

## El derecho a la igualdad, las acciones positivas y el género\*

Por Sebastián Alejandro Rey

Sumario: § I. Planteo. § II. El derecho a la igualdad. 1. Igualdad formal e igualdad sustancial. 2. La discriminación. 3. El escrutinio estricto. § III. Las acciones positivas. 1. Fundamento filosófico. A) Justicia compensatoria. B) Justicia distributiva. C) Utilidad social. 2. La importancia de la reforma constitucional de 1994. A) Acciones positivas en la Constitución Nacional. B) Acciones positivas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. § IV. Acciones positivas en razón del género: la ley de cupo femenino. A) Estadísticas. B) La ley 24.012. § V. A modo de conclusión.

“A veces la mayor discriminación puede estar en tratar cosas que son diferentes como aquellas que son exactamente idénticas”.  
“Jenner v. Fortson”, sentencia de la Supreme Court (1971).

### § I. Planteo

El 23 de abril de 2002, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictó el fallo “Paz, Marta y otros c/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal s/ proceso de conocimiento”. En el presente, la demandada interpuso recurso de apelación, y se agravió solamente de la forma en que fueron impuestas las costas de la anterior instancia. Sin embargo, tal como señala la Dra. Jeanneret de Pérez Cortés en su voto, “el carácter de vencedora de la parte demandada resulta de modo inequívoco de la sentencia definitiva -fundada sustancialmente en principios y normas de naturaleza constitucional-, y la parte actora no ha aportado elementos aptos para demostrar que su conducta no resultaba alcanzada por el principio general en materia de costas”.<sup>1</sup>

En las siguientes páginas, se desarrollarán estos “principios y normas de naturaleza constitucional” en los que se apoyaron la Cámara y el juez de primera instancia para reconocer el derecho que les asiste a las actoras. Primero, se estudiará el derecho a la igualdad, entendido como derecho fundamental, es decir, como efectivas líneas de acción para el empleo de la fuerza estatal, configurando o

\* Este trabajo fue publicado en La Ley, tomo 2004-A, Buenos Aires, 2004, pp. 613/625.

<sup>1</sup> CNApel. Contenc. y Adm. Federal, Sala IV, “Paz, Marta y otros”, rta. el 23/4/02, voto de la Dra. Jeanneret de Pérez Cortés, considerando V.

reforzando según los casos, los caminos en los cuales cada uno de los individuos que componen la sociedad puede elegir y decidir libremente y en igualdad de oportunidades la orientación de los planes de su vida, todo ello a partir de una interpretación que, basada en una lectura preferida de los mismos, les confiera primacía sobre el resto de las reglas que componen el ordenamiento”.<sup>2</sup> Más adelante, se justificará la necesidad y obligatoriedad de la aplicación de las acciones positivas, en el marco de un primer paso hacia el logro de la igualdad real de oportunidades y de trato, para finalmente analizar la problemática de la igualdad y las acciones positivas en razón del género, tomando como ejemplo a la ley de cupo femenino.

## § II. El derecho a la igualdad

### 1. Igualdad formal e igualdad sustancial

Germán Bidart Campos advierte que la igualdad elemental que consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos requiere, imprescindiblemente, tres presupuestos de base:

a) que el Estado remueva los obstáculos de tipo social, cultural, político y económico, que limitan de hecho la libertad y la igualdad de todos los hombres;

b) que mediante esa remoción exista un orden social y económico justo, y se igualen las posibilidades de todos los hombres para el desarrollo integral de su personalidad;

c) que a consecuencia de ello, se promueva el acceso efectivo al goce de los derechos personales de las tres generaciones por parte de todos los hombres y sectores sociales.<sup>3</sup>

En el mismo sentido, Fernando Rey Martínez señala que el principio constitucional de igualdad se estructura sistemáticamente en torno a tres dimensiones:

a) En su dimensión liberal, conlleva la idea de igualdad en la aplicación y en la creación del Derecho.<sup>4</sup> Las leyes deben ser aplicadas sin mirar a las personas y toda

---

<sup>2</sup> Ferreyra, Raúl Gustavo: *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 26.

<sup>3</sup> Bidart Campos, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 530.

<sup>4</sup> Como señala Robert Alexy, “el Tribunal Constitucional Federal, interpretó al principio de igualdad no sólo como mandato de igualdad en la aplicación del derecho sino también de la igualdad en la

diferenciación normativa de trato no puede carecer de una justificación razonable de acuerdo con criterios de valor objetivos, constitucionalmente relevantes;

b) En su dimensión democrática, implica el derecho de todos los ciudadanos a participar en condiciones de igualdad en el ejercicio del poder político y en el acceso a las funciones y cargos públicos;

c) En su dimensión social, cumple la función de eliminar las desigualdades de hecho (políticas, económicas, culturales, sociales) para conseguir la igualdad real y efectiva de individuos y de grupos.<sup>5</sup>

El mismo autor, advierte que la prohibición de discriminación compromete a las tres dimensiones de la igualdad: a la liberal, pues afecta a la creación razonable y a la aplicación no arbitraria del Derecho; a la democrática, ya que impide a ciertas minorías o grupos sociales desaventajados quedarse aislados y sin voz; y a la social, exigiendo la adopción de ciertas acciones positivas.<sup>6</sup>

De la conjunción del principio de igualdad con el de no discriminación resulta la protección del derecho a la diferencia, que se vincula con un reciente derecho de la personalidad, el derecho a la identidad.<sup>7</sup>

Para Celia Amorós, “todo derecho a la diferencia, en realidad, lo que presupone es un derecho a la igualdad (...) no toda diferencia es buena o mala de suyo, la diferencia tiene que convalidarse con otros parámetros para que se decida si es o no una diferencia deseable”.<sup>8</sup> “Hay diferencias indeseables que deben ser neutralizadas y hay diferencias éticamente deseables que deben ser promovidas pero, en cualquier caso, la piedra de toque que nos va a servir para valorar la diferencia va a ser la igualdad. Así, pues, la diferencia no es en sí un valor mientras que la igualdad no es un hecho: la igualdad es un concepto regulativo, es un concepto ético y es un valor”.<sup>9</sup>

Humberto Quiroga Lavié, a partir del pensamiento de Bobbio, clasifica los significados de la igualdad en: a) formal (igualdad jurídica e igualdad ante la ley) y, formulación del derecho. La primera exige que toda norma jurídica sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho y a ningún caso que no caiga bajo él. La segunda, exige que todos sean tratados igual por el legislador”. *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. Garzón Valdés, Ernesto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 382, 383 y 384.

<sup>5</sup> Rey Martínez, Fernando: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mac Graw Hill, Madrid, 1995, p. 42.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Kiper, Claudio Marcelo: *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 133.

<sup>8</sup> Amorós, Celia: *Elogio de la vindicación*, en Ruiz, Alicia, (compiladora): *Identidad femenina y discurso jurídico*, 1ª edición, Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 53.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

b) sustancial (igualdad de oportunidades e igualdad fáctica). La formal se identifica con el constitucionalismo liberal burgués, en tanto que la sustancial, con el constitucionalismo social.<sup>10</sup>

Ferrajoli realiza una clasificación similar del principio de igualdad jurídica, al que le asigna dos significados. En un primer sentido, la igualdad reside en el igual valor asociado de manera indiferenciada a todas las personas, sin distinciones. En este sentido, igualdad y diferencia no sólo no son antinómicas, sino que se implican recíprocamente. En un segundo sentido, la igualdad radica en el desvalor asociado a otro género de diferencias (las de orden económico y social), que provienen de los obstáculos que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desarrollo de la persona humana. En este segundo sentido, las diferencias, en lugar de ser rasgos de las diversas identidades de las personas, se convierten en privilegios o discriminaciones sociales que deforman la identidad y determinan la desigualdad de aquellas.<sup>11</sup>

Este autor, llamará “igualdad formal” o “política”, a la primera forma de igualdad mencionada, e “igualdad sustancial” o “social”, a la segunda. Con la prescripción de la igualdad formal se conviene que los hombres deben ser considerados como iguales precisamente prescindiendo del hecho que son distintos, es decir de sus diferencias personales de sexo, raza y similares. Con la afirmación de la igualdad sustancial se conviene, por el contrario, que aquellos deben ser hechos tan iguales como sea posible y que, por consiguiente, no se debe prescindir del hecho que son sociales y económicamente desiguales. A las diversidades del primer tipo, Ferrajoli las llama “diferencias” y deben ser reconocidas para ser respetadas y garantizadas, mientras que a las del segundo, las llama “desigualdades”, y deben serlo igualmente, pero para ser removidas o compensadas lo más posible.<sup>12</sup> Porque como advierte Alexy, “el legislador, en principio, no puede conformarse con aceptar sin más las diferencias de hecho existentes; si son incompatibles con las exigencias de justicia, tiene que eliminarlas”.<sup>13</sup>

Los derechos del primer tipo son derechos a la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes de las demás; los del segundo, son

---

<sup>10</sup> Quiroga Lavié, Humberto: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 362.

<sup>11</sup> Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1997, p. 906.

<sup>12</sup> Idem, p. 907.

<sup>13</sup> Alexy, Robert: ob. cit., p. 407.

derechos a la compensación de las desigualdades y, por ello, a llegar a ser personas iguales a las demás en las condiciones mínimas de vida y supervivencia.<sup>14</sup>

El sistema legal ha adoptado un punto de vista formalista y neutral en cuanto al tratamiento similar entre los sexos. La idea de proveer un tratamiento similar a aquellos que están similarmente situados, motivó que el derecho haya sido incapaz de tener en cuenta la diversidad de las situaciones de las mujeres y sus demandas. “Esta doctrina de igualdad formal -sostiene Marcela Rodríguez- no puede garantizar la igualdad real, dado que la realidad social nos demuestra que los individuos no están similarmente situados”.<sup>15</sup>

## 2. La discriminación

Para Rey Martínez, el término discriminación tiene dos significados: uno amplio, como equivalente a toda infracción de la igualdad, y uno estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concurren algunos de los criterios de diferenciación prohibidos por el art. 14 de la Constitución española (raza, sexo, etc.).<sup>16</sup>

Como advierte Bidart Campos, “la regla de la igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que puedan presentarse a su consideración; lo que aquella regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles”.<sup>17</sup>

Luego de un análisis pormenorizado sobre el significado del concepto de igualdad, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy formula que “lo esencialmente igual no debe ser tratado en forma desigual”, lo que es equivalente a decir que “están prohibidos los tratamientos arbitrariamente desiguales”.<sup>18</sup> Además, agrega que “una diferenciación es arbitraria cuando no es posible encontrar una razón suficiente que la justifique”<sup>19</sup>, por lo que si no hay razón suficiente para la

---

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi: ob. cit., p. 907.

<sup>15</sup> Rodríguez, Marcela V.: *Igualdad, democracia y acciones positivas*, en Facio, Alda y Fries, Lorena: *Género y Derecho*, Editorial LOM, Santiago de Chile, 1999, p. 251.

<sup>16</sup> Rey Martínez, Fernando: ob. cit., p. 56.

<sup>17</sup> Bidart Campos, Germán: ob. cit., p. 533.

<sup>18</sup> Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 394.

<sup>19</sup> Idem, p. 395.

permisión de un tratamiento desigual, entonces, está ordenado un tratamiento igual. En síntesis, la máxima general de igualdad puede ser interpretada en el sentido de un principio de igualdad que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones suficientes opuestas.<sup>20</sup>

Ya la CSJN, ha señalado que “está permitido que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio personal o de grupo”.<sup>21</sup>

La misma Corte Suprema, en el caso “Arenzon c/ Gobierno Nacional”, señala en el considerando 5° del voto de los doctores Belluscio y Petracchi, que “la resolución 957/81 del Ministerio de Educación que exige una estatura mínima de 1,60 m. a los varones que deseen ingresar al Profesorado Dr. Joaquín V. González, para seguir estudios de Matemática y Astronomía, comporta una reglamentación manifiestamente irrazonable de los derechos a enseñar y aprender, afecta la dignidad de las personas que inicuamente discrimina, y por lo mismo, conculca las garantías consagradas en los arts. 14, 16, 19 y 28 de la Constitución Nacional”.<sup>22</sup> Los mismos jueces agregan en el considerando 6°, que “lo expuesto no importa descartar de plano una regulación que restrinja la admisión en establecimientos oficiales de enseñanza por razones distintas a las de naturaleza puramente técnica”, pero tal limitación “deberá ser equitativa y razonable, esto es, comprensiva de situaciones claramente incompatibles con el ejercicio normal de la actividad de que se trata”.<sup>23</sup>

Por lo tanto, de acuerdo al criterio establecido por la CSJN, el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable.<sup>24</sup> Este mismo criterio es el que sostiene la Cámara en el fallo Paz, al establecer que la cuota mínima del 30% de participación femenina, resultaba de aplicación en el ámbito de las entidades no gubernamentales -como el Colegio de Abogados-, debido a que el mismo no habían probado la irrazonabilidad de su aplicación en el caso concreto.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> Idem, p. 398.

<sup>21</sup> Fallos: 182:355; 299:146; 300:1049; 301:1185; 302:192.

<sup>22</sup> C.S.J.N., Fallos: 306:400, voto de los doctores Belluscio y Petracchi, considerando 5°.

<sup>23</sup> Idem, considerando 6°.

<sup>24</sup> Bidart Campos, Germán: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, ob. cit., p. 533.

<sup>25</sup> CNApel. Contenc. y Adm. Federal, Sala IV, “Paz, Marta y otros”, rta. el 23/4/02, voto de la Dra. Jeanneret de Pérez Cortés, considerando II, inc. II.

### 3. El escrutinio estricto<sup>26</sup>

Ya en el célebre caso “Carolene Products” de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el juez Stone sostuvo que “la legislación, cuando era cuestionada por determinado tipo de pretensiones constitucionales, quizás no merecía la misma deferencia que la inmensa mayoría de la legislación”.<sup>27</sup> A la vez, sugirió la existencia de categorías sospechosas respecto de las cuales no sería apropiada la presunción general de constitucionalidad que gozan todas las leyes.

Las leyes que discriminan en perjuicio de las “clases sospechosas” (*suspect classification*) o invaden un derecho fundamental, deben pasar por un test muy especial, denominado “escrutinio riguroso” (*strict scrutiny*) o la prueba de las “libertades preferidas”.<sup>28</sup> En cambio, las restantes leyes deben afrontar un test más simple, el de racionalidad, es decir, determinar si son al menos razonables.<sup>29</sup> Así, por ejemplo, en el caso de los extranjeros, la Supreme Court entendió que las clasificaciones basadas en la extranjería son intrínsecamente sospechosas y están sujetas a un escrutinio judicial atento.<sup>30</sup> Porque como señala Rey Martínez, el principio de igualdad, opera de diferente modo en función de cuál sea el factor de diferenciación. Cuando estamos en presencia del criterio de la raza, de la opinión, del sexo, etc., la igualdad se transforma en prohibición de discriminación. Cuando es otro criterio, la igualdad exige tan sólo razonabilidad de la diferencia de trato.<sup>31</sup>

Hay una pauta intermedia de valoración que se usa a menudo, según la cual para que una ley sea considerada constitucional debe, promover un “interés estatal urgente”. Sin embargo, hay que ser sumamente cuidadoso y estricto en la apreciación del interés estatal que justifique una restricción, ya que, como señala Herrendorf, “se trata de una expresión vaga que puede resultar riesgosa, sobre todo en manos de voluntades políticas inescrupulosas”.<sup>32</sup>

Frente a una norma discriminatoria, el poder público que la dicta debe acreditar que la misma es necesaria para alcanzar el fin perseguido, por lo cual no resultará

<sup>26</sup> Para un mayor análisis de la jurisprudencia argentina sobre este tema, se recomienda ver el fallo "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/amparo", CNCIV, SALA H, 16/12/2002.

<sup>27</sup> 304 U.S. 144, 152, n°4.

<sup>28</sup> El *strict scrutiny test* fue aplicado por primera vez por la Supreme Court en 1944 en el fallo “Korematsu v. United States”, 323 U.S. 214.

<sup>29</sup> Kiper, Claudio Marcelo: ob. cit., p. 131.

<sup>30</sup> “Graham v. Richardson”, 403 U.S. 365 (1971), entre muchos otros.

<sup>31</sup> Rey Martínez, Fernando: ob. cit., p. 58.

<sup>32</sup> Herrendorf, Daniel: *Los derechos humanos ante la justicia*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 398.

suficiente para establecer la razonabilidad de la norma que exista una mínima adecuación de la ley con el fin que se propone obtener, sino además, deberá probarse la finalidad primordial de orden público (*compelling interest*) y la no existencia de otra alternativa menos restrictiva de los derechos que la reglamentación restringe, así como que el daño provocado por la restricción sea menor que el perjuicio que motivó la adopción de la medida reglamentaria.<sup>33</sup>

En el caso “Repetto, c/ Provincia de Buenos Aires”<sup>34</sup>, nuevamente el doctor Petracchi, sostiene la presunción de inconstitucionalidad que conlleva toda norma discriminatoria respecto a los derechos reconocidos en nuestra Constitución. En el considerando 7º de su voto, junto al doctor Bacqué, concluye que “aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción (entre argentinos y extranjeros), debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” para justificar aquella, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea razonable”.<sup>35</sup>

Similares argumentos expone el doctor Petracchi en el caso “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”.<sup>36</sup> En el *sub lite*, un grupo de padres se opone al ingreso de mujeres al Colegio Monserrat. El citado ministro, plantea que de admitirse la pretensión de la actora, se violarían numerosas obligaciones asumidas por nuestro Estado luego de la reforma de 1994 [entre ellas la establecida en el art. 10, inc. c, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW)].<sup>37</sup> Y para reforzar su voto, cita el fallo “United States v. Virginia” de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el cual el gobierno federal demanda al Estado de Virginia y al Virginia Military Institute, por ser el único instituto de enseñanza superior de Virginia que impartía educación para un sólo sexo: el masculino. La Supreme Court consideró que se había producido una lesión, manifestando que “quien defienda una clasificación o exclusión basada en género sexual deberá probar que aquella sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos”.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Pueyrredón, Juan Marcos y Rinaldi, José Luis: *La igualdad civil de los argentinos y extranjeros*, La Ley, tomo 1989-B, Buenos Aires, 1989, p. 356.

<sup>34</sup> C.S.J.N., Fallos: 311:2272.

<sup>35</sup> Idem, voto de los doctores Bacqué y Petracchi, considerando 7º.

<sup>36</sup> C.S.J.N., Fallos: 323:2659.

<sup>37</sup> Idem, voto del doctor Petracchi, considerando 5º.

<sup>38</sup> 518 U.S. 515.



### § III. Las acciones positivas

El primer país que configura la igualdad como límite de la potestad legislativa es Estados Unidos con la aprobación de la Enmienda XIV el 28 de julio de 1868. Es en este mismo país donde se aplican por primera vez las “acciones positivas” (traducción de la *affirmative action* norteamericana).

Según Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, las acciones positivas son “aquellas medidas especiales de carácter temporal adoptadas por el Estado encaminadas a acelerar la igualdad de facto en los distintos ámbitos de la sociedad, mediante el otorgamiento de “ventajas” en forma imperativa para corregir una desigualdad fáctica precedente, (...) las cuales cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y trato”.<sup>39</sup> Estos autores agregan que “procuran paliar o “acortar” la gran brecha existente entre la solemne igualdad formal y la realidad de los resultados concretos, que muestra que no todas las personas pueden ejercer plenamente sus derechos”.<sup>40</sup>

Para Michel Rosenfeld, “las acciones positivas pueden ser definidas como un programa público o privado diseñado para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario”.<sup>41</sup>

Se pueden utilizar dos criterios constitucionales fundamentales para evaluar los programas de acciones positivas.<sup>42</sup> El primero implica que dicho programa debe tener un fin, un propósito de reparación legítimo y debe haber suficiente base fáctica –o quantum de evidencia- para creer que esta acción reparadora es requerida. En el fallo Paz, se señala que las abogadas “se encontraban en situación de desventaja, no contando con las mismas oportunidades reales que sus colegas varones de resultar elegidas en los actos eleccionarios llevados a cabo en el ámbito de la entidad demandada”.<sup>43</sup> También se agrega que “en el caso de las mujeres (...) la discriminación histórica, en nuestra cultura occidental, se admitía generalizadamente

---

<sup>39</sup> Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves: *Derecho Constitucional Argentino*, tomo 1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 387.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Rodríguez, Marcela V.: *Igualdad, democracia y acciones positivas*, ob. cit., p. 252.

<sup>42</sup> Estos criterios son los que adopta la Supreme Court en el fallo “Regents of University of California v. Bakke”, 438 U.S. 265 (1978).

<sup>43</sup> CNApel. Contenc. y Adm. Federal, Sala IV, “Paz, Marta y otros”, rta. el 23/4/02, voto de la Dra. Jeanneret de Pérez Cortés, considerando II, inc. ñ.

que las afectaba”.<sup>44</sup> El segundo criterio, se concentra en la relación causal entre el programa de acción positiva y sus fines, para averiguar si tal programa es el mejor instrumento posible a los efectos de cumplir tales fines.

## 1. Fundamento filosófico

Cuando la desigualdad social es la norma imperante en el contexto inicial previo a la distribución de herramientas, no podemos esperar que la mera igualdad abstracta de oportunidades sea capaz de asegurar la igualdad de resultados.<sup>45</sup> Citando a Alan Goldman, Marcela Rodríguez considera que “los individuos deben ser provistos de los medios para desarrollar sus capacidades naturales. El sistema social asume la responsabilidad de superar las desventajas iniciales que tienen causas sociales”.<sup>46</sup> Por lo que, como señala el fallo en análisis, “a efectos de erradicar desigualdades socialmente causadas, era necesaria la implementación de medidas en favor de los discriminados”.<sup>47</sup>

Las acciones positivas han sido justificadas sobre la base de tres fundamentos que se desarrollan a continuación.

### A) Justicia compensatoria

Es la que acuerda reparaciones por daños pasados. Su objetivo es ubicar a aquellos/as que han sufrido injurias pasadas en el lugar que hubieran ocupado de no haber sido por las injusticias sufridas. Sin embargo, si los impedimentos han sido impuestos por un largo período de tiempo, el mero retiro de éstos no es suficiente para alcanzar la situación de igualdad que debió haber existido, por lo que no se garantizaría la igualdad real de oportunidades. En estos casos, la eliminación de los obstáculos legales no significa elevar las posibilidades de éxito de quienes lo sufrieron, a algo más que una mera posibilidad, en comparación con aquellos que han disfrutado de los beneficios y privilegios de la situación previa de dominación.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> Idem, considerando II, inc. g.

<sup>45</sup> Rodríguez, Marcela V.: *Igualdad, democracia y acciones positivas*, ob. cit., p. 249.

<sup>46</sup> Idem, p. 250.

<sup>47</sup> CNApel. Contenc. y Adm. Federal, Sala IV, “Paz, Marta y otros”, rta. el 23/4/02, voto de la Dra. Jeanneret de Pérez Cortés, considerando II, inc. f.

<sup>48</sup> Rodríguez, Marcela V.: *Igualdad, democracia y acciones positivas*, ob. cit., p. 256.

Una crítica que ha recibido este principio sostiene que el beneficiado por estas políticas, debe demostrar realmente haber padecido el perjuicio anterior. Sin embargo, en el caso de la ley de cupos, dado que la discriminación ha sido focalizada en las mujeres como grupo y no como individuos, la justicia compensatoria es debida a las mujeres como grupo.<sup>49</sup>

Por lo tanto, el sistema de cuotas en las listas de los partidos políticos, es un mecanismo justo y legítimo sobre la base del principio de igual protección ante la ley pues, al compensar a las mujeres por un contexto social y político históricamente discriminatorio en términos de género, promueve su acceso al proceso político.<sup>50</sup>

## B) Justicia distributiva

Este principio toma en cuenta no el pasado sino el presente y el futuro a los efectos de determinar cuál es la forma más justa y equitativa que tiene el Estado para asignar los bienes y recursos sociales y políticos entre sus miembros. Su objetivo con respecto a las injusticias pasadas es revocar sus efectos presentes.

El sistema de cuotas es legítimo de acuerdo con un principio de justicia distributiva dado que, como sostuvo la Cámara, “proporcionará a las mujeres posibilidades reales de participación en igualdad de oportunidades”.<sup>51</sup>

## C) Utilidad social

Esta teoría sostiene que un sistema de cuotas está justificado cuando es necesario o conveniente para maximizar el bienestar de la sociedad en su conjunto, por lo que esta teoría se concentra más en criterios de bienestar social que en cuestiones teóricas.

Se señala como límite a esta política, evitar que la medida implique una disminución de oportunidades inequitativa a otros.<sup>52</sup> Robert Nozick, sostiene que sólo hay personas individuales diferentes con su propia vida individual y que no puede compensarse moralmente una de nuestras vidas por otras en pos de un bien social

---

<sup>49</sup> Idem, p. 271.

<sup>50</sup> Idem, p. 261.

<sup>51</sup> CNApel. Contenc. y Adm. Federal, Sala IV, “Paz, Marta y otros”, rta. el 23/4/02, voto de la Dra. Jeanneret de Pérez Cortés, considerando II, inc. h.

<sup>52</sup> Vittadini, Andrés: *Los límites del principio de igualdad ante la ley*, ED, 173-795, en Kiper, Claudio Marcelo: ob. cit., p. 129.

conjunto. Para este autor, “no hay tal cosa como una entidad social que obtendrá un bien que implica un sacrificio”.<sup>53</sup> Sin embargo, Bidart Campos señala que “repudiamos la idea de que una persona sea tratada como un medio para el bien de otra u otras, porque cada una es un fin en sí misma. Pero limitar razonablemente los derechos de una persona no es, necesariamente, tratarla como un medio, si la limitación razonablemente se endereza a un fin legítimo”<sup>54</sup>; para agregar que en el caso de las acciones positivas no hay un sacrificio de algunos en provecho de otros, sino que se da un caso de solidaridad comunitaria (que es un valor jurídico) que conduce al propio bien de los limitados, porque cuanto mayor sea la esfera de libertad de todos, mayor será también la contribución social que en su goce y ejercicio puedan brindar los ahora menos favorecidos.<sup>55</sup>

Además, el tratamiento preferencial acordado a las mujeres por el sistema de cuotas, sólo va a generar consecuencias perjudiciales en aquellos individuos que están directamente afectados. En el proceso político contribuirá a la representación de las voces y los intereses de las mujeres, con el correspondiente incremento en la autoestima colectiva de las mujeres, mientras que no va a conducir a una disminución de la autoestima colectiva masculina, ni hará que sus voces o intereses no se encuentren representados.<sup>56</sup>

Algunos autores han señalado que estas políticas pueden trabar la optimización y/o excelencia del servicio, cargo o función.<sup>57</sup> En este sentido, Kiper, critica a la ley 24.012 porque “el acceso a los cargos y a las funciones públicas debe estar condicionado, principalmente, por la idoneidad del candidato, (...) por lo que es posible que ésta deje de interesar, pues sólo se tratará de cubrir el cupo”.<sup>58</sup>

El argumento de que un sistema de cuotas disminuiría la calidad de los representantes, está basado en la falsa premisa que en ausencia de acciones positivas, los candidatos acceden a los cargos sobre la base del mérito y la competencia. Marcela Rodríguez, sostiene que las candidatas mujeres han tenido que enfrentar obstáculos a causa de motivos de género tales como la falta de modelos de roles, la ambivalencia con respecto a los sentidos de la competencia y el éxito, bajos niveles de auto confianza, y la necesidad de un grupo crítico de su propio género en el

---

<sup>53</sup> Bidart Campos, Germán J.: *Los equilibrios de la libertad*, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 193.

<sup>54</sup> Idem, p. 194.

<sup>55</sup> Idem, p. 197.

<sup>56</sup> Rodríguez, Marcela V.: *Igualdad, democracia y acciones positivas*, ob. cit., p. 265.

<sup>57</sup> Vittadini, Andrés: ob. cit., p. 129.

<sup>58</sup> Kiper, Claudio Marcelo: ob. cit., p. 307.

proceso político, por lo que es de suponer que para superar dichos impedimentos, hayan tenido que desarrollar mayores aptitudes y habilidades que los varones.<sup>59</sup>

Otra crítica a esta teoría sostiene que la misma refuerza los estereotipos negativos y el sentimiento de inferioridad de las mujeres. Sin embargo, podría alegarse que este sistema de cuotas les otorga a las mujeres la oportunidad de demostrar su competencia y que a través de la imagen de aquellas mujeres que han tenido éxito al superar las desventajas históricas, las otras miembros del grupo eleven su confianza en sí mismas y su autoestima.<sup>60</sup> Así, la presencia de una mayor cantidad de mujeres en el Congreso, contribuiría por un lado a la creación de una imagen más valorada de las mujeres a causa de los procesos de identificación y a un aumento de la autoestima colectiva femenina, y por otro, las mujeres que alcancen altas posiciones en las esferas de toma de decisiones ofrecerán modelos de roles que son valiosos para la sociedad en su conjunto.<sup>61</sup>

## 2. La importancia de la reforma constitucional de 1994

### A) Acciones positivas en la Constitución Nacional

La Constitución histórica no contenía normas explícitas referidas a esta temática. Antes de la reforma, ese vacío se cubría por reenvío a la cláusula del progreso (comienzo del ex art. 67, inc. 16; actual art. 75, inc. 18). La reforma de 1994 consagra esta modalidad igualitarista en diversas cláusulas: una central y genérica (art. 75, inc. 23, párr. 1º) y otras complementarias y específicas (art. 37, párr. 2º; art. 75, inc. 19, párr. 3º; art. 75, inc. 2, párr. 3º).<sup>62</sup> A todas estas normas hay que agregarles las referidas a las acciones positivas que derivan de los tratados y convenciones sobre derechos humanos que se enumeran en el art. 75, inc. 22.

Siguiendo la clasificación que propone Bobbio, el texto histórico sólo hacía referencia explícita a la igualdad formal, mientras que la reforma de 1994 expresamente incluyó normas de refuerzo que avanzan hacia la igualdad sustancial.

---

<sup>59</sup> Rodríguez, Marcela V.: *Igualdad, democracia y acciones positivas*, ob. cit., p. 266.

<sup>60</sup> Idem, p. 277.

<sup>61</sup> Idem, p. 270.

<sup>62</sup> Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves: ob. cit., p. 388.

Bidart Campos destaca que el art. 75, inc. 23<sup>63</sup>, emplea dos verbos para señalar la competencia del Congreso: legislar y promover. Promoción es movimiento hacia adelante: se pro-mueven los derechos cuando se adoptan las medidas para hacerlos accesibles y disponibles a favor de todos. Y eso exige una base real igualitaria, que elimine, por debajo de su nivel, cuanto óbice de toda naturaleza empece a que muchos consigan disfrutar y ejercitar una equivalente libertad real y efectiva.<sup>64</sup>

## B) Acciones positivas en los instrumentos internacionales de derechos humanos

La reforma constitucional de 1994 ha establecido un nuevo esquema en las relaciones entre el Derecho internacional público, el Derecho internacional de los derechos humanos, y el Derecho interno.<sup>65</sup>

En la nueva normativa constitucional queda claro que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes y además, los convencionales constituyentes han privilegiado a un grupo de tratados de derechos humanos, por encima de otros, considerando que eran más importantes y asignándoles jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 2).

Para Bidart Campos, los instrumentos internacionales no se han incorporado a la Constitución sino al Derecho interno, con rango equivalente al de la Constitución, es decir, compartiendo con ella su misma supremacía.<sup>66</sup> Este autor sostiene que tales instrumentos forman parte del bloque de constitucionalidad federal, conjunto normativo que parte de la Constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución escrita.<sup>67</sup>

Por otra parte, se establece en forma operativa (no programática) la proscripción de discriminaciones. Así, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos

---

<sup>63</sup> Art. 75, inc. 23, párr. 1º: 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.”

<sup>64</sup> Bidart Campos, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*, tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 125.

<sup>65</sup> Kiper, Claudio Marcelo: ob. cit., p. 86.

<sup>66</sup> Bidart Campos, Germán J.: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo VI, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 556.

<sup>67</sup> Bidart Campos, Germán: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, ob. cit., pp. 276, 342 y 345, en Ferreyra, Raúl Gustavo: ob. cit., p. 78.

Civiles y Políticos expresa que “la ley prohibirá toda discriminación y garantizará contra cualquiera de ellas”.<sup>68</sup>

En el art. 1 de la CEDAW se define a la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”

Además el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que, cuando el ejercicio de alguno de los derechos y libertades a los que se refiere el art. 1 no está todavía asegurado por disposiciones legislativas o de otra índole, los Estados signatarios se comprometen a adoptar, de acuerdo con sus procesos constitucionales y las disposiciones de la Convención, medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para la plena vigencia de tales derechos y libertades (ídem art. 2 CEDAW).

En un caso de particular importancia, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica apoyó una recusación a la omisión del gobierno ejecutivo de incluir mujeres en la lista de candidatos mandada al legislativo para el nombramiento de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos. La Corte opinó que tanto las garantías de igualdad bajo la legislación nacional, y la obligación comprendida en el art. 7 de la CEDAW, de tomar medidas adecuadas para garantizar que las mujeres gocen de igualdad en la vida política y pública, significaba que el gobierno tenía que tomar medidas activas para alcanzar esta meta, y ésto incluía nominar un número parecido de hombres y mujeres en puestos públicos.<sup>69</sup> Este mismo argumento utilizó la Cámara para fallar en contra del Colegio de Abogados.<sup>70</sup>

En igual sentido, el art. 3 de la misma convención, establece que “los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas políticas, social, económica y cultural todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en

---

<sup>68</sup> Bidart Campos, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*, tomo III, ob. cit., p. 187.

<sup>69</sup> Byrnes, Andrew: *El uso de las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación constitucional para el adelanto de los derechos humanos de las mujeres*, en Facio, Alda y Fries, Lorena: *Género y Derecho*, Editorial LOM, Santiago de Chile, 1999, p. 364.

<sup>70</sup> CNApel. Contenc. y Adm. Federal, Sala IV, “Paz, Marta y otros”, rta. el 23/4/02, voto de la Dra. Jeanneret de Pérez Cortés, considerando II, inc. k.

igualdad de condiciones con el hombre”, para agregar en el art. 4, inc. 1, que “la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considera discriminación” y que “estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

#### § IV. Acciones positivas en razón del género: la ley de cupo femenino

Podemos definir al género como al “conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes”.<sup>71</sup>

Alda Facio y Lorena Fries han sostenido que “el concepto de género alude, tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales”.<sup>72</sup>

Marcela Rodríguez advierte que “la categoría de género es fundamental para la comprensión y el análisis adecuado de las relaciones sociales, de los vínculos entre mujeres y varones”.<sup>73</sup> Luego agrega que “Stoller, en 1968 distinguía el sexo del género: el primero se refiere al hecho biológico de que los humanos se reproducen a través de la diferenciación sexual, mientras que el género guarda relación con los significados sociales atribuidos a esa diferencia de orden biológico (...) El sexo se refiere a un conjunto de atributos morfológicos y fisiológicos que distinguen a las personas. El género es una condición política, social y cultural que ha sido construida históricamente, por lo que, desde el punto de vista de las mujeres, el género es una cuestión de desigualdad de poder, no de diferencias”.<sup>74</sup>

Según Marcela Lagarde, “las brechas de género son las diferencias que exhiben los sexos en términos de oportunidades, acceso y uso de los recursos que les permitan garantizar su bienestar y desarrollo humano. Las brechas de género son el producto histórico de actitudes y prácticas discriminatorias tanto individuales como

---

<sup>71</sup> Ver Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21ª edición, Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 1033.

<sup>72</sup> Facio, Alda y Fries, Lorena: *Feminismo, Género y Patriarcado*, en *Género y Derecho*, Editorial LOM, Santiago de Chile, 1999.

<sup>73</sup> Rodríguez, Marcela V.: *Violencia contra las mujeres y políticas públicas*, 1ª edición, Centro Municipal de la Mujer de Vicente López, Buenos Aires, 2001, p. 35.

<sup>74</sup> *Ibidem*.



institucionales que obstaculizan el disfrute y ejercicio equitativo de los derechos por parte de hombres y mujeres”.<sup>75</sup>

#### A) Estadísticas

Recién en 1951, las mujeres pudieron elegir y ser elegidas a nivel nacional. La participación de las mujeres en el Congreso hasta 1955 fue muy alta en términos comparados, llegando a superar el 20% de los senadores y diputados en 1955 (22 diputadas y 22 senadoras). Desde la caída del régimen peronista en 1955 y como consecuencia de las proscripciones al mismo y a muchos de sus dirigentes, ese porcentaje bajó radicalmente. Durante el período 1973-1975, los porcentajes de diputadas rondaron el 9% mientras que el de senadoras se mantuvo en un 4%.<sup>76</sup>

Luego del retorno de la democracia en 1983, el porcentaje de diputadas fue aumentando partiendo del 4,33% en 1983, al 6,23% en 1991. En 1993, luego de sancionada la ley 24.012, el porcentaje creció hasta llegar al 12,45% y desde entonces no ha dejado de incrementarse: luego de las elecciones del 2001, el número de diputadas ascendió a 76 (29,57%).<sup>77</sup>

El caso de las senadoras en el Congreso muestra que en 1983, habían 3 senadoras (6,52%) para pasar a ser 1 en 1998 (1,39%). Asombrosa es la diferencia a partir de la vigencia del decreto 1246/00: el número de senadoras electas en el 2001 fue 25 (34,72%).<sup>78</sup>

#### B) La ley 24.012

La Constitución Nacional en su art. 37, párr. 2º, establece que “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. Esta norma se complementa con la disposición transitoria segunda al manifestar que “las acciones positivas a que alude el art. 37 en

---

<sup>75</sup> Lagarde, Marcela: *Género y feminismo, desarrollo humano y democracia*, en Rodríguez, Marcela V.: *Violencia contra las mujeres y políticas públicas*, ob. cit., p. 36.

<sup>76</sup> Molinelli, N. Guillermo, Palanza, M. Valeria y Sin, Gisela: *Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina*, Temas Grupo Editorial, Buenos Aires, 1999, pp. 63 y 128.

<sup>77</sup> Consejo Nacional de la Mujer, Dirección Nacional de Asistencia Técnica.

<sup>78</sup> Ídem.

su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine”.

El art. 1 de la ley 24.012, que modifica el Código Electoral Nacional, establece que “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”.

Durante el debate parlamentario que precedió a la sanción de dicha norma el diputado Jorge Gentile, interpretó esa frase del siguiente modo: si estuviera en juego una candidatura, el aspirante puede ser hombre o mujer; si hubiera dos vacantes, uno debe ser hombre y la otra mujer; si fueran tres, debe haber por lo menos una mujer; si fueran cuatro, cinco o seis las vacantes, dos al menos deben ser mujeres, y así sucesivamente.<sup>79</sup>

Otras opiniones señalan que el cupo del 30 por ciento establecido en la ley 24.012, debe ser aplicado sobre el total de la lista de candidatos, en discrepancia con el criterio del mencionado decreto reglamentario. Quienes sostienen esta posición afirman que posibilidad es aptitud, potencia u ocasión para ser o existir, lo que es distinto de probabilidad. Según este criterio, cualquiera de los candidatos de una lista tiene la posibilidad de ser elegido, aunque la probabilidad sea escasa o nula.<sup>80</sup>

El 28 de diciembre del 2000, el Presidente de la Rúa, firmó el decreto N° 1246/00 que establece que el ámbito de aplicación del artículo 60 del Código Electoral Nacional sustituido por la Ley N° 24.012, abarcará la totalidad de los cargos electivos de Diputados, Senadores y Constituyentes Nacionales (art. 1) y que el 30% de los cargos a integrarse por mujeres, según lo prescripto por la Ley N° 24.012, es una cantidad mínima. En los casos en que la aplicación matemática de este porcentaje determinare fracciones menores a la unidad, el concepto de cantidad mínima será la unidad superior (art. 2).

En el fallo Paz, el demandado, argumentó que el decreto 379/93 (que posteriormente fue derogado por el citado decreto 1246/00), establecía que la aplicación de la cuota femenina en las listas de candidatos, alcanzaba a los cargos de parlamentarios nacionales, concejales y consejeros vecinales. Sin embargo la Cámara sostuvo que la inobservancia de la misma no podía encontrar fundamento en el decreto 379/93, debido a que “en el artículo 59 de la ley 23.187 (que regula la

<sup>79</sup> Ekmekdjian, Miguel Angel: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 460.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

finalidad, funciones, deberes y facultades del Colegio Público de Abogados) se disponía la aplicación de la ley electoral nacional en todo lo que no se opusiera a las disposiciones allí contempladas<sup>81</sup>, por lo que la exégesis que corresponde realizar de la norma estatutaria es en favor de la aplicación de las leyes nacionales electorales sobre el particular.

Finalmente, Bidart Campos advierte que el derecho provincial debe garantizar cuanto el art. 37 de la Constitución Nacional indica, y hacerlo aplicable para el acceso a cargos electivos y partidarios de índole local, ya que la norma recae en materia propia de la parte dogmática en su sistema de derechos.<sup>82</sup> El art. 10 del decreto 1246/00 concuerda con la opinión citada, al disponer que en todos los distritos del país, las listas o nominaciones de una o varias personas que se presenten para cubrir los cargos electivos nacionales de cualquier tipo, deberán respetar el porcentaje mínimo fijado por la ley 24.012 y de conformidad con las disposiciones del presente decreto.

#### § V. A modo de conclusión

La normativa vigente prohíbe el trato desigual a no ser que persiga una finalidad primordial de orden público. Sin embargo como se señaló *ut supra*, aquel que sostenga la legitimidad de distinciones basadas en el sexo, la raza, etc., deberá acreditar la existencia de un “interés estatal urgente”, sin que sea suficiente para justificarlas la razonabilidad de las mismas. En este sentido, es de vital importancia que ante normas discriminatorias, los tribunales realicen un escrutinio que si bien no reúna los requisitos del *strict scrutiny*, sea sumamente exigente.

La igualdad de trato y de oportunidades es un derecho fundamental garantizado por nuestra Constitución Nacional. Pero como señala Kiper, esta igualdad “conlleva a reconocer al sujeto su derecho a ser diferente, pues sólo así estará en condiciones de igualarse, al menos en el punto de partida, a los demás”.<sup>83</sup> Y es la diferencia de género que distingue a las mujeres de los hombres, la que permite que se apliquen políticas de discriminación inversa, ya que quedó comprobado a lo largo de estas

---

<sup>81</sup> CNApel. Contenc. y Adm. Federal, Sala IV, “Paz, Marta y otros”, rta. el 23/4/02, voto de la Dra. Jeanneret de Pérez Cortés, considerando II, inc. n.

<sup>82</sup> Bidart Campos, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*, tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 254.

<sup>83</sup> Kiper, Claudio Marcelo: ob. cit., p. 133.

páginas que la pertenencia al género es un criterio razonable para tratar desigualmente a las personas.

A partir de la clasificación del principio de igualdad que propone Ferrajoli, es vital que se respeten y garanticen las “diferencias” y que se remuevan o compensen las “desigualdades” porque como bien advierte Bidart Campos, en la actualidad, “nos encontramos ante un constitucionalismo de la igualdad o un derecho constitucional humanitario, en el que las mujeres tienen su sitio en la tangente entre la igualdad y la diversidad -o la diferencia-. Agrega que un derecho constitucional humanitario es el que no discrimina entre varones y mujeres -tampoco entre mujeres- en violación de la igualdad, y que recíprocamente atiende a las diferencias cuando la igualdad real de oportunidades y de trato lo requiere a los fines del acceso y la participación en el bienestar general”.<sup>84</sup> En este sentido, el fallo de la Cámara resulta de suma importancia para remover estas “desigualdades” y así consolidar los derechos de las mujeres.

Sin embargo no hay que perder de vista la necesidad de que su aplicación en el tiempo sea limitada ya que, como señala Kiper, “si bien las leyes son útiles para desterrar conductas prejuiciosas, el objetivo se consigue principalmente con políticas educativas adecuadas”.<sup>85</sup> En el mismo sentido, Quiroga Lavié advierte que “mientras que la igualdad real no esté instalada en la sociedad, la igualdad ante la ley ronda en la quimera o en la utopía”.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Bidart Campos, Germán J.: *El derecho constitucional humanitario*, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 93.

<sup>85</sup> Kiper, Claudio Marcelo: ob. cit., p. 307.

<sup>86</sup> Quiroga Lavié, Humberto: ob. cit., p. 202.