, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas de 1994 y la Convención

¹⁰ Instituto Interamericano de Derechos Humanos- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (IIDH-CEJIL) , Los derechos humanos de las mujeres, 1ª Ed.IIDH, Agosto 2004, pág.73.

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de 1994 (conocida como Convención de Belém do Pará).

No obstante, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos no fue recepcionado por nuestro país sino hasta el advenimiento de la democracia en 1983. A partir de esa nueva etapa democrática, comienza la ratificación de los Pactos y Convenciones, a través de leyes sancionadas por el Poder Legislativo y se inicia así un proceso de recepción del derecho internacional de los derechos humanos.

Para toda nuestra región, después de padecer dolorosas experiencias de los años 70 y 80 bajo feroces dictaduras, la firma de estos instrumentos internacionales configuran un horizonte de esperanza para sus 400 millones de habitantes y la puesta en marcha de procesos democráticos comprometidos con el respeto y protección de los derechos humanos en general y de los derechos políticos en particular, para asegurar que su violación no se produzca “nunca más”.

Por ello, en nuestro derecho interno este proceso se profundizó a partir de 1983. Con la reforma de la Constitución Nacional en 1994 recibió nuevo impulso, en particular cuando se incorporaron los Tratados y Pactos de derechos humanos a la Constitución, en lo que se denominó un bloque de constitucionalidad, en el art. 75 inc.22. No dudo en afirmar que este ha sido uno de los aportes más significativos en relación a los derechos de las mujeres, en estos casi 40 años de democracia ininterrumpida.

La constitucionalización de los derechos humanos y las nuevas disposiciones sobre los derechos políticos en igualdad real (art.37 de la CN) y de las acciones positivas (art. 75 inc.23 de la CN) impulsaron la transformación de los derechos de las mujeres para acceder a ámbitos de decisión en condiciones de mayor igualdad. Lo que tal vez sea aún más importante, estos Tratados impusieron a los Estados signatarios la obligación de asumir un rol activo para asegurar el efectivo ejercicio por las mujeres titulares de los mismos. Ello incluye al Poder Ejecutivo pero también al Poder Legislativo y Judicial.

Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental para el sistema democrático. En conjunto con otros derechos como la libertad de expresión hacen posible el juego democrático, como lo resalta la Corte IDH en Castañeda Gutman¹¹. Señala el Tribunal que el propio Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de DDHH) ha jerarquizado los derechos políticos al prohibir su suspensión y las garantías judiciales

¹¹ Caso Castañeda Gutman vs.Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 6 de agosto de 2008, Corte IDH, Serie C N°184.

indispensables para ejercerlos aún en los casos extremos de guerra o circunstancias de emergencia, tal como dispone su art. 27.¹²

Los principios emergentes de ese nuevo derecho internacional de los derechos humanos pusieron de relieve la importancia de:

. *lograr una tutela efectiva* para los derechos humanos, ampliamente reconocidos pero sistemáticamente violados.

. *aplicar la norma más favorable* para la resolución de un conflicto donde están en juego los derechos humanos, sea que ésta provenga del derecho interno o que la fuente sea el derecho internacional de los derechos humanos, ello sustentado en el principio de retroalimentación de las dos fuentes de los derechos humanos, interna e internacional. En ese doble origen hay que buscar la norma más favorable a la protección de los derechos humanos para su aplicación en el derecho interno.¹³

. *Preferir la interpretación que brinde el resultado más beneficioso* en orden a asegurar los derechos de las mujeres. De conformidad con el art. 29 del Pacto San José de Costa Rica y el art. 5.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre otros, que señalan pautas de interpretación, surge la obligación de aplicar la interpretación que no conlleve la aniquilación de normas internas por efectos de normas internacionales, ni de estas últimas por efecto de aquellas y obligan a preferir la que brinde el resultado más beneficioso.

. *Obligar a los Estados a actuar con debida diligencia*. Los derechos humanos acarrear obligaciones y responsabilidades para los Estados. Por un lado, impone obligaciones negativas o de omisión: abstenerse de cercenar, limitar o restringir dichos derechos. Por otro lado, impone obligaciones de hacer como adoptar las leyes internas o las medidas necesarias para promover el respeto y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en los Tratados. Ello nos indica que cuando el derecho interno o las prácticas no se condicen con las cláusulas contenidas en dichos instrumentos, el Estado ha asumido el deber de modificarlos y ajustarlos a las pautas contenidas en el tratado, actuando con debida diligencia.

. *Imposibilitar la invocación del derecho interno para no cumplir*.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ONU-1969) establece en su art. 27 que ningún Estado que se hace parte en un Tratado puede dejar de cumplirlo invocando su derecho interno. Este es un punto sustancial, que hace a la estructura de la protección internacional de los derechos humanos. Precisamente los estados decidieron arbitrar

¹² Conf. Dalla Vía, Alberto, Derechos Políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales, en "Construyendo las condiciones de equidad en los procesos electorales" – Cuadernos de CAPEL N°57, V.V.A.A., IIDH, 2012, pág.27.

¹³ Bidart Campos Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo VI La reforma Constitucional de 1994, Ed. Ediar, 1995, pñág.566.

mecanismos internacionales porque las violaciones de los derechos humanos por parte de los propios estados han sido y son una realidad que ha costado mucho dolor y atrocidades a la humanidad.

Nuestro derecho interno va a resultar profundamente impactado por estos principios y en particular en el campo de los derechos políticos en orden a garantizar su ejercicio en condiciones de igualdad. Es necesario tenerlos presentes a la hora de interpretar y aplicar las normas que reconocen los derechos políticos, en especial para defender y juzgar con perspectiva de género.

4. **Democracia participativa y acciones positivas.**

No podemos analizar los derechos políticos y la participación política de las mujeres sin hablar de las acciones positivas y sin partir del reconocimiento de la existencia de desigualdades de hecho, como prácticas sociales y culturales que obstaculizan la plena e igualitaria participación de las mujeres en los ámbitos públicos. Ello es la base de la justificación de normas llamadas de discriminación positiva que consagran tratamientos desiguales entre varones y mujeres en el ámbito normativo.

Las acciones afirmativas encontraron fuerte respaldo en la doctrina internacional. En el sistema interamericano la Comisión IDH expresó su apoyo a las medidas afirmativas, señalando que: "...mientras las Constituciones de nuestra región garantizan la igualdad entre la mujer y el hombre, la mujer sigue teniendo una representación minoritaria en virtualmente todos los aspectos de la vida política. Tampoco es cierto que las leyes y políticas neutrales en materia de género necesariamente producen resultados neutrales. En consecuencia, los instrumentos y las políticas adoptados tanto a nivel regional como universal requieren de la adopción de medidas especiales, cuando sea necesario, para promover la igualdad de acceso de la mujer a la participación en la vida pública. El objetivo de brindar a la mujer una igualdad efectiva de acceso a la participación en la vida pública es, evidentemente, en sí y de por sí un objetivo legítimo y necesario".¹⁴

Para lograr una participación política igualitaria y plena entre hombres y mujeres se buscó acelerar la inserción en la vida política de las mujeres a través de las acciones positivas e

¹⁴ CIDH. "Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación". (Informe Anual de la CIDH 1999 del 13 de abril 2000, vol.II, capítulo VI, Sección IV).

implementar leyes y políticas públicas que promovieran y garantizaran la representación efectiva de las mujeres en puestos de toma de decisiones, buscando superar la subrepresentación femenina en las distintas instancias de poder público, ya sean de carácter representativo o de designación.

Cuando se recuperó la democracia en 1983, la presencia de mujeres en la Cámaras de diputados y Senadores casi nula: 4.3% en Diputados y 6,5 % en Senado. Traducido en cifras: de 257 bancas en Diputados, las mujeres ocuparon 11; de 46 bancas en Senado¹⁵, las mujeres ocuparon 3.

Es en este contexto que se sanciona la ley de cupo 24.012 en el año 1991 que fue pionera en el mundo al establecer un cupo electoral del 30% para que las mujeres ocuparan lugares con probabilidad de resultar electas en las listas de candidatos a cargos públicos electivos. Esta ley produjo cambios importantes, cuantitativos y cualitativos. El aumento de la participación de las mujeres en la Cámara de Diputados fue abrupto, reflejando un cambio trascendente en la agenda parlamentaria que se vio nutrida de iniciativas vinculadas con los derechos de las mujeres.

Pero no fue fácil: la aplicación e interpretación de la ley 24.012 al comienzo de su vigencia resultó sumamente restrictiva. La Cámara Nacional Electoral¹⁶ entendió que la exigencia del cupo quedaba cumplida cuando la mujer era ubicada en el cuarto puesto de la lista de candidatos. Para llegar a esa conclusión, la Cámara prescindía del primer lugar –como si fuera asexuado- y contaba recién a partir del segundo, de manera tal que la primera candidata mujer podía ser ubicada en el cuarto puesto. Para ser más clara: el cómputo de una mujer cada dos varones (como mínimo) debía comenzar a partir del segundo puesto. Este criterio no era unívoco, ya que uno de los integrantes de la Cámara Nacional Electoral (el Dr. Enrique Rocca) votaba en disidencia, sosteniendo que la mujer debía ser ubicada entre los tres primeros lugares de la lista para tener por cumplido el cupo legal.

La mayoría no compartía este criterio –que rigió por una década- y por consiguiente cuando un partido renovaba un cargo, se consideraba cumplida la exigencia del cupo con la inclusión de una mujer entre los cuatro primeros candidatos, siendo indiferente colocar en el

¹⁵ La cantidad de bancas en el Senado de la Nación recién se amplió a 72 a raíz de la reforma constitucional de 1994 que así lo dispuso para representar a la mayoría y a la primera minoría (tres senadores/as por cada uno de los 24 distritos).

¹⁶ La Cámara Nacional Electoral compuesta por tres jueces –siempre fue integrada por magistrados varones- es el órgano de máximo nivel electoral del Poder Judicial. Es el Tribunal de alzada de los juzgados federales con competencia electoral de todo el país.

primer lugar a un hombre o una mujer. O sea el cómputo comenzó a partir del segundo puesto. (Fallo 1622/93 CNE entre muchos otros).¹⁷

A su vez, se presentaron obstáculos en torno a la falta de legitimación de las mujeres para impugnar las listas incumplidoras. Los recursos judiciales eran rechazados por cuestiones de procedimiento, como por ejemplo no haber impugnado la lista previamente en la junta electoral del partido o de la alianza electoral correspondiente.

En una causa impulsada en la provincia de Córdoba¹⁸ el apoderado partidario llegó a argumentar que una cosa era “probabilidad” de resultar electa con “posibilidad” de resultar electa, pretendiendo con esta diferencia postergar la ubicación de la mujer en la lista, además de invocar la falta de legitimación para interponer el reclamo ante el poder judicial. La Cámara decidió rechazar la demanda por cuanto entendió que la impugnante no era candidata, sino solo afiliada, y en tal carácter no podía cuestionar la lista.

Por ello, no exageramos cuando afirmamos que necesitamos leyes claras, expresas y de orden público. Todo lo que no quede expresamente plasmado en el texto legal no va a ser aplicado en favor de las mujeres y aún siendo claro el texto, se van a presentar innumerables vallas para resolver la cuestión favorablemente a los derechos políticos de las mujeres.

La ley 24012 dejó muchos aspectos librados a la interpretación y sus oscuridades fueron llenadas en contra la de mujer; aún con fallos divididos como hemos señalado, la jurisprudencia se mantuvo durante una década, hasta la sanción de un nuevo Decreto reglamentario de la ley 24012 (Dto. 1246/2000) que precisó con detalle la metodología para el cálculo del cupo en caso de que la alianza electoral o partido renueve una o más bancas, o no renueve ninguna, acotando de esta forma la posibilidad de eludir el cupo. No obstante, en el año 2005 se dictó un nuevo decreto (Decreto 451/05) que precisó la alternancia en los cargos, a efectos de garantizar que el cupo sea un piso y no un techo.

Pero es importante advertir que el logro del decreto 1246/2000 no fue casual. En su origen estuvo la presentación de un recurso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁹.

La peticionaria presentó su reclamo contra el Estado argentino ante la Comisión IDH en 1994 y se inició así un proceso que culminó en el año 2001 con una solución amistosa, mediante

¹⁷ Una recopilación ordenada de los fallos electorales se pueden consultar en: Allegrone Norma “Ley de Cupo Femenino”, FUNDAI-Friedrich Ebert Stiftung, 2002.

¹⁸ Causa “Merciadri de Morini, María Teresa s/ presentación- Unión Cívica Radical” Expte. 2261/93 CNE

¹⁹ Comisión IDH, Informe 103/01, María Merciadri de Morini- Argentina- 11 de octubre de 2001

la cual el Estado se comprometió a dictar un nuevo decreto reglamentario de la ley 24012 a fin de resolver las observaciones y legislar claramente en favor de los derechos violados.²⁰

En 1994 la reforma constitucional incorporó como derechos nuevos, a los derechos políticos en sus arts. 37 y 38, que no habían sido incluidos expresamente en el texto de la Constitución Nacional de 1853/60. Señala Bidart Campos que “Con fórmula operativa, el art. 37 garantiza directamente el ejercicio pleno de los derechos políticos, que ya no se circunscriben al sufragio para elegir gobernantes, sino que se explayan hacia otros aspectos en el derecho de iniciativa legislativa y en la consulta popular”, agregando que “interesa ponderar que la norma comentada expresa la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres en el área de los derechos políticos y de los partidos” ... “damos por cierto que, como principio subyacente, la constitución ha levantado hasta su propio nivel el derecho electoral activo y pasivo de las mujeres, que hasta hoy, dimanaba de la ley.”²¹

El nivel constitucional otorgado a los derechos políticos, a la igualdad real, a las acciones positivas, a los tratados de derechos humanos como hemos señalado, confirieron un importante plexo normativo en favor de los derechos de las mujeres, pero seguirán existiendo retrocesos y muchos obstáculos, que darán origen a nuevas reformas electorales. Las prácticas de los partidos y las interpretaciones de la jurisprudencia serán todavía restrictivas y resistentes al progreso.

5. De la democracia formal a la democracia participativa. Análisis de jurisprudencia:

5.1. La causa “Villar”.

Los partidos políticos han sido refractarios a todos estos cambios y en particular a las acciones positivas en favor de las mujeres. Sus estructuras directivas han permanecido poco permeables a su participación en lugares de decisión y los órganos directivos han sido un reducto exclusivo para los varones.

Los procesos electorales de los propios partidos políticos si bien son llevados a cabo dentro del ámbito partidario interno, se rigen por la ley de partidos políticos (Nº23.298) y su propia Carta Orgánica. Este estatuto partidario requiere de la aprobación del juzgado electoral correspondiente que ejerce de esta forma un contralor judicial a fin de velar porque se cumpla

²⁰ Con fecha 28.12.2000 el Poder Ejecutivo Nacional dicta el decreto reglamentario Nº1246 que deroga el anterior Nº 379/93.

²¹ Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, TºVI, “La Reforma Constitucional de 1994”, Ed. Ediar, 1995, pág 271.

en la propia organización partidaria el principio democrático de participación de las mujeres, cumpliendo con el cupo del 30% y actualmente, cumpliendo con la paridad.

No obstante lo dispuesto en las Cartas Orgánicas y en las leyes electorales, la casi totalidad de los partidos políticos no han dado cumplimiento al cupo en su integración. Entre las razones que motivaron esta histórica irregularidad pueden señalarse la ausencia de mecanismos efectivos para plantear la impugnación en el seno del propio partido y la falta de contralor externo (fiscal y judicial) que posibilitaron a los partidos eludir sistemáticamente el cupo en sus órganos directivos.²²

Los partidos pese a ser considerados como instituciones fundamentales de la democracia en mérito a lo dispuesto en el art. 38 de la CN, hasta la expresa sanción de la ley que impuso el cupo hacia el interior de los partidos en 2012²³, conformaron sus órganos directivos con varones, incluso en contra de lo dispuesto en su propia Carta Orgánica.

Un relevamiento realizado en el año 2008 sobre la participación de las mujeres en los órganos de dirección de los principales partidos políticos de la Argentina, expuso esta realidad invisibilizada. Por ejemplo, para tomar solo dos de ellos, en la Unión Cívica Radical la Convención Nacional contaba con 10 autoridades de las cuales 2 eran mujeres y con 11 secretarías de las cuales solo 3 estaban a cargo de mujeres; de 30 miembros de su mesa directiva del Comité Nacional, 5 eran mujeres, lo que no llegaba a representar ni el 20% de los cargos.

Otro importante partido, el Partido Justicialista, tenía un interventor como autoridad nacional y entre los 24 miembros de su congreso nacional, junta electoral y apoderado, se encontraban solo 2 mujeres, lo que no llega a representar ni el 10% del total de sus autoridades²⁴

En oportunidad de llegar a conocimiento de la justicia electoral esta cuestión a raíz de discutirse la intervención de un partido político en una causa en la que se cuestionó el cumplimiento del cupo a nivel de la integración de los cuerpos orgánicos del partido, la Cámara Nacional Electoral dictó un fallo trascendente. Se trataba de un partido que integró sus autoridades incumpliendo con el cupo del 30% lo que generó como consecuencia que la CNE no avalara la legitimidad de las autoridades electas y decretara su intervención con el objetivo de llevar a cabo un nuevo proceso electoral interno.

²² Ver Cámara Nacional Electoral, “Buenas Prácticas en materia electoral” –Colección Seminarios N°1- Jornada 29.5.2017, Barbagelata, María Elena “Participación Política de las Mujeres”, pág. 103.

²³ Por ley 26774 se modificó la ley de partidos políticos cuyo artículo 3 inc.b) dispuso que debían tener una organización estable y funcionamiento reglados por la carta orgánica, de conformidad con el método democrático interno (...) respetando el porcentaje mínimo por sexo establecido en la ley 24.012 y sus decretos reglamentarios.

²⁴ Barbagelata María Elena, Yelicic Clori, Freire Marta y Martino Julia “Análisis comparativo de Cartas Orgánicas”, en Rev. *Mujeres en Política*, N° 15 , Ed. Mujeres en Igualdad/Unifem. 2008, pág.24

El tema reviste una enorme importancia pues, en tanto que los partidos son instituciones fundamentales de la democracia, la ausencia de la participación de la mujer debilita el carácter democrático de sus cuerpos orgánicos y consolida una práctica machista que invisibiliza y excluye a las mujeres afiliadas y militantes, máxime teniendo en cuenta que los partidos políticos son los únicos habilitados a presentar las candidaturas en los procesos electorales de renovación de diputados o senadores. En esta causa²⁵ la Cámara Nacional Electoral consideró que una organización partidaria debe basarse sobre los principios democráticos y la legitimidad de sus autoridades, exigencia que no se cumple cuando para la integración de sus órganos directivos se han violado las normas de igualdad de género.

En la sentencia se analizó la igualdad real de oportunidades consagrada en el art. 37 de la C.N. y las acciones afirmativas previstas en el art. 72 inc.23 de la C.N., reafirmando una concepción evolutiva del derecho al sostener que “implica un accionar progresivo por parte del Estado tendiente a remover los obstáculos a una mayor participación” .

Concluye la C.N.E. que la igualdad real es una exigencia también al interior de los partidos y para sustentarlo invoca entre otros instrumentos la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995 –aprobada por 185 países en la “IV Conferencia Mundial sobre la Mujer”- recalcando el énfasis puesto en la dirección que debían adoptar los partidos políticos al establecer la necesidad de examinar la estructura y los procedimientos a fin de eliminar todas las barreras que discriminen directa o indirectamente contra la participación de la mujer.²⁶

No es habitual que la justicia electoral funde sus resoluciones en lo dispuesto en la “Declaración y Plataforma de Acción de Beijing”, adoptada en el seno de Naciones Unidas hace 25 años.²⁷ En su declaración de objetivos expresa:

“... eliminar todos los obstáculos que dificultan la participación activa de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada mediante una participación plena y en pie de igualdad en el proceso de adopción de decisiones en las esferas económica, social, cultural y política. (...) La igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos humanos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz”.

²⁵ Cámara Nacional Electoral, Causa “Villar, Daniel Osvaldo c/Unión Popular O.N. s/Formula petición” Expte. 6713/2016 , sentencia de fecha 20.4.17.

²⁶ Ver también los aportes de Amicus en la causa “Villar” citada, presentados por la Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA).

²⁷ La Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, fueron aprobadas por la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en China en 1995. Estableció objetivos estratégicos y medidas que conforman una hoja de ruta para gobiernos y el movimiento de mujeres y feministas en la construcción de una agenda de los derechos de la mujer.

Esta Conferencia identificó doce áreas de especial preocupación sobre la cuales recomienda acciones a sus países miembros. En la Plataforma de Acción se expresa que:

“La consecución del objetivo de igualdad de participación de la mujer y el hombre en la adopción de decisiones proporcionará un equilibrio que reflejará de una manera más exacta la composición de la sociedad y se necesita para reforzar la democracia y promover su correcto funcionamiento. (...) La participación igualitaria de la mujer en la adopción de decisiones no solo es una exigencia básica de justicia en democracia sino que puede considerarse una condición necesaria para que se tengan en cuenta los intereses de la mujer”.

Entre las medidas a adoptar se encuentran las de acción positiva para aumentar sustancialmente el número de mujeres en todos los puestos gubernamentales y de la administración pública.

Por consiguiente, hace más de 25 años nuestro país ya asumía estos compromisos, no obstante lo cual continuamos transitando un camino lleno de obstáculos para que sean operativos.

En esta línea la C.N.E. en el fallo analizado, advirtió sobre la necesidad de adoptar medidas para controlar que en la estructura interna de los partidos se observen las normas de cupo femenino en especial, desde la entrada en vigencia de la exigencia legal (Cf. el art. 3 inc. b) de la ley 23298, modificada por ley 26774).²⁸

Resolvió acertadamente que :

“Cuando alguna de las autoridades partidarias comunicadas por las agrupaciones políticas (...) afecte el porcentaje mínimo requerido por razón de sexo, los magistrados intimarán al partido a subsanar la anomalía. Hasta tanto ello ocurra, no registrarán ni tendrán por reconocida a dicha autoridad. Si la irregularidad afectase a la autoridad ya registrada (...) los señores jueces adoptarán las medidas adecuadas para regularizar la situación” .

Esta categórica conclusión jerarquizó el cumplimiento del cupo con carácter de orden público, advirtiendo que su incumplimiento acarrea consecuencias graves para la vida partidaria y origina la posibilidad de disponer la intervención del partido.

La sentencia se enmarca en un camino de progreso en relación al reconocimiento y garantía de cumplimiento de las normas con un criterio de igualdad y resulta por demás importante que los jueces citen e invoquen la Plataforma de Acción de Beijing, justamente un instrumento internacional que ofrece un plexo de medidas y acciones concretas y efectivas para hacer realidad la igualdad entre varones y mujeres.

²⁸ La ley 23.298 es la ley orgánica de los partidos políticos. En un principio no contempló expresamente la exigencia del cupo en los partidos políticos, lo que se modificó por ley 26.774 (2012) que así lo dispuso.

5.2. La causa “Ciudad Futura”

Me quiero referir a otro precedente novedoso, donde se cuestionó el alcance del cupo en tanto acción positiva, que arrojó como resultado un fallo dividido de la Cámara Nacional Electoral, mediante el cual resolvió rechazar la lista de candidatos a cargos públicos electivos presentada por el partido “Ciudad Futura” en el distrito de la Provincia de Santa Fe.

La causa ²⁹ se inició cuando el partido presentó una lista de precandidatas a diputadas nacionales totalmente integrada por mujeres. El juez federal con competencia electoral en la provincia de Santa Fe rechazó su presentación y ordenó que la lista se reformulara, de manera tal de quedar integrada con varones y mujeres. Para así resolver entendió que en tanto la Constitución Nacional en su art. 37 consagraba expresamente la igualdad en el ámbito político entre mujeres y varones, correspondía rechazar una lista integrada exclusivamente con mujeres.

El caso llegó a la Cámara Nacional Electoral quien en sentencia de fecha 13.7.17 resolvió por mayoría, rechazar la lista en los términos en que fue presentada, convalidando la decisión del juez de primera instancia. Entendió que la ley 26.571³⁰ exige la presentación de las listas de precandidatos ante la junta electoral de cada agrupación para su oficialización debiendo cumplir entre otras exigencias, con un número mínimo de precandidatos igual al número de cargos titulares y suplentes a seleccionar, respetando el porcentaje mínimo de precandidatos de cada sexo de conformidad con lo dispuesto por la ley 24.012 y su decreto reglamentario, concluyendo que la lista presentada por Ciudad Futura no cumplía con dicha exigencia.

La mayoría del Tribunal consideró centralmente que:

...“la protección en particular de la mujer quien conformaba el colectivo desprotegido en el ámbito de esta actividad, jamás pudo estar en la tésis de las normas el consagrar una igualdad generando una desigualdad” (...) “por tanto la inconsecuencia del legislador no se presume y jamás pudo estar en su espíritu que el destino de la norma ordenada a los fines de la protección de los derechos de la mujer pudiera conllevar a la conculcación de los derechos de sus pares de género masculino”. (Conf. Considerando 10).

Para los jueces una medida de discriminación inversa no puede importar la “vulneración del principio de igualdad que implica hacer del sexo una condición de elegibilidad, lo que sería

²⁹ Cámara Nacional Electoral, causa “Incidente de Ciudad Futura N°202- distrito Santa Fe en autos Ciudad Futura –distrito Santa Fe s/elecciones primarias-elecciones 2017”, (Expte. C.N.E. 5385/2017/1/CA1), sentencia de fecha 13 de julio de 2017.

³⁰ Ley 26.571 denominada de “Democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral” de 2009, incorporó entre otros aspectos, las elecciones primarias para la elección de candidatos a cargos públicos nacionales.

contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo y al derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos (art. 37 CN)". (Conf. Considerando 11).

Concluyeron así que la integración tanto de varones como de mujeres en las listas a cargos públicos electivos era una cuestión de sentido común, entendido como el que posee la generalidad de las personas. En esa línea afirmaron que:

"Al momento de decidir, las libres convicciones del juzgador también encuentran fundamento en el sentido común; de modo que no puede sino generar asombro y rechazo la pretensión de oficializar una lista compuesta en su totalidad por un solo género." (Ver Considerando 13)³¹

Por el contrario, el voto en disidencia³² sostuvo que la aplicación de las normas y jurisprudencia electoral se enmarcan en una concepción progresiva de los derechos fundamentales "que no solo requieren del Estado una posición de mero garante neutral o abstencionista, sino que le encomienda remover los obstáculos para hacer verdaderamente efectiva la realización de tales derechos, en el caso, a la participación política". (Ver Considerando 4).

Consideró que "la experiencia evidencia que **el trato igual en el que se sustenta la igualdad de jure entre mujeres y hombres, ha resultado ser omiso y ciego ante las desigualdades de género, al no reconocer las múltiples dimensiones de desventajas, subordinación y discriminación sistemáticas y estructurales hacia las mujeres, que impiden su participación de manera equilibrada con los hombres en el ámbito de la política**". (El resaltado me pertenece).

Por ello, estima que resulta necesario apelar a las medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cuotas invocando la RG N° 5 del Comité de la CEDAW a tal efecto.

Esta Recomendación General del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer fue emitida en 1988 en referencia a las medidas especiales temporales. Señala que si bien se han conseguido progresos apreciables en lo tocante a la revocación o modificación de leyes discriminatorias, sigue existiendo la necesidad de que se tomen disposiciones para aplicar plenamente la Convención introduciendo medidas tendientes a promover de facto la igualdad entre el hombre y la mujer. Invocando el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención, recomendó a los Estados

³¹ Considerandos correspondientes al voto del Dr. Ricardo Dalla Via al que adhirió el Dr. Martín Irurzum.

³² Voto en disidencia del Dr. Santiago Corcuera.

Partes que hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo.

Partiendo de un punto de partida asimétrico, cita doctrina que funda el trato estatal diferente en la identificación de ciertos grupos a cuyos miembros por su calidad de tales se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no les son reconocidos a miembros de otros grupos.

Analiza en este contexto el art. 75 inc. 23 de la CN que constitucionalizó las acciones positivas en favor de las mujeres y su vinculación con el art. 37 de la CN, en tanto dispone que “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”.

A su vez, vincula este concepto con lo dispuesto en la CEDAW, cuyo art. 4 explicita la razón de las medidas de acción positivas que parten de reconocer un punto de partida asimétrico.

Profundiza en los aspectos de la igualdad vinculados con el concepto de no sometimiento y concluye que en definitiva, el cupo debe ser un piso y no un techo. Diferencia este efecto con el derecho a la paridad, que entiende se dirige hacia varones y mujeres imponiendo para ambos un piso mínimo y máximo de participación.

Asimismo, considera que aplicar acciones positivas en favor de un grupo que tradicionalmente no se encuentra en una condición real de inferioridad –en este caso a los varones- llevaría a que las normas que regulan la participación política de las mujeres carezcan de sentido. (Ver considerando 10).

Concluye por consiguiente, que :

“Esta medida especial no puede, según se ha visto, considerarse una discriminación respecto de los hombres (cf. Art. 4 de la CEDAW) aún cuando, como en el caso, la nómina de postulantes se integre exclusivamente con mujeres” (Ver Considerando 12).

Por ello, resuelve admitir la lista presentada .

El debate suscitado –que hoy no podría darse en tanto se sancionó una ley de paridad que supera a las acciones positivas para la integración de las listas electivas- no deja de tener actualidad por su implicancia en muchas otras cuestiones ligadas a los derechos políticos de las mujeres y al concepto de igualdad entre varones y mujeres para ejercer los mismos.

En esta sentencia se exteriorizan concepciones culturales y políticas en extremo interesantes, que contrapusieron argumentos que derivan de la interpretación de las normas constitucionales de los arts. 37, 75 inc. 23 pero también del alcance del art. 16 que consagra el derecho a la igualdad de la Constitución Nacional.

Las medidas de acción positiva parten de reconocer una desigualdad de hecho que pretende ser corregida o por lo menos atemperada, aportando desde la ley un tratamiento desigual que equipare la desventaja del grupo afectado, en este caso, de las mujeres que representan más de la mitad del padrón electoral.

Estas medidas no deben ser consideradas discriminatorias aunque discriminen, en razón que dicha discriminación está impuesta en favor del colectivo que se encuentra en desventaja y tiene una finalidad reparatoria tendiente a remover obstáculos y obtener en la práctica un resultado acorde con los objetivos propuestos de fortalecimiento del sistema democrático.

Basta recurrir a las investigaciones de la CEPAL que señala que a dos décadas de comenzado el siglo XXI la realidad en América Latina es compleja y los cambios son muy lentos. Según el Observatorio de la Igualdad CEPAL³³ la participación de la mujer en la región se sitúa en promedio menor al 30% en el Poder Ejecutivo, Poder legislativo o Cortes Supremas.

En todo el mundo las ministras se concentran en áreas sociales (ONU mujeres 2014). En las alcaldías o intendencias, las mujeres representan menos del 15% del total.

Solo 7 de 18 países de América Latina tienen una mujer en los directorios de los bancos centrales. Realidades similares tiene el movimiento cooperativo, las universidades y los sindicatos. Los medios de comunicación tienen un promedio de 21.5% de cargos directivos ocupados por mujeres y un 30.5% de los puestos de alta gerencia.

La tasa de elegibilidad (UIP) que mide las posibilidades concretas de que las mujeres resulten electas y se pregunta si las mujeres y varones son electos en la misma proporción que presentan sus candidaturas o existe tendencia a elegir hombres, revela que resultan electas una de cada 10 mujeres candidatas frente a uno de cada 5 varones (o sea el doble).

Ello es un indicador de la situación de desventaja de las mujeres y de la resistencia al cambio, no obstante el avance de las leyes de cupo y ahora de paridad en el campo legislativo, resistencia que vivimos en cada discusión parlamentaria, en cada elección, en cada acción judicial que debemos interponer.

³³ CEPAL- Naciones Unidas, "Observatorio de Igualdad de Género para América Latina y el Caribe" , <https://oig.cepal.org/es/autonomias/autonomia-la-toma-decisiones>

En el marco de la CEPAL, los países miembros de América Latina aprobaron el documento del “Consenso de Quito”³⁴, acordando adoptar todas las medidas de acción positiva y todos los mecanismos necesarios, incluidas las reformas legislativas y las asignaciones presupuestarias, para garantizar la plena participación de las mujeres en cargos públicos y de representación política, con el fin de alcanzar la paridad en la institucionalidad estatal (poderes ejecutivo, legislativo, judicial y regímenes especiales y autónomos) y en los ámbitos nacional y local como objetivo de las democracias latinoamericanas y caribeñas.

Exhortaron asimismo, a desarrollar políticas electorales de carácter permanente que conduzcan a los partidos políticos a incorporar agendas de las mujeres en su diversidad, el enfoque de género en sus contenidos, acciones y estatutos y la participación igualitaria, el empoderamiento y el liderazgo de las mujeres con el fin de consolidar la paridad de género como política de Estado.

En la sentencia analizada, todos los vocales de la C.N.E. coincidieron en reconocer la existencia e importancia de las medidas de acción positiva, pero disienten en su alcance: para la mayoría, las mujeres tienen hoy una amplia participación gracias a las medidas de acción positiva pero consideran que estas medidas reconocen un límite, que se traspasa cuando infringen el sentido común y la razonabilidad. Dicha razonabilidad se lesiona cuando los derechos de la mujer conculcan los de los varones y ello entienden que acontece cuando los varones no son incluidos en las listas electorales con posibilidades de resultar electos en un 30% como mínimo del total de los cargos a elegir; en otras palabras, cuando a los hombres no se les aplica el cupo.

En mi opinión, esta afirmación no parece razonablemente fundada porque es necesario considerar que la discriminación es inherente a una medida positiva que es por naturaleza desigual. Por consiguiente, podemos afirmar que su implementación necesariamente va a restringir y en definitiva conculcar derechos del colectivo que se ve perjudicado con la acción positiva en favor de las mujeres.

En esta línea de pensamiento, el cupo en tanto medida de acción afirmativa, restringe su derecho pero esa restricción se considera razonable en razón de perseguir un fin que se valora como justo: garantizar una mayor participación de las mujeres en el ámbito político para

³⁴ En la Décima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe convocada por la CEPAL en el año 2007, 33 países participantes acordaron políticas públicas con perspectiva de género para promover los derechos políticos de las mujeres.

representar sus intereses pero también para mejorar el sentido de la propia democracia que no deja por ello de ser representativa.

Ahora bien, cuando esa restricción no se limita a un 30% sino al 100% pasa a ser irrazonable para el criterio de la mayoría. Pero creemos que el criterio no puede basarse en una cuestión cuantitativa, sino que es necesario atender a razones cualitativas, a la finalidad de la medida consistente en favorecer al grupo subrepresentado.

Esta medida de acción positiva está directamente basada en razón del sexo, es decir, en tanto mujeres inscritas en el padrón electoral en tal carácter. Hoy hablamos de género, en un concepto que amplía el alcance de la palabra "sexo", vinculado a la esfera biológica. Género tiene una connotación cultural y social que incluso puede ser modificado en el curso de la vida de una persona y percibido en forma diferente no importa el sexo biológico. Pero los primeros instrumentos internacionales (incluyendo la CEDAW) no hablaron de género sino lisa y llanamente de sexo y sin duda, fue y es una categoría que identifica un grupo que la ley quiere proteger por encontrarse subrepresentado. La propia ley 24.012 de cupo dispuso que las listas que se presenten deberán tener "mujeres" en un mínimo del 30% de los candidatos y en proporciones con probabilidad de resultar electas, lo que indudablemente tiene una condición determinada por el sexo femenino.

Por ello, en nuestro criterio, tampoco puede afirmarse que el derecho no ha utilizado esta categoría para ser de ella una condición de elegibilidad, pues precisamente es el sexo femenino la condición para exigir ser ubicada en un lugar con expectativa real de poder resultar electa.

Es esta finalidad la que confiere razonabilidad a la medida afirmativa y por ello se debe analizar si su exigencia es adecuada al logro del fin previsto. Los resultados obtenidos por aplicación de la ley de cupo son altamente favorables y generaron una modificación sistemática de la composición de los órganos legislativos, ya sea en Diputados como en el Senado. No obstante en ningún caso alcanza al 50% del total de cada Cámara. En general no supera el 45% por lo que entender que esta medida afirmativa todavía no ha alcanzado su finalidad es absolutamente fundado.

Entender que el cupo del 30% es una medida que constituye un piso y no un techo, es una interpretación acorde con la finalidad de la norma y con la letra y espíritu de la CEDAW y demás normas internacionales, así como de la propia Constitución Nacional, cuyo art. 37 debe interpretarse en conjunto y armonía con el art. 75 inc. 23 y el art. 16 de la CN.

Es necesario tener en consideración para una interpretación más armónica con la evolución del derecho a la igualdad y la dimensión que adquirió el art. 16 de la CN a la luz de los nuevos derechos introducidos en la reforma de 1994 y especialmente a la luz de los tratados de derechos humanos incluidos en el art. 75 inc. 22. Ello nos lleva a sostener que la igualdad no se

agota en un criterio cuantitativo, sino cualitativo y “operaría como guía para el diseño de políticas públicas que por un lado, no deberían contribuir a perpetuar la situación de subordinación de grupos y por el otro, deberían tender a dismantelar las estructuras sociales que producen esa subordinación. Por último, la igualdad como no sometimiento obliga a reformular el rol de los tribunales y sus posibles respuestas cuando, en ejercicio de su facultad de proteger la igualdad ante la ley como derecho constitucional, afronta la demanda de personas pertenecientes a grupos sojuzgados que esperan del estado una postura enérgica contra esos atropellos”³⁵

Tampoco me parece acertada la apelación al sentido común para rechazar la lista en cuestión. Suponiendo que estén en lo cierto y el sentido común indique que en una lista debe haber hombres y mujeres, ello no obsta a pensar que se puede recurrir a proposiciones diferentes en el marco de acciones positivas que tienen por objeto modificar el sentido común que históricamente avaló y sustentó la exclusión de las mujeres, a tal punto que hoy continuamos judicializando numerosas listas que son presentadas formalmente por los partidos políticos sin cumplir siquiera con el cupo del 30%.³⁶

Lo que es peor, muchas irregularidades no llegan a conocimiento de la judicatura porque nadie impugna y no obstante el carácter de orden público que tiene la ley electoral, los fiscales y los jueces no controlan en su totalidad, por lo que se terminan presentando listas en tales condiciones de ilegalidad.

El carácter de orden público electoral le confiere un trato indisponible por las partes cuyo cumplimiento debe ser exigido, incluso de oficio. Esta atribución de los jueces electorales es la consecuencia del orden público electoral, ya que por imperio de su jurisdicción pueden y deben controlar la composición de las listas previo a su aprobación y exigir en su caso, su adecuación para que respeten el cupo, bajo apercibimiento de hacer el corrimiento de oficio o en caso de imposibilidad, no tener por aprobada la lista presentada.

Ante la pasividad y omisión del control efectivo del cumplimiento de las normas electorales se corre el riesgo de que se vaya consolidando una práctica lesiva de los derechos de la mujer, y en definitiva, se fortalezcan los obstáculos para participar efectivamente en cargos expectables, burlándose la letra y el fin de la ley.³⁷

Otro fundamento esgrimido en la sentencia en análisis tiene que ver con el sentido común, invocado para el rechazo de la lista en cuestión. Cabe reflexionar si el concepto de

³⁵ Saba, Roberto “Más allá de la igualdad forma ante la ley”, Ed. Siglo XXI, 2016, pág. 81.

³⁶ Ver el monitoreo de la ley de Cupo en las elecciones de 2017 realizado por varias ONGs – publicado bajo el título “Ley de Cupo Femenino” . Consultado en <http://www.ela.org.ar> el 9 de marzo de 2020.

³⁷ Barbagelata, María Elena , Amicus presentado en la causa “Villar, Daniel s/Formula petición” citado .

sentido común -cuando se trata de compartir el poder- puede ser claramente definido como para ser considerado un parámetro adecuado para fundar el rechazo a una medida de acción positiva. Máxime cuando la experiencia indica la resistencia sistemática en todos los campos a los cambios, quedando demostrado que no sólo los partidos políticos, sino la sociedad en general resulta muy poco receptiva a la implementación del cupo o de medidas de acción positiva en favor de las mujeres.

Por otro lado, los Estados, incluyendo al poder judicial, debe recurrir a una interpretación evolutiva y progresiva de los derechos humanos y asumir el deber de remover los obstáculos que impiden el goce pleno de los derechos políticos, en este caso, de los derechos políticos de las mujeres.

El art. 5 de la CEDAW impone además a los Estados la obligación de adoptar medidas para modificar los patrones socioculturales de conducta y de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Por consiguiente, resultaría muy adecuado utilizar al máximo las medidas de acción positiva en favor de las mujeres para alentar y fortalecer su participación en el campo político que reconoce en la presentación de las listas, uno de los pasos fundamentales para el cambio y el logro de tales fines.

En esta línea, entiendo que lejos de poder considerarse que la lista integrada en su totalidad por mujeres afectaría el derecho de los hombres y el principio de igualdad, estaríamos en realidad en presencia de una medida de acción positiva tendiente a asegurar en la práctica el ejercicio de los derechos políticos de las mujeres, promoviendo mayores condiciones de igualdad real. Sería también una oportunidad para acelerar el cambio de los estereotipos negativos que todavía imperan en la sociedad para restringir y limitar el ejercicio de los derechos políticos de las mujeres.

Creo que este fallo podía haber abierto nuevas sendas para consolidar un cambio en la cultura política partiendo del reconocimiento de que el cupo es un piso y no un techo para operar como una herramienta de transformación de una realidad desigual. La paridad, en tanto derecho, consagrada en la ley 27412³⁸ va a permitir superar esta discusión pues ya no se tratará de medidas temporales de acción positiva, sino del reconocimiento de un derecho ahora sí a mujeres y varones en igualdad.

³⁸ La ley 27.412 de "Paridad de género en ámbitos de representación política", fue sancionada en 2019 e impuso la obligación de contener un 50% de candidatas mujeres de forma intercalada en las listas nacionales.

El efecto paritario es transformador aunque seguramente será lento. Es interesante observar que en la reciente integración de las comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación, se utilizó un criterio paritario para designar las presidencias. Históricamente, fueron ocupadas por varones de manera tal que hasta el año pasado, solo el 24% de las comisiones estaba presidida por diputadas mujeres.³⁹ Avanzar a una integración paritaria configura un paso positivo para la propia Cámara de Diputados.

Hoy ya nadie discute seriamente sobre la naturaleza de los derechos humanos, sobre su origen, su extensión, su carácter; la discusión gira en torno a su protección. Al modo en cómo la comunidad internacional y los estados que forman parte de ella, se comprometen a asegurarlos en la práctica. La sanción de más y mejores leyes es un paso necesario pero no suficiente para asegurar los ddhh de las mujeres y mucho menos cuando se trata de ejercer sus derechos políticos.

5.3. La causa de la Auditoria General de la CABA.

Hemos seleccionado este precedente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,⁴⁰ mediante el cual se rechazó un amparo presentado por una ONG contra la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por considerar que se había violado el cupo previsto en la Constitución de la CABA. En el amparo interpuesto se solicitó la declaración de la nulidad de la Resolución Nº357/13 dictada por la Legislatura, mediante la cual el 9.12.13 fue designado un auditor varón para integrar la Auditoria General de la CABA, ante la vacante producida por la renuncia de una auditora mujer, solicitándose el respeto al cupo por sexo de un 30%, conforme lo dispuesto en el art. 36 de la constitución de la CABA y el art. 138 de la ley Nº 70 de la CABA.

El juez de primera instancia hizo lugar al reclamo y declaró la nulidad de la resolución impugnada, ordenando asimismo a la Legislatura pedir disculpas públicas por haber violado lo dispuesto en las normas citadas.

A raíz de la apelación interpuesta, la Sala 3 del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA dictó sentencia declarando abstracta la cuestión por el tiempo transcurrido (el mandato ya había finalizado), sin perjuicio de lo cual confirmó la nulidad de la resolución cuestionada.

³⁹ Diario Clarín, 7 de marzo de 2020.

⁴⁰ TSJ de CABA, Causa "Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/Amparo" Expte. 14.853/17- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la CABA de fecha 11 de diciembre de 2019.

Disconforme con lo resuelto, la Legislatura de la CABA interpuso recurso de queja por ante el Tribunal Superior. El amparo que fuera acogido en primera y segunda instancia terminó rechazado por dicha Corte, quien por sentencia de fecha 11 de diciembre de 2019 resolvió por mayoría, aceptar la queja y revocar lo decidido por los jueces inferiores.

Si bien cada magistrado y magistrada fundó su voto, me interesa analizar por un lado, las razones expuestas para hacer lugar a la queja interpuesta por la Legislatura y por otro lado, las razones invocadas por la minoría para arribar a la conclusión opuesta, es decir, confirmar la nulidad de la resolución de la Legislatura designando a un auditor varón.⁴¹

Entre los fundamentos expresados en general, surge una coincidencia: la designación de un auditor varón en la Auditoría infringió el cupo del 30% previsto en la norma aplicable. Ello así porque “la Auditoría quedó integrada por cinco varones y dos mujeres, así se alcanzó una participación del 71,42% de personas de sexo masculino, lo que excede el límite de 70% que impone el art. 138 de la ley 70”.

El tema en cuestión pasó por decidir si dicha situación conformó una forma de discriminación contra la mujer y en caso afirmativo, si se debe disponer una medida reparatoria. En esta línea, uno de los magistrados entendió necesario que los peticionantes identificaran alguna situación individual o colectiva de discriminación. Consideró en el caso concreto que ... “no se identificó una sola mujer con intención y en condiciones de integrar la Auditoría General. O sea las accionantes no han demostrado que hubiera habido alguna mujer excluida. Tampoco haber impugnado la candidatura del Sr. Del Gaiso por su condición de varón”... (Ver Considerando 5 del voto Dr. Lozano)

Estimó el magistrado que la ley 70 tuvo en miras evitar la paralización del funcionamiento de la Auditoría imponiendo un plazo para cubrir vacantes, por lo que revisar la designación importaría no integrarla debidamente según el art. 136 de la Constitución de la Ciudad. Agrega que quien incumple es la Legislatura y no el auditor designado; consideró que de hacerse lugar al amparo, se estaría removiendo al Auditor designado, constituyendo por esta vía una forma de destitución no prevista constitucionalmente.

Otros votos se enfocaron en el análisis del carácter abstracto de la cuestión atento que el mandato ya había terminado (Voto Dr. Santiago Otamendi) o merituaron aspectos vinculados con el proceso de designación en el seno de la Legislatura, durante el cual el auditor ahora impugnado no recibió reparos, considerando que era esa la oportunidad para que la Legislatura reconsiderara la designación.(Voto Dra. Marcela De Langhe).

⁴¹ Votos de los vocales Dr. Luis Lozano haciendo lugar a la queja y revocando la resolución recurrida y de la Dra. Alicia Ruiz haciendo lugar a la queja pero confirmando la resolución recurrida, en minoría.

Otra magistrada resolvió rechazar la queja por cuanto estimó que no estaban reunidos los requisitos propios necesarios para que un recurso de queja pueda ser admitido. (Voto Dra. Inés Weinberg).

Pero enfocándonos en las cuestiones vinculadas con el cupo y los derechos políticos de las mujeres en juego en esta causa, me interesa poner de relieve las consideraciones formuladas en el voto en minoría (Voto Dra. Alicia Ruiz) que se fundó centralmente en que la designación del auditor no genera un debate sobre “la discriminación femenina en abstracto, sino del resultado concreto de no respetar una norma constitucional que pone un límite cuantitativo por razones cualitativas”. (Ver considerando 2 del voto de la Dra. Alicia Ruiz)

Sostiene así que la discriminación ha sido sobre “todas la mujeres que pudieran haber sido postuladas para desempeñarse como Auditora General”. Analiza la procedencia de realizar acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación, expresada tanto en las leyes como “también en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales” (Ver considerando 4). En relación a este aspecto, considera de aplicación el criterio normado en la ley Nº 474 (Ley de Plan de igualdad de oportunidades de la CABA) que sienta como regla de interpretación para los poderes e instituciones de la Ciudad la que resulte más favorable a la igualdad real de oportunidades y de trato entre mujeres y varones.

Concluye en definitiva, que se ha producido un daño colectivo y que debe disponerse una reparación, incluso de oficio. Luego de analizar aspectos vinculados a la legitimación y cuantificación del daño, vota por el rechazo del recurso planteado por la Legislatura, lo que conlleva confirmar las decisiones adoptadas por los jueces inferiores, haciendo lugar al amparo.

En mi opinión, la decisión de la mayoría ha perdido la oportunidad de jerarquizar uno de los aspectos más novedosos y trascendentes en orden a asegurar el ejercicio de los derechos políticos de las mujeres que fue consagrado en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en 1996, esto es, el cupo en los órganos colegiados del gobierno de la CABA.

La Constitución sancionada en 1996 ha sido pionera en reconocer y garantizar los derechos humanos de las mujeres, innovando en sus cláusulas constitucionales, en particular, al disponer un cupo por género no solo en las listas a cargos públicos electivos sino en órganos colegiados del ámbito ejecutivo y judicial.

En el Capítulo noveno referido a las Políticas especiales titulado “Igualdad entre varones y Mujeres” se consagró un plexo normativo que informa los lineamientos fundamentales de las políticas públicas que la ciudad se compromete a implementar. Por el art. 36 se garantizó en el ámbito público la igualdad real de oportunidades y trato en el acceso y goce de todos los derechos políticos, a través de acciones positivas que permitan su ejercicio efectivo en todos los ámbitos, organismos y niveles.

Una de las medidas de discriminación positiva por excelencia es el cupo, que la Constitución prevé con amplio alcance en los órganos públicos tal como señala el art. 36 en cuyo párrafo cuarto involucra a los órganos colegiados de gobierno, ya sean de control o de gestión.

La norma dispone que

“En la integración de los órganos colegiados compuestos por tres o más miembros, la Legislatura concede acuerdos respetando el cupo previsto en el párrafo anterior”.

Quiere decir que cuando la Legislatura designa a través del voto de sus miembros, a los integrantes de los órganos compuestos por tres o más personas, la designación debe recaer en personas de distinto sexo, en una proporción que no exceda el 70% para cualquiera de ellos.

“Por primera vez el cupo propició la participación de mujeres en los organismos creados en la propia Constitución , como el directorio del Banco Ciudad, la Defensoría del Pueblo, tomando en consideración sus adjuntías (art. 137), la Auditoría General (arts. 135 y 136), el Consejo de la Magistratura (art. 115), el Jurado de Enjuiciamiento (art. 121) y el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos (art. 139)”⁴²

Estas medidas positivas son también un piso y no un techo; están contempladas para todos los ámbitos públicos, organismos y niveles y no pueden ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse la Constitución. Se ha legislado en un sentido de progresividad que esta sentencia desconoce, imponiendo un claro retroceso.

El voto en análisis realiza una interesante invocación a la Ley Nº474 del Plan de Igualdad de Oportunidades y Trato entre mujeres y varones, estableciendo un marco normativo para el diseño y la implementación de acciones de gobierno con perspectiva de género. La ley propone adoptar las medidas necesarias tendientes a remover los obstáculos de derecho y de hecho que impiden la igualdad real de derechos, oportunidades y trato entre varones y mujeres.

La ley incorpora la perspectiva de género en todos los organismos del gobierno de la ciudad lo que incluye a la Auditoría General.

La sentencia analizada desconoce todas estas obligaciones legales y constitucionales y es regresiva en orden a reconocer y aplicar los derechos políticos de las mujeres.

No se trata solo de interpretar o elegir entre varias normas en pugna a la que resulte más favorable, sino que se trata de dejar expresamente de lado una norma imperativa, operativa y de orden público, como es la que dispone el cupo en la integración de los órganos colegiados

⁴² Barbagelata, María Elena “La dimensión de la igualdad en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires” en *Perplejidades del Constituyente*, A.A.V.V., Coord. Por Raúl Zaffaroni y Guido Riso, Ed. Ediar, 2006, pág.45.

de gobierno, convalidando una práctica de la Legislatura contraria a integrar a mujeres en los órganos de control y decisión, violando expresamente la propia Constitución de la CABA.

El Poder legislativo, representado por la Legislatura, debió legislar promoviendo medidas de acción positiva tal como exige el art. 80 inc.7 de la Constitución. En el caso que nos ocupa la Legislatura abdicó de su función y dictó un acto ilegítimo.

Tampoco me parece acertada la exigencia de probar la discriminación demostrando que determinada mujer, individualmente considerada, se postuló y fue rechazada para el cargo de Auditora, extremo que nada aporta a la cuestión debatida. La discriminación base de las acciones positivas como el caso del cupo, no requieren la prueba de la afectación concreta del derecho individual de una mujer afectada. Esa exigencia se superó hace décadas tal como analizamos en las primeras sentencias recaídas por aplicación de la ley 24012 de cupo, donde solo podían reclamar las mujeres candidatas invocando una lesión a sus propios derechos y nadie más tenía legitimación para cuestionar la lista.

Las afectadas componen un colectivo, un grupo estructuralmente discriminado que por tal razón registra obstáculos y desventajas concretas que son merituadas justamente a priori, para disponer las medidas de acción positiva que en el caso que nos ocupa, han sido desconocidas.

Otro de los argumentos invocados consistió en advertir que si se dispusiera la nulidad de la designación del auditor en funciones el órgano se paralizaría. No me parece que sea un escollo insalvable a punto tal de ser considerado más importante que el respeto al cupo, toda vez que la normativa aplicable dispone los mecanismos para que tal circunstancia no impida el funcionamiento de la auditoría. Por otro lado, podría argumentarse que efectuar un nombramiento violatorio del cupo, podría ser un mecanismo que lo torne inoperante, ya que aún suponiendo que alguien impugne la resolución judicial exigiendo su cumplimiento en tiempo y forma, es muy probable que la cuestión se vuelva abstracta o su resolución llegue tarde, lo que no impedirá que el mandato concluya en violación al cupo y ello no ocasionará ninguna consecuencia en términos institucionales.

La misma suerte corre el argumento de que la nulidad de la resolución de designación del auditor configuraría una nueva causal de remoción. No se trata de destituir, sino de pronunciarse sobre la validez o nulidad de un acto del Poder Legislativo, que en caso de resolverse por la nulidad, acarrearía como consecuencia la nulidad de la designación y el nombramiento se tendrá por no realizado. No se trata pues, de una cuestión de destitución, sino de nulidad de un acto ilegítimo, lo que no es equiparable a una destitución.

Como señaláramos en el curso del presente trabajo, no es suficiente sancionar normas a todo nivel, que sean claras y de orden público, para remover los obstáculos que los Tratados y

normas dispusieron modificar. Es imprescindible aportar una mirada de género y transformar la interpretación sesgada de estereotipos para asegurar la aplicación de normas más favorables a los derechos de las mujeres.

El reto que impone deconstruir la cultura profundamente discriminatoria enraizada en la sociedad y en particular en la justicia, no es fácil de abordar.

Lo que es innegable es que hemos avanzado mucho y hoy defender y juzgar con perspectiva de género es un desafío que desde el estado de derecho debemos asumir si nos anima el objetivo de construir una sociedad más democrática fundada en el respeto y garantía de los derechos políticos de las mujeres.

BIBLIOGRAFIA

Alegre Marcelo y Gargarella Roberto, (2007), Coord. *El Derecho a la Igualdad*, Ed. Lexis Nexis, Argentina.

Allegrone, Norma (2002), *Ley de cupo femenino*, Ed. FUNDAI y Friedrich Ebert Stiftung, Argentina.

Bárcena, Alicia y Prado Antonio (2016) *El imperativo de la igualdad*, Ed. Siglo XXI, Naciones Unidas-CEPAL, Argentina.

Barbagelata María Elena (2006) "La Dimensión de la Igualdad en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires" en *Perplejidades del Constituyente*, Ed. Ediar. Bs.As.

- (2008) "Análisis comparativo de las Cartas Orgánicas" en Rev. *Mujeres en Política*, Nº15, Fundación Mujeres en Igualdad-UNIFEM.

Barreiro, Line, (2012) "Avances importantes y persistentes discriminaciones a los derechos políticos de las mujeres" en *Construyendo las condiciones de equidad en los procesos electorales*, IIDH/CAPEL, Costa Rica.

Bidart Campos, Germán (1995) *Tratado Elemental de derecho Constitucional Argentino*, Ed. Ediar, Bs.As.

Bobbio, Norberto, (2000) *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Ed. Gedisa, Barcelona.

Cámara Nacional Electoral, (2017) *Buenas prácticas en materia electoral*, Colección Seminarios Nº 1, Bs.As.

Dahl, Robert A., (2008) *La igualdad política*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Bs.As.

Dalla Vía, Alberto R. (2012) “Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales” en *Construyendo las condiciones de equidad en los procesos electorales*, IIDH/CAPEL, Costa Rica.

Gallo Edit R. y Giacobone Carlos A. (2001) *Cupo Femenino en la política argentina*, Ed. Eudeba, Bs.As.

García Muñoz, Soledad, (2004) “El marco Teórico: la perspectiva de género y la protección internacional de los derechos humanos” en *Los derechos humanos de las mujeres*, IIDH- CEJIL , Costa Rica.

Marx, Jutta, Borner, Jutta y Caminotti, Mariana (2007) *Las Legisladoras, cupos de género y política en Argentina y Brasil*, Ed. UNDP-Instituto Di Tella- Siglo XXI, Argentina.

Saba, Roberto, (2016) *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Ed. Siglo Veintiuno, Colección derecho y política, Bs.As.