ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA COMO LAS CUOTAS DE CUPO FEMENINO

Finalmente, este diciembre de 2021, entrará plenamente en vigencia la paridad en los cargos legislativos nacionales. Santa Fe también empezó su camino con las Comunas, y los concejos deliberantes. Falta mucho por andar, especialmente para que logremos romper techos de cristal electorales y políticos en los cargos unipersonales, en los gabinetes, etc.

Aquí pretendo resumir opiniones propias y ajenas, explicando por qué es constitucionalmente válido y saludable el mecanismo de cupo femenino en el acceso a los cargos públicos, sean electivos o no.

1- Las políticas de cupo se inscriben dentro de la categoría más amplia de medidas de acción positiva que la Constitución Nacional empezó a receptar en 1994.

Se trata de medidas que implican una real discriminación respecto a un grupo (en el caso, varones), dirigida a asegurar igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos individuales constitucionalmente establecidos, a otros grupos (en el caso, mujeres).

El contenido de la idea es que, para igualar las desigualdades naturales o culturales, deben establecerse desigualdades jurídicas, reequilibrando a las personas.

2- La situación de las mujeres, en muchos aspectos, es la de un grupo culturalmente desfavorecido.

Como la Constitución está segura de la igualdad entre hombres y mujeres, pero advierte la desigualdad cultural, establece que se adopten medidas tendientes a disminuir la brecha.

Vamos a continuación a esbozar algunos argumentos por los cuales las cuotas de cupo resultan constitucionales, racionales, máximos valores de la normatividad.

3- En un contexto social que históricamente discriminó a las mujeres, el derecho fue consolidando esa desigualdad, ya que las clases (género) dominantes, desde el poder, normativizan las reglas de juego para mantenerse en posición favorecida.

4- La discriminación de la mujer en el acceso a los cargos electivos es un dato objetivo que surge con claridad cuando se comparan tres vectores: porcentaje de mujeres en la población (52%), posibilidad de acceso (100%), cargos legislativos alcanzados (36% diputadas santafesinas).

5- La igualdad impone que los individuos tengan derecho al mismo grado de autonomía y reciban el mismo respeto como sujetos de elección moral, capaces de diseñar y desarrollar su propio plan de vida.

6- La igualdad no es solamente formal, como deber negativo de favorecer a uno sobre otro, sino que debe ser real, comprometiéndose la sociedad en asegurar que todos reciban el mismo acceso a los beneficios, aunque eso en algún caso implique favorecer a los más débiles sobre los más fuertes.

7- Hay una igualdad de oportunidades y otra igualdad de resultados. La

igualdad de oportunidades es la formal, pero la igualdad real intentará asegurar que todos consigamos resultados concretos tras nuestra participación comunitaria. Y si bien puede ser que la igualdad de oportunidades sola asegure igualdad de resultados, si ello no ocurre debe intervenirse para asegurar esta última.

8- Decimos que la distribución desigual de armas es el mecanismo más seguro para asegurar paridad en la competencia, así deberemos provocar ciertas desigualdades en el punto de partida para que sean realmente pares las posibilidades de arribo.

9- En la participación comunitaria, cuya mayor expresión es la participación política, dado un contexto social de desigualdad previo a la distribución de armas, es absurdo pensar que la mera participación con similares oportunidades logre asegurar resultados equiparables.

10- La igualdad real “de oportunidades y de trato” o de “oportunidades y posibilidades” es un imperativo de la Constitución Nacional reiterado en los artículos 37, 75-2, 75-19 y 75-23.

11- En el mismo sentido la diseñó la Constitución Provincial de Santa Fe cuando dice “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.”

12- Han hecho entonces nuestras respectivas constituciones opciones claras:

no puede quedarse la normativa infraconstitucional en la mera igualdad formal, sino que debe asegurar resultados igualitarios.

13- Y no hay igualdad real si la distribución de iguales armas se hace sin analizar que hay diferentes puntos de partida, si hay desventajas sistémicas. Cuando livianamente decimos “hay igualdad” pero un grupo debe enfrentar dificultades agobiantes para llegar al mismo destino que los demás, cuando sus chances de éxito son insignificantes, no hay igualdad.

14- Más aún: en muchos casos, la aplicación a ultranza de la igualdad formal, lleva de manera directa a asegurar y amplificar la desigualdad real. Si hacemos correr juntos a jóvenes y viejos, el resultado de la carrera está asegurado. Y si declamando igualdad hacemos depender de esa carrera la participación en los bienes sociales, habremos modificado para siempre la distribución de bienes y males.

15- Una desventaja sistémica es aquella que opera con cursos predecibles, que pueden verificarse estadísticamente. Típicamente la desventaja sistémica se evidencia –pero también se consolida- en la educación, la violencia pública o privada, el empleo y la representación política.

16- El sistema legal infraconstitucional no puede ser formalista, neutral. El legislador y el ejecutivo deben detectar las desigualdades reales que dificultan el acceso de ciertos grupos a determinados beneficios, y establecer legalmente dispositivos que permitan equilibrar las posibilidades de todos los individuos. El sistema infraconstitucional debe ser lo suficientemente sensible a la diversidad para identificar las debilidades sectoriales y procurar

remediarlas.

17- La sociedad, desde que eligió la democracia como modo de vida, se concibe a sí misma como activa promotora en el goce de los derechos fundamentales de todos los individuos que la componen.

18- Frente a aquella igualdad formal de no interferir se alza el mandato constitucional que dispone “medidas de acción positiva” (75-23) o “acciones positivas” (37 y DT2). Es decir: la igualdad que la Constitución quiere no se limita a un deber negativo, omisivo, sino a un deber de hacer, a un deber positivo que altere la realidad efectivamente.

19- Lo que debemos comprender es que los derechos constitucionales se pueden afectar cuando los dañamos, pero también cuando el Estado –como institucionalización de la sociedad- no hace nada para asegurar que todos accedan a los mismos derechos. Para algunos grupos es imposible disfrutar de algunos derechos si las normas no les dan mecanismos diferenciados eficientes para alcanzarlos.

20- Los mecanismos de cuotas de cupo no necesitan ser permanentes, por el contrario, algunos constitucionalistas entendemos que deben ser temporarios, con períodos extensos pero predeterminados de duración. Una vez pasada cierta cantidad de años el mecanismo de cuota debería retirarse para verificar si la sociedad y los actores se han curado de sus desigualdades. Si luego se comprobase nuevamente que subsisten desigualdades objetivas se deberán restaurar los mecanismos de cuotas. De ese modo se concilia el sistema de cuotas con el sistema de goles, la otra herramienta que las leyes

utilizan, basada en consecución de objetivos (goals).

21- En lo que respecta a las cuotas de cupo femenino, en Argentina, a partir de 1994, no pueden ser inferiores al 30%, ya que ese piso fue constitucionalmente cristalizado en la Disposición Transitoria 2. Sin embargo la misma DT2 prevé que las nuevas cuotas superiores a esa pueden tener plazo fijo de duración, cosa que vemos como ideal.

22- La política de cupo femenino tiene como justificación válida reparar la histórica discriminación sufrida por el colectivo femenino en el acceso a los derechos políticos. No importa que no sean estas mujeres las que sufrieron la peor etapa de discriminación, como tampoco importa que no sean estos varones los que inflingieron las mayores discriminaciones. La sociedad, como continuadora de sí misma, trasciende las épocas históricas y demuestra, con comportamientos valiosos, una actitud restitutiva.

23- También se valida el cupo femenino en el acceso a los cargos públicos como mecanismo de justa distribución de los beneficios entre todos los individuos que forman el cuerpo social. El Estado debe realizar un reparto equitativo entre todos sus miembros de los derechos y de los deberes, debe asegurar que todos reciban lo mismo y den con el mismo sacrificio. Así los cupos son políticas redistributivas de esos bienes inmateriales que son los derechos y deberes.

24- Debemos tener en cuenta que para el Estado Social y Constitucional de Derecho todas las personas son iguales moralmente, y por lo tanto deben ser iguales para acceder a los beneficios concretos o posibles. Para asegurar eso

el igualitarismo establece un orden de prioridades entre las necesidades y otorga preferencia a las más urgentes, y a los individuos más desaventajados.

25- Otro argumento a favor de las cuotas de cupo es la utilidad social que tiene favorecer al grupo discriminado, en este caso las mujeres. La sociedad en su conjunto estará mejor si todos sus individuos tienen un grado similar de satisfacción. Además, algunas medidas, además de beneficiar a sus destinatarios directos, generan efectos colaterales beneficiosos para los miembros de los otros grupos, logrando de ese modo el preambular 'bienestar general'.

26- En este sentido las políticas de cupo femenino que logran posicionar a las mujeres en posiciones de responsabilidad política traen aparejados efectos sanos como la destrucción de estereotipos y prejuicios, la concreción de la diversidad, la tolerancia al distinto, la reducción de la conflictividad entre los géneros, la baja de la violencia sexista, el empoderamiento social par de varones y mujeres, la valorización de los distintos roles de género, fortalecimiento de la autoestima de las mujeres, incremento de la consideración social sobre las mujeres, representación más directa del colectivo femenino, destrucción más veloz de las desigualdades que dieron origen a la medida, etc.

27- Para evaluar la utilidad social de la medida se compara el daño sufrido por el grupo menoscabado (menos cargos para varones) y los beneficios obtenidos por la sociedad en su conjunto. En tal sentido es oportuno recordar

que el colectivo masculino no tiene un derecho adquirido a una mayor porción de cargos electivos.

28- El sistema de cuotas de cupo femenino no implica una confirmación de la supuesta inferioridad de las mujeres, sino que por el contrario les otorga la oportunidad de contrarrestarlo públicamente, demostrando su habilidad de desempeño, favoreciendo así la autoestima del género y debilitando los prejuicios sociales.

29- La participación efectiva de las mujeres en los cargos públicos asegura que la voz de ese grupo sea escuchada con igual volumen que la del grupo masculino. No puede válidamente sostenerse que los varones pueden representar igual o mejor a las mujeres que sus propias congéneres. Es principio básico de la democracia la participación de todos los sectores en la vida representativa, en la discusión, en la toma de decisiones, asegurando así que las normas tengan un consenso amplio y profundo que permita su pacífico imperio.

30- Finalmente digamos que imponer a las mujeres la competencia (falsamente igual) con los varones conlleva la masculinización de las competidoras, perdiéndose en los puestos de poder aquellos matices de género que se viven cada día en las familias argentinas, donde aceptamos naturalmente que mujeres y hombres somos distintos pero pares.