

Las medidas de acción positiva en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional Argentina

Pablo Octavio Cabral¹

I. Una norma original que establece una versión estructural del principio de igualdad e incorpora las medidas de acción positiva²

Dice el artículo 75 en su inciso 23 que corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e

1 Abogado (UNLP), Especialista en Derecho Administrativo (UNLP), Magister en Derechos Humanos (UNLP), Docente de la Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional de Tres de Febrero y el Instituto Universitario de Derechos Humanos “Madres de Plaza de Mayo”, Director de la Revista Derechos en Acción, Sub Director Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado (PTN). (<https://unlp.academia.edu/PabloOctavioCabral>).

2 El presente comentario se fundamenta en mi tesis final de la Maestría en Derechos Humanos (UNLP), titulada “Fundamentos constitucionales de las tutelas procesales diferenciadas en la Justicia Federal Contencioso Administrativa argentina”, disponible en el repositorio institucional digital SEDICI.

integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

Este texto normativo tiene una relevancia que, hasta ahora, no ha sido totalmente desarrollada y utilizada en su potencialidad por la doctrina y jurisprudencia, ya que este inciso del artículo 75 reformula el tradicional principio de igualdad –liberal–, incorporando como complemento una mirada estructural y establece además un mecanismo constitucional totalmente novedoso como la creación de las medidas de acción positiva respecto de determinados grupos vulnerables socialmente.

II. El modelo de la *igualdad estructural* en la obra de Roberto Saba y el Art. 75. 23 CN

La propuesta de distinguir en nuestro derecho entre un tipo de principio de igualdad ante la ley de tipo liberal (art.16 CN), y de igualdad estructural fue expuesto con claridad conceptual por Roberto Saba, de quien tomamos, para este punto, las ideas centrales de sus trabajos académicos y su libro “Más allá de la igualdad formal ante la ley”.³

Para Saba la tradición constitucional igualitaria se inició en 1810, fue reflejada en la Constitución de 1853 y perfeccionada en la reforma de 1994. Para sostener ello, inicia su trabajo realizando una lectura de un texto de Mariano Moreno que enlaza con la Constitución de 1853, hasta proponer una confirmación de la visión estructural de la igualdad en las reformas a la carta magna del año 1994.

Su argumentación intenta demostrar que; “a la luz de las modificaciones introducidas en la Constitución argentina en 1994, en particular en su nuevo art. 75, inc. 23 –pero también en los arts. 37, 75, inc. 2 y 75, inc. 19– la visión estructural de la igualdad ha sido expresamente incorporada”⁴ Esta postura, como veremos, es acep-

tada en general por una importante parte de la doctrina y de la jurisprudencia, aún de nuestro máximo tribunal de justicia federal.

El concepto de igualdad ante la ley que receptó la Constitución argentina de 1853/60 en su artículo 16, es parte de una visión individualista cuya matriz ideológica liberal resulta central para el constitucionalismo clásico en la que abreva nuestra carta magna. Desde una óptica superadora se propone una mirada estructural a las relaciones entre los diferentes grupos –aventajados e incluidos y desaventajados y excluidos– que integran una sociedad en un determinado lugar y momento histórico.

Veamos algunos conceptos y clasificaciones para entender los dos modelos de igualdad en estudio: a) Uno, más cercano del pensamiento liberal clásico, de cariz individualista y que fue constitucionalizado en 1853, y se encuentra relacionado con el *trato igual* y el *principio de no discriminación*. Esta versión del principio de igualdad formal requiere una supuesta *intención* de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio de selección elegido por la norma o regulación; b) El otro con un claro componente estructural o social, en el que se considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de las sociedades. Esta visión social o estructural de la igualdad se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una comunidad. Se vincula con el *principio de no sometimiento* y, a diferencia del anterior modelo, no presupone una intención discriminatoria en quien realiza la distinción.

Esta propuesta parte de reconocer que, en nuestras sociedades latinoamericanas, más allá del reconocimiento formal del derecho ante la igualdad ante la ley y la vigencia del principio de no discriminación, existen situaciones graves de exclusiones históricas de grupos sojuzgado socialmente. Dice Saba: “Sin embargo, existen en nuestras sociedades colectivos de personas que, a causa de esa misma pertenencia a determinados grupos, carecen de acceso a ciertos empleos, funciones, actividades, espacios físicos o a la práctica del autogobierno, dada la situación de sometimiento que padecen. Mi supuesto inicial será que esas personas no se autoexcluyen en for-

3 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados? Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016.

4 Saba, ob. cit, pág.32.

ma voluntaria y autónoma. En la Argentina casi no hay normas que excluyan a las mujeres, las personas con discapacidad, a los indígenas o a otros grupos –a veces llamados vulnerables– del ejercicio de los derechos a ser elegidos para cargos públicos, trabajar en la administración pública, acceder a la educación, a la salud o a la alimentación. Sin embargo, de hecho, alcanzar esas metas es para ellos *sólo palabras* y esto se debe a una situación sistemática de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales, prejuicio y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan”.⁵

El principio de *igualdad de trato y no discriminación* construido a partir del artículo 16 de la Constitución Nacional desde una posición liberal e individualista, dispone que el Estado puede tratar de modo diferente a las personas siempre y cuando lo haga en forma homogénea uniforme y no arbitraria. Este estándar es reformulado y exige un doble juicio; primero establecer la finalidad de la norma que crea la distinción o aplica una categoría; segundo, encontrar una relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido y el fin buscado.

En palabras de Saba: “Esta visión de la igualdad ante la ley, que algunos han dado en calificar de individualista –porque analiza la situación del individuo independientemente de la situación del grupo que este integra– genera la posibilidad de hacer distinciones basadas sobre criterios razonables, es decir, aquellos que logran establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Esta concepción de la igualdad tiene por objeto impedir que el Estado tome decisiones sobre la base de prejuicios e ideas estigmatizantes de las personas y dé lugar a tratos arbitrarios. Desde esta perspectiva, un artículo como el 16 de la Constitución argentina tendría como finalidad que se trate a las personas de modo que lo único relevante sea su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación en cuestión, siempre que dicho objeto sea constitucional. El Estado debe ser ciego a las características de na-

cimiento, físicas o de otro tipo que resulten irrelevantes para los fines de la actividad que la persona aspira a realizar; por ejemplo, desempeñarse en un empleo”.⁶

El problema surge cuando esta interpretación de la igualdad ante la ley –en tanto igualdad de trato y principio de no discriminación– no resuelve satisfactoriamente los efectos no igualitarios de sociedades, como puede ser la Argentina, con desigualdades estructurales y discriminaciones sistémicas de hecho. Explica el autor en estudio: “Intentaré señalar que en una gran cantidad de casos el principio de no discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no provee suficientes herramientas para evitar los efectos no igualitarios de los tratos supuestamente neutrales. Me refiero a aquellas situaciones en que se realizan diferencias de hecho en el trato que reciben las personas y que derivan en exclusión o sometimiento sistemático, a pesar de la intención formal de la autoridad estatal de no guiarse por prejuicios e impulsos arbitrarios”.⁷

En respuesta a esta falta de solución al problema de la discriminación estructural de grupos sociales excluidos, surgieron posturas de autores como Owen Fiss, Robert Post, Reva Siegel o Catharine MacKinnon, que seguidos por profesores nacionales como Roberto Saba, proponen una versión de la igualdad ante la ley que no se asocia al principio de no discriminación, sino al principio de no sometimiento, exclusión o sojuzgamiento.

Explica Saba que; “Esta lectura de la desigualdad y su consiguiente visión de la igualdad ante la ley no se vincula con la irrazonabilidad disfuncional o la no instrumentalidad del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que el objetivo que la igualdad ante la ley persigue es el de evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados en una sociedad... Evitar que se genere un grupo excluido, sometido o sojuzgado y se per-

5 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 31.

6 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 50.

7 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 52.

petúe esa condición sería entonces el fundamento del principio de igualdad ante la ley”.⁸

En esta versión de la igualdad, complementaria a la clásica liberal, es central la construcción de concepto de grupo, definido a partir de su condición de sometido o sojuzgado. Explica Saba que en la teoría de Fiss, el grupo reviste las siguientes características: tiene una identidad propia diferente de las identidades de los miembros específicos que lo componen; la identidad y el bienestar del grupo y la identidad y el bienestar de sus miembros son interdependientes; los miembros del grupo se identifican por su pertenencia a este y su estatus se ve determinado por el estatus del grupo; en su mayoría son grupos pauperizados y esa condición se ha prologando durante varias generaciones, produciendo una deuda social. Agrega Saba una característica más; su falta de responsabilidad respecto de su propia situación de exclusión o sometimiento, precisamente por estar más allá de su voluntad.⁹

En síntesis, la igualdad como no sometimiento “impacta como sobre el modo en que concebimos y entendemos otros derechos reconocidos en las Constituciones y los tratados internacionales, así como sobre las obligaciones estatales surgidas a partir del compromiso constitucional del Estado de proteger a las personas contra la desigualdad estructural”.¹⁰

III. Conceptualización de las medidas de acción positiva

Como propuse a partir de las preguntas del párrafo anterior, el itinerario de este capítulo recorrerá los antecedentes y la recepción

8 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 58.

9 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 61.

10 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 81.

en nuestro ordenamiento jurídico de las medidas de acción positiva y el tratamiento que le ha dispensado la doctrina constitucionalista a dicha herramienta legislativa. Pero para poder ingresar al estudio de esta institución transcribiré algunas definiciones o ideas básicas que nos permitirán continuar con el posterior análisis de la noción de qué es lo que estamos describiendo.

Como primer acercamiento puedo decir que el concepto de medidas de acción positiva puede ser entendido de tres formas o alcances diversos, pero relacionados entre sí: como una garantía específica del principio de igualdad sustancial, como medidas para defender los derechos sociales fundamentales, como acciones de protección de personas que integran grupos vulnerables, como un tipo específico de política pública.

La acción afirmativa fue definida por la Organización de Naciones Unidas como: “la acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas en un aspecto o varios de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva”¹¹.

Por su parte la doctrina especializada ha construido la siguientes descripción; es el establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios”¹².

Otra definición posible es la que entiende que se trata de “las medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombre y mujeres, sobre todo mediante la eliminación de las desigualdades de hecho”¹³

11 Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos; El concepto y la Práctica de la Acción afirmativa. Naciones Unidas: E /CN.4 / Sub.2 /2000 /11; E / CN.4 /Sub.2 /2001 /15.

12 González Martín, Nuria, “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, Revista Derecho y Sociedad N° 18, pág. 71 y sgtes.

13 Rey Martínez, “Acción positiva y discriminación inversa: delimitación”, en AA.VV., Base legal de la acción positiva, 2007, p. 16.

IV. Antecedentes en el derecho comparado¹⁴

01. Las acciones afirmativas en Estados Unidos¹⁵

Los orígenes más difundidos de las medidas de acción afirmativa se encuentran, sin dudas, en la experiencia norteamericana iniciada en la década de los sesenta del siglo pasado, como una forma de dar tratamiento a la discriminación racial de los afrodescendientes en ese país.

La discriminación de las personas llegadas de África para trabajar como esclavos generó la guerra civil de secesión en Norteamérica que culminó con el triunfo del ejército del norte y la modificación de la Constitución mediante la inclusión de la Enmienda XIII¹⁶ propuesta por el presidente Abraham Lincoln, que abolió oficialmente la esclavitud en ese país. La discriminación sistemática respecto del colectivo de hombres y mujeres negros continúa con diversas modalidades en la actualidad en los Estados Unidos, generando mecanismos de violencia institucional contra sus integrantes.

Explica Santiago Sánchez González que: “En Estados Unidos la lucha por la justicia racial fue y sigue siendo el desafío más importante de su experiencia constitucional. El problema de la esclavitud se manifiesta ya en la fase preconstituyente en Filadelfia en 1776, ensombrece todo el proceso de formación de la nación y conduce, en concurrencia con otros factores, a la guerra civil. Las enmiendas de la Constitución de 1865, 1868 y 1870, que fueron aprobadas para conseguir la igualdad racial, no produjeron los efectos deseados, porque el Tribunal Supremo se encargó de convertir la emancipación legal en una victoria vacía, con su apoyo al racismo, implícito

14 Sánchez González, Santiago, “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y la India”, Revista Derecho Público Iberoamericano, N° 4, pág. 95/99, abril 2014.

15 Robert A. Sedler, *Employment Equality, Affirmative Action, and the Constitutional Political Consensus*, 90 MICH. L. REV. 1315 (1992).

16 Enmienda XIII de la Constitución de los EEUU: “Sección 1. Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto. Sección 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas.”

en la fórmula “separados pero iguales”. El cambio de rumbo no se inició hasta un siglo después con la sentencia dictada en el caso *Brown v. Board of Education*, el 17 de mayo de 1954.”¹⁷

Las acciones afirmativas nacieron entonces a mediados del siglo pasado como un mecanismo de resolver esta situación de clara violación de los derechos humanos de la población afrodescendiente, a la que se sumaron como víctimas de discriminación grupos de migrantes latinoamericanos y otros sectores minoritarios.

El término “acción afirmativa” fue utilizado por vez primera en el año 1935 en el ámbito del derecho colectivo del trabajo, cuando el Congreso –en el marco del *New Deal* en la presidencia de Roosevelt– aprobó la Ley Nacional de Relaciones Laborales –conocida como Ley Wagner–, destinada a reconocer el derecho de los trabajadores a sindicalizarse y regular un método práctico de llegar a acuerdos laborales. La ley exigía expresamente una “acción afirmativa” a los empleadores culpables de discriminación contra los trabajadores sobre la base de su afiliación sindical, quedando incluida entre tales acciones, su reincorporación en el puesto de trabajo.¹⁸

17 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

18 La sección 10 de la ley Nacional de Relaciones Laborales regula la prevención de prácticas laborales injustas, estableciendo las facultades de contralor de la Junta Nacional de Relaciones Laborales creada por la norma. En tal contexto expresa la ley que: “El testimonio tomado por dicho miembro, agente o agencia, o la Junta se reducirá a escrito y se archivará con la Junta. A partir de entonces, a su discreción, la Junta, previa notificación, puede tomar más testimonio o escuchar argumentos. Si sobre la preponderancia del testimonio tomado, la Junta es de la opinión de que cualquier persona nombrada en la queja se ha involucrado o está participando en una práctica laboral injusta, entonces la Junta declarará sus conclusiones de hecho y emitirá y hará que se le notifique a dicha persona una orden que requiera que cese y desista de tal práctica laboral injusta, y que tome dicha acción afirmativa, incluida la reincorporación de empleados con o sin pago retroactivo, según las políticas de esta Ley” (la traducción y el subrayado me pertenecen). Ampliar en; Arroyo Vázquez, María Luz, “Un hito de la legislación laboral estadounidense: la ley nacional de relaciones laborales o ley Wagner (1935)”, *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, I-i.* Contemporánea, t. 15, 2002, págs. 351-377.

En junio de 1941, el presidente Franklin D. Roosevelt emitió la Orden Ejecutiva 8802, precursora de las políticas de acción afirmativa en el ámbito de las relaciones raciales, que pedía “medidas especiales” y “determinadas acciones” para acabar con la “discriminación en el empleo de trabajadores en las industrias de defensa o gobierno [que ocurran] debido a la raza, credo, color u origen nacional”¹⁹. El movimiento histórico de Roosevelt tenía la intención de impulsar la economía en tiempos de guerra y reducir el severo desempleo negro, como lo instaron A. Philip Randolph y otros líderes. La Orden Ejecutiva 8802 no se hizo cumplir de manera consistente, pero en algunos estados la repentina competencia negra por trabajos tradicionalmente blancos provocó hostilidad y violencia contra los negros.

El inicio de la lucha estatal contra la discriminación tomó impulso mediante el relevante título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, a la que le siguieron otras medidas en igual sentido para abordar la problemática racial. Destaca Sánchez González que “Se aprobaron, luego, la Civil Rights Act (1964), la Executive Order 11-246 de 25 de septiembre de 1965, la Voting Rights Act (1965), la Fair Housing Act (1968), y se creó la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en Materia de Empleo. En este mismo ámbito, parece que fue el presidente Lyndon Johnson quien en 1967 modificó mediante otra Executive Order, la 11.375, una previa, para incluir una referencia a la ‘discriminación’ por razón del sexo. El legislador quería, sobre todo, que la sociedad estadounidense comenzase a tratar a los negros como individuos, sujetos de derechos en igualdad de condiciones con los blancos. La aprobación de esas normas significó, no podía ser de otro modo, el reconocimiento público de la impronta esclavista del sistema político estadounidense –ofrecido al mundo exterior como modelo liberal y democrático–, y el descubrimiento sin tapujos del trato secular discriminatorio de la

19 Orden Ejecutiva 8802: “Todos los departamentos y agencias del Gobierno de los Estados Unidos que se ocupan de los programas vocacionales y de capacitación para la producción de defensa tomarán medidas especiales apropiadas para asegurar que dichos programas se administren sin discriminación por motivos de raza, credo, color u origen nacional”.

raza negra (...) y de otras minorías raciales.”²⁰

En la década de 1970 se llegó a un punto en el que las políticas mencionadas demostraron ser insuficientes, por lo que, tanto el Estado Federal como algunas Universidades y empresas iniciaron un proceso de adopción de medidas de otro tenor y alcance con el claro objetivo de logara un cambio significativo en la condición de vida de la población afro descendiente, así como de otros sectores desposeídos. Este grupo de medidas –que pueden distinguirse entre las que utilizaron el sistema de metas u objetivos y las que optaron por el sistema de cupos–, tendientes a la plena integración social de los negros y de otras minorías raciales se las agrupó bajo la denominación “affirmative action”.

Continuando con Sánchez González: “La ‘acción afirmativa’ que se emprende a principios de la década de 1970 por los poderes públicos y por algunas empresas privadas supone la superación de aquella concepción originaria en un doble sentido. Por un lado, parte de la existencia de una profunda desigualdad social que es el resultado de una discriminación estructural y generalizada basada fundamentalmente en la raza y el color de la piel, contra la que hay que luchar mediante acciones concretas. Por otro, porque las víctimas de la discriminación lo han sido y lo son como consecuencia, no de una característica o comportamiento individual específico, sino de rasgos físicos generales. Esta ‘acción afirmativa’ constituye, por lo tanto, una práctica, o una política, dirigida a favorecer a sectores de población que se encuentran en condiciones de inferioridad precisamente por ser de una raza determinada; y es, por lo tanto, una discriminación de signo inverso, que pretende enmendar los efectos de la discriminación histórica que habían sufrido sobre todo los negros y los inmigrantes no procedentes del universo anglosajón.”²¹

20 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014. Ampliare en: Aguilar Fernández, Susana, “Contexto político y protesta: El movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época) ISSN: 0048-7694, Núm. 136, Madrid, abril-junio (2007), págs. 11-49.

21 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

Las políticas de discriminación inversa generaron una importante discusión en los Estados Unidos, en especial la acción afirmativa practicada en el empleo, la educación y otros campos ha suscitado un intenso debate moral y legal.

El debate se centra en las acusaciones de que los remedios con conciencia racial diseñados para reparar la discriminación odiosa contra algunos grupos equivalen a una “discriminación inversa” ilícita contra otros.

Políticamente, se sostiene que la acción afirmativa invierte la relación entre el individuo y el grupo, es decir, en lugar de que el individuo sea la unidad social primaria sobre la que se forman los grupos, el grupo se convierte en primario y es la fuente de derechos para el individuo. Es que el significado histórico principal de la acción afirmativa ha sido promover la intervención estatal en el libre mercado y debilitar las instituciones políticas y sociales basadas en los derechos individuales. Aquellos que se oponen a la acción afirmativa expresan especial preocupación por cualquier forma de intervención que implique mandatos numéricos, especialmente metas y cuotas. Aunque la palabra *metas* a menudo connota pautas flexibles para la inclusión de grupos y *cuotas* a menudo connotan límites rígidos con intención discriminatoria, ambos implican porcentajes o números óptimos de personas que pertenecen a grupos específicos destinados a servir en capacidades específicas.

Los defensores más firmes de la acción afirmativa argumentan que los mandatos numéricos, ya sean llamados “metas” o “cuotas”, son remedios justos y efectivos para la discriminación persistente.

Cierro este punto con la mirada sobre el desarrollo y resultados de estas políticas en Norteamérica expuesta por el autor de referencia: “En Estados Unidos la premisa que subyace en la adopción de las políticas de acción afirmativa es una concepción de la igualdad de tipo formal e individual que pretende proporcionar una igualdad de oportunidades. Esas medidas son muy recientes, no están constitucionalmente reconocidas y no se permiten en forma de cuotas. Además, han sido objeto de cuestionamiento no sólo por la doctrina, sino en las instancias judiciales, y han producido escasos resultados favorables a los sectores de población concernidos en los ámbitos laboral y educativo, y menos aún en el de la representación

en los órganos de gobierno.”²²

Recientemente la Corte de Estados Unidos dictó sentencia en dos causas en las que descalificó constitucionalmente las acciones afirmativas en materia educativa universitaria. La discusión de fondo en los fallos “Students for Fair Admissions v. Harvard” (20-1199) y “Students for Fair Admissions v. University of North Carolina” (21-707) radica sobre la constitucionalidad –o no– de las admisiones universitarias basadas en criterios raciales a la luz de la Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución. Indican sus magistrados que el origen étnico siempre resulta, a priori, una categoría sospechosa que impide juzgar a la gente por sus méritos y cualidades esenciales, y que este tipo de medidas actúa en contra de la voluntad del legislador al crear la Constitución, la de tener una población sin prerrogativas de sangre ni de nacimiento.²³

El precedente jurisprudencial norteamericano en análisis es sin dudas relevante para la discusión política –nacional e internacional– respecto del rol del Estado en nuestras sociedades, los derechos de los pueblos –en especial las minorías excluidas–, el modelo de igualdad a que cada país aspira, el rol del derecho para mitigar la inequidad estructural o sistémica, las obligaciones del Estado frente al deber de no discriminar por motivos ilegítimos, etc. Todas estas cuestiones corren por un andarivel paralelo con el análisis jurídico del impacto de la sentencia en nuestro ordenamiento jurídico que es nulo.²⁴

02. Las medidas de acción afirmativas en la India

22 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

23 Ampliar en Shapira, Sofía y Cabral, Pablo Octavio; “EL PRECEDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS QUE DECLARÓ LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS. Su nulo impacto jurídico en el ordenamiento legal de la República Argentina”, publicado el 11 de julio de 2023 en el portal: palabrasdelderecho.com.ar

24 Shapira...ob. Cit.

El caso de la India es paradigmático para el estudio de las acciones afirmativas y guarda interés en tanto estas medidas se han utilizado desde hace mucho tiempo –sin poder afirmar que luego tal modelo político se haya trasladado a Estados Unidos, Europa y el resto del continente americano– para lograr mitigar las desigualdades estructurales de una sociedad dividida milenariamente en centenares de castas distintas.

Sánchez González dice al respecto: “La naturaleza y complejidad de la estratificación social en la India –resultado último de las múltiples desigualdades y de su persistencia– son únicas. En principio, el esquema de que se sirven los sociólogos occidentales cuando estudian la división del trabajo social y la diferenciación social, que les lleva a la formulación de modelos, como las sociedades esclavistas, de castas, estamentales y de clases, no sirve para proporcionarme una imagen aproximada de la sociedad de la India, entre otras razones porque no puede explicar la estabilidad milenaria de su sistema de estratificación social”.²⁵

A finales del siglo XIX, cuando el país se encontraba sometido por el imperialismo británico, se iniciaron algunas políticas de acción positiva como el establecimiento de reservas de plazas en instituciones educativas para aquellas personas que constituían las clases deprimidas o comunidades atrasadas. En algunos principados de la India, en el año 1926, se fijaron cuotas para el acceso al servicio público, y a algunos órganos de representación política, con la conformidad de los ingleses, que pretendían estimular las divisiones internas en la fragmentada sociedad hindú.

En ese país, las acciones afirmativas –declarada su independencia– llevan el nombre de políticas de reserva y se encuentran consolidadas en su actual sistema institucional y jurídico. Dice Sánchez González: “La ‘reservation policy’ –o política de reserva–, como se denomina en la India, es una expresión que engloba todas las medidas previstas para eliminar o aliviar las profundas y múltiples desigualdades existentes en el seno de la sociedad, de tal manera que la acción afirmativa, entendida como la que se emprende por

los poderes públicos para corregir una discriminación del pasado, sería tan sólo una de las manifestaciones de la reservation policy. En realidad, lo que se pretende es instaurar una justicia distributiva de recursos y de poderes.”²⁶

En la Constitución de 1949, y sus posteriores reformas, se reconoció la igualdad formal (en la modalidad liberal) junto con la idea del necesario combate a la desigualdad sustancial.

Este texto constitucional, por un lado, reconoció la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 14) y estableció la prohibición, en el art. 15, de todo trato discriminatorio de los ciudadanos derivado de la religión, la raza, la casta, el sexo, o el lugar de nacimiento y por el otro añadió que: “nada de lo dispuesto en este artículo impedirá que el Estado adopte cualquier disposición especial para las mujeres y los niños” (art.15 inc.3) y que: “Nada en este artículo [...] impedirá que el Estado adopte cualquier medida especial para el progreso de las clases de ciudadanos atrasadas social y educacionalmente, o para el de las castas y las tribus catalogadas” (art. 15, inc.4) y –en materia de empleo público: “nada podrá impedir que el Estado establezca lo que estime conveniente para la reserva de nombramientos o puestos en favor de cualquier clase atrasada de ciudadanos que, a juicio del Estado, no esté adecuadamente representada en servicios dependientes del Estado” (art. 16). Además, en la Enmienda Constitucional del año 2005, se habilitó al Estado para adoptar cualquier medida especial para la promoción de las clases de ciudadanos atrasadas social y educacionalmente, o de las castas y tribus catalogadas, relativa a su admisión en instituciones educativas públicas y privadas, con o sin subvención estatal.

Estas normas no sólo tienen la complejidad de compartir dos modelos respecto del principio de igualdad –lo que podría resolverse, no sin dificultad, mediante su complementariedad–, sino que requiere para su efectivización la determinación, lo más precisa posible, de los conceptos de castas o tribus catalogadas, así como de clase atrasada y clases de ciudadanos atrasadas social y educacionalmente. La Constitución no resolvió tales lagunas sino que se

25 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

26 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

limitó a atribuir al Presidente de la Nación –en sus artículos 341 y 342– la competencia para, previa consulta con la autoridad del Estado o territorio concernido, concretar las castas, razas o tribus, o partes o grupos de las mismas que deberían ser consideradas como castas o tribus catalogadas en relación con ese Estado o territorio de la Unión. En cuanto a las clases atrasadas, el artículo 340 previó la creación por el Presidente de una comisión que debía investigar las condiciones de las clases atrasadas, distintas de las castas y tribus, para mejorar su condición y aconsejar las medidas oportunas.

En la historia de esta nación, se constituyeron varias comisiones para investigar las condiciones de las clases atrasadas y se dictaron sentencias judiciales interpretando estas normas constitucionales interpretando las políticas de reserva dispuestas en el ordenamiento jurídico hindú.

Como síntesis, transcribiré la opinión del especialista en esta cuestión utilizado en estos puntos: “En la India, la política de reservas se basa en una concepción de la igualdad que tiene en cuenta al grupo, no a la persona individual, y va dirigida a alcanzar una igualdad de resultados o de hecho. Las medidas políticas antidiscriminatorias datan del siglo XIX, han sido constitucionalizadas y legalizadas, y su aplicación en los diferentes sectores de la educación pública gratuita, del empleo público y de representación en las instituciones políticas de los distintos ámbitos: nacional, estatal y local, constituye una realidad cotidiana. Castas y tribus tienen asegurada su participación en los órganos políticos de decisión y, a fecha de hoy, la presencia de unos pocos intocables en las elites del liderazgo político y de los partidos políticos es innegable. El remedio parcial de los efectos del sistema de castas mediante la acción afirmativa no ha encontrado, sin embargo, una colaboración efectiva en los aparatos de la Unión y de los Estados para poner fin a la discriminación, porque las autoridades ejecutivas no protegen realmente a los sectores más vulnerables de la sociedad, ni promueven un cambio de la mentalidad dominante”²⁷

27 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, Derecho Público Iberoamericano, N° 4, Abril 2014. Agregó: “Antes al contrario. Por otra parte, el aspecto negativo del éxito de los programas de acción afirmativa es que han terminado por producir el efecto contrario al que se pretendía: en

03. Las medidas de acción positiva en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

Encuentro que en el sistema comunitario se reconoce en forma medianamente generalizada una definición no oficial de las medidas de acción positiva –a partir de una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo–, según la cual: “el concepto de acción positiva abarca todas las medidas destinadas a contrarrestar los efectos de la discriminación del pasado, a eliminar la discriminación existente y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en relación con tipos o niveles de empleo donde los miembros de un sexo están infrarrepresentados”.²⁸

Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro tratar a los grupos de manera diferente para corregir las “desigualdades fácticas” entre ellos; de hecho, en ciertas circunstancias, si no se intenta corregir dicha desigualdad mediante un trato diferente, puede dar lugar a una infracción del artículo 14.²⁹

Ha dicho que, por ejemplo, los órganos de la Convención han llegado a la conclusión de que las medidas que dan lugar a una diferencia. El trato entre hombres y mujeres estaba justificado para compensar a las mujeres por las desigualdades. En *Andrle v. La Re-*

lugar de conducir a la supresión del sistema de castas, ha llevado a su afianzamiento, anquilosamiento y reproducción. Ahora lo que se reivindica es la identidad de la casta y con la casta, porque a través de la integración de las castas en las listas de clases atrasadas se puede lograr un tratamiento preferente –a todas luces injusto– que, de otro modo, no sería posible.”

28 Ampliar en Basterra, Marcela; “Las acciones positivas aplicadas a la cuestión de género. Veinticinco años después de la reforma constitucional”; en Manili, Pablo: *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

29 (Taddeucci and McCall v. Italy, 2016, § 81; Kurić and Others v. Slovenia [GC], 2012, § 388; Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina [GC], 2009, § 44; Muñoz Díaz v. Spain, 2009, § 48; D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], 2007, § 175; Stec and Others v. the United Kingdom [GC], 2006, § 51; Thlimmenos v. Greece [GC], 2000, § 44; the Belgian linguistic case, 1968, § 10 of “the Law” part).

pública Checa, 2011, la demandante se quejó de que, a diferencia de las mujeres, no se redujo la edad de jubilación para los hombres que habían criado a sus hijos. El Tribunal determinó que esta medida estaba objetiva y razonablemente justificada para compensar a las mujeres por las desigualdades (como salarios y pensiones generalmente más bajos) y las dificultades generadas por expectativa de que trabajarían a tiempo completo y se harían cargo de los niños y del hogar. Eso sostuvo además que el momento y el alcance de las medidas tomadas para rectificar la desigualdad en cuestión, no había sido manifiestamente irrazonable y que, en consecuencia, no había habido violación del artículo 14 de la Convención en conjunción con el artículo 1 del Protocolo No. 1.

En la Comisión Decisión en *Lindsay c. el Reino Unido*, 1986, disposiciones fiscales que dan lugar a ventajas fiscales adicionales que se acumulaban cuando una esposa era el sostén de una familia se consideraba que estaban dentro del margen de reconocimiento otorgado a las autoridades nacionales, ya que tal diferencia de trato tenía un objetivo y una justificación razonable con el fin de proporcionar una discriminación positiva a favor de los casados mujeres que trabajan.”.

El artículo 14 puede activarse cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no traten de manera diferente a las personas cuyas situaciones son significativamente diferentes (*Abdu contra Bulgaria*, 2014; *Eweida y otros contra el Reino Unido*, 2013, § 87; *Pretty contra el Reino Unido*, 2002, párrafo 88; *Thlimmenos contra Grecia*, 2000, párrafo 44). Así, junto con la obligación negativa que incumbe a los Estados miembros de no discriminar, la Corte también ha determinado que, en determinadas circunstancias, el artículo 14 puede implicar “obligaciones positivas” de los Estados para prevenir, detener o sancionar la discriminación (*Pla y Puncernau c. Andorra*, 2004). Tales obligaciones positivas que incumben a los Estados miembros pueden incluir las llamadas “medidas positivas” (*Horváth y Kiss c. Hungría*, 2013), o “discriminación revertida”, “acción positiva” o “acción afirmativa” que un Estado podría o debería adoptar para corregir las “desigualdades fácticas”.

Agrega que, por ejemplo, en el precedente *Thlimmenos c. Grecia*, 2000, la legislación nacional prohibió a las personas con una con-

dena penal incorporarse a la profesión de contadores públicos. Por lo tanto, al demandante se le había negado el nombramiento como contador público porque había sido condenado penalmente por negarse a usar uniforme militar durante su servicio nacional, como resultado de sus creencias religiosas. El Tribunal determinó que el Estado había violado el derecho del demandante en virtud del artículo 14 leído en conjunto con el artículo 9, ya que debería haber distinguido entre personas condenadas por delitos cometidos exclusivamente por sus creencias religiosas y personas condenadas por otros delitos. En el antecedente *Abdu c. Bulgaria*, 2014, la Corte reiteró que, al investigar incidentes violentos provocados por presuntas actitudes racistas, tratar la violencia y la brutalidad por motivos raciales en pie de igualdad con los casos que carecen de matices racistas equivaldría a hacer la vista gorda ante la situación específica y la naturaleza de los actos que son particularmente destructivos de los derechos humanos fundamentales. La falta de distinción en la forma en que se manejan situaciones que son esencialmente diferentes puede constituir un trato injustificado inconciliable con el artículo 14 del Convenio. En el caso *Horváth y Kiss c. Hungría*, 2013, una causa relativa a la colocación sistemática de niños romaníes en escuelas especiales en Hungría, la Corte concluyó que, en el contexto del derecho a la educación de los miembros de grupos que habían sufrido discriminación en la educación en el pasado efectos, las deficiencias estructurales exigían la aplicación de medidas positivas para, entre otras cosas, ayudar a los solicitantes con las dificultades que encontrarán para seguir el plan de estudios escolar. Por lo tanto, se necesitaban algunos pasos adicionales para abordar estos problemas, como la participación activa y estructurada por parte de los servicios sociales relevantes. En el precedente *Çam v. Turquía*, 2016, una academia de música se negó a inscribir a una estudiante debido a su discapacidad visual. La Corte encontró una violación del artículo 14 en conjunto con el artículo 2 del Protocolo No. 1, señalando que la discriminación basada en la discapacidad también cubría la negativa a proporcionar ajustes razonables (por ejemplo, la adaptación de los métodos de enseñanza para hacerlos accesibles a los estudiantes ciegos).

V. Recepción de las medidas de acción afirmativas en Argentina

01. La ley 24.012 de cupo femenino (1991)³⁰

La Ley 24.012, de Cupo Femenino fue sancionada en la sesión del 6 de noviembre de 1991 y resultó el acto de gestación de las medidas de acción positiva y su constitucionalización tres años después en la Convención Constituyente que sesionó en Santa Fe y Paraná³¹.

Esta norma de avanzada, a partir de la modificación del artículo 60 del código electoral nacional, dispuso un piso de un 30 por ciento de mujeres en las listas a legisladoras nacionales, en lugares con posibilidades de ser electas.³² La ley fue reglamentada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante la emisión del Decreto 379/93.

A tres décadas de aquel acontecimiento que marcó un antes y un después en la política Argentina, el diario *Página 12* entrevistó a varias de las protagonistas que contaron entretelones de su aprobación y el maleficio que cayó sobre las diputadas y senadoras que la

30 Ampliar en Tula, María Inés, *La Ley de Cupos en la Argentina: reforma electoral y representación política*; Davoli, Pablo Javier, "Breve reseña del 'cupo femenino' en el Estado Nacional Argentino", 12 de Abril de 2006 litoral-elderecho.com.ar (rosario digital) Id SAIJ: DASF080073;

31 Tula, María Inés, *La Ley de Cupos en la Argentina: reforma electoral y representación política*. Dijo: "La ley 24.012 aprobada en la Argentina en 1991, llamada comúnmente 'ley de cupos', fue la primera norma en el mundo establecida para aumentar la representación de las mujeres en el ámbito parlamentario nacional. Esta iniciativa fue posteriormente imitada por otros países latinoamericanos, aunque para distintos niveles de gobierno. Por ejemplo, Brasil fijó por ley una cuota del 20% para las elecciones municipales de 1996, después una del 25% para las legislativas de 1998 y, finalmente, un cupo del 30% para las municipales de 2000. En 1997, siguieron el mismo camino Costa Rica (cuota del 30%), Ecuador (20%), República Dominicana (25%), Venezuela (30%), Bolivia (30%), Panamá (30%) y Perú (25%), aunque este último, sólo para el ámbito municipal."

32 Sustituyese el artículo 60 del Decreto N° 2135/83 del 18 de agosto de 1983, con las modificaciones introducidas por las leyes Nros. 23.247 y 23.476, por el siguiente: 'Artículo 60... Las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos...'

promovieron. Se puede sostener que fue una ley pionera en el mundo y estuvo vigente hasta 2017, cuando se aprobó la 27.412 de Paridad de Género en ámbitos de Representación Política, por la cual las listas electorales pasaron a tener intercalados en partes iguales candidatos hombres y mujeres.³³

Según la dirigente peronista y feminista Virginia Franganillo sostuvo –en la mencionada entrevista– que esta ley que impactó revolucionariamente en nuestra sociedad: "Abrió el debate sobre la condición social de las mujeres" ya que la masa crítica de diputadas y senadoras que ingresaron a partir del cupo cambiaron la agenda legislativa y permitieron la sanción de leyes fundamentales para la vida de las mujeres, las niñeces y las disidencias. Continúa afirmando que: "La articulación entre peronistas y radicales –las primeras sororas– fue clave para lograr la aprobación pero lo que gravitó para que el Gobierno del entonces presidente Carlos Menem decidiera a último momento apoyarla –y dar vuelta una votación adversa– fue la marea de mujeres –activistas de partidos políticos y organizaciones de distintos puntos del país– que rodearon el Congreso y colmaron las galerías de la Cámara de Diputados".³⁴

Por su parte, una de las senadoras mujeres que había en la respectiva Cámara ese año recordó al diario que: "Como no las dejaban entrar, las hacíamos pasar por el Senado, pasaban a la terraza, de ahí a la Biblioteca, hasta que llenamos todas las galerías" y contó que: "Se siente, se siente, Evita está presente", coreaban las manifestantes". En ese momento el porcentaje de participación femenina en el Congreso era del 5 por ciento. Casi nada. Hoy representan el 38 por ciento en la Cámara de Diputados y el 40 por ciento del Senado.³⁵

33 Diario *Página 12*, 6 de noviembre de 2021, Mariana Carbajal; "A treinta años de la ley de cupo femenino en el Congreso".

34 Diario *Página 12*, 6 de noviembre de 2021, Mariana Carbajal; "A treinta años de la ley de cupo femenino en el Congreso".

35 Diario *Página 12*, 6 de noviembre de 2021, Mariana Carbajal; "A treinta años de la ley de cupo femenino en el Congreso".

02. Reforma constitucional de 1994

En la reforma constitucional de 1994 se realizaron las siguientes incorporaciones normativas supra legales, en las que se receptaron las medidas de acción afirmativas;

Directa y genérica:

– Medidas de Acción Positiva para promover la igualdad real de oportunidades y trato y el goce de derechos humanos constitucionalizados, en particular respecto de niños, las mujeres, ancianos y personas con discapacidad (Art. 75, inciso 23, primer párrafo CN).

Directas y específicas para grupos o situaciones determinadas:

– Medidas de Acción Afirmativas en favor de las mujeres en materia electoral (Art. 37 CN).

– Medidas de Acción Afirmativas en favor de los Pueblos Indígenas argentinos (Art. 75, inc. 17 CN).

– Políticas diferenciadas para equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (Art. 75, inc.19 CN).

Indirectas:

Tratados internacionales de protección de Derechos Humanos.

Este proceso histórico de incorporación de normas internacionales de protección de derechos humanos que reconfiguraron el principio de igualdad e incorporaron las acciones afirmativas, disparado por la sanción del nuevo artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994, ha sido acompañado por una señera jurisprudencia de nuestro máximo tribunal federal y luego seguida por los órganos judiciales inferiores, tanto nacionales como provinciales.

En general, encontramos que aspectos esenciales que jalonaron la construcción doctrinaria, normativa y jurisdiccional del derecho administrativo argentino, se encuentran profundamente afectados por la incorporación mencionada y la conjunción histórica de estas áreas del conocimiento jurídico (derecho administrativo interno/

derechos humanos internacionales) requiere un abordaje minucioso que permita percibir y exponer las particularidades de un nuevo derecho administrativo impregnado por normas y principios de otra especialidad.

La reforma constitucional de 1994 introdujo diferentes disposiciones para garantizar la igualdad estructural estableciendo acciones afirmativas. Así, establece la Constitución nacional que la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará mediante acciones positivas (Art. 37); dispone como obligación del Congreso el reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural (Art. 75, inc. 17); establece que corresponde al Congreso la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a igualar el desigual desarrollo entre las provincias y las diferentes regiones de nuestro país (Art. 75, inc. 19).

En especial en su art. 75 inc. 23 establece que corresponde “legislar y promover **medidas de acción positiva** que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los Tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

2.1. Síntesis de las discusiones en la Convención Constituyente de 1994

Propongo aquí realizar una síntesis de los argumentos e información que de ella se desprenden y que nos resultarán muy útiles a la hora de realizar la necesaria conceptualización de las medidas de acción positivas, que como adelanté, dan marco a las tutelas procesales diferenciadas. Resulta claro que la incorporación de las medidas de acción positiva a la Constitución Argentina tuvo su génesis en la lucha de las mujeres en contra de la discriminación histórica que vivieron en diversos ámbitos –político, institucional, laboral, familiar, etc.– a lo largo de la historia del país.

El antecedente ineludible, tanto por su impacto simbólico como

por su carácter de condicionante fáctico y concreto de la composición de la Convención Constituyente, es el de la sanción de la ley 24.012 sobre cupo femenino, tres años antes de la reforma del año 1994. La posibilidad concreta que la Convención estuviese integrada por mujeres de distintos sectores políticos, ideologías, miradas, etc., fue posible gracias al cumplimiento del cupo del 30 % establecido en la reforma del Código Electoral de la Nación, que –justamente– es un ejemplo de esas medidas de acción positiva que se incorporaron al texto constitucional.

Fueron varias convencionales las que dieron cuenta de estos antecedentes, de la importancia de la ley de cupo femenino, de las historias de encuentros entre mujeres de distintos partidos políticos, sin dejar de mencionar las luchas anteriores por el derecho al voto femenino con referencias a grandes hitos y personalidades.

No es exagerado afirmar que en el año 1994 se produjo una reforma constitucional femenina destacando como sus logros más importantes los artículos 37 y 75, inciso 23 de la CN. Y esto se puede corroborar de la lectura de las actas de la convención reformadora, ya que las intervenciones y discursos en defensa de la incorporación de las medidas de acción positiva fueron encarnadas por mujeres de los distintos bloques partidarios. Basta a modo de ejemplo referirme a las sólidas intervenciones de las convencionales constituyentes como Marta Marino de Rubeo y Cecilia Norma Lipszyc, del Partido Justicialista, Dora Sachs de Repetto y Bibiana Babbini, del Partido Radical y María V. Sánchez García, del Frente Grande. Ellas fueron la locomotora que llevó al tren de la lucha contra la discriminación e igualdad a destino.

Otra cuestión relevante para el presente comentario que surge de las actas de la convención son los antecedentes de reconocimiento e implementación de acciones positivas, tanto dentro de nuestro país como en el exterior que fueron puestos como ejemplos en los argumentos a favor de su incorporación a nuestro texto constitucional.

Veamos qué países fueron citados como antecedentes de constitucionalización de medidas de acción positiva;

La **Constitución de Paraguay** –del año 1992– fue citada por las

convencionales Cecilia Lipszyc³⁶ y Bibiana Babbini³⁷. En efecto en su artículo 46 el texto constitucional inicia el capítulo del principio de igualdad con el siguiente contenido:

“ Artículo 46 - DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS

Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

Artículo 47 - DE LAS GARANTÍAS DE LA IGUALDAD

El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1. la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2. la igualdad ante las leyes; 3. la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y 4. la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura.

Artículo 48 - DE LA IGUALDAD DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LA MUJER

El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional.”

36 Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc.

37 Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Bibiana Babbini, p.2997. Dijo: “Similares temperamentos siguieron diferentes constituciones latinoamericanas, sobre todo en los últimos tiempos. Para no hacer un mayor abundamiento sólo mencionaré la Constitución del Paraguay, que en su artículo 46 indica expresamente que “las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”.

Si bien la Constitución del Paraguay no refiere a las medidas de acción positiva, en efecto en el último párrafo de su artículo 46 hace referencia a la discriminación positiva. También se desprende que el tipo de igualdad pregonada en dicho texto se acerca a la idea de igualdad de oportunidades o a la igualdad estructural.

El doctrinario Maximiliano Mendieta Miranda al respecto sostuvo: “Así las cosas, este principio está contenido en el derecho internacional de los derechos humanos y se denomina principio de igualdad y no discriminación. La Igualdad se refiere a su aspecto positivo y la no discriminación, a su aspecto negativo. La primera, se refiere a perseguir la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales y la segunda se refiere a la prohibición de la discriminación cuando la misma limita el acceso a aquellas prerrogativas. Coloquialmente si se quiere, se puede concluir que tanto la igualdad y la no-discriminación son caras de una misma moneda.”³⁸

A los efectos de entender mejor el aspecto positivo, es decir, el de igualdad, la última parte del artículo constitucional en cuestión explica lo que se denomina también, en el derecho internacional de los derechos humanos, discriminación positiva, que consiste en las acciones que deben tomar los Estados, a través de políticas públicas, leyes, entre otros, que estén dirigidas a derrumbar y vencer desigualdades en el acceso a los derechos humanos y libertades fundamentales que sufren, principalmente, las personas o grupos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad a consecuencia de exclusiones que se dan por distintos motivos que pueden consistir, entre otras, a través del sexismo, fundamentalismo religioso, homofobia, xenofobia y/o racismo.

Así también, esta discriminación estructural se arraiga a través de una sociedad, en gran medida, con clara ausencia de cultura que convive con la diversidad y conciencia en relación con los derechos humanos y la multiculturalidad paraguaya, que se extiende, desde las autoridades gubernamentales hasta las escuelas y universida-

38 Mendieta Miranda, Maximiliano: “El principio de igualdad y no discriminación. Aproximaciones a la discriminación estructural del estado paraguayo hacia los pueblos indígenas”, Derecho glob. Estud. sobre derecho justicia vol.4 no.10 Guadalajara nov. 2018 Epub 14-Oct-2020.

des, pasando por los medios comerciales de comunicación y llegando a la gran mayoría de los operadores de justicia.

Volviendo a la discriminación positiva, el capítulo V de la Constitución establece una regulación diferente en cuanto a las tierras de los pueblos indígenas considerando varios factores como el despojo histórico, la cosmovisión y la usurpación de su territorio: “El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo” (Constitución, Art. 64).³⁹

Otro de los precedentes citados por Cecilia Lipszyc es la **Constitución de Suecia**⁴⁰ en tanto:

Art. 167: “Ningún acto legal en otro instrumento estatutario debe manifestar discriminación hacia ningún ciudadano en función de sexo, salvo la relevante provisión de formas que demuestren el esfuerzo a llevar adelante la igualdad entre varones y mujeres”.

Finalmente, la convencional Lipszyc hizo una breve referencia a la **Constitución de Nicaragua**, entiendo que en referencia al texto

39 Mendieta Miranda, Maximiliano, “El principio de igualdad y no discriminación. Aproximaciones a la discriminación estructural del estado paraguayo hacia los pueblos indígenas”, Derecho glob. Estud. sobre derecho justicia vol.4 no.10 Guadalajara nov. 2018 Epub 14-Oct-2020. Recientemente el Estado del Paraguay emitió un “Plan Nacional de Igualdad. Allandar obstáculos para la igualdad efectiva”, donde se desarrolla la evolución del principio de igualdad desde su reconocimiento constitucional en 1992 hasta el año 2018. Ver también, Mendieta Miranda, Maximiliano, “Informe sobre casos paradigmáticos de violencia y muerte de personas trans en Paraguay 2016-2020” Panambi, Asociación de travestis transexuales y transgéneros, Ygatimi 880, Asunción, Paraguay.

40 Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3157. Allí dijo: “La Const. de Suecia plantea: “ningún acto legal en otro instrumento estatutario debe manifestar discriminación hacia ningún ciudadano en función de sexo, salvo la relevante provisión de formas que demuestren el esfuerzo a llevar adelante la igualdad entre varones y mujeres” - Cap. 2 Art. 167”

aprobado en 1987⁴¹ y reformado por primera vez en 1990⁴². Allí se reconoce el principio de igualdad, en su versión clásica⁴³, contiene una previsión especial para reconocer la igualdad entre el hombre y la mujer en lo que respecta a los derechos políticos⁴⁴, y al regular los derechos sociales identifica a grupos determinados a proteger como personas con discapacidad⁴⁵, mujer embarazada⁴⁶, niños⁴⁷, an-

41 Dicho texto constitucional del año 1987 fue modificado en los años 1990, 1995, 2000, 2004 y 2005.

42 Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3158.

43 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 27.- Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derechos a igual protección. No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma religión, opinión, origen, posición económica o condición social. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país. El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción".

44 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 48.- Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos, en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país." (el subrayado me pertenece).

45 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 62.- El Estado procurará establecer programas en beneficio de los discapacitados para su rehabilitación física, sicosocial y profesional y para su ubicación laboral."

46 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 74.- El Estado otorga protección especial al proceso de reproducción humana. La mujer tendrá protección especial durante el embarazo y gozará de licencia con remuneración salarial y prestaciones adecuadas de seguridad social. Nadie podrá negar empleo a las mujeres aduciendo razones de embarazo ni despedirlas durante éste o en el período postnatal; todo de conformidad con la ley."

47 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 76.- El Estado creará programas y desarrollará centros especiales para velar por los menores; éstos tienen derecho a las medidas de prevención, protección y educación que su

cianos⁴⁸ y personas integrantes de la comunidad Costa Atlántica⁴⁹.

La Constitución de Italia y la de España fueron mencionada por Iván José María Cullen⁵⁰.

Empecemos por la **Constitución de la península itálica** del año 1947, que en sus primeros artículos expresa:

"Artículo 3: Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personas y sociales. Constituye obligación de la Republica suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país."

Artículo 37: La mujer trabajadora tendrá los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, la misma retribución que el trabajador. Las condiciones de trabajo deberán permitir a la mujer el cumplimiento de su misión familiar esencial y asegurar a la madre y al niño una protección especial adecuada. La República establecerá el límite

condición requiere, por parte de su familia, de la sociedad y el Estado."

48 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 77.- Los ancianos tienen derecho a medidas de protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado."

49 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 90.- Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El desarrollo de su cultura y sus valores enriquece la cultura nacional. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos. ARTICULO 91.- El Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen."

50 Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p.3081. Dijo: "sin duda, esta norma refleja un avance considerable en la dogmática constitucional. Se trata de las llamadas acciones afirmativas o, dicho con mayor claridad, de discriminar o desigualar para igualar. Esto proviene de la Constitución de Italia de 1947. ha sido recogido por la Constitución de Santa Fe de 1962; y también se estableció en la Constitución de España de 1978."

máximo de edad para el trabajo asalariado. La República protegerá el trabajo de los menores con normas especiales y les garantizará para trabajos iguales, el derecho a la igualdad de retribución.”

Luigi Ferrajoli, en su obra *Principia Iuris*, menciona esta norma de la Constitución italiana como ejemplo de las garantías de la igualdad; “la garantía de la igualdad sólo puede venir a través de la garantía de la diferencia y viceversa. Es lo que establece el artículo 3 de la Constitución italiana, cuyo primer apartado impone que la diferencia no tenga relevancia como factor de discriminación, mientras que el segundo impone que, allí donde de hecho la discriminación se produzca en violación del primer apartado, sea eliminada como un obstáculo de orden social mediante las garantías primarias o normas de actuación que son, por ejemplo, las acciones positivas”⁵¹

Continuemos con la **regulación constitucional española** reformada en 1978:

“**Artículo 9:**... 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Entre las constituciones provinciales de la República Argentina, los convencionales destacaron los siguientes antecedentes: Constituciones de: Jujuy, Neuquén, Salta, La Rioja, Río Negro⁵²

51 Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*...Ob. Cit., tomo 1, p.754.

52 Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3158 y 3159. Dijo: “Por ejemplo, la Constitución de Neuquén sostiene: Todos los habitantes tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo. Debieran removerse los obstáculos de orden económico y social que limitando de hecho la libertad y la igualdad de los habitantes impiden el desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los habitantes en la organización política, social y económi-

y Santa Fe⁵³.

La Constitución de Santa Fe de 1962 establece sobre el principio de igualdad y la protección de algunos grupos desaventajados:

“**Artículo 8.** Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley. Incumbe al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la igualdad y la libertad de los individuos, impidan el libre desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la vida política, económica y social de la comunidad.”

“**Artículo 23.-** La Provincia contribuye a la formación y defensa integral de la familia y al cumplimiento de las funciones que le son propias con medidas económicas o de cualquier otra índole encuadradas en la esfera de sus poderes. Procura que el niño crezca bajo la responsabilidad y amparo del núcleo familiar. Protege en lo material y moral la maternidad, la infancia, la juventud y la ancianidad, directamente o fomentando las instituciones privadas orientadas a tal fin.”

La Constitución de Jujuy (1986) hizo las siguientes regulaciones:

“**Artículo 25.-** Igualdad ante la ley. 1. Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y gozan de igual protección de la ley en iguales condiciones y circunstancias. No se admite discriminación alguna por motivos de raza, color, nacionalidad, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, posición económica, condición social o de cualquier otra índole. 2. La Provincia no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los habitantes, sin otras condiciones que las acreditadas por su idoneidad y méritos, son admisibles por igual en los cargos y empleos públicos, conforme a esta Constitución y la ley. 3. Nadie podrá invocar ni ser colocado en una situación de privilegio ni de inferioridad jurídica sin que medie expresa disposición de la ley. 4. La Provincia propenderá al libre desarrollo

ca de la provincia. Estos conceptos están repetidos en las Constituciones de: Jujuy, Salta, La Rioja y Río Negro”.

53 Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p.3081.

de la persona removiendo todo obstáculo que limite de hecho la igualdad y la libertad de los individuos o que impida la efectiva participación de todos en la vida política, económica, social y cultural de la comunidad."

También, al establecer una serie de derechos sociales, el texto constitucional establece protecciones especiales de los siguientes grupos; mujer embarazada⁵⁴, niños⁵⁵, jóvenes⁵⁶, ancianos⁵⁷, personas

54 Constitución de Jujuy: "Artículo 45.- PROTECCION A LA MATER-
NIDAD Y PATERNIDAD: 1. La maternidad y la paternidad constituyen
valores sociales eminentes. 2. El Gobierno y la comunidad protegerán a los
padres y a las madres, garantizándoles su plena participación laboral, in-
telectual, profesional y en la vida cívica del país y de la Provincia. 3. La
madre y el niño gozarán de especial y privilegiada protección y asistencia.
A tales fines el Estado arbitrará los recursos necesarios."

55 Constitución de Jujuy: "Artículo 46.- PROTECCION A LA NIÑEZ: 1.
El Estado propenderá a que el niño pueda disfrutar de una vida sana, miti-
gando los efectos de la miseria, la orfandad o su desamparo material o mor-
al. 2. Los funcionarios del Ministerio Público de Menores, cuando los niños
carecieren de padres o representantes legales o cuando éstos no cumplieren
con sus obligaciones, deberán solicitar la designación de tutores especia-
les para que gestionen lo que fuere necesario para su adecuada protección
material y espiritual, bajo su supervisión. 3. El Estado deberá tomar las me-
didas apropiadas para brindar eficaz protección a los niños privados de un
medio familiar normal."

56 Constitución de Jujuy: "Artículo 47.- GARANTIAS PARA LA JUVEN-
TUD: 1. Los jóvenes gozarán de garantías especiales para la realización efec-
tiva de sus derechos económicos, sociales y culturales, en igualdad de opor-
tunidades. 2. El Estado deberá desarrollar políticas para la juventud que
tengan como objetivo prioritario fomentar su creatividad, responsabilidad y
sentido de servicio a la comunidad."

57 Constitución de Jujuy: "Artículo 49.- PROTECCION A LAS PERSO-
NAS DE EDAD AVANZADA Las personas de edad avanzada tienen dere-
cho a la seguridad económica y social, al goce de la cultura, del tiempo libre,
a una vivienda digna y a condiciones de convivencia que tiendan a propor-
cionarles oportunidades de realización plena a través de una participación
activa en la vida de la comunidad."

con discapacidad⁵⁸, aborígenes⁵⁹ y trabajadores⁶⁰.

La Constitución de La Rioja (1986) dice:

"Artículo 21°. Igualdad. Todos los habitantes tienen idéntica
dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinciones ni privile-
gios por razones de sexo, raza, religión o cualquier otra condición
socioeconómica o política. El Estado propenderá al pleno desarro-
llo de la persona humana y a la efectiva participación de todos los
habitantes en la organización política, económica y social de la pro-
vincia, removiendo los obstáculos de orden jurídico, económico y
social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los mis-
mos, impidan tal realización."

Por su parte, realiza una especial protección de los siguientes

58 Constitución de Jujuy: "Artículo 48.- PROTECCION A LOS DISCA-
PACITADOS El Estado garantiza el derecho de asistencia educativa e inte-
gral a los discapacitados, procurando los medios que les fueren necesarios
para su integración plena en la sociedad."

59 Constitución de Jujuy: "Artículo 50.- PROTECCION A LOS ABORI-
GENES La Provincia deberá proteger a los aborígenes por medio de una
legislación adecuada que conduzca a su integración y progreso económi-
co y social."

60 Constitución de Jujuy: "Artículo 52.- DERECHOS DE LOS TRABA-
JADORES La Provincia, en ejercicio del poder de policía que le compete,
garantiza a los trabajadores el pleno goce y ejercicio de sus derechos recon-
ocidos en la Constitución Nacional y la ley, y en especial..."

grupos vulnerables; trabajadores⁶¹, madres⁶², niños y adolescentes⁶³, ancianos⁶⁴ y personas con discapacidad⁶⁵.

La Constitución de Salta (1986) señala:

“Artículo 13: Principio de igualdad. Todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia perso-

61 Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 33º.- DERECHOS DEL TRABAJADOR. El trabajo, como digna actividad humana, goza de la protección del Estado provincial, quien reconoce y declara los siguientes derechos a objeto de que todas las autoridades ajusten sus acciones a los principios informadores de los mismos: derecho a trabajar; a una retribución justa; a la capacitación; a condiciones dignas de trabajo; a la participación en las ganancias de la empresa con control de su producción, cogestión o autogestión en la dirección; a la preservación de la salud; al bienestar; a la seguridad social; a la protección de su familia; al mejoramiento económico; a la defensa de sus intereses profesionales y de aprender y enseñar...”

62 Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 34º.- PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. La familia como núcleo primario y fundamental de la sociedad será objeto de preferente atención por parte del Estado provincial, el que reconoce sus derechos en lo que respecta a su constitución, defensa y cumplimiento de sus fines. La Provincia promoverá la unidad económico familiar y el bien de familia, conforma lo que una ley especial determine. La atención y asistencia de la madre y el niño gozarán de la especial consideración del Estado”

63 Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 36º.- PROTECCIÓN DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE. Todo niño o adolescente tiene derecho a la protección integral por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo total o parcial, moral o material, permanente o transitorio, corresponde a la Provincia como inexcusable deber social, proveer a dicha protección ya sea en forma directa o por medio de institutos.”

64 Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 37º.- PROTECCIÓN DE LA ANCIANIDAD. Todo anciano tiene derecho a la protección integral por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer a dicha protección, ya sea en forma directa o por intermedio de los institutos o fundaciones creados para ese fin.”

65 Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 38º.- PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO. La Provincia promoverá políticas de prevención, protección, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos y psíquicos, como asimismo aquellas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto a los deberes de solidaridad para con ellos.”

nal o social. No se admiten fueros personales. Quedan suprimidos todos los títulos y tratamientos honoríficos o de excepción para los cuerpos, magistrados y funcionarios de la Provincia, cualquiera sea su investidura. Los poderes públicos aseguran las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, procurando remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Garantizase la igualdad del hombre y la mujer y el ejercicio pleno de sus derechos económicos, sociales, culturales y políticos.”

A lo largo del texto constitucional se identifican y protegen los integrantes de los siguientes grupos; pueblos indígenas⁶⁶, consumi-

66 Constitución de Salta: “Artículo 15: PUEBLOS INDÍGENAS. I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta. Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley. II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros.”

dores y usuarios⁶⁷, madres⁶⁸, niños⁶⁹, jóvenes⁷⁰, ancianos⁷¹, personas

67 Constitución de Salta: “Artículo 31: DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades aseguran la protección de esos derechos, la educación para el consumo, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, la calidad y eficiencia de los servicios públicos y la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. La legislación regula la publicidad para evitar inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación y establece sanciones contra los mensajes que distorsionen la voluntad de compra del consumidor mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas. La legislación establece procedimientos eficaces y expeditos para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia provincial, previendo la necesaria participación de los consumidores, usuarios, asociaciones que los representen y municipios, en los órganos de control.”

68 Constitución de Salta: “Artículo 32: RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. Los poderes públicos protegen y reconocen sus derechos para el cumplimiento de sus fines. La madre goza de especial protección y las condiciones laborales deben permitirle el cumplimiento de su esencial función familiar.”

69 Constitución de Salta: “Artículo 33: DE LA INFANCIA. El Estado asegura la protección de la infancia, cubriendo sus necesidades afectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación.”

70 Constitución de Salta: “Artículo 34: DE LA JUVENTUD. El Estado promueve el desarrollo integral de los jóvenes, posibilita su perfeccionamiento y su aporte creativo. Propende a lograr una plena formación cultural, cívica y laboral, que desarrolle la conciencia nacional, que lo arraigue a su medio y que asegure su participación efectiva en las actividades comunitarias y políticas.”

71 Constitución de Salta: “Artículo 35: DE LA ANCIANIDAD. Se reconoce a la ancianidad el derecho a una existencia digna, considerándola como una etapa fecunda de la vida, susceptible de una integración activa sin marginación, y es deber del Estado proteger, asistir y asegurar sus derechos. La Provincia procura a los habitantes de la tercera edad: La asistencia. La vivienda. La alimentación. El vestido. La salud física. La salud moral. El esparcimiento. El trabajo acorde con sus condiciones físicas. La tranquilidad. El respeto.”

con discapacidad⁷² y trabajadores⁷³.

La Constitución de Río Negro (1988) establece:

“Artículo 14. Los derechos y garantías establecidos expresa o implícitamente en esta Constitución tienen plena operatividad sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación. El Estado asegura la efectividad de los mismos, primordialmente los vinculados con las necesidades vitales del hombre. Tiende a eliminar los obstáculos sociales, políticos, culturales y económicos, permitiendo igualdad de posibilidades”.

“Artículo 32. El Estado afianza la igualdad de derechos entre la mujer y el varón en los aspectos culturales, políticos, económicos y sociales, para lograr juntos una participación real en la organización y conducción de la comunidad.”

La constitución rionegrina efectúa, además, una especial protección de los siguientes grupos vulnerables; trabajadores, madres, ni-

72 Constitución de Salta: Artículo 36: “DE LOS DISCAPACITADOS. Los poderes públicos brindan a los discapacitados físicos, sensoriales o psíquicos la asistencia apropiada, con especial énfasis en la terapia rehabilitadora y en la educación especializada. Se los ampara para el disfrute de los derechos que les corresponden como miembros plenos de la comunidad.”

73 Constitución de Salta: “Artículo 43: PROTECCIÓN DEL TRABAJO. El trabajo, en sus diversas formas, es un derecho y un deber en la realización de la persona y en su activa participación en la construcción del bien común. Por su alta finalidad social goza de la especial protección de las leyes, que deberán procurar al trabajador las condiciones de una existencia digna y libre. La Provincia reconoce al trabajo como la fuente genuina del progreso y bienestar de todos sus habitantes. A través de él las personas manifiestan su capacidad creadora.”

ños⁷⁴, ancianos⁷⁵ y personas con discapacidad⁷⁶.

De las Constituciones que fueron individualizadas en las sesiones de la Convención Constituyente de 1994 entiendo que el antecedente más relevante de las medidas de acción positivas es el último párrafo del artículo 46 de la Constitución del Paraguay que dice: “Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.”

En el resto de las cartas magnas, tanto de otras naciones como las de las provincias argentinas mencionadas, si bien manifiestan que el Estado debe remover los obstáculos para el efectivo goce de los derechos, sostienen un modelo de igualdad tradicional, en algunos casos con cláusulas antidiscriminatorias. Esta regulación no alcanza a constituir un reconocimiento de la herramienta de medidas de acción positiva, ya que la actividad que se le exige al Estado tiene

74 Constitución de Río Negro: “Artículo 33. Los niños tienen derecho a la protección y formación integral por cuenta y cargo de su familia; merecen trato especial y respeto a su identidad, previniendo y penando el Estado cualquier forma de mortificación o explotación. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer dicha protección, en hogares con personal especializado, sin perjuicio de la obligación de subrogarse en el ejercicio de las acciones para demandar a los familiares obligados los aportes correspondientes. Reciben por los medios de comunicación mensajes pacíficos y orientados a su formación en base a los valores de la argentinidad, solidaridad y amistad.”

75 Constitución de Río Negro: “Artículo 35. Las personas de la tercera edad, por su experiencia y sabiduría continúan aportando al progreso de la comunidad. Se les garantiza el derecho a trabajar y a gozar del esparcimiento, tranquilidad y respeto de sus semejantes. Tienen derecho a su protección integral por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer dicha protección, sin perjuicio de la obligación de subrogarse en el ejercicio de las acciones para demandar de los familiares obligados los aportes correspondientes.”

76 Constitución de Río Negro: “Artículo 36. El Estado protege integralmente a toda persona discapacitada, garantizando su asistencia, rehabilitación, educación, capacitación e inserción en la vida social. Implementa políticas de prevención y procura que la sociedad tome conciencia y adopte actitudes solidarias. Las construcciones públicas prevén el desplazamiento normal de los discapacitados. El Estado promueve a las personas excepcionales y facilita su educación especial.”

como destinatarios a las personas en general, sin hacer referencia a un trato diferente –que afecte la igualdad tradicional– en favor de algún grupo vulnerable. Es cierto que, en muchos casos, por separado, dichas constituciones establecen la protección de algunos grupos como mujeres, niños, ancianos, trabajadores, etc., pero sin referir a una discriminación positiva respecto de sus integrantes. Es decir, están presentes algunos elementos de las acciones afirmativas, aunque falta un eslabón que permita el funcionamiento de dicha herramienta constitucional.

Contextualizando el momento histórico en el que se produjo la reforma constitucional y relevando los ordenamientos jurídicos que fueron analizados por los constituyentes, intuyo que la regulación del artículo 75, inciso 23, primer párrafo, es una norma original que avanza en las garantías de la igualdad jurídica sustancial en una forma inédita en el derecho comparado. Esta particularidad de no contar con un régimen del cual tomar nota para seguir, implica un desafío político institucional para resolver cuestiones que indefectiblemente se plantearan frente a la aplicación de las medidas de acción positiva en nuestro país.

Entre las características centrales de las medidas de acción positiva se puede relevar que se trata de medidas legislativas –obligación indelegable del Estado–, que pueden y deben ser acompañadas –dentro de sus competencias por los otros dos poderes constituidos, el judicial y el ejecutivo–, que su existencia se justifica por una situación de desigualdad real o estructural respecto de personas que integran grupos vulnerables o en relación a derechos fundamentales, que pueden ser instrumentalizadas a través de normas que utilicen el sistema de metas u objetivos o el mecanismo de cupos (en estos casos se impone a los ciudadanos el deber de aceptar ser eliminados de una competencia en aplicación de dicho régimen promocional), que tienen carácter temporal y que duran mientras se mantengan las causas que justificaron su creación.

En cuanto a los grupos afectados, fue explicado por quienes redactaron la Constitución que, por la redacción del nuevo inciso, el listado que individualiza a las personas allí identificadas, como beneficiarias de las medidas de acción positiva, podía ser ampliado a partir del cambio de las circunstancias sociales –básicamente des-

igualdades estructurales– que en el futuro implicaran la necesidad de garantizar la igualdad jurídica con estas medidas.

Los variados argumentos en contra fueron, desde una defensa del derecho a la vida y oposición a la despenalización del aborto (como vimos no estaba en discusión) hasta posturas ideológicas liberales–conservadoras de oposición al concepto de igualdad que propone la incorporación de las medidas de acción positivas (ejemplo de ellos es la frase de Alsogaray: “Por más que sea una aspiración, la igualdad de oportunidades es algo irrealizable”), pasando por argumentos referidos a la innecesidad de agregar derechos a la Constitución, por estar ya implícitamente reconocidos en su artículo 33 o por encontrarse enumerados en los Tratados de Derechos Humanos incorporados al bloque de constitucionalidad.

Varios de los convencionales constituyentes reconocieron expresamente que la incorporación de las medidas de acción positiva implicaba implantar un nuevo principio de igualdad complementario del art. 16 de la CN. Recupero aquí por su claridad, la intervención de Alasino: “En realidad, lo que estamos tratando de hacer en este inciso es agregarle un contenido distinto al viejo derecho de igualdad de la Constitución Nacional”.

VI. Medidas de acción positiva en la legislación argentina

En este punto final del presente comentario al artículo 75, inc. 23 de la CN realizaré un relevamiento de las principales normas adoptadas en el ámbito federal que pueden ser consideradas como ejemplos de medidas de acción positiva, con la finalidad de evaluar las diversas modalidades que puede adquirir esta herramienta y comprender su estructura y funcionamiento, sabiendo por otra parte que existe también en los ámbitos provinciales abundante normativa similar. Este repaso –a vuelo de pájaro– es una primera inducción a las medidas de acción positiva en la práctica que merecerá un mejor y mayor tratamiento por la academia jurídica argentina.

01. Leyes

01. 01. La Ley 22.43177 de cupo acceso al trabajo a personas con discapacidad (1981)

Se trata posiblemente de uno de los antecedentes más antiguos de las medidas de acción positiva, que establece un sistema de cupos obligatorios en materia laboral para personas con discapacidad, aprobado por un régimen dictatorial en el que la democracia y los derechos humanos no eran practicados ni respetados en absoluto⁷⁸.

En su segundo capítulo, dedicado al trabajo y la educación, establece para el Estado nacional y el Municipio de Buenos Aires un cupo laboral de personas con discapacidad del 4% de la totalidad de su personal⁷⁹ y una prioridad para dicho grupo vulnerable para el otorgamiento de modalidades de otorgamiento del uso de bienes del dominio público o privado de dichos Estados⁸⁰.

77 Sancionada el 16 de marzo de 1981. Es una norma dictada durante la última dictadura militar de la Argentina, donde el Congreso se encontraba cerrado y la facultad legislativa estaba en cabeza del presidente por disposición del artículo 5° del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional.

78 Dice: “Artículo 1° - Institúyese por la presente ley, un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales.”

79 Art. 8° - El Estado nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, están obligados a ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4 %) de la totalidad de su personal.”

80 Art. 11. - En todos los casos en que se conceda u otorgue el uso de bienes del dominio público o privado del Estado nacional o de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para la explotación de pequeños comercios, se dará prioridad a las personas discapacitadas que estén en condiciones de desempeñarse en tales actividades, siempre que las atiendan personalmente, aún cuando para ello necesiten del ocasional auxilio de

01.02. Ley 24.012 cupo femenino en listas electorales (1991)

Por la importancia política e histórica esta norma –que fue el motor de la incorporación de las medidas de acción positiva en la reforma de 1994– fue abordada al inicio del presente capítulo, remitiéndome a dicho tratamiento.

01.03. Ley 24.901⁸¹ de personas con discapacidad (1997)⁸²

Esta norma estableció un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.

Se trata de una ley integral de protección de los derechos –básicamente a la salud y previsión social– que implicó el acceso obras sociales con prestaciones básicas, específicas y complementarias en materia de rehabilitación e integración educativa y asistencial. No incorpora ningún sistema de cupo laboral ni educativo.

terceros. Idéntico criterio adoptarán las empresas del Estado nacional y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires con relación a los inmuebles que les pertenezcan o utilicen. Será nulo de nulidad absoluta la concesión o permiso otorgado sin observar la prioridad establecida en el presente artículo. El Ministerio de Trabajo, de oficio o a petición de parte, requerirá la revocación por ilegitimidad de tal concesión o permiso. Revocado por las razones antedichas la concesión o permiso, el organismo público otorgará éstos en forma prioritaria y en las mismas condiciones, a persona o personas discapacitadas.

81 Sancionada el 05 de noviembre de 1997. Publicada en el Boletín Oficial del 05-dic-1997.

82 López Viñals, J (2020) “Derechos de las Personas con Discapacidad en contextos de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio” en Nuevas propuestas, año XL vol. 55. Pp. 26-33. Ediciones UCSE. Santiago del Estero.

01.04. Ley 25.674⁸³ de cupo femenino en representación sindical (2002)⁸⁴

Esta ley dispone que cada unidad de negociación colectiva de las condiciones laborales, deba contar con la participación proporcional de mujeres delegadas en función de la cantidad de trabajadoras de dicha rama o actividad. Es decir, la integración obligatoria con mujeres en cargos electivos y representativos de las organizaciones sindicales, determinando que el porcentaje femenino será de un mínimo de un 30% cuando el número de mujeres alcance o supere ese porcentual sobre el total de los trabajadores y trabajadoras. Además, en los casos en que dicha cantidad no llegase al 30% del total del colectivo de trabajadores representados, el cupo para cubrir la participación femenina en las listas de candidatos y su representación en los cargos electivos y representativos de la asociación sindical, será proporcional a esa cantidad.⁸⁵

83 Sancionada el 06 de noviembre de 2002. Publicada en el Boletín Oficial del [29-nov-2002](#).

84 El decreto 514/03, a través del cual requiere previo a la constitución de las comisiones de negociación a que se refieren el art. 4to. de la ley N° 23.546 y su modificatoria, la ley N° 25.250, y el art. 6to. del decreto 447/93, dice que “la o las organizaciones sindicales de cualquier grado deberán, juntamente con la designación de sus representantes, denunciar con carácter de declaración jurada, la cantidad porcentual de mujeres sobre el total de los trabajadores que se desempeñan en el ámbito de la negociación correspondiente, a fin de que la autoridad de aplicación verifique que se ha cumplido con la participación proporcional de las mujeres que establece el artículo 1 de la ley 25.674, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 2do. de esta ley en caso que se incumpla la obligación establecida en el párrafo precedente o en caso de que la cantidad porcentual de mujeres denunciada fuera inferior a la cantidad porcentual de mujeres que se desempeñan realmente en el ámbito de negociación correspondiente”. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social emitió la Resolución 434/2021 de creación del Programa de Fortalecimiento del Liderazgo de las Mujeres y Diversidades Sexuales en las Organizaciones Sindicales, en el ámbito de la Subsecretaría de Políticas de Inclusión en el Mundo Laboral, dependiente de la Secretaría de Trabajo.

85 La ley 23.551 quedó redactada de la siguiente forma: “Artículo 18. - Para integrar los órganos directivos, se requerirá:.. La representación femenina en los cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales será de un mínimo del 30% (treinta por ciento), cuando el número de mujeres alcance o supere ese porcentual sobre el total de los trabajadores.

01.05. Ley 26.485⁸⁶ de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (2009)

Esta ley tiene por objeto principal promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida y proteger el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia.

Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores la eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres y la adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres, entre otros.

Cuando la cantidad de trabajadoras no alcanzare el 30% del total de trabajadores, el cupo para cubrir la participación femenina en las listas de candidatos y su representación en los cargos electivos y representativos de la asociación sindical, será proporcional a esa cantidad. Asimismo, las listas que se presenten deberán incluir mujeres en esos porcentuales mínimos y en lugares que posibiliten su elección. No podrá oficializarse ninguna lista que no cumpla con los requisitos estipulados en este artículo.”

86 Sancionada el 11 de marzo de 2009. Publicada en el Boletín Oficial el 14/04/09.

01.06. Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario (2010)⁸⁷

Esta norma es producto de una larga lucha de la sociedad movilizadora para, a través de la reforma del Código Civil, establecer que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Entre las varias modificaciones se destaca que con la nueva legislación todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo.

01.07. Ley 26.743 de Identidad de Género (2012)

La Opinión Consultiva N° 24 del 24 de noviembre de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que aseguró: “la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención” y que “en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vi-

87 Ampliar en: Solari, Néstor y Von Opiela, Carolina (directores), *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011; Bimbi, Bruno, *Matrimonio Igualitario. Intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2010; Robichaux, David (compilador), *Familia y diversidad en América Latina. Estudio de casos*. Clacso Libros, Buenos Aires, 2007; Ferrer, Francisco A. M. y Otros, *Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil. Ley 26.618*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010; Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia. Ley 26.618*, Ediar, Buenos Aires, 2010; Massenzio, Flavia y Rachid, María, “La conquista del matrimonio igualitario en la Argentina”, Dossier, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica.

tal importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación”.

01.08. Ley 27.412 de paridad de género en ámbitos de representación política (2017)

Esta norma profundiza la política de paridad iniciada en la materia, nuevamente modificando el Código Electoral Nacional, disponiendo su nuevo artículo 60 que; “Las listas de candidatos/as que se presenten para la elección de senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y parlamentarios/as del Mercosur deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente...”.

También regula las sustituciones en los cargos para casos de muerte renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un diputado⁸⁸ o senador nacionales⁸⁹ y parlamentarios del

88 El Código Electoral Nacional quedó redactado de la siguiente forma: “**Artículo 164:** En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a Diputado/a Nacional lo/a sustituirán los/as candidatos/as de su mismo sexo que figuren en la lista como candidatos/as titulares según el orden establecido. Una vez que ésta se hubiere agotado ocuparán los cargos vacantes los/as suplentes que sigan de conformidad con la prelación consignada en la lista respectiva y el criterio establecido en el párrafo anterior. Si no quedaran mujeres o varones en la lista, se considerará la banca como vacante y será de aplicación el artículo 51 de la Constitución Nacional. En todos los casos los/as reemplazantes se desempeñarán hasta que finalice el mandato que le hubiere correspondido al titular.”

89 El Código Electoral Nacional quedó redactado de la siguiente forma: “**Artículo 157:** El escrutinio de cada elección se practicará por lista sin tomar en cuenta las tachas o sustituciones que hubiere efectuado el votante...En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a senador/a nacional de la lista que hubiere obtenido la mayoría de votos emitidos lo/la sustituirá el/la senador/a suplente de igual sexo. Si no quedaran mujeres en la lista, se considerará la banca como vacante y será de aplicación el artículo 62 de la Constitución Nacional. En caso de

Mercosur⁹⁰, estableciendo que será reemplazado por el suplente de igual sexo, y si no quedaran mujeres en la lista, se considerará la banca como vacante.

También modifica la ley 23.298, orgánica de los partidos políticos, obligando a sus autoridades y afiliados a ajustar su actuación, respetando la paridad de género en el acceso a cargos partidarios y en su funcionamiento institucional⁹¹.

01.09. Ley 27.53992 de cupo femenino en espectáculos musicales públicos o privados (2019)

Esta ley tiene por objeto regular el cupo femenino y el acceso de las artistas mujeres a los eventos de en vivo que hacen al desarrollo

muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a senador/a nacional de la lista que hubiere resultado siguiente en cantidad de votos emitidos, será sustituido/a por el/la suplente por su orden.”

90 El Código Electoral Nacional quedó redactado de la siguiente forma: “**Artículo 164 octies:** Sustitución. En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a parlamentario/a del Mercosur lo/a sustituirá el/la primer/a suplente del mismo sexo de su lista de acuerdo al artículo 164 septies.”

91 La ley 23.298 fue modificada de la siguiente forma: “**Artículo 3°:** La existencia de los partidos requiere las siguientes condiciones sustanciales: ...b) Organización estable y funcionamiento reglados por la carta orgánica, de conformidad con el método democrático interno, mediante elecciones periódicas de autoridades y organismos partidarios, en la forma que establezca cada partido, **respetando la paridad de género**, sin necesidad del cumplimiento estricto del principio de alternancia...”; “**Artículo 21:** La carta orgánica constituye la ley fundamental del partido en cuyo carácter rigen los poderes, los derechos y obligaciones partidarias y a la cual sus autoridades y afiliados deberán ajustar obligatoriamente su actuación, **respetando la paridad de género** en el acceso a cargos partidarios”, “**Artículo 50:** Son causas de caducidad de la personalidad política de los partidos: h) La **violación de la paridad de género** en las elecciones de autoridades y de los organismos partidarios, previa intimación a las autoridades partidarias a ajustarse a dicho principio.”

92 Sancionada el 20 de noviembre de 2019. Publicada en el Boletín Oficial del 20-dic-2019.

de la industria musical, disponiendo en su segundo artículo que “los eventos de música en vivo así como cualquier actividad organizada de forma pública o privada que implique lucro comercial o no y que para su desarrollo convoquen a un mínimo de tres (3) artistas y/o agrupaciones musicales en una o más jornadas y/o ciclos, y/o programaciones anuales, deben contar en su grilla con la presencia de artistas femeninas conforme” una tabla en que se detalla en la norma.

A los efectos de dicha ley, se consideran sujetos obligados al cumplimiento del cupo referido a aquellos que cumplan la función de productor/a y/o curador/a y/o organizador/a y/o responsable comercial del evento, entendiendo que si estas condiciones están repartidas entre diferentes personas humanas o jurídicas la obligación impuesta por la presente norma los alcanza de manera solidaria a todos ellos. Sus deberes son acreditar fehacientemente ante la Autoridad de Aplicación dentro de los noventa (90) días previos a la realización del espectáculo o dentro de los cinco (5) días posteriores de la puesta a la venta de las entradas al mismo y/o publicidad del evento el cumplimiento del cupo establecido mediante la presentación de la grilla del espectáculo programado.

01.10. Ley 27.61193 de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia (2020)

Se trata de una de las últimas de las normas vinculadas con el cumplimiento de las obligaciones constitucionales del Poder Legislativo derivadas directamente del artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional⁹⁴.

93 Sancionada el 30 de diciembre de 2020. Publicada en el Boletín Oficial del 15 de enero de 2021. Reglamentada por Decreto Reglamentario 515/2021.

94 “Art. 2º- Marco normativo. Las disposiciones de la presente ley se enmarcan en el artículo 75, incisos 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional, en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cul-

Esta ley tiene por objeto fortalecer el cuidado integral de la salud y la vida de las mujeres y otras personas gestantes, y de los niños y las niñas en la primera infancia, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, y de sus hijos e hijas, con el fin de reducir la mortalidad, la mal nutrición y la desnutrición, proteger y estimular los vínculos tempranos, el desarrollo físico y emocional y la salud de manera integral, y prevenir la violencia.

01.11. Ley 27.636⁹⁵ de Promoción del Acceso al Empleo Formal “Diana Sacayán- Lohana Berkins” (2021).⁹⁶

Esta ley tiene por objeto establecer “medidas de acción positiva” orientadas a lograr la efectiva inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en todo el territorio de la República Argentina.

Se destaca que en su artículo segundo se identifica el “marco normativo” de la ley indicando: “En cumplimiento de las obligaciones

turales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en virtud de la protección que les otorgan al derecho a la identidad, la salud integral, la alimentación saludable, a una vida digna y libre de violencias, a la seguridad social y al cuidado en los primeros años de la niñez.”

95 Sancionada el 24 junio de 2021. Publicada en el Boletín Oficial el 8 de julio de 2021. Reglamentada por el Poder Ejecutivo Nacional por el Decreto Reglamentario 659/2021.

96 Reglamentada por Decreto N° 659/2021 (Boletín Oficial, 28 de Septiembre de 2021).- DCTO-2021-659- APN-PTE - Apruébase la Reglamentación de la Ley N° 27.636.

del Estado argentino en materia de igualdad y no discriminación, la presente ley adopta medidas positivas para asegurar a las personas travestis, transexuales y transgénero el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales; las recomendaciones específicas establecidas en los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género; la Opinión Consultiva N° 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas de mismo sexo y la ley 26.743, de identidad de género”.

Su capítulo dos se titula “Medidas de acción positiva” y regula con detalle las medidas de metas y objetivos en las políticas públicas.

02. Decisiones Administrativas

2.1. RES 266/19 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación de acceso a cargos judiciales para mujeres⁹⁷

Esta norma modificó los artículos 40, 44 y 47 del Reglamento de Concursos con la finalidad de dar cumplimiento efectivo de la participación de la mujer en la integración de ternas para magistrados. Entre sus fundamentos se destaca que; “En el último estudio del año 2018 del *Mapa de Género de la Justicia Argentina*, relevamiento periódico que realiza la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 2010, se confirma, un problema ya reconocido en diferentes ámbitos y contextos pero de difícil estudio en función de la falta de datos específicos: pese a que la composición del Poder Judicial es mayoritariamente femenina, esta representación no se ve reflejada en la distribución jerárquica de los cargos que ocupan, existien-

do un marcado descenso de la presencia de mujeres en los estamentos superiores. Este fenómeno de segregación vertical es conocido como *techo de cristal*”.

Con base en la Constitución Nacional (art. 37 y 75, inc.23 y cc) afirma el Consejo al fundamentar la reforma del reglamento; “La manda constitucional es clara y consagra expresamente que el derecho a la igualdad real de oportunidades debe garantizarse. Para ello, los poderes del Estado deben utilizar estas medidas de acción positiva... Es por estos motivos que el Consejo de la Magistratura, debe intervenir con acciones positivas para revertir la desigualdad real de acceso de las mujeres a los altos cargos del Poder Judicial”.

El artículo 40 quedó redactado de la siguiente forma; “Una vez que la Comisión se haya expedido sobre las impugnaciones, deberá convocar para la realización de la entrevista personal, como mínimo, a los postulantes que hubieren obtenido los primeros seis (6) puntajes en el orden de mérito. Para el supuesto que entre los primeros seis (6) lugares no hubiera una mujer, se convocará además a la entrevista a la postulante mujer que siga en orden de mérito, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que la postulante haya obtenido los puntajes reglamentarios mínimos, y que la diferencia de puntaje con quien integre el sexto lugar de la convocatoria a entrevista no exceda los 10 puntos.”

En su artículo 44, al regular la conformación de las ternas, se incorporó el siguiente contenido; “Deberá incorporarse una mujer en la terna siempre que la entrevista realizada haya sido satisfactoria y la diferencia de puntaje con el postulante que se haya ubicado en tercer lugar no supere los 10 puntos”.

Finalmente, al modificar el artículo 47 complementa la incorporación de mujeres a la conformación de ternas con el texto: “Para el supuesto que entre los tres (3) candidatos referidos no hubiera una postulante mujer, se convocará además a la entrevista a la postulante mujer que siga en orden de mérito, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que la postulante haya obtenido los puntajes reglamentarios mínimos, y que la diferencia de puntaje con quien integre el sexto lugar de la convocatoria a entrevista no exceda los 10 puntos.”

97 En similar sentido Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación emitió la Resolución 269/2019, mediante la cual exige como requisito de inscripción a los concursos la constancia de capacitación en materia de perspectiva de género.

2.2. Resolución General N° 797/2019 de la Comisión Nacional de Valores -CNV-

La Comisión Nacional de Valores emitió la Resolución General 797/2019, que establecieron obligaciones en la confección de la Memoria anual y la inclusión de un reporte del Código de Gobierno Societario disponiendo que se deberá propiciar la conformación de un directorio diverso, teniendo en consideración la diversidad de género, origen geográfico, edad, perfil étnico y experiencia profesional.

Dice la norma: “El directorio deberá activamente propiciar la conformación de un directorio diverso, teniendo en consideración la diversidad de género, origen geográfico, edad, perfil étnico y experiencia profesional... En cuanto a la diversidad de género, resulta de especial relevancia que la compañía no solo considere la composición del Directorio sino la equidad en la remuneración de sus miembros y también la posibilidad de que mujeres tengan acceso a puestos de liderazgo en el Directorio, tales como la Presidencia del órgano o algunos de sus comités. La transparencia y divulgación en materia de diversidad en el directorio es un elemento importante para los inversores y muestra la profesionalización del órgano...”

2.3. RES 34/2020 de la Inspección General de Justicia -IGJ-⁹⁸

A partir de la entrada en vigencia de dicha resolución, las asociaciones civiles en proceso de constitución, las simples asociaciones que soliciten su inscripción en el registro voluntario, las sociedades anónimas que se constituyan, en cuanto estuvieren comprendidas en el artículo 299 de la ley 19.550, las Fundaciones con un Consejo de Administración de Integración temporaria y electiva y las Socie-

⁹⁸ Fecha de sanción 03-08-2020. Publicada en el Boletín Nacional del 05-Ago-202. Dicha norma fue complementada por la Resolución General IGJ N° 35/2020, difirió su entrada en vigencia al 4 de octubre de 2020, en virtud de la emergencia sanitaria y aclaró que la exigencia para las sociedades anónimas, fundaciones y sociedades del Estado **incluían no solo las que se constituyeran a partir de la regulación sino todas aquellas que ya estuvieren inscriptas al momento de entrada en vigencia** de la normativa.

dades del Estado deberán incluir en su órgano de administración -y en su caso en el órgano de fiscalización- una composición que respete la diversidad de género, estableciendo su integración por la misma cantidad de miembros femeninos y masculinos⁹⁹.

Agrega la resolución que cuando la cantidad de miembros a cubrir fuera de número impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con un mínimo de un tercio de mujeres.

Dicha norma fue recurrida ante la Justicia Nacional en lo Comercial, resolviendo su suspensión judicial en un fallo en el que la Cámara interviniente efectuó un reconocimiento de la versión estructural complementaria del principio de igualdad ante la ley, argumentó en contra de las resoluciones que establecían cupos para la integración de diversos órganos societarios con mujeres por entender que la decisión violaba la ley de sociedades y afectaba derechos subjetivos de los hombres que pudieran resultar excluidos por la medida.¹⁰⁰Dijo la

⁹⁹ Ampliar en; Vaiser, Lidia; Camerini, Marcelo A., “¿Igualdad de género o equidad de género? Una mirada femenina y masculina sobre las resoluciones generales (IGJ) 34 y 35”, Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE), noviembre de 2020; Benítez, Facundo I., “La Resolución General de IGJ Nro. 34/2020: ¿Un exceso reglamentario?”, Microjuris, MJ-DOC-15476-AR | MJD15476, publicación del 11 de agosto de 2020; Patricia A. Fernández de Andreani: “La Inspección General de Justicia a la vanguardia en materia de género” - LL - 14/8/2020; Fortunato, Cristina B. y Prono, Javier R., “La resolución 34/2020 de la Inspección General de Justicia y los derechos de la mujer”, La Ley, 14/12/2020; Ciolli, María Laura, “Hacia la igualdad real de las personas en clave constitucional y convencional. Comentario a la res. Gral. 34/2020 y la res. Gral. 35/2020, ambas de Inspección General de Justicia de la Nación.”, La Ley, Cita online: AR/DOC/3803/2020; Mata, Juan Ignacio, “La resolución general 34/2020 de la IGJ y los estándares aplicables a las acciones positivas”, La Ley, 06/10/2020, Cita online: AR/DOC/3218/2020; Vítolo, Daniel Roque, “Paridad de género en la administración de las personas jurídicas privadas. De lo binario a lo diverso. De las recomendaciones y acciones impositivas a la imperatividad”, La Ley, 12/07/2021.

¹⁰⁰ La Sala C de la Cámara Nacional Comercial, en autos “IGJ c/ Línea Expreso Liniers SAIC s/Organismos Externos”, resolución del 09 de agosto de 2021, dispuso **dejar sin efecto las resoluciones generales 34/2020 y 35/2020** dictadas por la **Inspección General de Justicia (IGJ)** que exige la conformación de los órganos de administración y fiscalización con paridad de

alzada que: “Ese cupo automático no solo importó imponer una obligación a quienes antes no la tenían, sino también descartar a otros postulantes por el solo hecho de no pertenecer al grupo tutelado, postergando –en su caso– a otros colectivos que pudieran encontrarse en similar grado de vulnerabilidad, todo lo cual evidencia que estamos ante materias que no encuadran dentro de la noción de “reglamentación” que el señor Inspector a cargo de la IGJ invocó.”¹⁰¹

2.4. Decreto Presidencial N°476/21 del 21/07/2021 que reconoce identidades por fuera del binomio masculino y femenino al incorporar la nomenclatura “X” en el Documento Nacional de Identidad (DNI)

Esta decisión del presidente Alberto Fernández se enmarca en el reconocimiento de las identidades por fuera de la clásica distinción binaria entre varón y mujer, y se enmarca en una política pública de avanzada a nivel mundial.

En su segundo artículo este decreto presidencial determina que las nomenclaturas a utilizarse en los Documentos Nacionales de Identidad y en los Pasaportes Ordinarios para argen-

tinios en el campo referido al “sexo” podrán ser “F” –Femenino–, “M” – Masculino– o “X”. Especifica en su artículo 4 que: “A los fines del presente decreto, la nomenclatura “X” en el campo “sexo” comprenderá las siguientes acepciones: no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercebida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino”.

género. Respecto de la regulación de la igualdad ante la ley dijo: “El criterio tradicional de igualdad debe ser, entonces, un piso mínimo y necesario, pero insuficiente cuando lo que se enfrenten sean desigualdades estructurales que muestren que, por hallarse en situación de postergación, ciertas personas también se encuentran impedidas de acceder a los beneficios de esa igualdad legal, que a su respecto se presenta meramente declamatoria.”

101 Este argumento coincide con lo expuesto por; “Benítez, Facundo I., “La Resolución General de IGJ Nro. 34/2020: ¿Un exceso reglamentario?”, *Microjuris*, MJ-DOC-15476-AR | MJD15476, publicación del 11 de agosto de 2020”, quien sostuvo: “Más allá de la innegable necesidad de tender hacia la paridad de género, atento a la existencia del denominado «techo de cristal», como aquella forma velada que impide el ascenso u ocupación de las mujeres en cargos directivos y gerenciales afincado en cuestiones culturales y no de idoneidad, insistimos en que estamos en presencia de una resolución dictada en exceso de las atribuciones del organismo, al modificar la ley de fondo, esto es agregando requisitos que la Ley General de Sociedades no requiere siquiera en una forzada interpretación amplia del plexo normativo.”