

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la igualdad.



Las ideas expuestas en este documento son de exclusiva responsabilidad de las personas autoras y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al IIDH.

Equipo productor del documento:

*Isabel Torres
Oficial de Programa Derechos Humanos de las Mujeres
Departamento Entidades de la Sociedad Civil
Coordinación Académica*

*Rocío Villanueva Flores
Autora*

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel. (506) 234-0404 Fax (506) 234-0955
e-mail: derechos.mujeres@iagh.ed.cr
<http://www.iagh.ed.cr>
<http://www.iagh.ed.cr/comunidades/DerechosMujer>

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) –desde el año 2002 y con el auspicio de USAID-, desarrolla el proyecto “Promoviendo una cultura de inclusión”, en el marco de un programa focalizado en la construcción de democracias más inclusivas y transparentes en América Latina para la protección efectiva de los derechos humanos.

El proyecto se propone incentivar la promoción de una cultura de inclusión, con el fin de favorecer el ejercicio activo de los derechos humanos en condiciones de mayor igualdad, particularmente para las mujeres, los pueblos indígenas y la población afrodescendiente.

En el ámbito de los derechos políticos y de su goce y ejercicio pleno por parte de las mujeres, 11 países de la región cuentan con acciones afirmativas, expresadas en las cuotas mínimas de participación política de las mujeres. Adicionalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha conocido y resuelto dos casos en la materia. Con el fin de divulgar la jurisprudencia nacional e internacional generada en relación a las acciones afirmativas y el mecanismo de cuotas, se pone a disposición los resultados de una investigación al respecto.

Esperamos que los hallazgos de esta investigación contribuyan a facilitar el aprendizaje y el conocimiento, de utilidad para experiencias similares en otros países de América Latina.

Gilda Pacheco
Directora del Departamento
Entidades de la Sociedad Civil

Isabel Torres
Oficial del Programa
Derechos Humanos de las Mujeres

El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la igualdad

Rocío Villanueva Flores¹

Introducción

Entre los noventas y el 2000 diversos países en América Latina han introducido medidas para promover la participación política de las mujeres, habida cuenta del reducido número de ellas en los cargos públicos de más alto nivel. Argentina (1991), Bolivia (1997), Brasil (1997), Colombia (2000), Costa Rica (1996), Ecuador (1997), Honduras (2000), México (1996), Panamá (1997), Paraguay (1996), Perú (1997), República Dominicana (1997) y Venezuela (1998), tiene leyes de cuotas de entre 20% y 40%, que buscan garantizar la presencia de mujeres en el ámbito público, principalmente en los parlamentos.²

El enfoque de género contribuye a explicar por qué hay considerablemente menos mujeres que hombres en tales cargos, pues ello tiene que ver con prácticas culturales que han excluido a las mujeres de determinadas actividades o responsabilidades. Como se sabe la categoría género pone de manifiesto que una cosa son las diferencias biológicamente dadas y otra las implicancias que culturalmente se asigna a esas diferencias.³

Las características humanas consideradas “femeninas” y “masculinas” son adquiridas por las personas mediante un complejo proceso individual y social, en el que, entre otros, se les asignan distintos roles, espacios y atributos, a partir del sexo. Tradicionalmente, las labores domésticas, el espacio de la casa, el cuidado de la familia han sido asignados a las mujeres; mientras que el trabajo remunerado y la política han sido actividades socialmente asignadas a los hombres. Los estudios han permitido constatar que en las relaciones entre hombres y mujeres, las mujeres han estado sistemáticamente subordinadas,⁴ y que todo lo que se identifica con lo femenino ha tendido a ser subvalorado.⁵

¹ Abogada peruana, graduada en la Pontificia Universidad Católica de Perú. Diploma de Especialización en derechos humanos en la Universidad Complutense de Madrid. Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España; fue profesora de Teoría jurídica en dicha universidad. Actualmente es profesora de Filosofía del Derecho y de Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Pontificia Universidad Católica de Perú. Ha sido Defensora Adjunta para los Derechos de la Mujer y Defensora Adjunta para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo de Perú. Actualmente es consultora del UNFPA e integrante de la Comisión de Alto Nivel de Salud Reproductiva del Colegio Médico del Perú.

² Véase RÍOS TOBAR, Marcela, *Representación política de las mujeres. ¿Por qué los números sí importan?*, FLACSO, Chile, enero, 2007, p. 18. A diferencia de los otros países Colombia tiene cuotas para garantizar la presencia de las mujeres en el Poder Ejecutivo

³ Véase VILLANUEVA FLORES, Rocío, “Género y justicia constitucional en América Latina”, en *Género y derecho constitucional*, Fernando Flores Jiménez (coordinador), Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador N° 2, Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, pp. 37-39.

⁴ MOSER, Caroline, “La planificación de género en el tercer mundo: enfrentando las necesidades prácticas y estratégicas de género”, en *Género y Desarrollo, Materiales de Enseñanza*, Programa de Estudios de Género, Facultad de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 8-9.

⁵ RUIZ BRAVO, Patricia, “Una aproximación al concepto de género”, en *Sobre género, derecho y discriminación*, Pontificia Universidad Católica del Perú – Defensoría del Pueblo, Lima, 1998, p. 143. Patricia

En ese sentido, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (Comité CEDAW) ha sostenido que “las esferas pública y privada de la actividad humana siempre se han considerado distintas y se han reglamentado en consecuencia. Invariablemente, se han asignado a la mujer funciones en la esfera privada o doméstica vinculadas con la procreación y la crianza de los hijos mientras que en todas las sociedades estas actividades se han tratado como inferiores. En cambio, la vida pública, que goza de respeto y prestigio, abarca una amplia gama de actividades fuera de la esfera privada y doméstica. Históricamente, el hombre ha dominado la vida pública y a la vez ha ejercido el poder hasta circunscribir y subordinar a la mujer al ámbito privado.”⁶

Por ello, la mayor presencia de hombres en los Parlamentos o que haya más presidentes o ministros varones, por poner sólo algunos ejemplos, no se explica por la mayor capacidad de los hombres sino por el hecho de que la vida pública ha sido social y culturalmente reservada a los varones. Incluso, en la actualidad, las mujeres que trabajan fuera del hogar siguen siendo las principales responsables de resolver los problemas vinculados al ámbito doméstico.

La medida más frecuente en América Latina para corregir la situación de desigualdad en la política han sido las cuotas de mujeres en las listas electorales. Como las cuotas también cuestionan ideas profundamente arraigadas sobre el papel de las mujeres en la sociedad, su aplicación no ha estado exenta de problemas. En primer lugar, ha sido un lugar común que sus detractores esgriman que las cuotas vulneran el principio de igualdad. En segundo lugar, una vez aprobadas las leyes electorales, en ocasiones, los partidos políticos las han incumplido, o los propios tribunales y jurados electorales las han aplicado de una manera cuestionablemente restrictiva o simplemente las han ignorado.⁷ Dos de estos casos fueron admitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Uno de ellos culminó con una solución amistosa (María Merciadri vs Argentina) y el otro probablemente acabe de la misma forma (Janet Espinoza Feria y otras vs Perú).

Los casos María Merciadri vs Argentina así como Janet Espinoza Feria y otras vs Perú son interesantes porque evidencian las barreras para la participación política de las mujeres, y porque permitieron establecer que la CIDH es competente para conocer las presuntas violaciones a los derechos de las mujeres ante el incumplimiento de normas sobre cuotas electorales. En ambos, se alegó la vulneración de derechos reconocidos en la Convención

Oliart ha afirmado que “la baja autoestima de las mujeres y la pobre valoración que los hombres adultos tienen de ellas son hechos fácilmente observables, a pesar de lo activas que ellas son, y de la enorme cantidad de problemas que son capaces de resolver”, véase OLIART, Patricia, “Candidato de oro fino, llavecita filigrana... Discriminación social y autoestima femenina en las clases populares”, en Género en los Andes, Materiales de Enseñanza, Programa de Estudios de Género, Facultad de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 99.

⁶ Recomendación General N° 23, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 16° período de sesiones, 1997, U.N. Doc. A/52/38, párrafo 8.

⁷ Véase, VILLANUEVA FLORES, Rocío, “Participación política de las mujeres: ¿favor, mérito o ejercicio de un derecho? El camino de las cuotas en América Latina”, en Debate Defensorial N° 2, 1999/2000, Revista de la Defensoría del Pueblo, Lima, 2000, págs. 37-60. Véase también GOYES, Solanda, Ecuador. Cumplimiento parcial de la Ley de Cuotas, www.unifemandina.org/un_archivos.

Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), principalmente, los derechos a la igualdad, no discriminación y participación política, regulados en los artículos 1.1, 23º y 24º de la referida Convención:

Artículo 1º. Obligación de respetar los derechos.

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 23: Derechos políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Artículo 24.- Igualdad ante la ley.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Como ocurre con varios textos constitucionales, no hay en la Convención Americana ninguna disposición que regule expresamente las medidas de acción afirmativa. Por ello, el presente trabajo tiene por objeto exponer los argumentos sobre la compatibilidad de las acciones afirmativas, y en especial de las cuotas para promover la participación política de mujeres, con el principio de igualdad, así como presentar los dos casos mencionados a partir de los cuales la CIDH estableció que era competente para conocer presuntas violaciones a los citados derechos, que habían tenido su origen en el incumplimiento de disposiciones sobre cuotas electorales.

1. El principio de la igualdad y el mandato de no discriminación

Es evidente que la naturaleza ha hecho seres humanos diferentes pues los hay altos, bajos, rubios, mestizos, más saludables, menos saludables, etc. En esa medida se afirma que la idea de igualdad es un constructo, un artificio frente a la desigualdad natural,⁸ que parte

⁸ DE LUCAS, Javier. “La igualdad ante la ley”, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Tomo II. El derecho y la justicia, edición a cargo de Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta. Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Boletín Oficial del Estado, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 493.

precisamente de la diversidad, es decir de aquella situación de hecho en la que hay en parte igualdad y en parte diferencias.⁹

González Amuchastegui señala que proclamar que todos somos iguales ante la ley implica tres diferentes exigencias: la primera, el reconocimiento universal de que todos los seres humanos somos sujetos de derecho, la segunda, la superación de la pluralidad de sistemas jurídicos a partir del estatus social, y la tercera, la consideración de que las normas jurídicas deben ir a clases de individuos y no a individuos particulares.¹⁰

Sin embargo, es un error pensar que la igualdad ante ley exige que ésta sea absolutamente ciega ante las diferencias existentes entre los seres humanos. Por ello, Francisco Laporta sostiene que, de acuerdo al principio de igualdad, los seres humanos deben ser tratados como iguales, *a menos que haya criterios relevantes para un tratamiento diferenciado*.¹¹

Según Laporta el principio de igualdad ataña “al conjunto de condiciones que, en relación con los individuos, la norma estatuye para adjudicar consecuencias. Es el contenido de esas condiciones lo que determina el carácter igual o desigual de la norma”.¹² La igualdad no tiene que ver con el número de seleccionados por la ley, sino con los criterios de selección: “sea cual sea el número de seleccionados o clasificados en virtud de las condiciones de aplicación de la norma, si la determinación obedece a un criterio admitido por el principio de igualdad, entonces la norma es igualitaria”.¹³

Por lo tanto, el principio de igualdad trata precisamente de determinar en qué circunstancias están justificadas las diferencias en el tratamiento normativo y en cuáles no. Como se ha afirmado, el cometido de la igualdad “consiste precisamente en establecer cuándo, cómo y por qué hay que equiparar o diferenciar en el trato a las personas, conductas o situaciones”.¹⁴ Lo que prohíbe el principio de igualdad es hacer distinciones basadas en criterios irrazonables, es decir que no tengan justificación.¹⁵ Justificar el tratamiento

⁹ Ibid, p. 493.

¹⁰ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, Autonomía. Una teoría de los derechos humanos, tirant lo blanch alternativa, Valencia, 2004, p. 219. Alfonso Ruiz Miguel distingue entre la igualdad en la ley (ante la ley) y la igualdad en la aplicación de la ley. Esta última supone que casos similares sean también resueltos de manera similar, lo que no es incompatible con el cambio de criterio judicial, siempre que venga justificado por el órgano judicial en cuestión, véase RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Doxa N° 19, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante 1996, pp.69-75.

¹¹ LAPORTA, Francisco. “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, en Sistema N° 67, pp. 3-31. La Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que “(...) el principio de igualdad no establece una igualdad mecánica ni automática. La Corte interpreta así el principio de igualdad de forma que incluye no sólo la orden de tratar igual a los iguales sino también la de tratar desigualmente a los desiguales, lo que exige se respondan tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterios?”, Sentencia C- 673/01, fundamento 7. Véase también la Sentencia C-507/04, fundamento 6.1.1.

¹² Ibid., pp. 10-11.

¹³ Ibid, p. 11.

¹⁴ DE LUCAS, Javier, “La igualdad ante la ley”, op. cit., p. 495.

¹⁵ CALSAMIGLIA, Albert. “Sobre el principio de igualdad”, en MUGUERZA, Javier y otros, El fundamento de los derechos humanos, Debate, Madrid, 1989, p. 102. Véase también la Opinión Consultiva 4/84, párrafo 56, y la Opinión Consultiva 18/03, párrafos 90 y 91, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf y www.acnur.org/biblioteca/pdf/2351.pdf, respectivamente.

diferenciado es uno de los problemas que plantea la igualdad,¹⁶ por ello se habla de la paradoja existente entre el principio de igualdad ante la ley y la potestad legislativa de clasificar.¹⁷

En cambio, si no existen criterios que justifiquen un tratamiento diferenciado, la igualdad exige no discriminar a los individuos, “es decir; no adscribir derechos y deberes en función de la presencia o no de determinados rasgos de las personas que consideramos irrelevantes”.¹⁸ La exigencia de no discriminación equipara, esto es, cancela diferencias.¹⁹

1.1. La discriminación directa e indirecta

La discriminación puede ser directa o indirecta. Tratándose de la discriminación por razón de sexo, la primera se presenta cuando se establece un tratamiento diferenciado, injustificado y desfavorable. Este tipo de discriminación no debería existir en la legislación de los países que cuentan con Constituciones que garantizan en principio de igualdad y prohíben la discriminación. Sin embargo, un ejemplo de discriminación directa se encuentra en el artículo 1749º del Código Civil chileno, que señala que: “El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer (...)²⁰”.

La Corte Constitucional de Colombia ha explicado la presencia de este tipo de disposiciones, de la siguiente manera:

“Ahora bien, el sometimiento de la mujer a la voluntad del hombre no solamente estaba reflejada en el ámbito familiar, cultural y social, sino que irradió el campo del derecho y, en ese sentido, las instituciones jurídicas reflejaron ese estado de cosas con la expedición de leyes que reforzaban la práctica de la discriminación de la mujer, aunque valga aclarar, también el legislador en un proceso de superar esa histórica discriminación, ha adoptado medidas legislativas tendientes a mermar los efectos de las situaciones de inferioridad y desventaja que sometían a las mujeres”.²¹

¹⁶ LAPORTA, Francisco. “Problemas de la igualdad”, en El concepto de igualdad, VALCÁRCEL, Amelia (comp.), Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, p. 68.

¹⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando, El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 49.

¹⁸ GONZÁLES AMUCHASTEGUI, J., Autonomía, dignidad y ciudadanía, op. cit., pp. 220-221.

¹⁹ Ibid., p. 221.

²⁰ Al respecto véase el Informe 59/03, Petición 071/01 de la CIDH (Sonia Arce vs. Chile), www1.umn.edu/humanrts/cases/S59-03.html.

²¹ Sentencia C-101/05 de la Corte Constitucional de Colombia, fundamento 3.2. El caso de María Eugenia Morales de Sierra, a propósito del cual la CIDH se pronunció sobre la igualdad de derechos dentro del matrimonio, también es uno de discriminación directa. En esa oportunidad la CIDH afirmó que “el hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia *de jure* para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación *de facto* contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia, véase el Informe de Fondo N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala, 19 de enero de 2001, www.cidh.org/women/Guatemala11.625.htm

Por su parte, la discriminación indirecta se presenta en “tratamientos formalmente no discriminatorios de los que se derivan, por las consecuencias fácticas que tienen lugar entre personas de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales”²² María Vittoria Ballestrero afirma que a diferencia de la discriminación directa basada en la igualdad formal entre las personas, la discriminación indirecta “hunde sus raíces en una concepción sustantiva de la igualdad”²³ Medidas neutrales, es decir, que no consideran factores diferenciadores, pueden producir desigualdades para unas personas frente a otras. Un ejemplo que la mencionada autora propone es la exigencia de una estatura mínima para el acceso a un determinado puesto de trabajo, pues la estatura media de las mujeres suele ser menor al mínimo “neutro” establecido.²⁴

Por ello, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), señala en su artículo 1º lo siguiente:

“A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará 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 de la mujer-, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.²⁵

Respecto de la discriminación directa, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos ha desarrollado la teoría de “los criterios sospechosos” o las “categorías prohibidas de clasificación”, para determinar qué tipo de clasificaciones son inconstitucionales y por lo tanto violatorias de la cláusula de “la igual protección de las leyes”, recogida en la Enmienda XIV de la Constitución americana. Para ello, ha establecido tres niveles de escrutinio, cuyo rigor es proporcional a lo “sospechoso” del criterio utilizado. El primer test (traditional test) se usa principalmente para las regulaciones en materia económica y social, y está caracterizado por una extrema deferencia judicial hacia el legislador. La clasificación es aceptada, y por tanto, se presume constitucional cuando está razonablemente relacionada con un interés legítimo del Estado, en otras palabras, debe servir para cumplir un objetivo gubernamental. Éste es el test de menor rigurosidad y se denomina “revisión de bases racionales”.²⁶

²² Sentencia del Tribunal Constitucional español 145/1991.

²³ BALLESTRERO, María Vittoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, en Doxa N° 19, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1996, p. 98.

²⁴ Este ejemplo lo extrae de la Sentencia N° 163/1993 de la Corte Constitucional de Italia, véase <http://www.cortecostituzionale.it/ita/attivitacorte/pronunceemassime/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=330&iPag=9889>

²⁵ Una definición semejante es la del artículo 1º de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Sobre la distinción entre la discriminación directa e indirecta también véase Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 2006, párrafos 89 y ss, pp. 40 y ss.

²⁶ SAGÜÉS, María Sofía, “Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución, 2, 2004, julio-diciembre, Editorial Porrúa México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, p. 213.

Un test intermedio (intermediate test) se aplica cuando se diferencia a sectores o grupos “cuasi sospechosos”, empleándose categorías sensibles, como el sexo, la condición de discapacidad o la edad. Estas clasificaciones son apoyadas cuando están sustancialmente relacionadas a un objetivo importante del gobierno.

Se aplica un test más estricto (strict scrutiny test) cuando la ley discrimina a un sector o grupo utilizando categorías “sospechosas”, como la raza. Estas clasificaciones son apoyadas sólo si se establece que son necesarias para promover un interés o fin primordial (compelling interest), y no cualquier objetivo gubernamental permisible. Una clasificación de este tipo es considerada necesaria cuando no hay otra alternativa o un medio menos gravoso para cumplir el interés o fin primordial.²⁷

Ampliando la teoría desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, la Corte Constitucional de Colombia sostiene que en el derecho constitucional contemporáneo se consideran criterios sospechosos de clasificación, aquellas categorías que:

“(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales”.²⁸

En la Sentencia C-112-00 la mencionada Corte recordó que:

(iv) “en otras decisiones esta corporación ha también indicado que los criterios indicados en el artículo 13 deben también ser considerados sospechosos, no sólo por cuanto se encuentran explícitamente señalados en el texto constitucional, sino también porque han estado históricamente asimilados a prácticas discriminatorias”.²⁹

²⁷ Sobre las categorías que podrían considerarse sospechosas y sensibles en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, véase RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, op. cit., p. 62, en especial la nota a pie de página 42.

²⁸ Sentencia C-481-98, fundamento 17. En esta sentencia la Corte Constitucional de Colombia estableció que todo trato diferente fundado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto. La citada Corte sostuvo que las personas homosexuales gozan de una doble protección constitucional. Así, si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, como lo sostienen algunas investigaciones, entonces la marginación de los homosexuales es discriminatoria y violatoria de la igualdad, pues equivale a una segregación por razón del sexo (CP art. 13). Por el contrario, si la preferencia sexual es asumida libremente por la persona, como lo sostienen otros enfoques, entonces esa escogencia se encuentra protegida como un elemento esencial de su autonomía, su intimidad y, en particular, de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16), fundamento 24.

²⁹ Sentencia C-112-00, fundamento 7. Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido tres niveles de intensidad en la intervención de la igualdad, entendiendo por intervención la restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. De esta forma, ha señalado que “una intervención es de *intensidad grave* cuando la discriminación se sustenta en alguno de los

Además, la Corte Constitucional ha sostenido que estas clasificaciones se presumen inconstitucionales.³⁰ En cuanto al sexo, dicha corporación ha afirmado que:

“A manera de conclusión se puede decir que la prohibición de discriminación por razón de sexo, sugiere una presunción de inconstitucionalidad de las normas que utilizan como criterio diferenciador el género en la adjudicación de protección jurídica. No obstante, al paso de lo anterior, el carácter de grupo marginado o discriminado del colectivo de las mujeres abre la posibilidad, para que el legislador utilice el criterio del género como elemento de distinción para protegerlas eficazmente”³¹

En los casos a los que se refieren los “criterios sospechosos” las diferencias suelen generar desigualdad.

2. Las acciones afirmativas y la igualdad sustancial

La igualdad ante la ley no tiene por objeto acabar con la diversidad, más bien hacerla realmente posible para que no signifique discriminación injustificada o desigualdad inadmisible.³² Las acciones afirmativas, también llamadas acciones positivas, pretenden corregir desigualdades que afectan a las personas por su situación o pertenencia al grupo.³³ Este tipo de acciones “se dirigen a restañar los efectos de desigualdades previas, duraderas y que afectan a los individuos que pertenecen a determinados colectivos que, por ciertas características, padecen históricamente una situación de gran desventaja”.³⁴

En el caso de las acciones afirmativas se trata de políticas de diferenciación para la igualdad, que buscan eliminar las desigualdades de hecho así como las consecuencias de la

motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional. Una intervención es de *intensidad media* cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo. Una intervención es de *intensidad leve* cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo; véase Sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 29 de octubre de 2005 (Exp. N.º 045-2004-PI/TC), 4. Estructura del principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad.

³⁰ Sentencia C-112-00 de la Corte Constitucional de Colombia, fundamento 11.

³¹ Sentencia C-534/05 de la Corte Constitucional de Colombia, fundamento 29.

³² DE LUCAS, J. “La igualdad ante la ley”, op. cit., p. 497. Ferrajoli plantea el modelo “de igual valoración de las diferencias”, en virtud del cual el sistema jurídico no debe ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, sino garantizar “a todos su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales”, véase FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp. 75-76.

³³ María Vittoria Ballesterro, aclara que las mujeres no constituyen un grupo ya que su presencia está diseminada en el seno del grupo dominante y de los grupos minoritarios, “Acciones positivas. Punto y aparte”, op. cit., p. 92.

³⁴ DE LUCAS, J., “La igualdad ante la ley”, op. cit., p. 497.

discriminación,³⁵ estableciendo tratos favorables o privilegiados. Ejemplos de estas medidas son las subvenciones para la contratación laboral de los jóvenes, las becas de enseñanza para familias de escasos recursos o el fomento de cursos de especialización para mujeres.³⁶ Las acciones afirmativas tienen por objeto alcanzar la igualdad sustancial, real o material. Textos constitucionales como el colombiano y español hacen referencia expresa a la igualdad sustancial,³⁷ aunque el hecho de que otras constituciones no lo hagan expresamente no significa que el principio de igualdad sustancial no pueda sustentarse.³⁸

Las acciones afirmativas tienen sentido pues el reconocimiento del derecho igual sin discriminación de sexo no ha conseguido eliminar la prolongación de los efectos de la exclusión.³⁹ Por ello, la CIDH sostiene que:

“El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho”⁴⁰

³⁵ FAÚNDEZ, Julio, *Acciones positivas en el empleo y la ocupación. Perspectivas internacionales*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2000, p. 17.

³⁶ RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, en Doxa N° 19, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1996, p. 126.

³⁷ El artículo 9. 2 de la Constitución española establece que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Por su parte, el artículo 13 de la Carta colombiana señala que “(..) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (...)”.

³⁸ Sobre principios constitucionales no expresos véase GUASTINI Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, primera reimpresión, México, D.F., pp. 2003, 137-142 y PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 141-146 y 159-162.

³⁹ BALLESTRERO, M. V., “Acciones positivas. Punto y aparte”, op. cit., p. 92.

⁴⁰ Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, op. cit., párrafo 99, p. 43. Debe recordarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”, véase la Opinión Consultiva N° 16/99, párrafo 119, www.derhumanos.com.ar/Opiniones%20consultivas/opinion%20consultiva%202016.htm - 286k. Por parte, la CIDH ha afirmado que “las garantías de protección igual ante la ley y de la ley, establecidas en el artículo 24 de la Convención Americana, y la prohibición de la discriminación estipulada en el artículo 1.1, son esenciales para que los individuos estén habilitados para disfrutar toda la gama de sus derechos y libertades fundamentales. En los casos en que ciertos grupos de la población históricamente han sido objeto de cierta forma de discriminación pública o privada, la existencia de disposiciones legislativas pueden no

Según María José Añón, cuatro son los elementos de las acciones afirmativas. En primer lugar, debe presentarse una situación de desigualdad, desventaja o inferioridad, por motivos, sociales, culturales o económicos, que hace que determinadas personas tengan menos oportunidades que otras. En segundo lugar, son medidas que se establecen para quienes se encuentran en la situación anteriormente descrita en razón de su pertenencia a un grupo. En tercer lugar, las medidas de acción afirmativa son contextuales y por ello dependen de las circunstancias y del caso. En cuarto lugar, tales medidas tienen carácter temporal.⁴¹

El artículo 4º.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer regula expresamente las acciones afirmativas, estableciendo 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 considerará discriminatoria en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.”

Por otro lado, varias Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) así como Recomendaciones Generales del Comité CEDAW, de Naciones Unidas, se refieren a las acciones afirmativas. Ello reviste especial importancia pues estos comités supervisan el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como de la CEDAW, respectivamente, además de interpretar sus disposiciones. La interpretación que realizan estos comités constituye un criterio hermenéutico importante para establecer el sentido de

bastar como mecanismo para asegurar su igualdad en la sociedad. El derecho a igual protección de la ley y a ser iguales ante la ley también puede exigir la adopción de medidas positivas para establecer la protección contra un tratamiento discriminatorio en los sectores público y privado. Por ejemplo, quizás sea necesario adoptar medidas positivas para asegurar la igualdad de tratamiento en las esferas pública y privada de la educación y el empleo”, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 10 rev 1, cap. 10, 24 de abril de 1997.

⁴¹ AÑÓN, María José, Igualdad, diferencias y desigualdades, Fontamara, México, 2001, D.F., p. 50. Sobre el carácter temporal de las acciones afirmativas también se ha pronunciado la CIDH, véase Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, III, Consideraciones de derecho, C. Análisis, véase <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/capitulo6a.htm>. Sobre acciones afirmativas, en el caso español véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 128/87, 19/1989, 216/1991, 28/1992, 229/1992, 3/93 y 16/95. La sentencia 128/87 distinguió entre las medidas tradicionales protectoras que reproducen esquemas discriminatorios, como por ejemplo la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, de aquellas medidas que están dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existente, es decir acciones afirmativas (fundamentos jurídicos 6 y 7). Esta última sentencia también estableció que tales medidas dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existente debían someterse a revisión periódica para comprobar la pervivencia de la previa discriminación (fundamentos jurídicos 7 y 8).

las disposiciones constitucionales en los países que han ratificado los mencionados instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.⁴²

De esta forma, por ejemplo, la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos establece que:

“El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”.⁴³

Adicionalmente, el Comité CEDAW ha recomendado “que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”.⁴⁴

⁴² En el caso peruano el Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) la interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...)”, véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional en los Expedientes N° 217-2002-HC/TC y N° 218-2002-HC/TC.

⁴³ Observación General N° 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989) párrafo 10. Véanse además la Observación General N° 4, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos, 13º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 141 (1981), párrafo 2; la Observación General N° 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996), párrafo 23 y la Observación General N° 28 Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), párrafo 3. Sobre acciones afirmativas véase también el Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, N.U. Doc A/CONF.177/20 (1995) Capítulo IV, sección B, objetivo estratégico B.4, acción 83 f) y sección G, objetivo estratégico G.1, acciones 190 a) y b). En el caso del Comité DESC véanse las Observaciones Generales N° 4, párrafo 8 e), N° 5, párrafos 9 y 18 y N° 6, párrafo 18, www.oacnudh.org.gt/.../KIT%20INSTRUMENTOS%20INTERNACIONALES/2%20DESC/2.5%20Observaciones%20Generales.pdf

⁴⁴ Recomendación General N° 5, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Séptimo período de sesiones de 1988, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 73 (1994). Véanse también la Recomendación General N° 8, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Séptimo período de sesiones, 1988, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 75 (1994); la Recomendación General N° 23, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, op. cit. párrafos 15, 29, 33 y 43; y la Recomendación General N° 25, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 30º período de sesiones, 2004, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 319.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha señalado que las medidas de acción afirmativa en el ámbito político son compatibles con los principios de igualdad y no discriminación:

“(...) Tampoco es cierto que las leyes y políticas neutrales en materia de género necesariamente producen resultados neutrales en materia de género. En consecuencia, los instrumentos y las políticas adoptados tanto a nivel regional como universal requieren de la adopción de medidas especiales, cuando sea necesario, para promover la igualdad de acceso de la mujer a la participación en la vida pública. (...) En consecuencia, en los casos en que la discriminación de derecho o de hecho restringe el pleno ejercicio por parte de la mujer de su derecho de participar en el gobierno y en los asuntos públicos de su país, se debe responder a esa inconformidad con acciones concretas. Una de las formas concretas en que se puede cumplir con el deber de respetar y garantizar los derechos controvertidos es a través de la adopción de medidas de acción afirmativa para promover la participación de la mujer en esta esfera.

La manera en que se persigue y lleva a cabo este objetivo de promover la igualdad de acceso de la mujer a la participación política es, en primera instancia, necesariamente una función de la legislación y la formulación de políticas a nivel nacional y está integralmente relacionada con la situación y la historia específicas del país.⁴⁵

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia también se ha pronunciado sobre las acciones afirmativas, señalando lo siguiente:

“En efecto, la Constitución, con el fin de lograr que la igualdad sea real y efectiva, autoriza las acciones afirmativas en favor de grupos discriminados o marginados, o de personas que se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta (...). Ésa es la esencia de las acciones afirmativas, que tiene expreso sustento constitucional, pues mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a

⁴⁵ Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, III. Consideraciones de derecho, C. Análisis, op. cit. También véase el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas, en el que “(...) de acuerdo a los artículos 20º y 24º de la Declaración Americana, y artículo 23 de la Convención Americana, la Comisión insta a los Estados a que continúen y amplíen las medidas para promover la participación de mujeres en los niveles de decisión en el ámbito público, incluidas las medidas positivas. Asimismo que aseguren que las mujeres tengan una representación apropiada en todos los niveles de gobierno, en el orden local, provincial o estatal y nacional; desarrollen estrategias para incrementar la integración de las mujeres en los partidos políticos; y adopten medidas adicionales para incorporar plenamente a los sectores de la sociedad civil, incluyendo aquellos que representen los intereses de las mujeres, en los procesos de desarrollo e implementación de políticas y programas”, V. Recomendaciones, C. Recomendaciones a los estados sobre derechos específicos, en <http://www.cidh.oas.org/women/Mujeres98/Capitulo5.htm>

clasificaciones étnicas o sexuales (...) En tal contexto, si las autoridades recurren a un criterio “sospechoso”, pero para tomar medidas de acción afirmativa, destinadas a reducir la discriminación existente, es obvio que esas disposiciones no pueden estar sometidas al mismo escrutinio judicial que en aquellos eventos en que ese criterio ha sido utilizado para profundizar o perpetuar las desigualdades. Por ello, esta Corporación ha indicado que las acciones afirmativas están sometidas a una prueba intermedia del respeto a la igualdad, en virtud de la cual es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante.⁴⁶

No obstante, hay que tener en cuenta que el Comité CEDAW ha aclarado que “no todas las medidas que puedan ser o que serán favorables a las mujeres son medidas especiales de carácter temporal. El establecimiento de condiciones generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer y la niña y que tengan por objeto asegurar para ellas una vida digna y sin discriminación no pueden ser llamadas medidas especiales de carácter temporal”.⁴⁷

2.1. Discriminación inversa o positiva

La discriminación inversa o positiva es una clase específica de acción afirmativa, a través de la cual se imponen “medidas diferenciadoras directamente encaminadas a privilegiar a determinados grupos minoritarios (o tratados como si fueran una minoría), como puedan ser las concesiones de viviendas a bajo alquiler a colectivos de gitanos”⁴⁸, el establecimiento de una obligación legal para que las empresas públicas contraten a un porcentaje de personas con discapacidad o la fijación de un porcentaje mínimo de mujeres en determinados órganos del Estado. María Vittoria Ballestrero afirma que “el terreno conceptual sobre el que se construye la noción de discriminación indirecta es el mismo que el terreno sobre el que se construye la noción de acción positiva: el terreno de la comparación entre las posiciones de los diversos grupos y del reparto igual de las oportunidades entre los diversos grupos”.⁴⁹

La discriminación inversa “adoptó la forma de cuotas y de tratos preferentes. Mediante las medidas de discriminación inversa, se establece una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas (de trabajo, de puestos electorales, etc.), asignando un número o

⁴⁶ Sentencia C-112-00, fundamento 9. Véanse también las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia C-082 de 1999, fundamento 3; C-445-95, fundamento 17 y C-410 de 1994, consideración c.

⁴⁷ Recomendación General N° 25, op. cit., párrafo 19. Esta misma recomendación señala que las medidas a las que se refiere el artículo 4.2 de la CEDAW son de naturaleza permanente, párrafo 16. Recientemente, el Comité CEDAW ha expresado, respecto al caso peruano, su preocupación por “la falta de comprensión de la diferencia entre medidas especiales temporales orientadas a la aceleración de la igualdad sustantiva, de facto de las mujeres, como se requiere bajo el artículo 4, párrafo 1, de la Convención, y las políticas sociales generales que son adoptadas para implementar la Convención”, Comentarios concluyentes del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Avance de revisión no editada, CEDAW/C/PER/CO/6, 2 de febrero de 2007, párrafo 16.

⁴⁸ RUIZ MIGUEL, A., “Discriminación inversa e igualdad”, op. cit., p. 80.

⁴⁹ BALLESTRERO, M. V., “Acciones positivas. Punto y aparte”, op. cit., p. 99.

porcentaje o atribuyendo puntos o calificaciones especiales para los grupos a los que se quiere favorecer. Las cuotas son la medida genuina de las discriminaciones inversas”.⁵⁰

La discriminación inversa constituye una forma de diferenciación para la igualdad,⁵¹ pues busca corregir desigualdades previas que afectan a las personas que integran determinados colectivos situados históricamente en una situación de desventaja. Sin embargo, estas medidas no comportan los rasgos descalificativos que se asocian a las discriminaciones tradicionales.⁵²

De acuerdo con Alfonso Ruiz Miguel, son dos las características de la discriminación inversa⁵³:

- a. Como su nombre lo indica, la medida correctora es discriminatoria, referida a rasgos especiales como el sexo, la raza, impedimentos físicos, etc. Estos rasgos son transparentes e inmodificables, además de ser considerados por la sociedad de forma negativa y hasta estigmatizadora. Por ello se afirma que son criterios “sospechosos” o potencialmente prohibidos.
- b. La discriminación inversa se produce en condiciones de especial escasez, como en el caso de puestos de trabajo, plazas universitarias, puestos electorales, etc. En esa medida, Alfonso Ruiz Miguel “excluye como formas de discriminación inversa muchas acciones positivas, en las que el coste de la medida tiende a repartirse difusa e innominadamente, por lo general sólo a través de impuestos.”⁵⁴

Adicionalmente se reconoce el carácter temporal de este tipo de medidas.

2.1.1. Las cuotas

Se ha dicho que las cuotas son la medida genuina de discriminación inversa, mediante la que se señala una reserva rígida de un número de plazas, estableciendo porcentajes o fijando un número determinado de ellas para favorecer a ciertos grupos. Se recurre al sistema de cuotas cuando:

- a. No es posible lograr el objetivo de la igualdad en un tiempo razonable a través de otras medidas menos extremas⁵⁵;

⁵⁰ REY MARTINEZ, F., El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, op. cit., p. 85.

⁵¹ RUIZ MIGUEL, A., “Discriminación inversa e igualdad”, op. cit., p. 79.

⁵² RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, op. cit. p. 79. Al respecto véase la sentencia del Tribunal Constitucional español 326/2006, fundamento jurídico 4.

⁵³ RUIZ MIGUEL, A., “Discriminación inversa e igualdad”, op. cit., p. 80.

⁵⁴ RUIZ MIGUEL, A., “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, op. cit., p. 127. Como ejemplo de acciones afirmativas que no son medidas de discriminación inversa, el autor cita las ayudas de guardería reservadas a las madres o las campañas publicitarias dirigidas a destacar la situación laboral femenina, entre otras.

⁵⁵ En el caso peruano, durante la discusión sobre la aprobación de cuotas electorales (1997) se señaló que si bien habían pasado más de 40 años desde que la mujer obtuvo el derecho al voto, sólo había 13 mujeres en el Parlamento, de un total de 120 congresistas. A ese paso, es decir sin cuotas, se calculó que serían necesarios 54 años para que hubiera 30 parlamentarias (25%), lo que ocurriría en el año 2051. También se demostró que

b. Se ha acreditado fehacientemente la desigualdad en el ámbito concreto que se pretende corregir.⁵⁶

También en el caso de las cuotas se reconoce su carácter temporal.⁵⁷

Debe señalarse que la Recomendación General 25 de la CEDAW ha establecido que las “medidas especiales” a las que se refiere el artículo 4º.1 de la CEDAW “abarcen una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa, y reglamentaria, como pueden ser los programas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados; y los sistemas de cuotas. La elección de una medida en particular dependerá del contexto en que se aplique el párrafo 1 del artículo 4º y del objetivo concreto que se trate de lograr”.⁵⁸

Tiene razón Miguel Carbonell cuando afirma que “en la visión de los dos Comités de la ONU mencionados, las cuotas electorales de género estarían justificadas en el contexto de los textos internacionales que los propios comités tienen el encargo de interpretar”.⁵⁹

3. El análisis de la constitucionalidad de las cuotas por la Corte Constitucional de Colombia

Mediante sentencia C-371-00, de 29 de marzo de 2000, la Corte Constitucional de Colombia (en adelante la Corte Constitucional) analizó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria N°62/98 Senado y 158/98 Cámara, “por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisarios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones”.⁶⁰ Es interesante citar esta sentencia pues si bien no es la única en América Latina sobre la constitucionalidad de las cuotas de mujeres, es la que con más detalle se ha detenido a evaluar los argumentos a favor y en contra de este tipo de discriminación inversa.⁶¹ Sin embargo, esta sentencia es favorable a una clase de cuotas, por ello también grafica el -a veces difícil - camino de las cuotas en nuestra región.

los partidos políticos no incluían “voluntariamente” a un número significativo de mujeres en las listas electorales.

⁵⁶ RUIZ MIGUEL, A., “Discriminación inversa e igualdad”, op. cit., p. 86.

⁵⁷ CAMACHO Rosalía, LARA Silvia y SERRANO Ester, Las cuotas mínimas de participación de las mujeres: un mecanismo de acción afirmativa. Aportes para la discusión. San José de Costa Rica: Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia (CMF) y Promoción de la Ciudadanía Activa de las Mujeres (PROCAM), 1996, pp. 64, 71 y 74. El Tribunal Constitucional español ha sostenido que las medidas especiales estarán justificadas mientras se den las circunstancias sociales de discriminación, “lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto”, véase la STC 128/1987, fundamento jurídico 8.

⁵⁸ Recomendación general 25, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, párrafo 22.

⁵⁹ CARBONELL, Miguel, “El principio de igualdad constitucional: manifestaciones y problemas aplicativos”, Documento de Trabajo 28, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, octubre 2002, pp. 11-12.

⁶⁰ Luego de dictada la sentencia C-371-00 dicho proyecto de ley se convirtió en la Ley 581 de 2000.

⁶¹ También puede verse la sentencia expedida en México por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a propósito de la acción de inconstitucionalidad 2/2002 promovida por el Partido Acción Nacional en contra de

Para los efectos de este trabajo me centraré en lo señalado por la Corte Constitucional sobre el artículo 4º y el artículo 14º del referido proyecto de ley estatutaria. El primero de ellos establecía que:

“Artículo 4º. Participación efectiva de la mujer. La participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos en los artículos 2 y 3 de la presente ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas:

- a) A partir del primero (1º) de septiembre de 1999, mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2º, serán desempeñados por mujeres;
- b) A partir del primero (1º) de septiembre de 1999, mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisarios, de que trata el artículo 3º, serán desempeñados por mujeres (...).⁶²

Por su parte, el artículo 14º señalaba que:

“Artículo 14. Participación de la mujer en los partidos y movimientos políticos. El Gobierno deberá establecer y promover mecanismos que motiven a los partidos políticos a incrementar la participación de la mujer en la conformación y desarrollo de sus actividades; entre otras, se ocupará de los dirigidos a estimular una mayor afiliación de la mujer, la inclusión de éstas en no menos del treinta por ciento (30%) en los comités y órganos directivos de los partidos y movimientos.

La presencia femenina de no menos del treinta por ciento (30%) en lugares en los que puedan salir electas en las listas de candidatos a las diferentes corporaciones y dignidades de elección popular.”

los órganos Legislativo y Ejecutivo del Estado de Coahuila. Dicha sentencia consideró que las cuotas no son inconstitucionales aunque, como sostiene Miguel Carbonell, con una argumentación poco contundente. La sentencia fue publicada en Diario Oficial el 18 de marzo de 2002. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Ecuador, mediante Resolución 028-2002-TC, de 12 de noviembre de 2002, declaró inconstitucional el artículo 40º del Reglamento de la Ley General de Elecciones, aprobado por el Tribunal Supremo Electoral, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 39, el 20 de marzo de 2002. El mencionado artículo 40º definía la alternabilidad y la secuencia (a las que se refiere el artículo 58º de la Ley General de Elecciones), estableciendo que una mujer podía, por ejemplo, ser ubicada en la papeleta electoral luego de dos o tres varones. En la parte considerativa de esta resolución el referido Tribunal Constitucional mencionó expresamente a las acciones afirmativas, citó el artículo 4º.1 de la CEDAW y señaló que el espíritu del artículo 102º de la Constitución era “combatir la discriminación sufrida históricamente por las mujeres al haber sido excluidas de la toma de decisiones políticas”, véase http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/gacetas/Gaceta_9.pdf, p. 46. El artículo 102º de la Carta Ecuatoriana establece que: “El Estado promoverá y garantizará la participación equitativa de hombres y mujeres como candidatos en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos políticos”.

⁶² La expresión “a partir del primero de setiembre de 1999” fue declarada inexistente por vicios de forma, véase Sentencia C-371-2000, fundamento 48.

Antes de referirme con mayor detalle a las disposiciones mencionadas, es pertinente señalar que en la sentencia C-371-00, la Corte Constitucional cita estadísticas de la situación de la mujer en Colombia, entre otros, en los ámbitos educativo (número de graduados de educación superior, promedio años 1990 a 1997), político (participación de las mujeres en la rama legislativa y porcentaje de mujeres que habían ocupado los cargos de Presidenta y Vicepresidenta en el período 1991-2000), judicial (porcentaje de mujeres en las altas cortes en el período 1992-2000) así como en la rama ejecutiva (porcentaje de mujeres ministras y viceministros en el período 1990-2000 y porcentaje de inscritos en la carrera administrativa). Una de las conclusiones a las que llega la Corte Constitucional, a partir de las estadísticas, es “que a pesar de existir un claro equilibrio entre la población femenina y la masculina calificada para acceder a los más altos niveles decisarios, tal equilibrio no se refleja en la efectiva representación de uno y otro en dichos niveles”.⁶³

3.1. Las cuotas para los cargos de máximo nivel decisorio y otros niveles decisarios

Como es evidente, para analizar si ese trato diferenciado era constitucional, la referida Corte aplicó el juicio de ponderación, que es la forma de resolver el conflicto entre principios, “aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad”.⁶⁴ En atención al juicio de ponderación, la Corte Constitucional debía determinar: 1) si el trato diferenciado perseguía una finalidad válida a la luz de la Constitución⁶⁵, 2) si el trato diferente era “adecuado” o “idóneo” para lograr la finalidad perseguida; 3) si el medio utilizado era “necesario”, en el sentido de que no existiera uno menos oneroso para alcanzar el fin perseguido, y 4) si el trato diferenciado era “proporcional *stricto sensu*”, es decir, si no se sacrificaban valores, principios o derechos (dentro de los cuales se encuentra la igualdad) que tuvieran un mayor peso que los que se pretendía satisfacer mediante dicho trato.⁶⁶

3.1.1. La finalidad de la medida analizada

La Corte Constitucional señaló que la cuota de mujeres buscaba aumentar, en corto tiempo, la participación de la mujer en los cargos directivos y de decisión del Estado, de manera

⁶³ Ibid., fundamento 30.

⁶⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, Justicia constitucional y derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 189.

⁶⁵ El Tribunal Constitucional peruano ha afirmado que “la finalidad del tratamiento es una variable compleja que comprende dos aspectos: objetivo y fin. El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo”, véanse las sentencias recaídas en los Expedientes N° 0045-2004-PI/TC, fundamento 37, N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC, fundamento 74.

⁶⁶ Sentencia C-371-00, fundamento 35. De acuerdo con Robert Alexy “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”, ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 161. Según Alfonso Figueroa y Marina Gascón, el test de proporcionalidad en sentido estricto consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora, en orden a la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien constitucional, véase GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, La argumentación en el derecho, Palestra, 2da. Edición corregida, Lima, 2005, p. 313.

que poco a poco se llegara a una representación equitativa. Además, con la cuota se buscaba habituar a las autoridades nominadoras a que seleccionaran a las mujeres en los cargos referidos, es decir, corregir el sistema mismo de selección, que continuaba parcializado en detrimento de la población femenina. En opinión de la Corte Constitucional, dichos objetivos era, sin duda alguna, constitucionales, al encontrar sustento en los artículos 1º, 2º, 13º 40º y 43º de la Carta.⁶⁷

3.1.2. La adecuación del medio al fin propuesto

En relación con la adecuación del medio al fin propuesto, la Corte Constitucional afirmó que no dudaba de que la cuota era una medida eficaz, pues aseguraba que por lo menos un 30% de mujeres se desempeñaran en los empleos del "máximo nivel decisorio" y de "otros niveles decisarios", aumentándose así, significativamente, su participación. La cuota garantizaba que la primera finalidad propuesta, se concretara en resultados.⁶⁸ Además,

⁶⁷ Sentencia 371-00, fundamento 36. La Constitución colombiana señala lo siguiente:

Art. 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Art. 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Art. 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Art. 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisarios de la administración pública

Art. 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

⁶⁸ Sentencia 371-00, fundamento 37.

señaló que las cuotas eran también adecuadas para contrarrestar las causas que generaban la subrepresentación de la mujer en tales empleos, pues una de esas causas era la larga tradición patriarcal, en virtud de la cual, se había considerado que el papel de la mujer correspondía principalmente a la esfera privada. Tal tradición había llevado a que mujeres capacitadas, dispuestas a participar en la vida pública, permanecieran "invisibles".⁶⁹ Como las cuotas posibilitaban que las mujeres se hicieran visibles, poco a poco, según la Corte Constitucional, se iría creando un hábito o una costumbre de pensar en ellas y reconocerlas como plenamente capaces para desempeñarse en los cargos más altos de la esfera pública.

Además de esta función simbólica, en opinión de la Corte Constitucional, el ingreso de las mujeres a las instancias de decisión abriría un campo para que se propusieran y diseñaran políticas que favorecieran a la población femenina en su conjunto. De esta forma, no sólo las mujeres mejor situadas se beneficiarían con la medida, sino también otras que por su condición económica, social o educativa, no podían acceder a los centros de poder.⁷⁰

De acuerdo con la Corte Constitucional, todo lo anterior demostraba que la cuota era realmente eficaz para alcanzar el fin propuesto.

3.1.3. El carácter necesario de la cuota

La Corte Constitucional indagó si existían otros mecanismos menos onerosos para alcanzar el fin propuesto, afirmando que la real y efectiva igualdad de oportunidades no sólo apuntaba a garantizar igualdad "en los puntos de partida", sino también "en las condiciones de llegada":⁷¹

⁶⁹ Ibid., fundamento 39. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se encuentran ejemplos de sentencias en las que también se ha hecho referencia tanto a la realidad social, resultado de una larga tradición cultural por la cual se ha atribuido a la mujer las cargas derivadas del cuidado de los hijos y la familia, cuanto a la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, véase STC 128/87, fundamento jurídico 10, STC 19/1989, fundamento jurídico 4; STC 214/2006, fundamento jurídico 3; STC 326/2006, fundamento jurídico 4 o STC 342/2006, fundamento jurídico 3. En el caso colombiano véanse las sentencias C-410-94 fundamento e); C-184-03, fundamentos 3.2.1 y 3.2.2; C-1093-04, 4 o C-044-04 fundamento 5.

⁷⁰ Sentencia 371-00, fundamento 39. Se ha afirmado que en América Latina la mayor presencia de mujeres en el ámbito legislativo, en la década de los noventas, ha coincidido con una atención sin precedentes a temas relacionados con los derechos de las mujeres como la violencia doméstica, la reproducción y el derecho de familia. Ello fue posible porque las mujeres de diferentes partidos políticos se aliaron para colocar en la agenda política los temas relativos a la mujer, y luego para presionar a sus colegas hombres para que apoyaran la aprobación de normas. El mejor ejemplo son las leyes contra la violencia doméstica aprobadas en 16 países latinoamericanos en la citada década, véase Mujeres en el Parlamento. Más allá de los números, Serie Manuales, International IDEA, 2002, p. 37-38.

⁷¹ En igual sentido se pronuncia María Vittoria Ballestrero, quien sostiene que la igualdad de resultados no es extraña a la noción de igualdad de oportunidades, "Acciones positivas. Punto y aparte", op. cit., p. 101. Para esta autora la reserva de una cuota mínima de candidatos a cada sexo, no garantiza a ninguno de los dos sexos una cuota en los puestos, "los pone sólo en condiciones de participar en la competición electoral, recuperando una desventaja en los puntos de partida", ibid., p. 105. Por su parte, Aníbal Faúndez ha afirmado que la igualdad de oportunidades no garantiza igualdad de resultados. Por ello, sostiene que "los programas de acciones positivas constituyen un reconocimiento de que el principio de igualdad de oportunidades no es siempre capaz de lograr resultados justos o eficientes", Acciones positivas en el empleo y la ocupación. Perspectivas internacionales, op. cit., p. 19.

“Que un hombre y una mujer tengan las mismas calificaciones, porque accedieron a una educación o formación académica similar, significa que se encuentran en condiciones iguales en la línea de salida, pero no necesariamente es sinónimo de que tienen las mismas oportunidades para acceder a determinados cargos. Para la Corte es un hecho que la mujer, incluso si tiene una formación académica superior a la del hombre, ha de enfrentar mayores obstáculos para acceder, máxime si se trata de los empleos más altos en la jerarquía política.

En síntesis, esta Corporación entiende que el estímulo a la educación de las mujeres, que se impone, además, para toda la población en general, es sin duda esencial, pero con ello no se garantiza de manera eficaz el punto de llegada, o en otras palabras que la mujer, en un lapso corto, realmente acceda a los cargos de mayor jerarquía y de dirección en el poder público, que es en últimas el objetivo perseguido por el legislador”.⁷²

En este tema, para la Corte Constitucional, resultaba ilustrativo que el porcentaje de mujeres egresadas de instituciones de educación superior fuera más alto que el de los hombres y que, sin embargo, en el ámbito laboral, y específicamente en cuanto a los cargos referidos, su representación fuera significativamente menor. También era diciente la afirmación de las Naciones Unidas, en el sentido de que si se mantenía el ritmo de crecimiento actual de 1 a 2% de mujeres en cargos de dirección por año, en el mundo existiría paridad de representación hombre-mujer, en 400 años.⁷³

Por ello, según la Corte Constitucional, no se conocía otra medida que, ajustándose a las exigencias constitucionales, resultara tan eficaz como la cuota, y que fuera menos gravosa.

3.1.4. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Determinado que el trato desigual cumplía finalidades constitucionales, además de ser idóneo y necesario, la Corte Constitucional pasó a establecer si ese trato desigual sacrificaba derechos y principios que tuvieran un mayor peso que los que se pretendía satisfacer mediante dicho trato. La citada corporación, consideró que la mejor vía para analizar este punto era examinando los cuatro principales cuestionamientos que se esgrimen en contra de las cuotas.

Según el primer cuestionamiento, la medida establecía una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a los cargos de "máximo nivel decisorio" y "otros niveles decisorios", que violaba el derecho a la igualdad y al trabajo de las personas que pertenecían a la población masculina, ocasionando un perjuicio o desventaja injustificada para los hombres.

La Corte Constitucional se preguntó si ¿la mengua de un privilegio que se había tenido a costa de la marginación de alguien, implicaba una seria desventaja para quien lo había ostentado? Una respuesta positiva, afirmó, era, sin duda, una concesión grande en el

⁷² Sentencia 371-00, fundamento 40.

⁷³ Ibid., fundamento 40.

discurso igualitario. “Así como la abolición de la esclavitud no puede considerarse como un perjuicio para los dueños de esclavos, paliar la marginación a la que han estado sometidas las mujeres, no puede entenderse como una seria desventaja para la población masculina”.⁷⁴

En segundo lugar, para la Corte Constitucional la situación del grupo masculino no variaba significativamente pues los hombres tenían la posibilidad de desempeñarse en un considerable número de cargos del “máximo nivel decisorio” y de “otros niveles decisarios”, esto es, el que correspondía al 70% de esos empleos.

En tercer lugar, la Corte Constitucional sostuvo que los cargos que estaban comprendidos en el “máximo nivel decisorio” y en los “otros niveles decisarios” eran cargos de libre nombramiento y remoción, frente a los cuales nadie podía alegar que tenía un derecho adquirido para ocuparlos. Lo que sucedía era que en virtud de la cuota se reducían las expectativas del hombre que esperaba ser elegido, y ello no comportaba de manera alguna, una carga excesiva, y mucho menos, un vicio de inconstitucionalidad.⁷⁵

De acuerdo con el segundo cuestionamiento, la cuota terminaba por discriminar a las mismas mujeres y por generar la idea de que las mujeres eran inferiores o discapacitadas, porque por sus propios méritos no podían llegar a ocupar los cargos de mayor responsabilidad.

La Corte Constitucional afirmó no compartir este reparo, pues consideraba que la medida de acción afirmativa en cuestión se adoptaba, precisamente, porque las mujeres tenían igual capacidad que los hombres para desempeñarse en los cargos de mayor responsabilidad del Estado. En definitiva, la cuota era un mecanismo dirigido a corregir las prácticas sociales que generaban condiciones de inequidad, y no una medida de paternalismo estatal, en virtud de la cual se trataba a las mujeres como si fueran “menores de edad”.⁷⁶

La Corte Constitucional aceptó que era inevitable que se esgrimiera el argumento de que tal o cual mujer había accedido a un cargo de mayor jerarquía, no por sus capacidades, sino por la cuota. No obstante, afirmó que esa eventualidad no justificaba sacrificar una mecanismo valioso como el que se estudiaba. “En la medida en que se va creando un hábito de ver a las mujeres asumir tareas de dirección y mando, lo más seguro es que tales críticas se vayan diluyendo.”⁷⁷

De acuerdo con el tercer cuestionamiento, la cuota atentaba contra la naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción. La Corte Constitucional señaló que la discrecionalidad en la designación de esos cargos no era absoluta, pues, por ejemplo, las personas debían cumplir con determinados requisitos para garantizar la eficacia y la

⁷⁴ Ibid., fundamento 42. Cristina Jaramillo ha afirmado que “nadie tiene derecho a ser designado ministro o director de un Departamento Administrativo, y nadie sufre un daño cuando es removido de uno de estos cargos”, véase JARAMILLO, Isabel Cristina, “Reforma legal, feminismo y patriarcado en Colombia. El caso de la Ley de Cuotas para mujeres en cargos de alto nivel de la Rama Ejecutiva”, en CABAL, Luisa y MOTTA, Cristina (compiladoras), Más allá del Derecho. }Justicia y género en América Latina, Red Alas, Siglo de Hombres Editores, Center for Reproductive Rights y CESO, Bogotá, 2006, p. 127

⁷⁵ Ibid., fundamento 42.

⁷⁶ Ibid., fundamento 43.

⁷⁷ Ibid., fundamento 43.

eficiencia de la administración pública, sin que ello desnaturalizara la facultad de libre remoción en esos cargos. De la misma forma, la cuota era una limitación razonable a la potestad de libre nombramiento y remoción, en primer lugar, porque el nominador tenía un universo muy amplio de donde elegir, el 51 % de la población y, en segundo lugar, porque tal límite se establecía en función de una finalidad constitucional, “como es la consignada en el artículo 40 de la Carta, a saber: garantizar en un Estado democrático, la participación equitativa de la mujer en el ejercicio del poder”.⁷⁸

Según el cuarto cuestionamiento, la cuota atentaba contra la eficacia y eficiencia de la administración, al ser una regla de selección que desconocía el mérito. La Corte Constitucional señaló que lo dicho anteriormente servía para rebatir este argumento, pues el hecho de que se estableciera una regla de selección no era sinónimo de que las personas elegidas no tuvieran que cumplir con los requisitos que la Constitución y la ley establecían para el desempeño de funciones públicas. No se trataba de que las autoridades nominadoras eligieran a cualquier mujer, sólo por el hecho de serlo. Por el contrario, estaba implícito en la norma, que si se trataba de proveer cargos del “máximo nivel decisorio” y “de otros niveles decisarios”, las mujeres que resultaran elegidas tenían “que reunir los requisitos y méritos necesarios para desempeñarse en los empleos en cuestión; exigencia que, claro está, también se predica de los hombres”.⁷⁹

“La objeción expuesta, por ende, no puede ser aceptada, pero cabe señalar que le sirve a la Corte para confirmar que cultural y socialmente sí existe discriminación. Afirmar que en virtud de la cuota se antepone ‘el sexo al buen servicio’ o presumir

⁷⁸ Ibid., fundamento 44.

⁷⁹ Ibid., fundamento 45. El valor del mérito ha sido frecuentemente utilizado como argumento en contra de las cuotas electorales. Hay dos ideas de Miguel Carbonell sobre el mérito que me parecen interesante destacar. La primera, es que las cuotas no se crean porque se piense que las mujeres tienen menos méritos que los hombres sino porque las relaciones de poder existentes en las sociedades impiden aplicar esos méritos en las instituciones representativas. La segunda, más sarcástica, es que “si el mérito ha sido hasta ahora el criterio con el que se han integrado los órganos públicos, habría que empezar a cuestionarlo a la vista de los pobres resultados que ha generado y del desencanto que la gente tiene sobre sus representantes populares”, véase “El principio de igualdad constitucional: manifestaciones y problemas aplicativos”, op. cit., p. 9. Faúndez afirma que “un programa de acción positiva debidamente diseñado no requiere contratar o ascender a personas no calificadas. Sin embargo, un programa que tiene como objetivo contribuir a solucionar el problema de la discriminación, puede perfectamente dar trato preferencial a personas de ciertos grupos siempre que ellos tengan las calificaciones necesarias, aun cuando estas calificaciones no sean necesariamente las mejores de entre el grupo de personas que postulan al puesto de trabajo determinado. De esta manera se garantiza que los programas de acción positiva no contravengan los requisitos mínimos exigidos para acceder a cada puesto de trabajo”, FAÚNDEZ, J., Acciones positivas en el empleo y la ocupación. Perspectivas internacionales, op. cit., p. 20. Por su parte, la Recomendación General 25 del Comité CEDAW señala que “la adopción y la aplicación de medidas especiales de carácter temporal pueden dar lugar a un examen de las cualificaciones y los méritos del grupo o las personas a las que van dirigidas y a una impugnación de las preferencias concedidas a mujeres supuestamente menos cualificadas que hombres en ámbitos como la política, la educación y el empleo. Dado que las medidas especiales de carácter temporal tienen como finalidad acelerar el logro de la igualdad sustantiva o de facto, las cuestiones de la cualificaciones y los méritos, en particular en el ámbito del empleo en el sector público y el privado, tienen que examinarse detenidamente para ver si reflejan prejuicios de género, ya que vienen determinadas por las normas y la cultura. En el proceso de nombramiento, selección o elección para el desempeño de cargos públicos y políticos, también es posible que haya que tener en cuenta otros factores aparte de las cualificaciones y los méritos, incluida la aplicación de los principios de equidad democrática y participación electoral”, op. cit., párrafo 23. En relación a los méritos véase también la STC 269/1994 del Tribunal Constitucional español, fundamento jurídico 5.

siquiera que las mujeres no pueden desempeñarse eficientemente en el sector público es, en últimas, considerarlas como inferiores, desprovistas de razón, relegadas al ámbito de 'naturaleza'. Nada más contrario a la realidad y a los principios que defiende nuestro ordenamiento constitucional".⁸⁰

En atención a lo expuesto la Corte Constitucional consideró que la medida establecida en el artículo 4º del proyecto era razonable y proporcionada.⁸¹

La Corte Constitucional afirmó que la regla de selección establecida en el artículo 4º del Proyecto debía aplicarse de manera paulatina, en la medida en que los cargos del "máximo nivel decisorio" y de "otros niveles decisarios" fueran quedando vacantes, pues de lo contrario se occasionaría una carga excesiva en contra de personas que ocupaban legítimamente los empleos en cuestión.⁸²

3.2. Las cuotas en las listas electorales (artículo 14º)

A diferencia del detallado análisis de constitucionalidad del artículo 4º del Proyecto, respecto del artículo 14º la Corte Constitucional se limita a citar una sentencia de 1994 así como los artículos 40º numeral 3), 107º y 108º de la Constitución colombiana, para establecer la inconstitucionalidad del mencionado precepto.⁸³

La sentencia citada es la C-089 de 1994 en la que se estableció que "los partidos políticos surgen como organizaciones cuya mediación entre los ciudadanos y el poder político contribuye a consolidar la democracia. En ellos se refleja el pluralismo político, y por su conducto, se promueve y encauza la participación de los ciudadanos y la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas."

El artículo 40º numeral 3) de la Constitución colombiana señala:

"Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación ejercicio y control político. Para hacer efectivo este derecho puede:

⁸⁰ Ibid., fundamento 45. Isabel Cristina Jaramillo afirma que es extraño enfatizar el mérito respecto de los cargos a que se refiere el mencionado artículo 4º, pues no son estrictamente tecnocráticos. "Más aún, al decir que los cargos son regalos para las mujeres, pasan por alto el hecho de que también lo son para los hombres (...)", "Reforma legal, feminismo y patriarcado en Colombia ...", op. cit., p. 123.

⁸¹ Sentencia C- 371-00, fundamento 45.

⁸² Ibid., fundamento 49.

⁸³ Algo semejante ocurrió con la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 17 de octubre de 1995, en el caso Kalanke. En aquella oportunidad el TJCE resolvió que era contraria a una Directiva de la Comunidad una norma del Land alemán de Bremen de 1990, que en los ascensos en la función pública daba "preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas". Al respecto, Alfonso Ruiz Miguel señaló que dicha sentencia estaba "sorprendentemente poco y mal argumentada para las pautas habituales del Tribunal y la importancia del tema", véase "La discriminación inversa y el caso Kalanke", op. cit. p. 132. Sobre acciones afirmativas véase también la sentencia de 11 de noviembre de 1997 del TJCE (caso Marschall).

3. Construir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas."

Por su parte, el artículo 107º de la citada Constitución consagra: "Se garantiza a todos los nacionales el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse (...)", mientras que el artículo 108º estatuye que: "(...) En ningún caso podrá la ley establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos, ni obligar la afiliación de ellos para participar en las elecciones."

La Corte Constitucional admitió que la participación de las mujeres en los partidos políticos, y en especial como miembros de sus órganos directivos o como candidatas para los cargos de elección popular, era la finalidad a la que apuntaba el artículo 14º del proyecto, y "un objetivo altamente deseable en un sistema democrático, en el que se busca garantizar la participación de todos en las decisiones que los afectan".⁸⁴

Sin embargo, señaló que dicha disposición, necesariamente tenía que ser declarada inexistente, pues "se trata de una injerencia Estatal en la organización interna de los partidos, que está proscrita por la Constitución".⁸⁵ La Corte Constitucional aclaró que ello no significaba que los partidos y movimientos políticos colombianos no podían adoptar medidas encaminadas a garantizar una mayor participación femenina, pero éstas no podían proceder de una imposición del legislador.⁸⁶

Respecto de lo señalado por la Corte Constitucional sobre la inconstitucionalidad del artículo 14º del proyecto (sobre cuotas para la inclusión de mujeres en los órganos y comités directivos de los partidos así como cuotas de mujeres en las listas electorales) llaman la atención por lo menos dos cosas. En primer lugar, sorprende que la Corte Constitucional no tomara en cuenta –como lo hizo en el caso del artículo 4º- que los principios constitucionales pueden entrar en colisión y que sólo después del juicio de ponderación se determina cuál de ellos prevalece. En ese sentido, no se entiende por qué la

⁸⁴ Sentencia 371-00, fundamento 69.

⁸⁵ Ibid., fundamento 69. Mediante sentencia N° 422/1995 la Corte Constitucional de Italia declaró la ilegitimidad de las disposiciones legislativas que aseguraban a los candidatos de cada sexo al menos un tercio de las candidaturas en las listas electorales, a propósito de un proceso que versaba sobre la Ley N° 81/1993, artículo 5 (elección de alcalde y del concejo municipal en los municipios con población de hasta 15000 habitantes). En aquella oportunidad la Corte Constitucional de Italia afirmó que si bien la norma en cuestión estaba formulada de modo "neutro" había sido propuesta y votada con la finalidad de asegurar una reserva de puestos en las listas de candidatos, para favorecer las condiciones para el reequilibrio de la representación de los sexos en las asambleas municipales (consideración jurídica 5). Por otro lado, sostuvo que un tratamiento desigual como la reserva de una cuota de candidaturas no se proponía remover los obstáculos que impedían a las mujeres alcanzar determinados resultados, sino que atribuía directamente esos resultados (consideración jurídica 6). Una crítica a esta sentencia de la Corte Constitucional de Italia se encuentra en BALLESTRERO, María Vittoria, "Acciones positivas. Punto y aparte", op. cit., pp. 102-1008. El texto de la sentencia puede leerse en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/observatorio/vidaital.html>

⁸⁶ Una afirmación semejante puede encontrarse en la Sentencia 422-95 de la Corte Constitucional de Italia, op. cit., consideración jurídica 7.

Corte Constitucional se limitó a señalar que si bien el artículo 14º cumplía con una finalidad constitucional vulneraba otros artículos constitucionales, sin analizar la idoneidad y necesidad de la norma así como si era una medida proporcionada. Si, por el contrario, hubiera aplicado el juicio de ponderación, lo más probable es que hubiera llegado al mismo resultado que en el caso del artículo 4º, es decir, a declarar la constitucionalidad de la norma. En segundo lugar, sorprende que la Corte Constitucional, cuya vasta jurisprudencia demuestra que no se ha caracterizado precisamente por una interpretación literal de las disposiciones constitucionales, interpretara literalmente los mencionados artículos 40º numeral 3), y 108º.

Finalmente, es interesante señalar que a pesar de que en las consideraciones y fundamentos de la sentencia C-371-00 se cita variada información sobre la participación política de las mujeres, no hay, sin embargo, ninguna referencia a las Observaciones y Recomendaciones Generales del Comité de Derechos Humanos y del Comité CEDAW en materia de acciones afirmativas, y cuotas en particular, previas a la expedición de la referida sentencia.

En la actualidad Colombia posee el cuarto porcentaje más bajo de mujeres en el Congreso (10.9%) en América Latina. De 18 países el porcentaje más alto lo tiene Costa Rica (38.6%) y el más bajo Guatemala (8.9%).⁸⁷

4. Los casos de vulneración a los derechos de las mujeres presentados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Como se señaló al inicio de este trabajo, en ocasiones, los partidos políticos han incumplido las normas legales sobre cuotas electorales, o los propios tribunales y jurados electorales las han aplicado de una manera cuestionablemente restrictiva o simplemente las han ignorado. Dos de esos casos llegaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

4.1. María Merciadri vs Argentina (caso 11.307, Informes N° 102/99 y N° 103/01)

Antecedentes

En 1991, la Ley N° 24.012 sustituyó el artículo 60º del Código Electoral Nacional, estableciendo que:

“Art. 60 Registro de los candidatos y pedido de oficialización de listas. Desde la publicación de la convocatoria y hasta 50 días anteriores a la elección, los partidos registrarán ante el juez electoral la lista de los candidatos públicamente proclamados, quienes deberán reunir las condiciones propias del cargo para el cual se postulan y no estar comprendidos en alguna de las inhabilidades legales. Las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los

⁸⁷ Véase, RÍOS TOBAR, Marcela, Representación política de las mujeres. ¿Por qué los números sí importan?, op. cit., p. 6. A nivel mundial Costa Rica se ubica en el tercer lugar del ranking mundial de mujeres en el Parlamento (38.6%) después de Suecia (45.3%) y de Ruanda (48.8%), véase RÍOS TOBAR, Marcela (investigadora principal), Cuotas de género, democracia y representación, IDEA – FLACSO Chile, Santiago, 2006, p. 20.

candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos (...)".

La Ley N° 24.012 fue reglamentada por el Decreto N° 379/93. Este decreto señalaba que el treinta por ciento de los cargos a integrarse por mujeres, según lo prescrito por la referida ley, debía interpretarse como una cantidad mínima. "En los casos en que la aplicación matemática de este porcentaje determinara fracciones inferiores a la unidad, el concepto de cantidad mínima se regirá por la tabla que como anexo A integra el presente decreto."

En agosto de 1997 se reformaron algunos artículos de la Constitución argentina, entre ellos, el artículo 37º, cuyo segundo párrafo quedó redactado de la siguiente manera:

"(...) 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."

El caso

El 15 de junio de 1994 la señora María Merciadri de Morini presentó una petición ante la CIDH, alegando la violación, por parte del estado argentino, del derecho al debido proceso (artículo 8º), a los derechos políticos (artículo 23º), a la igualdad ante la ley (artículo 24º) y a los recursos efectivos (artículo 25º), derechos reconocidos en la Convención Americana, en su propio perjuicio.

La señora Merciadri sostuvo que el partido político Unión Cívica Radical de la Provincia de Córdoba había violado la Ley N° 24.012, Ley de Cupo, al conformar de común acuerdo entre sus dirigentes la lista de seis candidatos a diputados nacionales, para la elección del 3 de octubre de 1993, colocando en los puestos tercero y sexto a dos mujeres, sin tener en cuenta que el mencionado partido sólo renovaba a cinco diputados nacionales. La señora Merciadri alegó que el anexo del Decreto N° 379/93 establecía: "cargos a renovar, cinco; cantidad mínima: dos".

La peticionaria adujo que si la lista del partido Unión Cívica Radical no se ajustaba a lo que disponía la ley, se restringía y vulneraba el derecho del sufragante que nacía de ella con el objeto de asegurar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos.⁸⁸ El perjuicio consistía en privar al ciudadano de votar por una lista del partido de su preferencia, conformada con arreglo a las disposiciones legales, y obligarle a votar por una lista que no se ceñía a dichas normas, vulnerando el ejercicio de sus derechos políticos. Por ello, en opinión de la señora Merciadri, no podía negársele al ciudadano elector la legitimación para requerir que dicho derecho fuera respetado.

La citada señora sostuvo que, en su carácter de ciudadana afiliada a la Unión Cívica Radical, había impugnado la lista ante la Junta Electoral, pero la impugnación fue rechazada el 20 de mayo de 1993, al considerar "que la lista de candidatos surgió del

⁸⁸ Informe N° 102/99. Caso 11.307. María Merciadri de Moroni. Argentina, 27 de setiembre de 1999, párrafo 7.

consenso de todos los núcleos del partido, que acordaron una lista única".⁸⁹ Tras apelar dicha decisión, el 22 de junio de 1993 la justicia federal rechazó su solicitud y aceptó la excepción de falta de legitimación para actuar, la cual había sido opuesta por la contraparte. La señora Merciadri apeló esta última decisión y la Cámara Federal Electoral rechazó la apelación el 13 de agosto de 1993. El 26 de agosto de 1993 presentó el recurso extraordinario, que fue rechazado el 7 de octubre de 1993, con fundamento en que la elección había tenido lugar el 3 de octubre de 1993 y la cuestión se había vuelto abstracta. El 18 de octubre de 1993 la peticionaria interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fue desestimado el 2 de diciembre de 1993, con el argumento de que "en las elecciones del 3 de octubre de 1993, la Unión Cívica Radical había obtenido un caudal de votos que le había consagrado cuatro diputados nacionales y en la causa se disputaba quién debía haber ocupado la quinta candidatura".⁹⁰

La peticionaria consideró que no se trataba de una cuestión "abstracta", pues debía reconocerse el "derecho en expectativa", o bien "concreto", para ser diputado nacional en el caso de que se produjera una vacante entre los elegidos.⁹¹ Si se producía una vacante, ascendería un varón –el que estaba en el quinto lugar– y no una mujer como le correspondería.

La peticionaria también alegó que la Cámara Federal Electoral rechazó su legitimación para actuar al exigirle un interés propio, sin advertir la trascendencia de la cuestión que interesaba a todos por igual. Adicionalmente, adujo que toda persona tenía derecho a presentar una impugnación sin que fuera necesario que se tratara de una persona perjudicada con motivo del lugar que ocupó en las listas electorales. Igualmente, la peticionaria consideró que había que tener en cuenta que el artículo 57º de la Ley N° 23.298, Ley Orgánica de Partidos Políticos, reconocía específicamente la personalidad de los afiliados de los partidos políticos "cuando les hayan sido desconocidos los derechos otorgados por la Carta Orgánica y se encuentren agotadas las instancias partidarias".⁹²

Por lo tanto, María Merciadri alegó que el Estado había violado los artículos 8º y 25º de la Convención Americana porque el tribunal de primera instancia había considerado que no tenía legitimación para actuar. Asimismo, consideró que al rechazar su demanda, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había violado el principio de igualdad protegido en el artículo 24º, lo que implicaba a su vez un cercenamiento de los derechos políticos previstos en el artículo 23º de la Convención Americana.

Por su parte, el Estado argentino alegó que en este caso si bien se habían agotado los recursos internos, la petición era inadmisible por no caracterizar hechos violatorios de la Convención Americana. En cuanto al fondo, en primer lugar, el Estado señaló que las listas de candidatos que se presentaban a los actos eleccionarios eran convalidadas por la autoridad judicial electoral antes de los comicios, además de serlo en su conformación por

⁸⁹ Ibid., párrafo 8.

⁹⁰ Ibid., párrafo 8.

⁹¹ Ibid., párrafo 9.

⁹² Ibid., párrafo 11. La peticionaria también citó la decisión de la Corte Suprema argentina en el caso Ekmekdjian c/Sofovich para cuestionar la clásica exigencia del derecho subjetivo violado o del interés concreto desconocido.

el voto popular. Por ello, no podía ofrecer alternativa alguna sin conculcar de alguna manera la expresión de la voluntad popular en las urnas.

Para demostrar que sí se respetaban los derechos de la mujer en las listas electorales, el Estado anexó la sentencia de la Cámara Nacional Electoral de fecha 30 de marzo de 1995, que revocó la sentencia de fecha 21 de diciembre de 1994 del Juez Federal con competencia electoral de la ciudad de Córdoba en el caso "Merciadri de Morini, María Teresa s/representación". La decisión del tribunal en ese caso consideró que el cupo del 30% debía ser en proporciones con posibilidades de resultar electas, lo que debía entenderse con posibilidades reales o efectivas. Asimismo, se reconoció la legitimación a la peticionaria e hizo saber a la Justicia Nacional Electoral que a los efectos del artículo 60, primer párrafo, del Código Electoral Nacional deberían figurar dos mujeres entre los cinco primeros lugares.⁹³

En segundo lugar, el Estado alegó que no correspondía a la CIDH examinar la integración de las listas de candidatos electorales. Igualmente, señaló que dicha integración no podía entenderse como violación de alguno de los derechos establecidos en la Convención. El Estado también alegó la doctrina de la cuarta instancia, por la cual la CIDH no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar los supuestos errores de hecho o de derecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales.

A pesar de los argumentos expuestos por el estado argentino, en atención a lo dispuesto en los artículos 46º y 47º de la Convención Americana, la CIDH admitió el caso mediante Informe N° 102/99, por considerar que se refería a las presuntas violaciones de los artículos 8º, 23º, 24º y 25º de la citada Convención, poniéndose a disposición de las partes con el fin de alcanzar una solución amistosa.

El acuerdo de solución amistosa

El 8 de marzo de 2001 se suscribió el acuerdo de solución amistosa entre el Estado argentino, representado por el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y la señora María Merciadri de Morini, en presencia del doctor Santiago Cantón, en representación de la CIDH, y de la señora Presidenta del Consejo Nacional de la Mujer, doctora Carmen Storani.

Según consta en el Informe N° 103/01 de la CIDH, a fin de llegar a un acuerdo de solución amistosa, el entonces Presidente de Argentina, doctor Fernando de la Rúa, dictó, el 28 de diciembre de 2000, el Decreto N° 1246, por el que se reglamentó la Ley N° 24.012, y derogó el Decreto Reglamentario N° 379/93.⁹⁴ El estado argentino entendió que de esta manera se contribuía a garantizar de manera más eficaz los derechos reconocidos en la Ley N° 24.012 y en el artículo 37º de la Constitución. A su vez, la señora Merciadri se desistió de la presentación efectuada ante la CIDH, registrada bajo el N° 11.307, por entender que el

⁹³ Ibid., párrafo 16.

⁹⁴ Informe N° 103/01. Caso 11.307. María Merciadri de Moroni. Argentina, 11 de octubre de 2001, IV. Solución amistosa, Acuerdo de solución amistosa, punto 2.

Decreto N° 1246/00 contemplaba adecuadamente los aspectos fundamentales que habían sustentado su denuncia.⁹⁵

Para comprender el impacto que tuvo la presentación de la petición por parte de María Merciadri a la CIDH, deseo resaltar los siguientes fragmentos de la parte considerativa del Decreto Nacional 1246/2000:

“(...) Que, al dictarse el Decreto N° 379/93, se tuvo en cuenta la necesidad de unificar por la vía de la reglamentación, los criterios generales en la aplicación de la norma citada, a fin de que en todos los Partidos Políticos y Alianzas se dé un tratamiento homogéneo al tema tratando de evitar posteriores impugnaciones partidarias o judiciales.

Que, a pesar de esta intención, el diferente criterio aplicado por los distintos partidos políticos y los fallos también discordantes de los respectivos tribunales, hacen indispensable dictar una norma que tenga en cuenta las más claras y garantizadoras interpretaciones judiciales.

Que son significativos los casos que no han podido llegar al más alto Tribunal de la Nación dado el escaso tiempo que corre desde la impugnación de la lista y el día de la elección.

Que esta situación no se ha modificado a pesar de la clara disposición del artículo 37 de la Constitución Nacional, en vigencia desde 1994, ni de lo dispuesto por el artículo 4.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -que posee jerarquía constitucional conforme al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional reformada en 1994-.

Que debe tenerse en cuenta que uno de los criterios más divergentes corresponde a la ubicación de las candidatas mujeres en las listas, lo que ha motivado en muchos casos que éstas estén conformadas por varones en los lugares expectables, contrariando lo dispuesto por la referida Ley N° 24.012, que claramente indica que las mujeres deben ocupar como mínimo el TREINTA POR CIENTO (30%) de la lista en lugares con posibilidad de resultar electas.

Que por todo lo expuesto y teniendo en cuenta las disposiciones de la Constitución Nacional, así como que la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ha declarado admisible el Caso N° 11.307 - María MERCIADRI de MORINI - ARGENTINA y se ha puesto a disposición de las partes con el fin de alcanzar una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se torna indispensable la derogación del Decreto Reglamentario N° 379/93 y el dictado de una norma que garantice efectivamente el cumplimiento de las disposiciones de la Ley N° 24.012, la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, que poseen jerarquía constitucional (...).”

Por su parte, también merecen resaltarse los artículos 3º y 11º del Decreto Nacional 1246/2000, según los cuales:

⁹⁵ Ibid., puntos 3 y 4.

Artículo 3º.- El porcentaje mínimo requerido por el artículo 60 del Código Electoral Nacional sustituido por la Ley N° 24.012 se aplicará a la totalidad de los candidatos de la lista respectiva que cada Partido Político, Confederación o Alianza Transitoria nomine, pero sólo se considerará cumplido cuando se aplique también al número de cargos que el Partido Político, Confederación o Alianza Transitoria renueve en dicha elección.

Artículo 11.- Todas las personas inscriptos en el Padrón Electoral de un Distrito tienen derecho a impugnar ante la Justicia Electoral cualquier lista de candidatos cuando consideren que ésta se ha conformado violando la Ley N° 24.012.

4.2 El caso Janet Espinoza Feria y otras vs. Perú (Informe N° 51/02 Admisibilidad de la CIDH)

Antecedentes

La Ley N° 27387, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de diciembre de 2000, modificó varios artículos de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones. Entre tales modificaciones cabe citar la reforma de los artículos 21º y 116º, en virtud de la cual se introdujo el distrito electoral múltiple y se incrementó la cuota electoral de 25% a 30% para las elecciones al Congreso de la República. A partir de dicha reforma al citado artículo 116º quedó redactado de la siguiente manera: “(...) las listas de candidatos al Congreso en cada distrito electoral deben incluir un número **no menor** al 30% de mujeres o de varones”.

La Resolución N° 068-2001-JNE, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 enero de 2001, incluyó el siguiente cuadro con el número de congresistas necesario para dar cumplimiento a la cuota electoral del 30%:

Número	Distritos electorales	Congresistas para cada distrito	Número de candidatos para cada lista	Mínimo de candidatos varones o mujeres para cada lista
1	Amazonas	2	3	1
2	Ancash	5	5	2
3	Apurímac	2	3	1
4	Arequipa	5	5	2
5	Ayacucho	3	3	1
6	Cajamarca	5	5	2
7	Cusco	5	5	2
8	Huancavelica	2	3	1
9	Huánuco	3	3	1
10	Ica	4	4	1
11	Junín	5	5	2
12	La Libertad	7	7	2
13	Lambayeque	5	5	2
14	Lima y extranjero	35	35	11
15	Loreto	3	3	1
16	Madre de Dios	1	3	1
17	Moquegua	2	3	1
18	Pasco	2	3	1
19	Piura	6	6	2
20	Puno	5	5	2
21	San Martín	3	3	1
22	Tacna	2	3	1
23	Tumbes	2	3	1
24	Ucayali	2	3	1
25	Callao	4	4	1
Total		120	130	44

Fuente: Jurado Nacional de Elecciones

Sin embargo, puede advertirse que en los distritos electorales de Ica y Callao la cuota sólo representó el 25% del total de candidatos. Por su parte, en La Libertad la cuota únicamente representó el 28.5%.

En estos tres casos, al calcular la cuota y obtener un entero con fracción, el Jurado Nacional de Elecciones redondeó al entero inferior –y no superior- obteniendo una cuota menor al 30%. Olvidó que la ley señala que dicha cuota es la mínima que debe consignar cada lista.

El jueves 7 de marzo de 2002, se publicó en el diario oficial El Peruano, la Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV del Título IV, sobre descentralización, que modificó,

entre otros, el artículo 191º de la Constitución peruana, cuyo último párrafo quedó redactado de la siguiente manera:

“(...) La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales”⁹⁶

El caso

El 2 de agosto de 2001 el señor Walter Albán Peralta, Defensor del Pueblo en funciones y la señora Victoria Villanueva Chávez, Coordinadora General del Movimiento Manuela Ramos presentaron una petición ante la CIDH, alegando la violación del derecho a la participación política (artículo 23º), a la igualdad ante la ley (artículo 24º) y a la no discriminación (artículo 1º.1), establecidos en la Convención Americana, por parte del estado peruano, en perjuicio de los electores Janet Espinoza Feria, Benjamín Zevallos Ortiz Drago, Katia Iliana Chumo y otras, que no pudieron elegir un número mayor de mujeres en las elecciones llevadas a cabo el 8 de abril de 2001.⁹⁷

Los peticionarios denunciaron que las autoridades electorales del Perú, incumplieron la cuota mínima del 30%, pues en Ica y Callao el Jurado Nacional de Elecciones estableció una cuota de 25% y en La Libertad de 28%.

La petición presentada ante la CIDH relata detalladamente las acciones llevadas a cabo por la Defensoría del Pueblo y por el Movimiento Manuela Ramos para lograr, en el ámbito interno, que se respetara la cuota electoral en los tres distritos electorales mencionados.

En efecto, a fin de evitar la vulneración de los derechos de las mujeres, mediante Oficio DP-2001-081, de 31 de enero de 2001, el Defensor del Pueblo exhortó al Jurado Nacional de Elecciones, a modificar la Resolución N° 068-2001-JNE, únicamente a efectos de fijar en dos (2) el mínimo de candidatas para los distritos electorales de Ica y Callao, y en tres (3) para el distrito electoral de La Libertad. Dicha exhortación tuvo en cuenta que el artículo 116º de la Ley Orgánica de Elecciones es claro al señalar que “las listas de candidatos al Congreso en cada distrito electoral deben incluir un número **no menor** al 30% de mujeres o de varones”, pudiendo por tanto establecerse un porcentaje mayor a dicho

⁹⁶ Mediante Ley N° 27734, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de mayo de 2002, fue modificada la Ley N° 26864, Ley de Elecciones Municipales. Dentro de las modificaciones a la mencionada ley se reformó el artículo 10º, estableciéndose que las listas de candidatos se presentan en un solo documento y deben contener: “3. El número correlativo que indique la posición de los candidatos a regidores en la lista, que debe estar conformada por no menos de un treinta por ciento (30%) de hombres o mujeres y un mínimo de quince (15%) de representantes de comunidades nativas y pueblos originarios de cada provincia correspondiente, donde existan, conforme lo determine el Jurado Nacional de Elecciones”.

La Ley N° 27683, Ley de Elecciones Regionales, publicada el 15 de marzo de 2002, en el artículo 12º, relativo a la inscripción de listas de candidatos, establece lo siguiente: “(...) La lista de candidatos al Consejo Regional debe estar conformada por un candidato de cada provincia en el orden en el que el partido o movimiento lo decida, incluyendo un accesitario en cada caso; también por no menos de un treinta por ciento (30%) de hombres o mujeres, y un mínimo de quince por ciento (15%) de representantes de comunidades nativas y pueblos originarios de cada región donde existan, conforme lo determine el Jurado Nacional de Elecciones”.

⁹⁷ Informe N° 51/02. Petición N° 0517.Janet Espinoza Feria y otras. Perú, 25 de octubre de 2002, párrafo 1.

mínimo indispensable. Un pedido semejante al Jurado Nacional de Elecciones fue realizado por la Presidenta de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano del Congreso de la República así como por el Movimiento Manuela Ramos.

Cabe indicar que el plazo para la inscripción de las candidaturas vencía el 8 de febrero de 2001, razón por la cual el pedido de la Defensoría del Pueblo era absolutamente pertinente.

Sin embargo, el Jurado Nacional de Elecciones no rectificó la Resolución N° 068-2001-JNE. Por el contrario, mediante Resolución N° 122-2001-JNE, publicada el 7 de febrero de 2001 en el diario oficial El Peruano, el Jurado Nacional de Elecciones declaró improcedentes las solicitudes de rectificación de la Resolución N° 068-2001-JNE, formuladas por la Defensoría del Pueblo, la Presidenta de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano del Congreso de la República y el Movimiento Manuela Ramos. Cabe al respecto mencionar que el Jurado Nacional de Elecciones es la última instancia en materia electoral, siendo sus resoluciones inapelables, de acuerdo al artículo 181º de la Constitución.

La Resolución N° 122-2001-JNE, ignorando la naturaleza de las acciones afirmativas, señaló en su parte considerativa que:

- a. La legislación electoral sobre reserva de cuotas para la participación política de los ciudadanos no se dirigía exclusivamente al sexo femenino, por lo que no se podía considerar discriminatorias dichas medidas que contribuían, además, a consolidar la igualdad jurídica entre ambos géneros;
- b. Mediante Resolución N° 068-2001-JNE se estableció de manera general, proporcional y equitativa el mínimo de mujeres y de varones que debían integrar las listas de candidatos al Congreso de la República, por lo que no existía discriminación de género;
- c. La participación política era “un derecho de las partes cuyo requisito esencial es el del libre consentimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 118º de la Ley N° 26859,⁹⁸ ha sido previsto de manera general”.

En este contexto, el Defensor del Pueblo se dirigió a los Jurados Electorales Especiales de La Libertad, Ica y Callao a fin de que, como órganos encargados de administrar justicia en materia electoral y responsables de observar lo dispuesto por los artículos 51⁹⁹ y 138¹⁰⁰ de la Constitución, prefirieran la protección de los derechos a la igualdad y a la participación política reconocidos en los artículos 2º incisos 2), 17) y 31º de la Constitución, antes que cualquier disposición de inferior jerarquía como la Resolución N° 068-2001-JNE. Por ello, los exhortó a verificar que las listas de candidatos presentadas por

⁹⁸ Ley N° 26859. Artículo 118º.- “Ningún candidato, sin su consentimiento, puede ser incluido en una lista de candidatos al Congreso de la República y al Parlamento Andino (...”).

⁹⁹ Constitución de 1993. Artículo 51º.- “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

¹⁰⁰ Constitución de 1993. Artículo 138º.- “...En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”

las agrupaciones políticas cumplieran con el mínimo expresamente establecido por la ley electoral, requiriéndoles la subsanación del error en el más breve plazo.

Mediante Resolución de fecha 9 de febrero de 2001, el Jurado Electoral Especial de Ica resolvió no acoger el pedido formulado por la Defensoría del Pueblo, por lo que el Defensor del Pueblo interpuso un recurso de apelación contra dicha resolución, para que el caso pudiera ser revisado nuevamente por el Jurado Nacional de Elecciones. Tal apelación fue concedida. Cabe señalar que la Defensoría del Pueblo no recibió ninguna respuesta de los Jurados Electorales Especiales de La Libertad y del Callao.

El problema generado por el incumplimiento de la cuota mínima del 30% en tres distritos electorales, originó un cuestionamiento al respecto en el Primer Informe de Evaluación del Proceso Electoral 2001, de 16 de febrero de 2001, elaborado por la Asociación Civil Transparencia, observadora nacional de los comicios. Asimismo, la Declaración de la Segunda Delegación Preelectoral del Instituto Nacional Demócrata para Asuntos Internacionales (NDI) y del Centro Carter, de 9 de marzo de 2001, mencionó la existencia de un error en el cálculo del número de escaños adjudicados a candidatas para las listas al Congreso en La Libertad, Ica y Callao, y enfatizó que, de no resolverse este problema en este proceso electoral, por lo menos las autoridades debían asumir el error y asegurar que no se volvería a cometer en el futuro. Sin embargo, nada de ello ocurrió.

Con fecha 28 de febrero de 2001 el Movimiento Manuela Ramos envió una comunicación a la señora Eva Zetterberg, Jefa de la Misión de Observadores de la Unión Europea sobre el incumplimiento de las cuotas electorales.

Por Resolución N° 295-2001-JNE, publicada el 04 de abril en el diario oficial El Peruano, el Jurado Nacional de Elecciones declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Resolución N° 029-2001-JEEI, emitida por el Jurado Electoral Especial de Ica . En la parte considerativa de la Resolución N° 295-2001-JNE, el Jurado Nacional de Elecciones señaló lo siguiente:

“Que (...) el señor Walter Albán Peralta, solicitó al Jurado Nacional de Elecciones la modificación de la Resolución N° 068-2001-JNE por considerar que estaría reduciendo las oportunidades de participación política de las mujeres; pedido que fue declarado improcedente mediante Resolución N° 122-2001-JNE de fecha 05 de febrero del año 2001, por cuanto la legislación electoral sobre reserva de cuotas para garantizar la participación política de las ciudadanas y de los ciudadanos está dirigida hacia ambos sexos, sin que se favorezca exclusivamente a uno en perjuicio del otro, lo que implicaría por el contrario, discriminación en razón de género”.

De esta manera, las elecciones generales del 8 de abril de 2001 se llevaron a cabo sin respetar, en tres distritos electorales, los derechos de las mujeres a la igualdad y no discriminación en la participación política.

Mediante carta de fecha 11 de abril de 2001, Eva Zetterberg expresó su preocupación por la situación de la mujer peruana al Movimiento Manuela Ramos. Por ello, en el Informe

Preliminar de la Misión de Observación Electoral de la Unión Europea Elecciones de 8 de abril de 2001, se señaló expresamente que:

“En materia de derechos, debemos aludir a cuestiones de discriminación. Por fomentar la representación femenina que viene tradicionalmente padeciendo prácticas discriminatorias se ha establecido justamente una proporción mínima de treinta por ciento para equilibrio entre sexos en la presentación de candidaturas. No ha sido siempre respetada y no han valido reclamaciones”.

Adicionalmente, el Movimiento Manuela Ramos presentó una denuncia ante la Misión de Observación Electoral Elecciones Generales República del Perú año 2001 de la Organización de Estados Americanos, por el incumplimiento de las cuotas. Con fecha 16 de abril de 2001, el señor Héctor García, Oficial de Denuncias de la referida misión, comunicó al Movimiento Manuela Ramos que si bien el 12 de marzo había solicitado información al Jurado Nacional de Elecciones sobre el trámite dado a dicha denuncia, hasta la fecha no se había recibido una respuesta oficial sobre el tema. Cabe señalar que el Movimiento Manuela Ramos nunca tuvo conocimiento de tal respuesta oficial a la misión de la Organización de Estados Americanos.

Por su parte, en el Informe Final del Instituto Nacional Demócrata/Centro Carter (Proyecto Conjunto de Observación Electoral), de 11 de julio de 2001, en el acápite Administración Electoral y sus Procedimientos, se dejó constancia que en el proceso electoral 2001 la cuota del 30% no había sido alcanzada en los distritos de La Libertad, Ica y Callao.

El Estado peruano, en respuesta a la petición presentada ante la CIDH, señaló que no se habían agotado los recursos internos, pues los peticionarios no habían acudido al procedimiento denominado “pedido atípico de nulidad de resoluciones” ante el pleno del Jurado Nacional de Elecciones, reglado por el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), de 6 de enero del 2001, para que esa autoridad revisara la mencionada Resolución Nº 068-2001-JNE, careciendo por ello de interés para obrar.¹⁰¹

Mediante escrito de 3 de julio de 2002 los peticionarios reafirmaron que habían agotado los recursos internos, señalando que la alternativa de dirigirse a esa autoridad mediante el “pedido atípico de nulidad de resoluciones”, no era un medio eficaz, pues en el caso de los ciudadanos, Edwin Laguerre Gallardo y Ricardo Bissete Pinedo, en un asunto diferente, se había solicitado la intervención de la Defensoría del Pueblo, al haber presentado, ambas personas, ese recurso excepcional ante el Jurado Nacional de Elecciones, y obtenido como respuesta de ese órgano la declaratoria de improcedencia de los recursos interpuestos con el argumento de que sus resoluciones no eran revisables.¹⁰²

¹⁰¹ Ibid., párrafo 28.

¹⁰² Ibid., párrafo 25.

Además el estado peruano sostuvo que:

- a) El artículo 116º de la Ley Orgánica de Elecciones no consagraba una cuota de mujeres pues el Congreso había legislado contra el predominio exclusivo de uno u otro género en las elecciones parlamentarias;
- b) Había imposibilidad matemática, jurídica y física de cumplir con el porcentaje del 30% establecido en el referido artículo 116º.

Dada la debilidad de los argumentos del Estado peruano, la contestación a su respuesta fue bastante sencilla. Los peticionarios afirmaron, en primer lugar, que de acuerdo con el artículo 181º de la Constitución, el Jurado Nacional de Elecciones era la última instancia en materia electoral. En segundo lugar, sostuvieron que las mujeres habían sido históricamente excluidas de la vida pública, por lo tanto una norma que contenía una cuota electoral era una acción afirmativa que necesariamente beneficiaba a las mujeres. En tercer lugar, señalaron que tampoco existía imposibilidad jurídica o matemática para aplicar la cuota mínima del 30% por cuanto al establecer la ley un porcentaje mínimo, las cifras se debieron redondear al entero superior para obtener una candidata más en los distritos electorales de Ica, Callao o La Libertad. Finalmente, los peticionarios afirmaron que no quedaba claro a qué se refería el Estado peruano con “imposibilidad” física, a menos que quisiera decir que no existía un número suficiente de mujeres, lo que también era falso.

La petición presentada fue admitida mediante Informe N° 51/02 Admisibilidad de la CIDH, en el que concluyó que era competente para conocer el caso y para admitirlo, de conformidad con los artículos 46º y 47º de la Convención Americana. Asimismo, declaró admisible la petición en lo que respecta a eventuales violaciones a los artículos 1º.1, 23º y 24º de la Convención Americana.

La CIDH afirmó que estaba demostrado que los peticionarios habían acudido ante el Jurado Nacional de Elecciones, por el procedimiento consagrado en la misma ley electoral y recibido respuesta en dos ocasiones, bajo el mismo supuesto de hecho y en el mismo sentido. Según la CIDH hubiera sido aceptable que se acudiera por la vía de un “procedimiento atípico de nulidad de las resoluciones”, ante el mismo Jurado Nacional de Elecciones, si no hubiera existido otro a través del cual esa autoridad hubiese tenido la oportunidad de pronunciarse, como efectivamente lo hizo y en dos ocasiones.¹⁰³

La CIDH también observó que de acuerdo al artículo 181º de la Constitución, las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en esta materia, eran dictadas en instancia final, definitiva e irreversible.

En el otro aspecto referido a la carencia de interés para obrar, que había alegado el Estado al no haber interpuesto las víctimas en forma directa el recurso interno (pedido atípico de nulidad de elecciones), la CIDH observó que tres de las presuntas víctimas señaladas en la denuncia, Janet Espinoza Feria, Patricia Rita Zanabria y Katia Iliana Chumo García, para la época de su presentación, estaban vinculadas al Movimiento Manuela Ramos en diferentes actividades en los distritos electorales referidos.

¹⁰³ Ibid, párrafo 48.

La CIDH entendió que cuando el Movimiento Manuela Ramos acudió ante el Jurado Nacional de Elecciones para solicitar la revisión de la resolución ya mencionada, había accionado a nombre del colectivo de mujeres que decía representar, pero también a nombre de Janet Espinoza Feria, Patricia Rita Zanabria y Katia Iliana Chumo García, que hacían parte de su movimiento, con lo que se evidenciaba que se había agotado el recurso interno.¹⁰⁴ Asimismo, la CIDH sostuvo que si bien era cierto que las otras presuntas víctimas no habían acudido directamente a esa instancia a reclamar para sí tal derecho, el Estado no había aportado ningún argumento, razón valedera o prueba tendiente a demostrar que la decisión a la que hubiera arribado el Jurado Nacional de Elecciones, hubiera sido diferente a lo resuelto en las resoluciones del 5 de febrero y 3 de abril de 2001, cuando declaró improcedente e infundada las solicitudes de revisión de la Resolución N° 068-2001-JNE, o hubiesen obtenido como respuesta que la improcedencia se originaba en que tales decisiones no eran susceptibles de revisión, como ocurrió con los señores Edwin Laguerre Gallardo y Ricardo Bissete Pinedo, en un asunto diferente al aquí expuesto. La CIDH afirmó que, existiendo dos resoluciones sobre los mismos hechos reclamados, el Estado estaba bajo la obligación procesal de demostrar la posibilidad cierta de que un nuevo recurso ante la misma autoridad tendría al menos cierta perspectiva de éxito.¹⁰⁵

Cabe destacar que si bien la Defensoría del Pueblo adujo obrar en representación de las mujeres votantes potenciales de los distritos electorales de La Libertad, el Callao e Ica, cuantificadas en 892,868, la CIDH consideró que según los artículos 44º y concordantes de la Convención Americana y de la jurisprudencia del sistema interamericano, correspondía declarar la admisibilidad de la petición con respecto a aquellas víctimas debidamente individualizadas.¹⁰⁶

Con fecha 13 de enero de 2003, la Defensoría del Pueblo y el Movimiento Manuela Ramos, expresaron a la CIDH su disposición a llegar a una solución amistosa con el Estado peruano.

Si bien aún no se ha llegado a un acuerdo de solución amistosa, lo cierto es que el Jurado Nacional de Elecciones calculó correctamente el número de regidores/as, consejeros/as y parlamentarios/as equivalente a la cuota mínima electoral del 30%, en tres procesos electorales llevados en el Perú después de la presentación de la petición ante la CIDH por parte de la Defensoría del Pueblo y del Movimiento Manuela Ramos.

Es más, en las elecciones regionales y municipales realizadas en el 2006, el Jurado Nacional de Elecciones dictó las Resoluciones N° 1230-2006-JNE y 1231-2006-JNE, estableciendo el número de candidatas equivalente al 30% de varones o de mujeres en cada región y municipio, respectivamente. En la parte considerativa de dichas resoluciones se señaló que para el establecimiento de la cuota de género debía tenerse presente que en aquellos casos en los cuales el 30% del número total de candidatos fuera equivalente a un

¹⁰⁴ Ibid., párrafo 51.

¹⁰⁵ Véase en el mismo sentido Comisión Europea de Derechos Humanos, Appl. 27/55 X vs Federal Republic Germany 1978.

¹⁰⁶ Véanse la Opinión Consultiva C-14/94 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (párrafos 45-47) así como el caso María Eugenia Morales Sierra, Informe de Admisibilidad N° 11.625 de 6 de marzo de 1998.

número entero y una fracción, el concepto de cantidad mínima correspondía a la unidad superior, es decir, la cifra obtenida sería redondeada al número entero superior.

Lamentablemente, para las elecciones municipales que se llevarán a cabo en julio de 2007 en dos nuevos distritos (Canoas de Punta Sal y Manantay) el JNE ha vuelto a calcular equivocadamente la cuota mínima del 30%. En el caso del distrito de Canoas de Punta Sal (Tumbes) se elegirá a un alcalde y a cinco regidores/as, por lo tanto la cuota debería ser dos representantes. Sin embargo, el JNE ha establecido que sea uno. En el caso del distrito de Manantay, se elegirá a un alcalde y a nueve regidores/as, razón por la cual la cuota debería ser de tres representantes. No obstante, el JNE ha decidido que sean sólo dos.¹⁰⁷

Reflexión final

Tanto en doctrina, en las observaciones y recomendaciones generales del Comité de Derechos Humanos y del Comité CEDAW así como en documentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se encuentran interesantes argumentos para sustentar la compatibilidad del mecanismo de cuotas para promover la participación política de las mujeres con el principio de igualdad. Por otro lado, textos constitucionales como el peruano, colombiano y argentino contienen disposiciones para garantizar la participación política de las mujeres, haciendo expresa mención a acciones positivas, a porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género o a la igualdad real y efectiva.

Aunque con los cuestionamientos que hemos señalado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana también desarrolla sólidos argumentos a favor de la constitucionalidad de las acciones afirmativas y de las cuotas de mujeres, en particular.

¹⁰⁷ Ha habido otro tipo de problemas en la aplicación de las cuotas, como en las elecciones municipales y regionales de 2002, en las que en el cálculo del 30% se incluyó a las candidatas a alcaldesa así como a presidenta y vicepresidenta de la región (Resoluciones N° 372-2002-JNE y 185-2002-JNE, respectivamente). Este criterio fue expresamente modificado en las elecciones de 2006, mediante Resoluciones 1234-2006-JNE y 1247-2006-JNE, en las que se estableció que el porcentaje de 30% se aplicaría sólo a las listas de regidores y consejeros. En este último caso se señaló, además, que el 30% se aplicaba a la lista de consejeros titulares y a la lista de consejeros accesitarios, esto es, por separado. Al respecto véase, “Problemas en la aplicación de la cuota de género”. Comentarios de Ana María Yáñez, en Partidos y Democracia. Boletín de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, ONPE, Perú, Año III – N° 14, diciembre 2006, p. 3. Sin embargo, en el informe sombra preparado para la sesión del Comité CEDAW llevada a cabo del 15 de enero al 2 de febrero del 2007, se dio cuenta de que en las elecciones municipales y regionales de 19 de noviembre de 2006, el JNE validó la inscripción de más de 90 listas a nivel nacional que incumplieron con la cuota de género del 30%, véase el Informe alternativo al Sexto Informe periódico del Estado peruano al Comité de la CEDAW, Cladem, Flora Tristán, Manuela Ramos y Demus, Lima, noviembre 2006, p. 126. Debe señalarse que el Comité CEDAW ha urgido al Estado peruano “a implementar un plan estratégico con medidas que resulten en un mayor número de mujeres en cargos públicos, incluyendo la administración pública y el poder judicial, y a nivel local/municipal, junto con el establecimiento de cronogramas y objetivos. Más aún, el Comité sugiere la implementación de actividades de sensibilización sobre la importancia de la participación de las mujeres en la toma de decisiones para la sociedad en su conjunto”, Comentarios concluyentes del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Avance de revisión no editada, CEDAW/C/PER/CO/6, 2 de febrero de 2007, párrafo 17.

Finalmente, es preciso difundir la admisión por parte de la CIDH de casos en los que se adujo la violación de disposiciones de la Convención Americana, originada en el incumplimiento de normas sobre cuotas electorales, a fin de contribuir a que este tipo de discriminación inversa sea tomado con más seriedad por los propios estados, partidos políticos y autoridades electorales. Ello en la medida en que la participación política de las mujeres es también un asunto de derechos humanos.

Abril 2007