

## **El desafío del género neutro para las normas de paridad electoral: un tópico de investigación en la Facultad de Derecho de la UBA**

MA. ALEJANDRA PERÍCOLA,\* GONZALO LINARES\*\*  
y SANTIAGO LAUHIRAT\*\*\*

### **RESUMEN**

La Ley 27.412 planifica un sistema de paridad con cupos de 50% y alternancia intercalada de ambos géneros. Empero, el principio de igualdad como “no sometimiento” reconoce a las mujeres como un grupo postergado en el acceso a la representación política, y propugna acciones afirmativas tendientes a mejorar su posición. Por ello, el reciente reconocimiento del género neutro en instancias administrativas y judiciales nos desafía a analizar, desde las distintas perspectivas de igualdad, cómo deberá procesar el sistema de cupos una eventual incorporación de postulantes identificados con el género no binario. Advirtiendo que una perspectiva formal de la igualdad procurará evitar distinciones, y mantener

\* Abogada y Licenciada en Ciencia Política. Máster en Derecho Electoral, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Profesora Adjunta Regular de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora del Proyecto de Investigación DeCyT “El Derecho a elegir y ser elegida/o en América Latina” (DCT 1826). Convocatoria 2018/2020. Correo electrónico: mpericola@derecho.uba.ar.

\*\* Abogado y Docente de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigador en formación en el Proyecto de Investigación DeCyT “El Derecho a elegir y ser elegida/o en América Latina” (DCT 1826). Convocatoria 2018/2020. Correo electrónico: gjlinares@gmail.com.

\*\*\* Abogado y Docente de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigador en formación en el Proyecto de Investigación DeCyT “El Derecho a elegir y ser elegida/o en América Latina” (DCT 1826). Convocatoria 2018/2020. Correo electrónico: lauhirat@gmail.com.

igual representación en las listas; mientras que la de “no sometimiento” propondrá una solución que resuelva a favor de los grupos postergados en el acceso a la representación política, comprensivo de las mujeres, y también, posiblemente, de las personas de género neutro.

#### PALABRAS CLAVE

Representación política - Cuota de género - Género neutro.

## **Gender neutrality as a challenge to the fairness of the current gender quota: a research topic at Universidad de Buenos Aires Law School**

#### ABSTRACT

Equality Act 27.412 establishes a gender quota, which requires 50% female representation and alternation of male and female candidates on a ballot paper. However, the gender-equality principle of “no submission” recognizes women as a group whose rights to political representation had been disregarded and implemented affirmative action measures tending to improve their standing. Therefore, the recent recognition of gender neutrality by the different administrative and judicial bodies prompts us to re-evaluate the concept of equality from a different perspective and to consider how the quota system should study the possible incorporation of non-binary candidates. This re-assessment must take into account that the issue of “equality” entails avoiding distinctions and maintaining equal representation on the ballot paper, while keeping in mind that the principle of “no submission” will aim to find a solution in favor of the groups whose rights to political representation have been curtailed; these groups include women, and also possibly, non-binary individuals.

#### KEYWORDS

Political representation - Gender quota - Gender neutrality.

## I. INTRODUCCIÓN

La incorporación del enfoque de género en la enseñanza del Derecho se ve reflejada en los programas de estudio, en la extensión universitaria y también en el campo de la investigación jurídica.

El trabajo que se presenta para esta edición de la *Revista Academia*, juntamente con el Programa de Género y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, forma parte de un Proyecto de Investigación DeCyT titulado “El derecho a elegir y ser elegida/o en América Latina” (DCT 1826) correspondiente a la convocatoria 2018/2020. En este marco, el equipo de investigación se encuentra avanzando en el estudio de los derechos de participación política de los extranjeros, los privados de libertad con condena firme, los electores residentes en el exterior, los jóvenes, las personas mayores, las personas con capacidades especiales y/o con limitaciones, y, desde una perspectiva de género, los derechos políticos de las mujeres, el colectivo LGTBI y las personas de género neutro. Las líneas que siguen se referirán exclusivamente al último tópico mencionado.

La Ley 27.412, sancionada y promulgada a fines de 2017,<sup>1</sup> planifica un sistema de paridad de género para la elección de cargos legislativos nacionales, a cuyos fines ordena una integración de listas que ubique de manera intercalada a mujeres y varones, desde el primero hasta el último lugar. Al respecto, las cláusulas constitucionales que sustentan esta medida de acción positiva definen un principio de igualdad real de oportunidades, superador del sentido meramente formal que consagró el art. 16 de la Constitución histórica de 1853/60. En este aspecto, aquel principio reconoce a las mujeres como un grupo históricamente desaventajado, en lo que atañe en este caso al acceso a la representación política en igualdad de condiciones que los hombres. Para lo cual ordena la implementación de acciones afirmativas tendientes a corregir esta desigualdad estructural. No obstante ello, la legislación actual, a diferencia de la Ley 24.012<sup>2</sup> –que establecía un piso mínimo del 30% para la integración de mujeres específicamente–, adopta mediante el sistema de intercalado una regla de paridad de 50%, para ambos géneros sin distinción.

<sup>1</sup> B. O. del 15-12-2017.

<sup>2</sup> B. O. del 3-12-91.

En este punto, tampoco puede soslayarse que dicha paridad es reglamentada desde una perspectiva binaria del género, que reconoce exclusivamente el género masculino y el femenino.

En ese contexto, advertimos que el reciente reconocimiento de los géneros “neutro” y “trans” en instancias administrativas y judiciales nos desafía a analizar desde las distintas perspectivas de igualdad, cómo deberá procesar el sistema de cupos o paridad una eventual incorporación de postulantes identificados con un género no binario. Ello, tanto para la eventual resolución de controversias en torno a la oficialización de listas, dada la ausencia de regulación específica, como para una futura y posible reforma legislativa, que se proponga adecuar las leyes electorales a una perspectiva no binaria de la identidad de género. En este punto, entendemos que una perspectiva formal de la igualdad procurará mantener un trato neutral ante los tres géneros, y evitar que las soluciones judiciales y las regulaciones legislativas efectúen distinciones entre ellos, que perjudiquen o beneficien a uno/s respecto de otro/s. En contrapartida, una perspectiva de igualdad entendida como “no sometimiento” propondrá una solución que resuelva este problema de un modo que mejore o favorezca la posición de los grupos históricamente postergados en el acceso a la representación política. Aquel colectivo incluirá sin dudas a las mujeres, pero también posiblemente a las personas de género neutro, dada la interpretación de los estándares convencionales que ordenan la mayor protección del colectivo LGBTI como grupo postergado en el efectivo ejercicio de sus derechos. El análisis de estas variables será el objeto principal de este trabajo.

Para ello, comenzaremos por repasar el desarrollo normativo que han tenido las acciones afirmativas de igualdad, para promover el acceso de las mujeres a cargos públicos electivos, así como su reglamentación e interpretación jurisprudencial. En este aspecto, nos interesa recabar en el diseño normativo, y en los principios que sirven de basamento para su sanción y aplicación. En segundo término, haremos referencia a las decisiones tomadas en instancias administrativas y judiciales, que han reconocido identidades de género no binarias y ordenado su registración, y el reto que ello acarrea para el enfoque bidireccional de la ley de paridad actualmente vigente. Finalmente, plantearemos hipótesis sobre eventuales conflictos que pueden presentarse en lo inmediato, para la integración de listas electorales, a partir de la irrupción de una concepción no binarista

del género; así como para futuras reformas legislativas que pretendan adaptarse y regular esta cuestión. De este modo, propondremos posibles estándares de solución de controversias, y orientaciones para la política legislativa, pensadas bajo las diversas perspectivas de la igualdad que sirven de guía en la materia.

## II. LAS LEYES DE CUPO Y PARIDAD DE GÉNERO EN ARGENTINA. SU MARCO CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN

### A. LA LEY DE CUPO FEMENINO 24.012

Como señalamos preliminarmente, la legislación electoral de Argentina en materia de paridad de género en ámbitos de representación se inscribe en una perspectiva binaria que no contempla la identidad género neutro, no binaria o que sencillamente no se identifica con los rótulos de “hombre” o “mujer”.

Para reseñar la historia legislativa y constitucional en la materia, debemos señalar primeramente que en 1991, la Ley 24.012 modificó el art. 60 del Código Electoral Nacional (en adelante CEN) para establecer 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. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos”. Esta ley, conocida como “ley de cuotas” o “cupos femenino”, fue reglamentada originalmente por el Decreto 379/1993,<sup>3</sup> y se buscó por su medio superar la situación de las mujeres que, si bien incluidas en el sistema político como representadas, lo estaban escasamente como representantes. De esta manera, la primera ley de cupo femenino fue sancionada con el objeto de propender a la igualdad de género, promoviendo la integración femenina en las listas de candidatos a cargos legislativos en el orden federal. Mediante el piso de participación de 30% de mujeres en las listas, integradas de tal manera que asegurase oportunidades serias de acceder a la representación política, se diseñó un mecanismo institucional para corregir paulatinamente el desequilibrio entre hombres y mujeres en los espacios de decisión política.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> B. O. del 11-3-93.

<sup>4</sup> ÁBALOS, María Gabriela, “Acciones positivas y cupo femenino. Interpretación constitucional y convencional”, en *La Ley* 2018-A-869, del 7-2-2018, acápite II.2.

**B. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD REAL DE OPORTUNIDADES PARA EL ACCESO A LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA**

Posteriormente, la reforma constitucional de 1994 introdujo tres importantes novedades en materia de igualdad, con un particular impacto en lo que atañe a los derechos de las mujeres. En primer lugar, la incorporación del actual art. 37 de la Constitución Nacional (en adelante CN) significó el establecimiento del principio de *igualdad real de oportunidades* entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, el que debe garantizarse por medio de *acciones positivas* en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral. En este punto, la cláusula transitoria segunda dispuso que las acciones positivas a que alude el art. 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse la Constitución reformada, y durarán lo que la ley determine.

Por otro lado, el art. 75, inc. 23 incorporado a la CN, ordena al Congreso federal 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 la 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. En esta cláusula, el poder constituyente reconoce a las mujeres como uno de los cuatro colectivos desaventajados, para lo cual prescribe la sanción de leyes que corrijan esa situación de inequidad estructural.<sup>5</sup>

En cuanto al Derecho Internacional de los DD. HH., destacamos que el art. 75.22 de la Constitución reformada elevó a jerarquía constitucional ciertos instrumentos relevantes en la materia. Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) establece en su art. 23, inc. c que todos los ciudadanos deben tener la oportunidad de acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) en su art. 3º reconoce el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en el disfrute de sus derechos civiles y políticos. Y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

<sup>5</sup> BASTERRA, Marcela I., "Avances y desafíos de los derechos de género: evaluación de las acciones positivas", en J. A. del 13-6-2018, p. 1, acápite IV.3.

contra la Mujer<sup>6</sup> ordena a los Estados parte, en su art. 3º, tomar en todas las esferas, *y en particular en las esferas política, 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 igualdad de condiciones con el hombre. Específicamente, el art. 7º obliga a los Estados a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarles, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales (inc. b). Sobre este punto, cabe mencionar que, según el art. 4º del citado instrumento, “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 considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención”.

A partir de estas incorporaciones, se ha señalado un cambio de paradigma en el derecho a la igualdad que reconoce la Norma Suprema. En efecto, la Constitución histórica de 1853/60 receptó únicamente un principio de igualdad en sentido formal en el art. 16, que establece que todos sus habitantes son iguales ante la ley. Aquel puede emparentarse con un mandato de prohibición de discriminación, que veta toda situación normativa o fáctica que trate o conduzca a tratar a determinado grupo con privilegio. O a la inversa, por considerarlo inferior, trate con hostilidad a un grupo, o de cualquier forma lo discrimine en el goce de derechos que sí reconoce a otras personas no incluidas en aquel.<sup>7</sup> En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha interpretado que la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución no establece una equiparación rígida, sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas. En definitiva,

<sup>6</sup> Véase PAUTASSI, Laura, “La igualdad en espera: el enfoque de género”, en *Lecciones y Ensayos*, nro. 89, 2012, pp. 283-284.

<sup>7</sup> Corte IDH, 24-2-2012, Caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, párrs. 79 y 124. Y BASTERRA, M. I., *op. cit.*, ap. III.

no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros.<sup>8</sup>

Sin embargo, la incorporación del principio de igualdad real de oportunidades, y el mandato de adopción de acciones o medidas afirmativas, definen un rol más activo del Estado para alcanzar un equilibrio social mediante mecanismos de tutela especial, otorgados a los grupos desaventajados que sufren proceso de desigualdad estructural (como es el caso de las mujeres, en el acceso a los espacios de representación política). Esto implica superar un modelo de igualdad formal, donde el Estado tiende a mantener una posición neutral en el trato a los particulares, por uno de igualdad material, que parte de la premisa de que determinado grupo requiere medidas positivas para mejorar su posición dentro de la estructura social.<sup>9</sup> Este nuevo paradigma reconoce que la supresión de obstáculos normativos (como la equiparación legal de hombres y mujeres a los fines de los derechos políticos) no se traduce necesariamente en un resultado concreto, sino que es necesario implementar acciones positivas para lograr la igualdad real.<sup>10</sup> Dichas acciones suponen una intervención directa, tanto legislativa como administrativa, para la realización efectiva de la igualdad declamada.<sup>11</sup>

Al definir los alcances de este nuevo principio, se distingue también la igualdad de puntos de partida o comienzo, de la igualdad de acceso a situaciones o cargos. La primera se orienta en el “punto de partida”, es decir, busca solucionar una situación previa, para lograr que las capacidades individuales se desenvuelvan igualitariamente. Mientras que la segunda busca directamente compensar en el “punto de llegada”, equilibrando alguna marginación, postergación o desequilibrio para resolver desigualdades históricas o estructurales en la sociedad; para la cual se hace participar inmediatamente a los grupos desaventajados en el objetivo

<sup>8</sup> Fallos: 329:2986, 153:67, entre otros.

<sup>9</sup> BASTERRA, Marcela I, “El principio de igualdad y la elección del apellido de los hijos en el nuevo Código Civil”, en *Revista Código Civil y Comercial*, nro. 2, Buenos Aires, La Ley, agosto de 2015, p. 79.

<sup>10</sup> TREACY, Guillermo F., “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Lecciones y Ensayos*, nro. 89, 2011, p. 184.

<sup>11</sup> SABSAY, Daniel A., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 301.



a lograr. Tal es el caso de la Ley de cupo femenino 24.012, y la nueva Ley de paridad de género 27.412, que generan un mecanismo de acción directa sobre el fin a conseguir, que es una participación equitativa de hombres y mujeres en los cargos electivos. Para ello, dispone un acceso inmediato de las mujeres en equidad de condiciones que el hombre, mediante un cupo o cuota.<sup>12</sup>

### C. LA REGLAMENTACIÓN DEL CUPO FEMENINO LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Bajo el marco constitucional y convencional descripto, y en cumplimiento de la cláusula transitoria segunda de la CN, se mantuvo la regulación de la Ley 24.012 hasta el año 2017, cuando se sancionó la Ley de Paridad de Género. Empero, su aplicación, interpretación y ejecución atravesaron distintos hitos. Por un lado, la reglamentación original de la ley de cupo femenino fue sustituida por el Decreto 1246/2000.<sup>13</sup> En parte, debido a las objeciones a la aplicación que hacían los partidos políticos de la ley y su decreto reglamentario; en particular, la tabla que este último había implementado para computar el cupo.<sup>14</sup>

La nueva reglamentación estipuló en su art. 2º que el 30% de los cargos a integrarse por mujeres, según lo prescripto por la Ley 24.012, era una cantidad mínima. Y que en los casos en que la aplicación matemática de ese porcentaje determinare fracciones menores a la unidad, el concepto de cantidad mínima sería la unidad superior, y se establecería mediante la tabla que incluyó como Anexo.

Posteriormente, el Decreto 451/2005<sup>15</sup> incorporó una serie de modificaciones al Reglamento. Entre las más relevantes, reformó el art. 5º, estableciendo que cuando se renovara uno, dos o más cargos, el cómputo del cupo siempre se haría a partir del primer lugar, y la lista debería tener por lo menos una mujer cada dos varones para que se cumpla con el porcentaje mínimo que exigía el art. 60 del CEN. Asimismo, y en lo

<sup>12</sup> ÁBALOS, María Gabriela, *op. cit.*, acápite II.3.

<sup>13</sup> B. O. del 4-1-2001.

<sup>14</sup> GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 4ª ed., t. I, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 527-528, cit. en ÁBALOS, M. G., *op. cit.*, apartado II.2.

<sup>15</sup> B. O. del 6-5-2005.

que resulta un aspecto de gran interés para este trabajo, agregó a continuación que “En todos los casos *se privilegiarán medidas de acción positiva* a favor de la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos” (el destacado es propio).

#### D. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA DE CUPO. EL CASO “CIUDAD FUTURA”

A pesar de que los decretos reglamentarios procuraron ordenar la implementación del cupo para asegurar su finalidad como acción afirmativa, la aplicación jurisprudencial de esta ley no ha estado exenta de controversias y debates. En particular, nos interesa detenernos en un precedente de la CNE, que confirmó la sentencia del Juzgado Federal con competencia electoral de Santa Fe, que había resuelto que una lista electoral no podía estar conformada en su totalidad por candidatas mujeres.<sup>16</sup>

De esta manera, por decisión mayoritaria, la CNE confirmó la sentencia de primera instancia que había ordenado la adecuación de la lista del partido “Ciudad Futura” para las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias de 2017 en la Provincia de Santa Fe, por estar integrada en su totalidad por precandidatas mujeres. Según el *holding* del fallo, “si bien es cierto que la Ley 24.012 se sanciona en resguardo de los derechos de las mujeres a gozar de iguales oportunidades que los hombres en la postulación para cargos electivos, *ello no implica que no deba resguardarse idéntico derecho para los hombres*. Máxime a la luz del art. 37 de la CN, que *garantiza iguales derechos a ambos sexos, sin ningún tipo de diferenciación*” (la bastardilla es agregada). En el mismo orden de ideas, subrayó que “...nuestro país ha seguido los principios consagrados en el orden internacional que en materia electoral y de partidos políticos se pronuncian claramente en favor de una *participación igualitaria y sin discriminaciones fundadas en meros prejuicios entre varones y mujeres*, contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en

<sup>16</sup> CNE, 13-7-2017, “Incidente de Ciudad Futura nro. 202, distrito Santa Fe en autos Ciudad Futura nro. 202, distrito Santa Fe s/Elecciones primarias, elecciones 2017”. Disponible [en línea] <[www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar)> [Fecha de consulta: julio de 2020].

el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención [sobre la eliminación de todas las] forma[s] de Discriminación de la mujer”.<sup>17</sup>

En cuanto al alcance de la “igualdad real de oportunidades” que consagra el art. 37 de la CN, y las acciones afirmativas que manda implementar, apoyó su decisión en una interpretación sistemática de la CN. Según esta última, las disposiciones de la Norma Suprema no pueden interpretarse en forma aislada, desconectándola del todo que compone, sino de acuerdo con el contenido de las demás.<sup>18</sup> Sobre tales premisas, sostuvo que “Nuestro plexo jurídico de base es claro y terminante: ‘igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios’. Con esa expresión *no se refirió solo a la mujer* sino a los representantes de *los dos géneros*, y mal puede, en la consecución del objetivo o finalidad de resguardar la representación igualitaria, conceder como válida y razonable la conformación de una lista s[ó]lo integrada por personas de un mismo género –sea hombre o mujer– y mediante el mecanismo de asegurar efectivamente una concreta posibilidad de acceso a los cargos”.<sup>19</sup>

Por su parte, la disidencia argumentó que las acciones afirmativas establecen un trato formalmente desigual orientado a lograr una igualdad material. Por ello, remarcó que las acciones afirmativas se corresponden con un “trato (estatal) diferente” fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos miembros, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no les son reconocidos a miembros de otros grupos.<sup>20</sup> En esta inteligencia, señaló que el denominado “cupó femenino” constituye una medida de discriminación inversa o compensatoria, que favorece a un género sobre otro, y como tal *se distingue de los sistemas que establecen fórmulas de equilibrio paritarias*, que tienen efectos bidireccionales. Es decir, las que imponen mínimos

<sup>17</sup> Consid. 3° del voto de la mayoría, y jurisprudencia citada: Fallos CNE 2931/01, 4595/11, y expte. CNE 6713/2016/CA1, sent. del 20-4-2017.

<sup>18</sup> Fallos: 167:121; 190:571; 194:371; 240:311, 312:496, entre muchos otros.

<sup>19</sup> CNE, “Ciudad Futura...”, *op. cit.*, consid. 5° del voto de la mayoría.

<sup>20</sup> Consid. 5°, y sus citas: SABA, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en ALEGRE, Marcelo y Roberto GARGARELLA (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis, p. 179; y Fallos CNE 3005/02, y expte. CNE 6713/2016/CA1, sentencia del 20-4-2017.

de participación, no para uno, sino para ambos géneros. En consecuencia, remarcó que “las cuotas de género se han constituido en mecanismos concretos que definen un ‘piso mínimo’, y no un techo para la participación política de las mujeres”.<sup>21</sup>

De esta manera, apoyándose en la finalidad de la ley, que surge de los propios términos del texto normativo, consideró que este último es explícito, y que no deja margen de duda en cuanto a su alcance. Ello, en cuanto dispone que a fin de efectivizar las acciones positivas mencionadas en el artículo 37 de la CN, con el objeto de asegurar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos, la Ley 24.012 y sus decretos reglamentarios *establecen un porcentaje mínimo específicamente para las mujeres*.<sup>22</sup> En ese sentido, advirtió que el cupo femenino no podía ser aplicado lisa y llanamente a otro grupo que, además de no ser el expresamente previsto en la ley, tradicionalmente no se encuentra en una condición real de inferioridad. Concluir que las referidas acciones afirmativas pueden aplicarse al género masculino importaría burlar el espíritu y la finalidad de las normas. En tales condiciones, rechazó una hermenéutica que estableciera un trato preferencial a un grupo que no era el protegido por el régimen legal vigente (los hombres), y que sólo implicaría acentuar las diferencias que las acciones afirmativas intentan corregir.<sup>23</sup>

Como se advierte, el voto de la mayoría resolvió la controversia bajo una interpretación sistemática de la cláusula de acciones afirmativas (art. 37, CN), que la ponderó con la perspectiva formal de la igualdad. En función de ello, concluyó que si la ley de cupos se interpretase de una manera que no admitiera una composición 100% masculina de las listas electorales, pero sí una formada en su totalidad por mujeres, la norma estaría efectuando una distinción formal de derechos sobre la base de un motivo discriminatorio como es el género. Desde este punto de vista, el cupo o piso mínimo debe ser para ambos género, o de lo contrario,

<sup>21</sup> Consid. 7º, y su cita: ESPINO, Adriana M., *La participación política de las mujeres. De las cuotas de género a la paridad*, México, Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, 2010, p. 25.

<sup>22</sup> Consids. 8º y 9º, y sus citas: Fallos CNE 1836/95, 3496/05 y 3507/05, entre otros.

<sup>23</sup> Consid. 10.

se convertiría en una categoría sospechosa de discriminación,<sup>24</sup> que violaría el principio de igualdad ante la ley. En contraposición, la disidencia maximiza el principio de igualdad real de oportunidades, entendiendo que el objeto y finalidad de las acciones afirmativas es, precisamente, otorgar una tutela formal diferenciada (en este caso, el cupo o piso) a un grupo de personas, por considerarlo vulnerable o históricamente postergado en el ejercicio real de ciertos derechos. Bajo esta mirada, se justifica que la ley de cupo no admita una violación del cupo femenino, pero sí una lista integrada sólo por mujeres, con exclusión de candidatos varones, pues ello optimiza el objetivo de la medida afirmativa.

#### E. LA LEY DE PARIDAD DE GÉNERO 27.412

A partir del precedente “Ciudad Futura”, observamos que la sanción de la Ley de paridad de género en ámbitos de representación política 27.412 –sin perjuicio de sus innegables méritos– exhibe una inclinación hacia la perspectiva formal de la igualdad, propia del voto mayoritario.

Al respecto, el art. 1° de dicha ley, modificatorio del art. 60 bis del CEN, establece 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*”. Asimismo, el art. 2°, al reformar el art. 157 del mismo Código, prescribe que “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 art. 62 de la Constitución Nacional”. Finalmente, el art. 3° –modificatorio del 154– establece, para análogas situaciones, que los/las diputados nacionales serán sustituidos por los/as candidatos/as de su mismo sexo que figuren en la lista como candidatos/as titulares según el orden establecido; y una vez que ésta se hubiere agotado, los/as suplentes que sigan de conformidad con la prelación consignada en la lista respectiva, y siguiendo el mismo criterio en cuanto al sexo. Si no

<sup>24</sup> *Fallos*: 329:2986, entre otros.

quedaran mujeres o varones en la lista, se considerará la banca como vacante y será de aplicación el art. 51 de la CN.

Como puede observarse, la ley actual adopta una regla de 50/50<sup>25</sup> en los ámbitos de representación política, no sólo para las mujeres, sino para ambos géneros. Ello, en la medida que ordena intercalar candidatos/as hombres y mujeres, desde el primero hasta el último lugar de la lista. En este punto, cabe señalar que entre los diversos tipos de acciones afirmativas, encontramos las medidas de discriminación inversa o compensatoria, que favorecen a un género sobre otro para resolver una desigualdad estructural. Esta es la característica que distinguía al mecanismo del “cupo femenino” previsto en la Ley 24.012. Por el contrario, la nueva Ley 27.412 se inscribe dentro de los sistemas que establecen fórmulas de equilibrio paritarias, que tienen *efectos bidireccionales*, pues a diferencia del método de “cupos”, imponen mínimos de participación, no para uno, sino para ambos géneros.<sup>26</sup>

En ese contexto, se ha señalado que la Ley 27.412 cuenta con base constitucional en el art. 37 de la CN, que desplaza al principio formal de igualdad del art. 16 de la CN. Y desde la perspectiva contraria, quienes cuestionan su validez constitucional, invocan precisamente aquel principio, que establece la igualdad ante la ley y la idoneidad como única exigencia de acceso al empleo público, al incorporar como criterio de acceso al género por sobre la idoneidad, lo que obliga a los partidos y agrupaciones a desplazar candidatos que consideran más capacitados o más representativos de sus ideas y principios, para poder cumplir el cupo.<sup>27</sup>

Por nuestra parte, disentimos parcialmente de ambos puntos de vista. Es indudable que dentro del universo de las acciones afirmativas que prescribe el art. 37 de la CN, la regla de paridad 50/50 es un mecanismo apto para mejorar la posición de las mujeres en los espacios de representación política. Pues en lo inmediato, eleva la cuota o piso de un 30% a un 50%. Sin embargo, en consonancia con la jurisprudencia del fallo

<sup>25</sup> PIOMBO, Horacio J. J., “Binarismo, demografía y representatividad. La constitucionalidad de la Ley de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política”, en RDA 2018-119, del 5-10-2018, p. 1045, apartado II.

<sup>26</sup> CNE, “Ciudad Futura...”, *op. cit.*, consid. 7° del voto del juez Corcuera.

<sup>27</sup> PIOMBO, H. J. J., *op. cit.*, ap. II.1.

“Ciudad Futura” de la CNE, la Ley 27.412 no se refiere sólo a la mujer, sino a los representantes de ambos géneros. Por lo tanto, si bien el mecanismo de paridad se implementa con la finalidad de asegurar a las mujeres iguales oportunidades que los hombres en la postulación para cargos electivos, el texto normativo –al prescribir candidaturas intercaladas de los dos géneros– resguarda idéntico derecho para los hombres. La orientación de la nueva ley, entonces, modera el mandato del art. 37 de la CN, con el principio de igualdad formal que garantiza los mismos derechos a ambos sexos, sin ningún tipo de diferenciación (art. 16, CN). En este aspecto, se diferencia de la derogada Ley 24.012, que –aun con una cuota menor– no establecía un porcentaje mínimo para ambos géneros, sino específicamente para las mujeres. Es decir, ordenaba un trato formal distinto de las mujeres ante la ley, para corregir la desigualdad estructural que las ha postergado históricamente en el acceso a la representación política.

Es claro que si bien la nueva norma eleva el piso de participación, lo hace bajo una perspectiva de trato neutral a ambos géneros ante la ley. En cambio, la norma sustituida promovía el mandato de las acciones afirmativas a favor de grupos desaventajados, al disponer un cupo o cuota específicamente para las mujeres.

### III. LA PROBLEMÁTICA DEL GÉNERO NO BINARIO EN EL ENFOQUE BIDIRECCIONAL DEL CUPO. DISTINTAS PERSPECTIVAS DE IGUALDAD Y POSIBLES SOLUCIONES

Vinculado con el enfoque bidireccional explicado en el apartado anterior, la otra característica de la Ley 27.412 es que parte de un esquema predominantemente binario del género. Así, el Decreto reglamentario 171/2019<sup>28</sup> establece en el art. 12 que a los fines de la aplicación de las normas sobre paridad de género “el género del candidato o candidata estará determinado por el sexo reconocido en el Documento Nacional de Identidad vigente al momento del cierre del padrón electoral, independientemente de su sexo biológico o, en su defecto, constancia de la rectificación del sexo inscripta en el Registro Nacional de las Personas, de conformidad con lo establecido en el art. 7º de la Ley 26.743”.

<sup>28</sup> B. O. del 8-3-2019.

En este mismo sentido, se ha señalado que la Ley 26.743<sup>29</sup> de Identidad de Género (LIG), de incuestionable vanguardia en materia de derechos LGBTI,<sup>30</sup> tiene como problema que mantiene las categorías varón y mujer como únicas posibles en el registro de las personas. Si bien su texto normativo no expresa una clasificación binaria, tampoco elimina la mención del género en el DNI, ni adiciona otras categorías identitarias como la letra T (trans, por travesti, transexual o transgénero) ni la N para quienes prefieran la neutralidad. No obstante ello, también se dice que aquello obedece a un propósito que va todavía más lejos: no subordinar el reconocimiento legal de la identidad a la exploración psicofísica de lxs solicitantes ni a la portación del cuerpo “correcto”.<sup>31</sup>

De esta manera, la definición sobre el derecho a la identidad de género prevista en la Ley 26.743 no “habla” en lenguaje binario, para evitar la reproducción del modelo que considera a las personas transgénero como “atrapadas” en el cuerpo equivocado, lo que en definitiva replicaría el binarismo como única configuración válida del género. Con este objetivo, la ley no define qué es una persona travesti, transexual o transgénero, pues su objetivo es acomodar y respetar todas las identidades de género posibles. Sin embargo, también se ha señalado que, a pesar de no utilizar un lenguaje binario, la ley se inserta en un sistema jurídico caracterizado por su configuración dicotómica, condicionada por su propia retórica, burocracia y violencia. Por lo que el esquema de la Ley de Identidad de Género se inscribe y convive en un sistema que reproduce la lógica binaria masculino/femenino; y que todavía necesita clasificar, normalizar y ahuyentar la ambivalencia. Concretamente, la norma tiene el enorme valor de reconocer la fluidez del género, y el pilar de la identidad autopercibida, permitiendo la escisión del sexo asignado en la registración al momento de nacer. Pero, paradójicamente, el sistema en el que se inserta sólo

<sup>29</sup> B. O. del 24-5-2012.

<sup>30</sup> El 22-5-2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó el Informe sobre los avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. Disponible [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>> [Fecha de consulta: julio de 2020].

<sup>31</sup> RADI, Blas (2013), *Algunas consideraciones sobre “el binario” y la Ley de Identidad de Género en Argentina*, exposición oral en evento de divulgación. Disponible [en línea] <<https://www.aacademica.org/blas.radi/8>> [Fecha de consulta: julio de 2020].



habilita a realizar la rectificación con un sistema registral que identifica únicamente la categoría femenino y masculino. Y donde todavía no se ha agregado un “tercer casillero”, suprimiendo los dos tradicionales, o creando tantos necesarios como sean solicitados.<sup>32</sup>

#### **A. RECONOCIMIENTO DEL GÉNERO NEUTRO O NO-BINARIO EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL**

A pesar de lo expuesto, existen dos precedentes relevantes que, progresivamente, marcan un camino de ruptura con la concepción binaria del género.

En primer lugar, destacamos la Resolución 420 del 1º de noviembre de 2018 del Registro Civil de la Provincia de Mendoza, que hizo lugar a la solicitud efectuada por una persona mayor de edad a fin de requerir el reconocimiento legal de su identidad de género autopercibida, la correspondiente rectificación registral y que no se consigne sexo alguno en su partida de nacimiento y DNI, apartándose así de la postura binaria que hasta ese momento era adoptada en la documentación oficial.

Entre los fundamentos de la Resolución, se destaca el dictamen emitido por la Subdirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.<sup>33</sup> Allí se interpretó que la Ley de 26.473 “no se queda en el binario, permitiendo cambiar pero sólo de uno a otro, sino que al permitir establecer que la identidad de género es la ‘vivencia interna e individual del género tal como cada persona la vive’ está permitiendo otras identidades fuera del binario...”

Téngase en cuenta, además, que en el dictamen en análisis se hizo referencia a que la inscripción sin la consignación del sexo (apartándose del binarismo) ha avanzado en muchos países mediante decisiones judiciales y regulaciones. En 2016 un tribunal del circuito de Oregon en Estados Unidos permitió el cambio legal a un género no binario y desde 2017 se permite un marcado de sexo “X” no binario en las identificaciones del Estado, las licencias de conducir y los certificados de nacimiento. En

<sup>32</sup> SALDIVIA MENAJOVSKY, Laura, *Subordinaciones invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*, Buenos Aires, Ediciones UNGS, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2017, pp. 134-136.

<sup>33</sup> A cargo de la Dra. Eleonora Lamm.

el mismo sentido en California, Washington DC y Nueva Jersey. Asimismo, se están considerando medidas similares en Massachusetts, Nueva Hampshire y Connecticut.<sup>34</sup> En New York, a partir de la sanción de la Ley Intro 954-A en 2018, se permite a las personas solicitar un cambio de su identificación de género a masculino, femenino o “X”. En Nueva Zelanda, Canadá, Alemania y Pakistán, se ofrece una opción neutral respecto al género en los pasaportes.<sup>35</sup> En Australia, el Tribunal Supremo dictaminó en 2014 que, además de las mujeres y los hombres, hay un género “neutral” que puede registrarse legalmente ante las autoridades. El género se llama “no específico”.

Al mismo tiempo, y siguiendo los Principios de Yogyakarta, la Opinión Consultiva 24/17<sup>36</sup> de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre “Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” y la Declaración de San José de Costa Rica del 30 de marzo de 2018,<sup>37</sup> la dictaminante consideró necesario “evolucionar hacia la eliminación del sexo como categoría jurídica, en tanto este sólo revela una biatomía irrelevante desde el punto de vista legal, que además no refleja ni contempla la diversidad, forzando el encuadre en categorías arbitrarias”.

Siguiendo este camino, en la causa “Bertolini, Lara María c/EN-M Interior OP y V s/Información sumaria”,<sup>38</sup> el Juzgado Nacional en lo Civil nro. 7 de la Ciudad de Buenos Aires resolvió, mediante sentencia del 1º de marzo de 2019, ordenar al Registro Civil y Capacidad de las Personas que proceda a la rectificación registral de la partida de nacimiento de

<sup>34</sup> Disponible [en línea] <<https://www.nytimes.com/es/2019/05/30/licencias-de-conducir-no-binarias/>> [Fecha de consulta: julio de 2020].

<sup>35</sup> Disponible [en línea] <<https://www.manhattantimesnews.com/self-assessment-self-determinationautoevaluacion-autodeterminacion/>> [Fecha de consulta: julio de 2020].

<sup>36</sup> Opinión Consultiva OC-24/17 del 24-11-2017 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

<sup>37</sup> Declaración de la Primera Conferencia Latinoamericana y del Caribe de Personas Intersex que adhirió a la Declaración del Tercer Foro Internacional Intersex realizado en Malta en 2013, y llamó a los Estados a “abolir el sexo como categoría legal por ser consignado en documentos oficiales (partida de nacimiento, cédulas de identidad, pasaportes, etc.)”.

<sup>38</sup> Disponible [en línea] <<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=2477&source=/Jurisprudencia/forms/fallos.aspx>> [Fecha de consulta: julio de 2020].

la peticionante, para que en el campo reservado para el sexo, se consigne “Femineidad Travesti”, en lugar de “Femenino”. La solicitante había argumentado que su verdadera identidad no es “masculina” ni “femenina”, por lo que estas opciones del sistema binario de identificación de sexo de las personas no son representativas de su identidad. Por ende, consideró que al no hacer lugar a su petición, el Registro Civil estaba violando su derecho a la identidad de género, que la LIG define como vivencia interna y autopercibida, e importaría una restricción al ejercicio de un derecho personalísimo como aquel.

Para llegar a esa decisión, la magistrada señaló que la LIG debe interpretarse y aplicarse de manera armónica con las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, y los principios que integran el bloque de constitucionalidad en el que encuentra su basamento. Ello, conforme las pautas de interpretación que surgen de los artículos 1° y 2° del propio Código.<sup>39</sup> Bajo tales premisas, destacó que “[L]a reciente Opinión Consultiva número 24 de la Corte IDH sobre Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica), separa a la genitalidad de la decisión libre y autónoma que guía la construcción de la identidad de género que realiza cada persona, en el sentido de que la genitalidad no tiene por qué ser necesariamente destino de un género determinado”. En particular, enfatizó que según el párrafo 95 de la citada Opinión, el sexo y las identidades que se construyen socialmente a partir de las diferencias biológicas, lejos de ser componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, son rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien los detenta, y descansan en una construcción de la identidad de género autopercibida, relacionada con el libre desarrollo de la personalidad.

Subrayó también que, esclareciendo estos conceptos, los Principios de Yogyakarta, en su primer documento del año 2006, actualizados en 2017, entienden que la identidad de género “...se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (...) y otras

<sup>39</sup> Apartado III de la sentencia.

expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.<sup>40</sup> En este mismo sentido, compartió los argumentos expuestos por el Registro Civil de Mendoza en la resolución mencionada, en cuanto a que la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad, para que estos sean conformes a la identidad de género autopercibida, constituye un derecho protegido en los arts. 3º, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 24 del mismo instrumento.<sup>41</sup>

Bajo esa lectura de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional –que son pautas de interpretación y aplicación de las leyes argentinas, conf. arts. 1º y 2º del Código Civil y Comercial de la Nación–, el Tribunal consideró que la LIG admite la posibilidad de que una persona pueda ser inscripta en sus documentos como “Femineidad Travesti”. Es decir, ni como femenina o masculina, si no se autopercibe bajo ninguna de esas categorías. Para ello, enfatizó que la Ley 26.743, al permitir y establecer que la identidad de género es la “vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la vive”, absolutamente desligado del factor biológico, está permitiendo otras identidades fuera del esquema binario. Por lo tanto, consideró que la ley “no limita el cambio registral del sexo de femenino a masculino o viceversa, sin admitir inscripción de un sexo distinto”. Siguiendo ese criterio, concluyó que “corresponde ahora evolucionar hacia la diversidad y no forzar el encuadre en categorías arbitrarias”.<sup>42</sup>

#### **B. EL GÉNERO NO BINARIO: UN NUEVO DESAFÍO PARA LA PARIDAD DE GÉNERO EN MATERIA ELECTORAL**

A partir de la interpretación extensiva y *pro homine* de la identidad de género que se realizó en sede administrativa y judicial, retomamos ahora la problemática planteada al inicio de este trabajo: la ley de paridad de género sancionada en 2017, que, al replicar un modelo binario, no contempla las eventuales candidaturas de personas identificadas con un género no binario, ya sea Trans (T) o neutro (N). La problemática que

<sup>40</sup> Apartado IV de la sentencia.

<sup>41</sup> Apartado V de la sentencia.

<sup>42</sup> Apartado VI de la sentencia.

nos plantea esta ampliación progresiva de la identidad de género es cómo deberá resolver el mecanismo de cupos o paridad la posible incorporación de candidatos de género no binario; y cómo deberá adecuarse el cómputo de las cuotas a tal efecto.

En primer lugar, podemos plantear la hipótesis de un caso judicial en el que, a raíz de la impugnación presentada contra una lista que incluye personas de género no-binario, el juez deba resolver de qué manera se ordena la nómina integrada por personas de género binario y no binario. Partiendo del vacío normativo que advertimos en la Ley 27.412, estaríamos en presencia de lo que Dworkin llama los “casos difíciles”. Es decir, cuando una determinada controversia no se puede subsumir claramente en una regla jurídica establecida previamente, de modo que el juez tiene cierta discreción para decidir en uno u otro sentido. Esto se debe, en ocasiones, a la falta de claridad de las reglas jurídicas, o como en este supuesto, a las lagunas del Derecho. Para resolver estos casos difíciles, el juez debe trabajar no con las reglas (en esta cuestión, la de paridad bidireccional que surge de la Ley 27.412), sino con los principios. Estos funcionan como una brújula o directrices amplias, de modo que, a diferencia de las reglas, no nos brindan una solución preestablecida. Por el contrario, la dimensión del peso que caracteriza a los principios trae como consecuencia que su resultado no se puede determinar sino hasta su ponderación en el caso concreto a resolver, lo que supone un proceso de interpretación. Y en la particular circunstancia de que un caso enfrente a dos principios opuestos, se debe ponderar o pesar uno frente al otro, y otorgar primacía a aquel que, en la situación concreta, aparezca como más significativo.<sup>43</sup>

### **C. DOS PERSPECTIVAS DE IGUALDAD PARA PENSAR LA CUESTIÓN: LA “NO DISCRIMINACIÓN” Y EL “NO SOMETIMIENTO”**

En la problemática planteada, si una lista de candidatos llevase a una o más personas identificadas con un género no binario (trans, neutro u otros), y se objetara la validez de su integración por perjudicar a alguno

<sup>43</sup> ROJAS AMANDI, Víctor, “El concepto de Derecho de Ronald Dworkin”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nro. 246, 2006, pp. 355-412, ap. IV, V.2 y V.3, y sus citas bibliográficas.

de los grupos, la laguna normativa exigiría recurrir a los principios aplicables a la materia, en búsqueda de una directriz. Por ello, tal y como se desprende del caso “Ciudad Futura” resuelto por la CNE, el principio a ponderar no es otro que el de la igualdad de género en materia electoral. Sólo que, como se advierte, aquel presenta dos dimensiones: la formal, a la que otorgó mayor significancia el voto mayoritario; y la de “no sometimiento”, que privilegió el voto en disidencia.

Al respecto, cabe recordar que la Convención de 1853 estableció en el artículo 16 de la CN un principio de igualdad como no discriminación, en donde todas las personas deben ser tratadas igual ante la ley. Y concomitantemente, la referencia a la idoneidad como condición para ser admitido en los empleos, la cual indica que la ley puede efectuar *distinciones*, pero objetiva y razonablemente fundadas en el propósito que las inspiran. De este modo, las distinciones fundadas en la idoneidad pueden ser un criterio de distinción para el acceso a una función o cargo (podemos pensar en el título de abogado para la función judicial o el dominio de idiomas para el servicio exterior), mientras que el sexo o el género no lo serían. El quid para determinar si un trato formal distinto viola o no este principio radica en analizar si las diferencias planteadas por la norma son o no *moralmente relevantes*.<sup>44</sup> Así, por ejemplo, no es relevante que una persona sea varón o mujer, alta o baja, nacional o extranjera, para acceder a un trabajo. Pero sí lo es que una persona sea idónea para desempeñarlo. Lo que se debe analizar, bajo el principio de no discriminación, es la relevancia moral del criterio en que se funda la clasificación o reglamentación.<sup>45</sup>

Desde esta perspectiva, no pueden ser relevantes, en ningún sentido, las diferencias que provienen de la denominada *lotería natural*, es decir, circunstancias que están fuera de la voluntad y del poder de decisión de la persona. En efecto, imputar consecuencias a circunstancias que están más allá de la voluntad de la persona resultaría violatorio del principio

<sup>44</sup> ZAYAT, Demián, “El principio de Igualdad. Razonabilidad, Categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado”, en RIVERA (h), Julio César y otros (comps.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. I, pp. 904 y ss., ap. I.

<sup>45</sup> RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1973, p. 63, cit. en ZAYAT, D., *op. cit.*

de dignidad.<sup>46</sup> En esta inteligencia, los tratados internacionales de DD. HH. prohíben toda discriminación formal de derechos, o trato distinto ante la ley, fundado en criterios moralmente irrelevantes, como son la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social (cfr. art. 1º de la CADH y art. 2º del PIDESC y PIDCP).

Bajo este principio, la jurisprudencia de la CSJN desarrolló y perfeccionó su doctrina del escrutinio estricto para el control de constitucionalidad de las denominadas “categorías sospechosas”. Al respecto, en la sucesión de fallos “Hooft” (2004), “Gootschau” (2006), “Reyes Aguilera” (2007), “Mantecón Valdéz” (2008) y “Pérez Ortega” (2013),<sup>47</sup> se invalidaron disposiciones normativas de distinto orden que establecían distinciones de derechos sobre la base del origen nacional. Allí se determinó que cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el “origen nacional”, corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar. Aquella sólo podría ser levantada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente. Y por último, acreditar la inexistencia de otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego, que las impuestas por la regulación cuestionada como discriminatoria.<sup>48</sup>

Posteriormente, el máximo tribunal extendió la aplicación del escrutinio estricto sobre las normas que establecen clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos en general, también llamados sospechosos de inconstitucionalidad, tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional

<sup>46</sup> NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, p. 288, cit. en ZAYAT, D., *op. cit.*

<sup>47</sup> Fallos: 327:5118, 329:2986, 330:3853, 331:1715, y 336:131, respectivamente.

<sup>48</sup> CSJN, “Hooft” cit., consid. 6º.

o social, posición económica o cualquier otra condición social que mencionan los tratados internacionales de DD. HH.<sup>49</sup>

En este sentido, se advierte que el voto mayoritario de “Ciudad futura” procuró, desde esta perspectiva formal de la igualdad, evitar darle a la ley de cupo, entonces vigente, una lectura que la torne una “categoría sospechosa”, al excluir a los varones del derecho que se otorga a las mujeres, por exclusivas razones de género. Ello, pues consideró que de acordar el derecho al piso mínimo sólo a las mujeres, se estaría dispensando un trato formal distinto para un grupo, en razón de una categoría moralmente irrelevante como el género.

Empero, como se señaló anteriormente, la reforma constitucional de 1994 introdujo una nueva perspectiva de igualdad como “no sometimiento”.<sup>50</sup> Aquella surge del art. 75, inc. 23, que ordena al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato para el efectivo goce de los derechos; en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. En este punto, la CN menciona determinados grupos a los que otorga protección especial, e incorpora la idea de que la igualdad formal o el principio de no discriminación no fue suficiente para evitar que esos sectores se vieran históricamente desaventajados o postergados en el goce de ciertos derechos. Por lo que éstos merecen una protección especial por parte de la ley, para corregir aquella desigualdad que no surge de la discriminación formal, sino de las condiciones sociales. Este principio se expresa también en el art. 37 de la CN, en lo que respecta específicamente a la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, que deberá garantizarse mediante acciones positivas. En cuanto al mismo, se ha señalado que si bien la cláusula menciona a ambos géneros, la finalidad de la CN es mejorar la posición de las mujeres en la estructura social, específicamente para el acceso a los espacios de representación política.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> CSJN, 20-8-2014, “Z., J. J. c/Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/Plena jurisdicción”, reiterado en *Fallos*: 338:399.

<sup>50</sup> FISS, Owen, *Una comunidad de iguales*, Madrid, Miño y Dávila editores, 2002, pp. 31 y ss.

<sup>51</sup> ZAYAT, D., *op. cit.*, ap. II.



De esta manera, el concepto de igualdad como no sometimiento tiene en cuenta a los grupos minoritarios, y exige la adopción de medidas positivas para equipararlos, en el ejercicio efectivo de derechos, a los mayoritarios. Desde esta perspectiva, se vuelven moralmente relevantes las diferencias surgidas de la “lotería natural”, para mejorar la posición de los sectores históricamente postergados o desaventajados. En la materia que nos ocupa, el hecho de que, históricamente, no haya sido equitativo el acceso a los espacios de representación para hombres y mujeres, exige una medida positiva para revertir esta situación desigualitaria, como es el cupo femenino en las listas electorales. La cuestión será analizar las condiciones estructurales de la vida social, en términos de mayorías y minorías (entendidas como grupos con y sin poder), a partir de características que, en condiciones igualitarias, serían moralmente irrelevantes. No obstante, desde esta perspectiva que incorpora la Constitución de 1994, estas condiciones adquieren relevancia moral para revertir una situación de hecho, en lo atinente el goce efectivo de los derechos.<sup>52</sup>

En esta segunda perspectiva se inscribe la disidencia en el caso “Ciudad Futura”, al interpretar que las acciones afirmativas mencionadas en el art. 37 de la CN tienen por finalidad corregir la desigualdad real, derivada de la postergación histórica de las mujeres en el acceso a los cargos electivos. No resultando luego violatorio del principio de igualdad que la ley les otorgue un trato formal distinto de los hombres (el cupo de la Ley 24.012), para revertir esta situación de hecho.

#### **D. POSIBLES SOLUCIONES A LA INCORPORACIÓN DEL GÉNERO NO BINARIO EN LAS LISTAS ELECTORALES, DESDE LAS DISTINTAS PERSPECTIVAS DE IGUALDAD**

A partir de las perspectivas de igualdad explicadas, y la imposibilidad de subsumir la cuestión a la regla de paridad diseñada por el Poder Legislativo, podemos analizar distintas soluciones para ordenar una lista donde una o más personas no se identifican como hombre o mujer. Al respecto, es evidente que la ampliación del derecho a la identidad de género, mediante el reconocimiento e inscripción de identidades “trans”, “neutra” u otras que no se identifican con las categorías “masculino” y

<sup>52</sup> ZAYAT, D., *op. cit.*, p. 912.

“femenino”, desafía en lo inmediato la implementación de una norma que tiene un enfoque bidireccional y binarista.

Por ello, las alternativas que se presentarán a continuación abordan las controversias que podrían presentarse en lo inmediato, bajo el entramado normativo que regula actualmente la cuestión. Concretamente, nos referimos a situaciones en las cuales, a raíz de la aplicación extensiva y *pro homine* del derecho a la identidad de género, se presenten candidaturas de personas que no se identifiquen ni se encuentren registradas como “mujer” o “varón”. En el corto plazo, esto puede plantear el problema de cómo ordenar una lista electoral que incluye personas de género no binario, considerando los términos de la legislación vigente. Por lo tanto, las primeras hipótesis que proponemos deben entenderse como constreñidas por las reglas definidas en la ley actual, y su vacío normativo frente a la ampliación del derecho a la identidad de género.

Sin perjuicio de ello, también reflexionaremos, para el mediano y largo plazo, sobre cómo estas hipótesis pueden guiar futuras reformas legislativas, que se propongan adaptar las normas de cupo o paridad al reconocimiento de identidades no binarias. E incluso, para el eventual diseño de una acción afirmativa en materia electoral, para favorecer la integración del colectivo LGBTI a los espacios de representación política, donde podrían contarse personas con identidades de género no binarias.

#### **E. POSIBLES SOLUCIONES DESDE UNA PERSPECTIVA DE IGUALDAD COMO “NO SOMETIMIENTO”**

Precisado lo anterior, planteamos graficar la cuestión con un ejemplo. Imaginemos que, para una lista de 10 candidatos titulares a diputados nacionales por Santa Fe, una agrupación política propone una lista donde el tercer candidato titular se identifica con un género no binario, ya sea trans (T), neutro (N), otro (O) o ninguno (-). ¿Cuál sería la forma correcta de ordenar esta nómina, teniendo en cuenta la regla de integración intercalada y binaria de la Ley 27.412? ¿Y cómo debería considerarse la candidatura de una persona de género no-binario, a los efectos del cómputo de los pisos o cupos de género?

Una posibilidad sería que, cuando la persona de género no binario irrumpe en la alternancia de varones y mujeres, se reanude a continuación

la intercalación, según la identidad del último candidato identificado con un género binario.

De esta forma:

**Tabla 1**

Femenino
Masculino
No Binario
Femenino
Masculino
Femenino
Masculino
Femenino
Masculino
Femenino

O bien de este modo, según la identidad de género de la cabeza de lista:

**Tabla 2**

Masculino
Femenino
No Binario
Masculino
Femenino
Masculino
Femenino
Masculino
Femenino
Masculino

Sin embargo, el problema que presenta esta solución es que cuando la nómina es encabezada por una persona de género masculino (Tabla 2), son las mujeres quienes pierden en lugares de representación (5 varones, contra 4 mujeres y 1 persona de género no binario), incumpliendo así el cupo de 50% para el género femenino. Caso contrario, si la nómina fuera encabezada por una persona de género femenino, son los hombres quienes “pagan” con menos espacios de representación, la incorporación de una persona identificada con un género “trans”, “neutro” u otro (4 varones, contra 5 mujeres y una persona de género no-binario). Es evidente, entonces, que ante la inclusión de una persona que no se identifica como mujer u hombre, la regla bidireccional de la Ley 27.412 genera inevitablemente un costo para las cuotas de los géneros binarios, que desequilibra la regla 50/50. En los supuestos en que exista una cantidad par de escaños a cubrir (como sucede en el ejemplo presentado), una candidatura no binaria genera aquel costo, en términos de cantidad de lugares asignados a uno de los dos géneros binarios. En la hipótesis de una cantidad de cargos impar, el costo puede generarse respecto de la ubicación en el orden de la lista, y por ende, en las posibilidades reales de acceso a los espacios de representación. A falta de una regla preestablecida, la cuestión a resolver en lo inmediato es qué género deberá pagar aquel inevitable costo.

Aquí es donde, en ausencia de una regla que subordine la cuestión, entran a jugar los principios como guías o directrices para solucionar este “caso difícil”. De esta manera, bajo la perspectiva de igualdad como *no sometimiento*, aunque el art. 37 de la CN y la regla de paridad implementada en la ley mencionen a ambos géneros, su finalidad es mejorar la posición de las mujeres como grupo históricamente postergado o desaventajado en el acceso a los espacios de representación política. De este modo, si se piensa la regla 50/50 como una acción afirmativa, ésta implica un trato formal diferenciado para las mujeres, para corregir aquella desigualdad que no surge de la discriminación formal, sino de las condiciones estructurales de la vida social. Bajo tales condiciones, analizadas en términos de mayorías y minorías, el género se vuelve moralmente relevante, para otorgar un trato formal diferenciado que mejore la posición de las mujeres, como grupo históricamente relegado en el acceso a los cargos electivos.

Por lo tanto, bajo esta perspectiva, el problema debería resolverse con un trato formal preferencial a favor del grupo cuya situación, en términos de ejercicio efectivo de derechos, se busca mejorar. Luego, bajo esta directriz, son los varones quienes deberían “pagar” el costo de ordenar una lista que incluye personas de género no binario, atendiendo a la regla de paridad actual. Desde esta perspectiva estructural, si se consideran las condiciones de acceso y participación efectiva de los varones en los cargos de representación política (tanto en el pasado como en el presente), difícilmente pueda argumentarse que el género masculino verá perjudicadas sus oportunidades de participación política mediante la solución propuesta. Cuando por el contrario, son las mujeres quienes, a diferencia de estos, se han visto tradicionalmente postergadas. Como apunta la jurisprudencia citada, otra solución supondría la paradoja de acentuar las diferencias que las acciones afirmativas intentan equiparar, y de que una norma sancionada a favor de este grupo se aplique en su perjuicio.<sup>53</sup>

Ergo, retomando nuestro ejemplo, bajo la directriz del principio de *no sometimiento*, la solución válida sería integrar la lista del siguiente modo, favoreciendo en ambos casos la participación de la mujer como destinataria de la medida afirmativa:

**Tabla 3**

Femenino
Masculino
No Binario
Femenino
Masculino
Femenino
Masculino
Femenino
Masculino
Femenino

<sup>53</sup> Cfr. CNE, “Ciudad Futura”, *op. cit.*, argumento expuesto en el consid. 10 del voto del Dr. Corcuera.

O bien:

**Tabla 4**

Masculino
Femenino
No Binario
Femenino
Masculino
Femenino
Masculino
Femenino
Masculino
Femenino

En ambos casos, sea que la lista la encabece un varón o una mujer, la solución favorece siempre al grupo en cuyo beneficio se implementa la acción afirmativa (5 candidatas mujeres, 4 candidatos hombres, y una candidatura de género no binario); reafirmando el mandato constitucional de los arts. 37 y 75.23 de la CN. Bajo esta perspectiva de la igualdad, el “costo” que genera –en lo inmediato– la aplicación de una regla binarista, frente a la inclusión de candidaturas de personas no binarias, es absorbido por el grupo que no es el destinatario específico de las medidas positivas, cuya adopción prescriben las citadas cláusulas constitucionales.

Debemos reiterar que este principio de solución se propone para controversias que pueden presentarse en lo inmediato, por el vacío normativo de una ley con enfoque binarista, y donde no se ha legislado todavía un cupo a favor del grupo LGBTI. Por lo que, de momento, la inclusión de personas de género “trans” “neutro” u otro no binario dependerá de una política inclusiva o decisión de las agrupaciones electorales.

**F. POSIBLES SOLUCIONES DESDE UNA PERSPECTIVA FORMAL DE LA IGUALDAD**

Por el contrario, cabe preguntarnos, siguiendo el ejemplo propuesto, a qué solución se arribaría desde una perspectiva formal de la igualdad,

entendida como *no discriminación*. Es decir, una mirada que considere a cualquier trato formal diferenciado a favor de un grupo, en razón de un criterio moralmente irrelevante como el género, como una categoría sospechosa de discriminación. Al respecto, es difícil imaginar una solución de igualdad formal a este problema, en el contexto normativo de una regla de paridad binaria que no contempló la posible inclusión de personas de género no binario. Puesto que, como se señaló anteriormente, la aplicación de su enfoque bidireccional a este problema, en uno u otro sentido, genera un costo para alguno de los géneros tradicionales, ya sea en cantidad de lugares o en orden de prelación.

Lo que podría ofrecer una perspectiva formal de la igualdad es un trato neutral de la norma. Es decir que ese perjuicio no se resuelva de antemano y preferentemente a favor de un grupo en particular, en razón de su género, sino que aquel se genere aleatoriamente, en función de la candidatura que marca el inicio de la alternancia de géneros, y la posición que ocupe la persona de género no binario. Así, si observamos las tablas 1 y 2 del apartado anterior, vemos que el costo recae en uno u otro género binario, dependiendo de quien la encabece. Por lo que un principio de no discriminación podría ordenar que se reanude el intercalado de candidaturas binarias, tomando en cuenta la inmediata anterior a la persona de género no binario. O en su caso, el inicio de esa alternancia, a continuación de una cabeza de lista no binaria, quedando a elección del partido iniciar el intercalado, indistintamente, con un hombre o una mujer. Es decir, sin establecer a priori una solución o trato preferencial a favor de ninguno de los dos, como sí propiciaría la perspectiva de *no sometimiento*.

#### **G. POSIBLES SOLUCIONES LEGISLATIVAS**

Así como en el contexto normativo actual, acudimos a estos principios para pensar una solución a eventuales controversias judiciales, sus perspectivas también pueden guiar eventuales reformas legislativas que se propongan adaptar la legislación a un esquema de géneros que supere la concepción binaria. En este sentido, los principios que orientan las distintas soluciones que planteamos precedentemente podrían ayudar en la adopción de reglas de solución, objetivadas dentro de las normas

de cupo o paridad. De este modo, se buscaría armonizar la ampliación del derecho a la identidad de género con este mecanismo.

O, yendo más lejos, podrían encaminar el diseño de una norma que legisle una acción afirmativa a favor del colectivo LGBTI, o específicamente, para las personas trans, como grupo tradicionalmente postergado en el acceso a los espacios de representación política. Al respecto, cabe recordar que la Corte IDH se ha referido al contexto relacionado con los derechos de las minorías LGBTI, para la tutela efectiva de los derechos de estas personas que han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales.<sup>54</sup>

Dicha acción podría prescribir la inclusión de una persona de aquel colectivo en los primeros 3 lugares, o bien una cuota o cupo determinado, con posiciones que aseguren oportunidades reales de acceso (siguiendo el esquema de la reglamentación de la anterior ley de cupo femenino). Ahora bien, dentro de este grupo, podrían encontrarse personas identificadas con los géneros masculino y femenino, en cuyo caso, la cuota podría cubrirse respetando la alternancia de varones y mujeres que prescribe la ley de paridad de género. Sin embargo, en un esquema de ampliación del derecho a la identidad de género podrían incluirse personas identificadas con géneros no binarios. Por lo que las directrices explicadas en los acápites anteriores servirían para diseñar reglas que permitan ordenar las listas, armonizando este nuevo cupo con la regla de paridad, mediante un criterio que resuelva el costo mencionado anteriormente.

Como hemos señalado, una perspectiva de igualdad como *no sometimiento* dará una regla que resuelva aquel costo a favor de los grupos vulnerables (en este caso, las mujeres y el colectivo LGBTI). Mientras que la perspectiva *formal* procurará sancionar una regla con la mayor ecuanimidad posible frente a los distintos géneros.

#### IV. OPINIÓN Y CONCLUSIÓN FINAL

Habiendo detectado la ausencia de previsión normativa en la regla de paridad electoral para eventuales postulaciones de personas con género no binario o género neutro, nos propusimos explorar posibles soluciones

<sup>54</sup> Opinión Consultiva OC-24/17, *op. cit.*, párr. 333, 192, y 225.



a la cuestión. Para lo cual repasamos el avance e historia de las medidas afirmativas tomadas en materia de igualdad de género electoral; así como su interpretación y aplicación jurisprudencial y doctrinal. En todos los casos, tomamos como directrices, para estudiar y dilucidar esta cuestión, las dos perspectivas de igualdad que explicamos en acápite anteriores.

Por nuestra parte, en lo que atañe tanto a la resolución de eventuales controversias judiciales que se presenten en lo inmediato, con la regla jurídica actual, como a las futuras reformas legislativas, adscribimos a las soluciones promovidas desde la perspectiva del *no sometimiento*. Pues si bien es cierto que el principio de igualdad formal no admite distinciones de derechos sobre criterios moralmente irrelevantes (como el género), dicha irrelevancia se verifica, en rigor, bajo condiciones de igualdad real. En cambio, en un contexto de desigualdades estructurales, los criterios irrelevantes se vuelven significativos para corregir aquellos desequilibrios, mediante acciones de tutela preferencial. Por lo tanto, no debe plantearse un conflicto entre ambos principios, ya que superar las condiciones de inequidad e injusticia es el norte de las acciones afirmativas. Su éxito implicará un estado igualitario de goce efectivo de derechos, en el que esos criterios vuelvan a ser moralmente irrelevantes.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁBALOS, María Gabriela, "Acciones positivas y cupo femenino. Interpretación constitucional y convencional", en *La Ley* 2018-A-869, del 7-2-2018, acápite II.2.
- BASTERRA, Marcela I., *Avances y desafíos de los derechos de género: evaluación de las acciones positivas*, en J. A. del 13-6-2018, p. 1, acápite IV.3.
- "El principio de igualdad y la elección del apellido de los hijos en el nuevo Código Civil", en *Revista Código Civil y Comercial*, nro. 2, La Ley, Ciudad de Buenos Aires, agosto de 2015.
- FISS, Owen, *Una comunidad de iguales*, Madrid, Miño y Dávila editores, 2002.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 4ª ed., t. I, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PAUTASSI, Laura, "La igualdad en espera: el enfoque de género", en *Lecciones y Ensayos*, nro. 89, 2012.
- PIOMBO, Horacio J. J., "Binarismo, demografía y representatividad. La constitucionalidad de la Ley de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política", en *RDA* 2018-119, del 5-10-2018, 1045, apartado II.

EL DESAFÍO DEL GÉNERO NEUTRO PARA LAS NORMAS DE PARIDAD ELECTORAL: UN TÓPICO DE INVESTIGACIÓN EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UBA

MA. ALEJANDRA PERÍCOLA – GONZALO LINARES – SANTIAGO LAUHIRAT

ROJAS AMANDI, Víctor, “El concepto de Derecho de Ronald Dworkin”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nro. 246, 2006, pp. 355-412.

SABSAY, Daniel A., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

SALDIVIA MENAJOVSKY, Laura, *Subordinaciones invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*, Buenos Aires, Ediciones UNGS, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2017.

TREACY, Guillermo F., “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Lecciones y Ensayos*, nro. 89, 2011.

ZAYAT, Demián, “El principio de Igualdad. Razonabilidad, Categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado”, en RIVERA (h), Julio César y otros (comps.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, 1ª ed., t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014.

Fecha de recepción: 3-6-2019.

Fecha de aceptación: 23-12-2019.