

ARGENTINA

Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales – 2009

Derechos de las mujeres y discurso jurídico



Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos
y la Justicia de Género.

Equipo Latinoamericano de Justicia y Género: Derechos de las mujeres y discurso jurídico. Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009. – 1ª ed.-
Buenos Aires: ELA, 2010

141 pp.; 15x21 cm

ISBN

Derechos Humanos, justicia y género.

Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), 2010

Marcelo T. de Alvear 624, 5º 40 – 1058 Buenos Aires

ela@ela.org.ar - www.ela.org.ar

Impreso en la Argentina

Diseño gráfico: María Marta Parodi

Impresión: Triñanes Gráfica, Charlone 971, Avellaneda, Buenos Aires – Argentina

Septiembre de 2010.

Permitida su reproducción citando las fuentes.

Este libro cuenta con el auspicio del Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund.

| | |
|--|-----------|
| PRESENTACION | 9 |
| INTRODUCCION | 13 |
| PAOLA BERGALLO | 19 |
| A propósito de un caso formoseño: las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto | |
| 1. Introducción | |
| 2. Una taxonomía de las decisiones judiciales sobre aborto desde 1994 | |
| 2.1. La revisión definicional del aborto | |
| 2.2. El acceso a las indicaciones de aborto | |
| 2.3. La renuencia al castigo de las mujeres | |
| 2.4. La condena del aborto | |
| 3. El discurso judicial sobre el aborto: su incertidumbre y sesgo conservador | |
| 3.1. Tribunales, derechos reproductivos e incertidumbre | |
| 3.2. La mirada conservadora sobre la Constitución | |
| 4. La vida, los derechos y el programa constitucional de 1994 | |
| 5. Conclusión | |
| NATALIA GHERARDI | 51 |
| La violencia contra las mujeres en la justicia Argentina | |
| 1. Introducción | |
| 2. El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia | |
| 3. Las leyes sobre violencia contra las mujeres en el ámbito de sus relaciones interpersonales | |
| 3.1. La ley penal en el tratamiento de la violencia: tensiones entre el delito y el conflicto | |
| 3.2. ¿Violencia familiar o violencia de género? | |
| 4. Más allá del texto de la ley: políticas públicas para el acceso a la justicia | |
| 5. Reflexiones finales: aportes para la construcción de la agenda pendiente | |
| MARIELA PUGA Y ROMINA OTERO | 73 |
| La justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral: el caso Sisnero | |
| 1. Introducción | |
| 1.1. Importancia de la decisión judicial en el contexto salteño | |
| 2. El caso de las colectiveras salteñas | |
| 2.1. Legitimación Activa | |
| 2.2. Territorios, suelos y techos ocupacionales | |
| 2.3. Una cuestión de idoneidad | |
| 2.4. Discriminación vis a vis violencia | |
| 2.5. La discriminación inversa y el cupo | |
| 3. Cierre | |

| | |
|---|-----|
| VIOLETA CANAVES | 93 |
| Democracia en construcción: hombres y mujeres trabajando | |
| 1. Introducción: las sentencias, los ladrillos | |
| 2. Cupo Femenino en La Rioja: sentencia del Tribunal Electoral Provincial | |
| 2.1. La sentencia de La Rioja y los antecedentes jurisprudenciales: | |
| 2.2. La sentencia de La Rioja y el contexto normativo: | |
| 3. Ley de Cupo y acciones afirmativas | |
| 4. A modo de conclusión: imaginar para reconstruir | |
| | |
| PAULA VITURRO | 113 |
| Reflexiones acerca del litigio en materia de géneros y sexualidades | |
| 1. Introducción | |
| 1.1. Del método | |
| 1.2. Del encuadre | |
| 1.3. De las agendas | |
| 2. Los patrones normativos y el naturalismo en las sentencias sobre sexualidades disidentes | |
| 2.1. De los patrones normativos | |
| 2.2. Del Naturalismo | |
| 3. Estrategias | |
| | |
| APENDICE : EXTRACTOS DE SENTENCIAS | 125 |





PRESENTACIÓN

Las instituciones que integramos la Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género¹, creamos en 2009 un Observatorio de Sentencias Judiciales² que monitorea y difunde principalmente las sentencias de los tribunales superiores de justicia de seis países de América Latina, bajo la coordinación general de ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.³

La Articulación Regional Feminista es una alianza de organizaciones no gubernamentales de América Latina que trabaja coordinadamente por la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres y la justicia de género. Nuestro trabajo consiste en identificar las desigualdades e inequidades de género en nuestros países, emprender la defensa legal frente a violaciones de los derechos humanos de las mujeres, darle seguimiento a las obligaciones internacionales contraídas por nuestros estados y realizar un análisis actualizado y periódico sobre la situación y condiciones de las mujeres en la región, aportando elementos de análisis para la construcción de sociedades más justas y equitativas, para mujeres y varones.

Las organizaciones que conformamos la Articulación Regional Feminista creemos que pensar nuestros respectivos países en el contexto de América Latina es fundamental para compartir estrategias para la promoción de los derechos de las mujeres. Las variadas situaciones presentes en ellos tienen en común la profusión de normas y tratados internacionales con reconocimientos normativos de derechos que no se corresponden con políticas públicas que permitan la operatividad de esos derechos para grandes grupos de la población.

El contexto favorable creado a partir de la recuperación de las instituciones democráticas en muchos de los países de la región, las reformas constitucionales, la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos y la incorporación de instrumentos procesales novedosos para permitir el reclamo de la vigencia de estos derechos, no fue aprovechado del mismo modo para beneficiar a diferentes grupos de la sociedad. Por el contrario, grandes colectivos de personas continúan siendo discriminadas y viviendo en situaciones de desventaja social y económica frente a disímiles oportunidades para plantear reclamos administrativos o judiciales conducentes al reconocimiento de sus derechos. Entre estos grupos se encuentran las

1 Las organizaciones que integran la Articulación Regional Feminista son ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (Argentina), Coordinadora de la Mujer (Bolivia), Corporación Humanas (Chile, Colombia y Ecuador), y DEMUS – Estudios para la Defensa de la Mujer (Perú). Más información en www.articulacionfeminista.org.

2 El Observatorio de Sentencias Judiciales es uno de los componentes del proyecto *"Monitoring for Empowerment: Women's Rights in the Media and the Courts of Law"*, financiado por el Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund.

3 ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género es una organización no gubernamental creada en Argentina en 2003 con el objetivo de promover el efectivo ejercicio de los derechos de las mujeres y la equidad de género a través de la justicia y de las políticas públicas. Más información en www.ela.org.ar.

mujeres, cuyas condiciones de desarrollo social y económico aún resultan adversas para el pleno ejercicio de su autonomía.

La falta de mayor uso del sistema legal y de sus herramientas para promover los derechos de los grupos desaventajados ha sido objeto de reflexión en diversos ámbitos en América Latina.⁴ La estrategia legal, tan arraigada en la costumbre anglosajona, no ha tenido el mismo ímpetu en la región, aun cuando ha habido incipientes y promisorias experiencias en materia de derechos económicos y sociales y justicia transicional, entre otros.

Hay obstáculos económicos, geográficos, culturales y simbólicos que dificultan el acceso a la justicia, es decir, las posibilidades de activar los mecanismos institucionales existentes para exigir la vigencia de los derechos. Muchos de estos obstáculos afectan de un modo particular a las mujeres, sus organizaciones y, en general, a los y las activistas por los derechos humanos. Sin embargo, en aquellos casos en que es posible superar estas dificultades y barreras para el acceso a la justicia, es interesante analizar cuál es la respuesta del Poder Judicial ante estos reclamos.

Por ese motivo, en el marco del trabajo compartido desde hace ya varios años, en 2009 creamos el Observatorio de Sentencias Judiciales que monitorea y difunde las decisiones de los tribunales de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú con el objetivo de identificar en qué medida la justicia recibe y procesa los reclamos por el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres, en temas tales como participación política, trabajo, salud sexual y reproductiva, violencia, derechos civiles, entre otros.

El Observatorio de Sentencias Judiciales responde a tres objetivos específicos: en primer lugar, contribuir a un mejor conocimiento de los derechos de las mujeres y los medios legales para hacer efectivos estos derechos. En segundo lugar, promover el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres a través de la difusión de los diagnósticos, estudios, argumentos jurídicos y las mejores prácticas judiciales para optimizar la utilización de las herramientas legales entre las organizaciones de mujeres, las organizaciones de derechos humanos, instituciones académicas, profesionales del derecho e integrantes de la judicatura. Por último, el Observatorio se propone contribuir al intercambio de experiencias nacionales entre los países de la región con miras a promover una mayor utilización de los mecanismos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos, para la promoción de los derechos de las mujeres.

4 Fundación Ford (2001) Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el área del derecho de los donatarios de la Fundación Ford en el mundo, Santiago de Chile; Abramovich V. y Pautassi, L., (2009), La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos en Argentina, Editores del Puerto, Buenos Aires; CELS (2009), La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

El Observatorio de Sentencias Judiciales funciona como una base de datos interactiva establecida en una página de Internet de libre acceso⁵ que contiene las decisiones más importantes de los tribunales superiores de justicia y cortes constitucionales de cada país en materia de los derechos de las mujeres, las definiciones y normas jurídicas utilizadas y sus condiciones de ejecución. Además, se incluyen algunas decisiones de tribunales inferiores que, por los argumentos que utilizan o por los derechos que invocan, consideramos relevantes para su inclusión en la base de datos.⁶

A partir del material contenido en el Observatorio de Sentencias Judiciales se puede relevar los casos que se litigan ante la justicia, qué derechos involucran, quiénes llevan adelante estos procesos, qué argumentos se invocan y cómo se resuelven. Un aspecto a destacar es el reto metodológico asociado a las dificultades de acceso a la información en muchos de nuestros países: no todas las decisiones de las cortes de justicia se encuentran disponibles en Internet. Además, los repertorios y revistas especializadas que publican sentencias en general suponen un recorte previo respecto de aquellas decisiones que divulgan. Estas circunstancias traen aparejadas un desafío particular a nuestro trabajo de recopilación de decisiones judiciales.

Asimismo, las organizaciones de la Articulación Regional Feminista participamos de un Observatorio Regional de las Mujeres en los Medios.⁷ Se trata de una herramienta de seguimiento al tratamiento que los medios de comunicación impresa de cada uno de nuestros países le dan al tema de violencia contra las mujeres. Desde la página Web del Observatorio se puede acceder de manera gratuita a las noticias vinculadas con la violencia contra las mujeres en los medios gráficos nacionales. La forma en que los medios de comunicación reproducen las noticias vinculadas con los derechos de las mujeres, el discurso público al que contribuyen y las diversas formas en que tratan los temas que también son materia de decisión en la justicia, aportan a un mejor conocimiento sobre las percepciones que la sociedad tiene respecto de las mujeres y sus derechos. Por ese motivo, en esta publicación el análisis de algunos temas relevantes para la promoción y vigencia de los derechos de las mujeres en América Latina a partir de las decisiones de los tribunales de justicia nacionales, se integra una revisión sobre el tratamiento que los medios de comunicación dan a los mismos.

Confiamos que el material reunido en esta publicación y la base de datos del Observatorio de Sentencias constituyan un aporte para las organizaciones y activistas involucrados en la defensa y promoción de los derechos de las mujeres. Al mismo tiempo, deseamos que diversos actores puedan

5 Se puede acceder al Observatorio desde www.articulacionfeminista.org así como desde las páginas de Internet de cada una de las organizaciones de la Articulación Regional Feminista.

6 Véase la sección Metodología en la página Web del Observatorio para una explicación de las cortes monitoreadas en cada uno de los países que participan del Observatorio.

7 El Observatorio se puede acceder desde www.observatorioregionaldemedios.org, así como desde la página de la Articulación www.articulacionfeminista.org.

apropiarse de la herramienta y que contribuyan a su consolidación como fuente de información fundamental para el trabajo cotidiano de organizaciones, activistas y operadores de justicia. Para eso, esperamos que puedan colaborar con nuestro trabajo haciéndonos llegar aquellas decisiones de los tribunales de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú que consideren interesantes para su inclusión en el Observatorio.

Agradecemos el entusiasmo que este proyecto y el trabajo de las organizaciones que integramos la Articulación Regional Feminista ha despertado en el año que llevamos de trabajo. En particular, nuestro agradecimiento al invaluable aporte del Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund para este proyecto.

Buenos Aires, julio de 2010.

Natalia Gherardi
Directora Ejecutiva
ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género

INTRODUCCIÓN

El Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009 presenta una selección de artículos que invitan a reflexionar desde diferentes perspectivas en torno a cinco temas de central importancia para los derechos de las mujeres en Argentina: el aborto, la violencia, el acceso al empleo, la participación política y el reconocimiento de géneros y sexualidades.

Durante el año 2009, el Observatorio de Sentencias Judiciales de derechos de las mujeres que coordina ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, incorporó a su base de datos más de 350 sentencias de tribunales de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. De ellas, 112 corresponden a decisiones emitidas por tribunales de Argentina, incluyendo tanto pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como de cortes provinciales y tribunales inferiores.¹ El denominador común de estas sentencias es que resuelven acerca de los derechos de las mujeres, las condiciones de su vigencia y la interpretación de normas de jerarquía constitucional que garantizan el derecho a la igualdad, la no discriminación y el desarrollo de la autonomía.

DE LA IDENTIFICACIÓN Y SELECCIÓN DE SENTENCIAS

La experiencia de trabajo realizado en Argentina durante el año 2009 ha dejado en evidencia las dificultades para el acceso a la información pública cuando se trata de resoluciones judiciales.² En un sistema federal de administración de justicia con control difuso de constitucionalidad, en ausencia de un sistema integrado de registro de jurisprudencia, el acceso a las decisiones de los tribunales y cortes de justicia es contingente. No todas las cortes supremas de justicia de las provincias cuentan con páginas de Internet en las que publiquen la totalidad de sus sentencias, o el texto completo de sus decisiones.³ El acceso a las decisiones de los juzgados inferiores es aun más dificultoso.

Por otra parte, aún en los casos en que esta información está disponible, su identificación a los efectos de la formación, investigación o divulgación posterior no siempre resulta sencilla. En primer lugar, porque la necesidad de proteger la identidad de las personas involucradas en algunas clases de procesos (en particular, víctimas de delitos sexuales) requiere que se reemplacen los nombres por iniciales, lo que dificulta luego su identificación. En segundo lugar, los criterios de clasificación y los descriptores que se utilizan para las sentencias no siempre son uniformes entre las diver-

1 Al 31 de julio de 2010, se agregaron más de 150 sentencias adicionales, de las cuales 55 son de Argentina.

2 Esta misma dificultad se ha presentado en otros países que participan del proyecto del Observatorio de Sentencias Judiciales, lo que nos lleva a reflexionar acerca del grado de conciencia del acceso a la información pública como un derecho de la ciudadanía, en particular con relación a los poderes judiciales de los países de la región.

3 Vuelve a presentarse el carácter contingente de acceso a las decisiones judiciales, que dependerá de si las personas encargadas de su selección y difusión públicas consideran que son de interés para terceros ajenos al proceso.



sas bases de datos y además ignoran ciertas clasificaciones útiles para el análisis feminista de la jurisprudencia, que incluiría conceptos tales como género y trabajo reproductivo, por ejemplo.

Finalmente, hay bases de datos tanto pagas –en la mayoría de los casos– como gratuitas –las menos– que publican una selección de sentencias de diversos tribunales. Sin embargo, en estos casos, la persona interesada enfrenta la limitación de sólo acceder aquellas decisiones judiciales que el medio de difusión considera arbitrariamente como de interés. Por lo tanto, existe un riesgo cierto de ignorar una cantidad importante de decisiones judiciales que no se adecúan a las que generalmente se consideran de interés.

Es importante avanzar en la conciencia acerca del uso que las sentencias judiciales tienen en la construcción del sentido de las normas, en tanto son una expresión clara del derecho en su aplicación concreta a las realidades de mujeres y varones en nuestra sociedad. Para ello, es importante promover el uso del texto de las sentencias como material de estudio, de investigación y como forma de avanzar en la consolidación de mecanismos para la formulación de mejores interpretaciones constitucionales y mayor reconocimiento de los derechos.⁴

LOS ARTÍCULOS EN ESTA PUBLICACIÓN

Para los artículos que integran esta publicación, se han seleccionado algunas sentencias correspondientes a casos resueltos en el año 2009 en Argentina y que sirven de punto de partida para reflexionar acerca de los temas que hemos elegido destacar: aborto, violencia, acceso al empleo, participación política y reconocimiento de géneros y sexualidades.

Sin duda, los problemas vinculados con la falta de ejercicio de derechos por parte de las mujeres son muchos, variados y complejos, entre otros motivos porque es variada y compleja la realidad de las mujeres argentinas, que se encuentran lejos de constituir un colectivo homogéneo de personas que compartan intereses, puntos de vista y circunstancias de vida. La variedad de casos resueltos por nuestros tribunales de justicia (en los casos en que las mujeres tienen el mínimo acceso a la justicia necesario como para reclamar judicialmente por el respeto a sus derechos vulnerados) no es sino indicativo de una realidad mucho más compleja.⁵

4 En el Observatorio de Sentencias Judiciales se incluye una valoración de cada una de las decisiones, organizada en una escala de tres puntos: si reconoce los derechos de las mujeres invocados en el caso; si no reconoce tales derechos; y si lo hace con argumentos destacables. Esta valoración solo es indicativa de la relevancia que la sentencia pueda tener para la identificación de argumentos interesantes para la defensa de los derechos en juego. Sin embargo, aun la valoración positiva de la sentencia en el Observatorio no implica una opinión en el sentido de que los argumentos utilizados sean los mejores o los únicos que podrían invocarse. A partir del trabajo realizado en el Observatorio de Sentencias Judiciales, será interesante avanzar en el futuro hacia la creación de una "jurisprudencia feminista", es decir, decisiones judiciales concebidas con los argumentos y métodos feministas de análisis.

5 En Argentina no hay suficientes investigaciones tendientes a identificar cuál es el déficit del acceso a la justicia; es decir, en qué medida las personas resuelven sus conflictos legales a través de los tribunales de justicia y cuál es el universo de necesidades jurídicas insatisfechas.



Sin embargo, creemos que los temas elegidos representan razonablemente algunas de las principales preocupaciones de las mujeres de nuestro país. Los artículos en esta publicación abordan algunas de las discusiones teóricas relevantes que subyacen las sentencias judiciales que les sirven de disparadores.

En primer lugar, el artículo de Paola Bergallo ofrece un repaso de las decisiones judiciales sobre aborto desde el año 1994. Bergallo agrupa estas sentencias entre aquellas que brindan una revisión de la definición del término aborto; aquellas que establecen o convalidan ciertas indicaciones con relación a la admisibilidad de los llamados abortos no punibles; y por último aquellas decisiones que muestran una evidente renuencia del poder judicial de castigar a las mujeres que cometen el delito de aborto. Al analizar el evidente sesgo conservador en la interpretación de las normas vigentes, el artículo repasa los zigzagueos jurisprudenciales que contribuyen a generar un estado de incertidumbre respecto de los derechos reproductivos, que resulta lesivo del programa constitucional aprobado en 1994 sobre la base de los ideales de igualdad y autonomía.

A continuación, el artículo de Natalia Gherardi presenta algunos de los debates centrales vinculados con la violencia contra las mujeres en el ámbito de sus relaciones interpersonales, tal como se discuten actualmente ante la justicia argentina. Para eso, Gherardi recorre algunas de las normas vigentes pero advierte respecto de las limitaciones de la ley, particularmente en materia de violencia, ya que el acceso a la justicia necesariamente deberá estar garantizado a través de políticas públicas. Finalmente, el artículo concluye con la delineación de una propuesta de agenda de acción que pueda contribuir a consolidar el tema de la violencia contra las mujeres como prioritario de la agenda pública.

En su artículo, Mariela Puga y Romina Otero analizan un interesante caso que se presentó en la provincia de Salta. Un grupo de mujeres cuestionó judicialmente la política de las empresas de transporte de pasajeros de la ciudad que excluye a las mujeres entre sus potenciales trabajadores. El artículo ofrece un pormenorizado análisis de los diversos argumentos invocados y revisa su compatibilidad con los estándares de igualdad y no discriminación previstos en nuestra Constitución Nacional y tratados de derechos humanos que obligan a la Argentina.

La participación de las mujeres en los cargos de decisión, en particular mediante el respeto de las normas de cupo en los poderes legislativos nacional y locales, ha sido materia de litigio en varias ocasiones. El artículo de Violeta Cánaves recorre esta jurisprudencia, tomando como punto de partida una decisión del tribunal electoral de la provincia de La Rioja. Cánaves reflexiona sobre el cupo femenino como herramienta de acción afirmativa para la promoción de la democracia y los argumentos que le dan sustento.

Finalmente, Paula Viturro reflexiona acerca de los derechos de las personas que se apartan de la heteronormatividad, utilizando como disparador dos acciones promovidas por mujeres lesbianas en reclamo de sus derechos a la sexualidad y a la reproducción. En su comentario, Viturro destaca las dificultades implícitas en los trabajos de investigación que tienen como fuente principal las sentencias, destacando las limitaciones de un discurso jurídico que se resiste a la incorporación de la categoría género. Esto es particularmente relevante en aquellos casos en los que se pone en cuestión la sexualidad, en los que no es posible considerar que las sentencias serán “positivas” en la medida en que protejan los derechos invocados ya que esta protección viene acompañada de la convalidación de un cierto orden heteronormativo (la sexualidad vinculada necesariamente con la reproducción, la pareja estable) que no llega a ser cuestionado por la justicia.

LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

En forma simultánea con el Observatorio de Sentencias Judiciales, el equipo de comunicación de ELA trabaja en un Observatorio de los derechos de las mujeres en los medios de comunicación.⁶ A partir del monitoreo de la prensa gráfica de Argentina, el objetivo de esta iniciativa es identificar el tratamiento que los derechos de las mujeres reciben en los medios de comunicación, el enfoque con que se presentan las noticias, la relevancia que se les otorga en términos de jerarquía, análisis, extensión, alcance de la cobertura, entre otros aspectos interesantes.⁷

En ese sentido, es interesante revisar qué cobertura periodística recibieron los temas que hemos definido de principal importancia para esta publicación. En los últimos años, el tema de aborto ha recibido una creciente cobertura en los medios gráficos, en línea con el enfoque editorial de cada periódico.⁸ Sin embargo, el caso del Superior Tribunal de Justicia de Formosa que da origen al artículo de Paola Bergallo, no fue cubierto por los medios gráficos nacionales (La Nación, Clarín, Crítica de la Argentina). Por el contrario, la noticia sí fue cubierta por Página 12⁹ y por el periódico local La Mañana de Formosa.¹⁰

Como se explica en mayor detalle en el informe de ELA, la violencia contra las mujeres también recibe creciente espacio en la prensa gráfica tanto de distribución nacional como local, aunque esta cobertura se encuentra habitualmente vinculada con la noticia de un hecho puntual de violencia, antes que en la presentación de información con un cierto grado de análisis.¹¹

6 Este trabajo está a cargo de Mariana Morelli y Paula Rey, en coordinación con colegas de las organizaciones de Bolivia, Chile Colombia, Ecuador y Perú. Se puede acceder a este observatorio desde la página www.ela.org.ar.

7 En una primera etapa, se monitorearon exclusivamente las noticias vinculadas con violencia hacia las mujeres. En septiembre se presenta en Buenos Aires el análisis sobre las noticias de violencia aparecidas en el primer semestre de 2010, en los medios gráficos monitoreados. El informe se encuentra disponible en la página de Internet www.ela.org.ar.

8 En 2008 se publicó el informe “El aborto en la prensa gráfica argentina. Monitoreo de diez casos”, elaborado por Artemisa Comunicación.

9 Página 12, 26.1.2010, incluye dos columnas de opinión.

10 La Mañana, 19.12.2009.

11 Véase el informe de ELA referido anteriormente.

Por su parte, el caso analizado en el artículo de Mariela Puga y Romina Otero ocurrido en Salta, recibió importante cobertura de uno de los periódicos locales, El Tribuno de Salta, que publicó novedades sobre el caso en reiteradas oportunidades.¹² También los medios nacionales Clarín¹³, La Nación¹⁴ y Crítica¹⁵ publicaron notas sobre el caso, incluyendo notas explicativas y la cobertura periodística de la sentencia.

El tema de la participación política de las mujeres y el cumplimiento del cupo femenino en la provincia de La Rioja no recibió la atención de los medios gráficos. Sólo el periódico Nueva Rioja cubrió la noticia sobre el fallo en una nota.¹⁶

Finalmente, recibieron relativa cobertura periodística los dos fallos que motivan el artículo de Paula Viturro. La decisión judicial que autoriza la visita íntima para una pareja de mujeres lesbianas fue cubierta tanto por Clarín¹⁷ como por Crítica¹⁸ y Página 12, que además incluyó la publicación de columnas de opinión en los suplementos especializados del diario.¹⁹ Por último, el fallo que ordena a la obra social cubrir el tratamiento de fertilización de una pareja de mujeres, se encuentra presente en el diario Clarín²⁰ y Crítica.²¹

La presencia de las noticias que involucran derechos de las mujeres en la prensa gráfica, nacional y local, es importante. Sin embargo, un análisis sustantivo requiere indagar acerca del tratamiento que se le da a la noticia y la profundidad con que se aborda. Será interesante continuar con estas líneas de indagación en el futuro, buscando relaciones entre los temas que se debaten en los tribunales de justicia y los que se debaten en la sociedad.

* * *

En este primer año de trabajo con el Observatorio de Sentencias Judiciales, la evidencia nos muestra que son muchos los temas respecto de los cuales los derechos de las mujeres se encuentran en disputa. Esto nos invita a reafirmar nuestro compromiso con el trabajo que hemos iniciado, buscando las maneras para profundizarlo en los próximos meses de trabajo.

12 El Tribuno publicó noticias los días 26.04.2009; 05.05.2009; 20.08.2009; 20.11.2009; 8.12.2009, 18.01.2010 y 08.03.2010 cuando, en el marco de la conmemoración del Día de la Mujer, se anuncia que la Sra. Sisnero, impulsora del reclamo, hará una presentación del caso.

13 Clarín, 04.05.2009.

14 La Nación, 19.11.2009.

15 Crítica, edición dominical del 25.10.2009.

16 Nueva Rioja, 19.05.2009.

17 Clarín, 16.12.2009.

18 Crítica, 17.12.2009.

19 Página 12, el 16.12.2009, Suplemento SOY el 26.12.2009 y Suplemento Las 12 el 31.12.2009.

20 Clarín, el 28.11.2009 publicó la noticia del fallo, y el 10.02.2010 publicó una nota sobre la jurisprudencia contradictoria en materia de fertilización in vitro, mencionando este caso entre los antecedentes relevantes.

21 Crítica, 27.11.2009.

Mi agradecimiento a las personas que han contribuido en forma sustantiva para crear y nutrir el Observatorio de Sentencias Judiciales. En primer lugar, a Josefina Durán, abogada de ELA que asumió con entusiasmo la responsabilidad de coordinar el trabajo local en Argentina y contribuir a mejorar los entendimientos con nuestras colegas de otros países de la región. Luego, al equipo de personas que desde las provincias de Córdoba, Mendoza, Neuquén, Santa Fe y Tucumán, se abocaron al trabajo cotidiano de buscar, analizar y seleccionar sentencias para nuestra base de datos. Sin la colaboración activa de Verónica Coutsiere y Mariela Puga (Clínica Jurídica de Interés Público, Córdoba), Patricia González Prado y Belén Guerrero (Las Juanas, Mendoza); María Angélica Acosta Meza (Colectiva La Revuelta, Neuquén); Violeta Canaves, Vanesa Zuber y Mariano Geminiani. (Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho – Programa de Género, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe); y Sonia Almirón (ADN - Acción por los Derechos en el Noroeste, Tucumán), el trabajo del Observatorio no se hubiera podido llevar adelante.

Confiamos en que el material que ponemos a disposición invite a reflexionar sobre los derechos de las mujeres ante los tribunales de justicia, de modo de enriquecer estas líneas de trabajo en el futuro.

Natalia Gherardi
Directora Ejecutiva
ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género

A PROPÓSITO DE UN CASO FORMOSEÑO: LAS INTERVENCIONES Y EL DISCURSO JUDICIAL SOBRE EL ABORTO

Paola Bergallo ¹

1. INTRODUCCIÓN

Durante el proceso de reforma constitucional de 1994 algunos expresaron reparos. Con el correr de los años, sin embargo, la práctica constitucional comenzó a dotar de nuevos sentidos a aquel acuerdo constituyente. En retrospectiva, la Constitución reformada sentó los cimientos para una apropiación gradual del discurso constitucional por nuevos actores. Como nunca antes en nuestra deficitaria historia constitucional, algunos sujetos se embarcaron en la promoción del Estado de Derecho con una visión centrada en los derechos y el fortalecimiento del rol de los jueces en pos de la justicia social (Abramovich & Pautassi, 2009).

Para algunos grupos y en ciertas agendas, los tribunales se convirtieron entonces en un foro más de la “lucha por el derecho.”² A nivel del discurso constitucional se alcanzaron logros importantes en la determinación de un rol para el poder judicial en el control de las políticas sociales, por ejemplo.³ Otras agendas corrieron distinta suerte como sucedió con algunas de las demandas de justicia en sexualidad y reproducción. Según argumentaré en este trabajo, a pesar de la apertura con la que los tribunales acogieron a partir de 1994 ciertas causas progresistas, éstos resultaron un foro especialmente conservador ante las reivindicaciones vinculadas al aborto. Con frecuencia, contribuyeron a expandir las prácticas de restricción de su acceso al generar incertidumbres y amplificar discursos conservadores. En pocas ocasiones –demasiado pocas-, ofrecieron una garantía mínima respecto de normas de larga data como el artículo 86 del Código Penal de la Nación (CPN) o la regulación del secreto profesional.⁴

Varias sentencias recientes en cuestiones de aborto ilustran la dinámica ambivalente que lleva a evaluar al poder judicial como un actor poco promisorio para erradicar las injusticias que experimentan muchas per-

1 Profesora de Derecho, Departamento de Derecho, Universidad de San Andrés. El presente trabajo ha sido elaborado sobre la base de la investigación de jurisprudencia realizada para la Beca Carrillo-Oñativia del Ministerio de Salud de la Nación. Agradezco la colaboración de Agustina Ramón Michel, Sonia Ariza y Sabrina Cartabia en parte de la recolección de decisiones judiciales para este trabajo. Agradezco a Marcelo Alegre y Agustina Ramón Michel sus comentarios a una versión anterior de este texto.

2 La obra del CELS, *La Lucha por el Derecho* (2008) epitomiza esta experiencia desde la perspectiva de un actor central en el desarrollo de este proceso.

3 En la dimensión de la transformación de la realidad material de quienes acudieron a los estrados en búsqueda de cambios no es aún claro, sin embargo, el balance que resultará de nuevos estudios dedicados a la evaluación de la implementación y el impacto de las intervenciones judiciales.

4 Dada la brevedad de este comentario no me interesa involucrarme en la discusión sobre el rol de los tribunales en el cambio social en un contexto institucional y social como el argentino. Me limitaré simplemente a asumir como un hecho que los tribunales se involucrarán en cuestiones de aborto, a veces, motivados por grupos que buscan restringir los derechos en el plano de la sexualidad y la reproducción.

sonas⁵ en el ejercicio de sus derechos en el plano de la sexualidad y la reproducción. En la línea de precedentes que alienta el pesimismo se inscribe la decisión del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa que motiva este comentario. En el caso *TSV*,⁶ una joven, como otras miles lo hacen anualmente en el país,⁷ llegó al sistema público de salud con rastros de un aborto incompleto. El 20 de octubre de 2006, luego de ser atendida, *TSV* fue denunciada por el delito de aborto. El caso llegó al Superior Tribunal formoseño luego de tres años y éste confirmó la declaración de nulidad de las actuaciones resuelta por la Cámara Primera en lo Criminal de la provincia. Lo hizo al entender que se había producido una violación de la garantía que veda la autoincriminación de acuerdo al artículo 18 de la Constitución Nacional, el artículo 20 de la Constitución Provincial, los artículos 8.2.g. de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y 14.3.g. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). En un voto concurrente, el Juez Ricardo Hang aclaró que no consideraba que el caso hubiera sido iniciado en violación del secreto profesional de los profesionales de la salud frente a sus pacientes.

La sentencia formoseña representa una de las múltiples y poco consistentes reacciones que los tribunales han ofrecido a la hora de enfrentar la problemática del aborto luego de la reforma constitucional de 1994. El fallo *TSV* es un buen exponente de un tipo de decisiones emitidas por los tribunales de diversas jurisdicciones del país que, en su mayoría, ha postergado la discusión central sobre la constitucionalidad del aborto en el embarazo temprano.⁸ Discusión que, por supuesto, también han rehusado enfrentar los poderes políticos y la sociedad civil (Checa, 2006). En esas decisiones, cuyas dinámicas de interacción no suelen observarse en conjunto como decisiones sobre aborto, los tribunales (a) han redefinido el concepto de aborto, (b) han establecido los términos de acceso a las indicaciones para el aborto despenalizado, (c) han expresado la renuencia al castigo del aborto clandestino, o (d) lo han penalizado en otros casos. Al presentarse como partes de un todo, estas decisiones permiten apreciar en qué medida las

5 Las injusticias reproductivas son experimentadas por las personas más allá de su sexo, orientación, opción o identidad sexual. Pero las manifestaciones de esas injusticias varían entre grupos diversos desde el punto de vista sexual. En este trabajo me referiré en especial a las experiencias de las mujeres, cualquiera sean sus opciones sexuales, respecto del aborto. Por eso, seguiré refiriéndome al colectivo "mujeres" a pesar de reconocer la importancia de pensar en las injusticias (reproductivas) que sufren las personas más allá del binomio mujeres y varones como lo propone Saldívia (2010).

6 *MMV; TSV s/Aborto*, Superior Tribunal de Justicia, Formosa, 9.12.2010 (en adelante, "*TSV*").

7 Según las cifras oficiales del 2006, 67.921 mujeres egresaron por "aborto" del sistema de hospitales públicos en 22 provincias. Entre esas mujeres, 6.086 lo hicieron en la ciudad de Buenos Aires y 29.208 en la provincia homónima. Además, esos números incluían, según surge del informe oficial, una cantidad de niñas de 10 a 14 años y una mayoría de mujeres adultas en las franjas etarias de 25 a 54 años. Así, por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires de quienes egresaron por razones registradas como "aborto," 16 tenían entre 10 y 14 años, 2142 tenían entre 15 y 24 años, y 3928 se encontraban en las franjas etarias de entre 25 a 54 años. En la provincia de Buenos Aires, por su parte, los egresos hospitalarios por aborto correspondían a 167 a niñas de 10 a 14 años, 12.135 mujeres de 15 a 24 años, y 16.906 mujeres de 25 a 54 años. Véase al respecto, el Informe "Egresos de Establecimientos Oficiales por Diagnóstico" realizado en septiembre del 2008 por el Ministerio de Salud de la Nación, disponible en <http://www.deis.gov.ar/publicaciones/Archivos/Serie11Nro2.pdf>, visitado el 1.6.2010.

8 Al respecto, en *TSV* el tribunal así aclara en el Considerando XIII: "Que no obstante todo lo señalado, resulta pertinente aclarar que en el caso no se encuentra en juego ni se ha juzgado en modo alguno la decisión legislativa de sancionar penalmente las conductas que fueron materia de la presente investigación. La única cuestión a dilucidar en estas actuaciones era -como quedó expuesto- si el proceso de naturaleza penal podía válidamente realizarse en contra de *TSV* en las condiciones en que fue tramitado."

discusiones del tema se han fragmentando, encubriendo las conexiones que podrían vincular aspectos que atañen a una problemática única.⁹

Como veremos, la decisión en *TSV* ilustra, además, las restricciones de las intervenciones y los argumentos desplegados por los tribunales (Cárdenas y Tandeter, 2008). En efecto, las actuaciones judiciales posteriores a 1994 resultan problemáticas, primero, por la alta *incertidumbre* que han generado en el público no lego. A veces, a partir de la aceptación o la omisión ante planteos sin fundamentos, otras a raíz de decisiones restrictivas o la dilación en la generación de pautas claras de interpretación para la acción individual y las políticas públicas. En segundo término, esas actuaciones reflejan los *sesgos conservadores* de la trama argumental de las sentencias. Los sesgos se materializan en posiciones que con distinta intensidad niegan los compromisos del programa igualitario y liberal de nuestra Constitución reformulado en 1994.¹⁰ Pero además, esa aproximación conservadora ejemplifica, en muchos casos, la disonancia entre las ideologías judiciales y la de las instituciones políticas que, pese a sus deficiencias, se han mostrado comparativamente más proclives a honrar los mandatos constitucionales.¹¹

El resto del comentario se organiza en tres partes. En la próxima sección ofrezco un perfil de cuatro tipos preponderantes de decisiones judiciales en relación al aborto (Sección 2). En la siguiente parte reviso críticamente algunos de los rasgos que considero centrales en la fundamentación judicial compartidos tanto por sentencias restrictivas como por las más permisivas (Sección 3). A continuación, esbozo muy brevemente algunos de los argumentos que debería asumir una jurisprudencia adecuada al mandato constitucional de 1994 que supere los déficits señalados en la sección anterior. Aquí me concentraré en especial en los argumentos que se deberían considerar ante las defensas de un supuesto derecho absoluto a la vida en gestación que motivan los litigios estudiados (Sección 4). Una breve conclusión cierra el trabajo.

2. UNA TAXONOMÍA DE LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE ABORTO DESDE 1994

En los últimos quince años los pronunciamientos judiciales en materia de aborto pueden agruparse, por lo menos, en cuatro tipos de casos, ejempli-

9 Notablemente, la fragmentación no es sólo típica del análisis de los casos de aborto que comento aquí, sino que ella también se observa en la desconexión entre los amplios desarrollos judiciales en relación al derecho a la salud y la cuestión del aborto. En la jurisprudencia sobre aborto y sus comentarios doctrinarios, es muy poco frecuente ver un abordaje desde la perspectiva del derecho a la salud aplicada profusamente respecto de otras cuestiones de salud.

10 Esos sesgos se manifiestan, a su vez, en un contexto de improcedentes referencias más o menos explícitas a creencias religiosas de los jueces. Sin embargo, no me referiré a este tema aquí.

11 A nivel nacional, por ejemplo, el Congreso ha avanzado desde 1994 en la implementación del mandato constitucional legislando sobre cuestiones básicas en materia de derechos reproductivos. Entre ellas, cabe citar las normas que crean un programa y una política nacional en el tema, exigen la impartición de educación sexual, prohíben la expulsión de estudiantes embarazadas, exigen la atención humanizada del parto o buscan erradicar la violencia de género. Si bien el ímpetu legislativo en la sanción de leyes no se ha reflejado en la implementación de las mismas, con todas sus omisiones, limitaciones y desigualdades entre provincias, parece relativamente menos conservador que algunas de las intervenciones judiciales.

ficados por sentencias disponibles en el Observatorio de Sentencias diseñado por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y las bases de datos de las tres principales revistas jurídicas de circulación nacional: El Derecho, Jurisprudencia Argentina (Abeledo Perrot), y La Ley. De hecho, una revisión sistemática de estas últimas, entre 1940 y 2009 da cuenta de que en ellas se han publicado un total de 39 sentencias que directamente consideraron aspectos del debate sobre aborto.¹²

Entre las decisiones dictadas a partir de la reforma constitucional de 1994, un primer conjunto se refiere a lo que denominaré la agenda de la *revisión definicional del aborto*. Bajo esta categoría pueden agruparse casos en los que se ha disputado el concepto de aborto a partir de la determinación del comienzo de la vida o la distinción entre las prácticas de aborto o inducción del parto ante diagnósticos de malformación fetal incompatible con la vida. Un segundo conjunto de casos reúne los litigios que demandan *accesibilidad al aborto no punible*. Estos son planteos en torno a las circunstancias de no punibilidad del modelo de indicaciones para el aborto que define el artículo 86 del Código Penal. Un tercer grupo refleja la *renuencia al castigo de las mujeres* ante la denuncia del aborto. Estos casos integran una extensa tradición jurisprudencial en la cual los tribunales resuelven la nulidad de los procesos penales iniciados ante la noticia de una complicación post-aborto. La novedad en los casos de la última década en esta categoría consiste en el surgimiento de nuevos argumentos para impugnar la vigencia de viejos precedentes. A este grupo pertenece el caso *TSV en Formosa*, que sirve de excusa para este comentario. Finalmente, un cuarto grupo de decisiones incluye las *condenas por aborto* dictadas para sancionar a mujeres o partícipes por el delito, condenas que siempre han existido y continúan aplicándose, aunque muchos desconozcan que en nuestro país algunas mujeres sufren condenas por aborto.

Según surge de la descripción más detallada en los siguientes puntos, se trata de categorías no excluyentes y entre las cuales existe una interacción importante aunque la jurisprudencia y los debates doctrinarios las han departamentalizado. Así, por ejemplo, las decisiones sobre anticoncepción de emergencia han generado precedentes en la protección del derecho a la vida que impactan en las consideraciones sobre aborto no punible y las resoluciones acerca de la nulidad del proceso penal. Los precedentes sobre anencefalia han permitido abordar la discusión sobre los plazos dentro del embarazo para diferenciar la terminación anticipada por aborto o parto inducido posterior a la viabilidad. Así, estos casos sentaron un criterio moral no previsto en la legislación del tema como punto de inflexión para diferenciar formas delictivas y no delictivas de terminación del embarazo antes del parto natural. De otro lado, los casos de condenas por aborto

¹² Las sentencias publicadas representan sólo una porción de las decisiones efectivas de los tribunales. Para confirmar la existencia de otro tipo de sentencias sobre aborto en el fuero penal se solicitaron las sentencias para el período 1993 a 2010 de la Cámara Nacional Criminal y Correccional. Según la búsqueda realizada en la Oficina de Jurisprudencia de esa Cámara y los criterios de clasificación seleccionados por sus funcionarios, se registran 13 sentencias, encuadrables en la tercera categoría de casos, es decir, referidas a procesos penales en los que estaba en discusión la procedencia de la acción.

pueden reflejar a veces el rechazo de los argumentos vertidos en la tercera categoría de decisiones en la que los/as jueces/zas expresan su renuencia a castigar a las mujeres.

Finalmente, es importante tener presente que muchos de los casos considerados a continuación surgieron por la reinterpretación de ciertos actores conservadores del mandato constitucional de protección de la vida intrauterina a partir de la reforma de 1994. Así, profesionales de servicios de salud, fiscales o defensoras/es públicas/os, ciudadanas/os o representantes de organizaciones de la sociedad civil han defendido la inconstitucionalidad inicial o sobreviniente de normas sobre anticoncepción de emergencia, del artículo 86 del Código Penal, o de decisiones como el famoso plenario *NF*¹³ de 1966. El caso *TSV* es nuevamente otro ejemplo de este fenómeno. Según el fiscal que apeló la sentencia de Cámara que había anulado el proceso: “la reforma constitucional de 1994 y la elevación a rango constitucional de tratados de derechos humanos que enuncian el derecho a la vida como el más importante a proteger por parte del Estado, viene a invalidar – o cuanto menos, a exigir una actualización – de la doctrina seguida por la Cámara Criminal y que emanaba del plenario *NF*, por ser la misma anterior a la mencionada.” (Considerando III.2)

2.1. La revisión definicional del aborto

Entre los casos que han dado lugar a una revisión del concepto de aborto se encuentran aquellos impulsados por sectores conservadores que, como en varios países de América Latina, promueven la restricción del menú de anticonceptivos disponibles alegando el carácter abortivo de la anticoncepción de emergencia (Villanueva, 2007). Ante las decisiones judiciales de este tipo sobresale la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en *Portal de Belén*.¹⁴ Allí el tribunal prohibió un tipo de píldora de emergencia, el *Inmediat*. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la autorización del fármaco por su carácter abortivo. Los jueces de la mayoría entendieron que el fármaco podía inhibir la anidación y así violar el derecho a la vida protegido por la Constitución, en especial, en los términos del artículo 4.1. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH).

Aunque sus comentaristas pretendieron limitar los efectos de la sentencia al fármaco en cuestión, la decisión se proyectó en una serie de eventos y litigios posteriores que continúan hasta nuestros días. Entre los sucesos más significativos cuenta la denuncia penal en la Provincia de Córdoba contra el entonces Ministro de Salud y directivos de laboratorios por la comercialización de fármacos supuestamente abortivos de anticoncepción de emergencia. El fallo *Portal de Belén* inspiró también la presentación en la justicia federal de nuevas causas. Entre ellas, se cuenta *Mujeres por la Vida*

13 *NF*, Cámara Nacional Criminal y Correccional (en pleno), 26.8.1966, LL 123-842.

14 *Portal de Belén Asoc. Civil sin Fines de Lucro vs. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación*. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5.3.2002. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=67787>, visitado el 1.6.2010.

(I),¹⁵ iniciada en 2003 y aún abierta, en la que se intentó detener la puesta en marcha de la política nacional que ordenaba la Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable con el argumento de que éste distribuiría anticonceptivos abortivos prohibidos en *Portal de Belén*. En 2008, en otros casos que también aguardan sentencia definitiva, el precedente sirvió para fundar las decisiones de jueces de primera y segunda instancia en las provincias de Córdoba¹⁶ y Tierra del Fuego¹⁷ donde se ordenó la suspensión de la distribución gratuita de las píldoras de anticoncepción de emergencia enviadas por el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSPR). A esas decisiones se suma el caso *Breide*,¹⁸ aún pendiente ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Río Negro.

En contraste con los casos mencionados resueltos o pendientes de resolución, sólo puede citarse el caso *Mayoraz*¹⁹ decidido en Rosario en el que la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial ratificó la sentencia del juez de primera instancia, en la que se había detenido en el análisis sobre el derecho a la anticoncepción de emergencia como no lo ha hecho ningún otro tribunal opinante en el tema.

El otro conjunto de decisiones en las que estaba en juego la definición del aborto incluye casos de abortos requeridos ante diagnósticos de malformaciones fetales incompatibles con la vida, en su mayoría ante supuestos de anencefalia. Sobre el tema también se pronunció la Corte en el fallo *TS*²⁰ que autorizó la interrupción de un embarazo ante el diagnóstico de anencefalia. Dado que la mujer cursaba el octavo mes de embarazo al momento del fallo, el tribunal resolvió autorizar lo que entendió sería una inducción del parto y no un aborto.²¹ Sin embargo, la demandante había llegado a los tribunales durante la semana 21 del embarazo, momento en el cual hubiera correspondido un aborto, aunque se hubiese realizado mediante el mismo método empleado en la inducción de parto. Como la Corte adoptó su decisión casi dos meses después, los hechos planteados inicialmente habían variado. En su sentencia, el tribunal consideró que la situación en cuestión no era encuadrable como un caso de aborto permitido. De serlo,

15 *Mujeres por la Vida Asoc. Civ. vs. Poder Ejecutivo Nacional, Ministerio de Salud de la Nación* (en adelante, "*Mujeres por la Vida I*"), en trámite ante la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba desde marzo de 2003. Este caso revela también la expansión de la argumentación sobre la píldora del día después a la anticoncepción hormonal en general y el DIU. La actora objetaba directamente que el Ministerio de Salud de la Nación distribuiría anticonceptivos abortivos. En este litigio, la Corte Suprema se pronunció sobre la cuestión de legitimación el 13.5.2004, Expte. M.970.XXXIX.

16 *Mujeres por la Vida Asoc. Civil sin Fines de Lucro vs. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/amparo* (en adelante, "*Mujeres por la Vida II*"), Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación, Expte. 1270503/36, 8.2008.

17 *Defensor Público del Distrito Judicial Sur Dr. Julián De Martino s/Amparo*. Expediente que tramita desde 2006 ante el Juzgado de Primera Instancia de Competencia Ampliada, Distrito Sur con asiento en Ushuaia, Tierra del Fuego, aún sin sentencia.

18 *Breide, J. s/ Acción de Inconstitucionalidad*, Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, Expte. No. 20904/06-STJ. en los cuales se demanda la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Provincial 3999/05 sobre "Anticoncepción de Emergencia."

19 *Mayoraz, NF vs. Municipalidad de Rosario s/ Recurso Contencioso Administrativo Sumario*, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario, Sala IV, Expte. N. 1355/02, 12/2008. En este caso, la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia.

20 *TS vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, CSJN, Expte. N° T.421.XXXVI, 11.1.2001. Fallos 324:05.

21 Para un análisis práctico de las consecuencias de este encuadre, véase el trabajo del Observatorio Argentino de Bioética (2004).

hubiera podido enmarcarse en el artículo 86, inciso 1 del Código Penal o en un supuesto adicional exigible constitucionalmente. Al autorizar la inducción del parto post viabilidad y negar el permiso de aborto, la Corte sentó un precedente que inspiraría la prohibición de terminar un embarazo ante un diagnóstico de malformación incompatible con la vida antes de la semana 24, momento a partir del que es posible inducir un parto sin que ello implique necesariamente la muerte del feto.

Esta distinción generada por la Corte entre aborto e inducción del parto post viabilidad terminó por incorporar la exigencia de sostener un embarazo hasta la viabilidad aunque el diagnóstico podría conocerse meses antes. Esa imposición respecto de una mujer que desea interrumpir su embarazo destinado indefectiblemente a la muerte de la vida en gestación, podría constituir un caso de tratos crueles e inhumanos, según lo ha definido por el Comité de Derechos Humanos en el caso el caso *KNLH* ante Perú.²²

Por otra parte, ambos conjuntos de casos, dieron lugar a la aprobación de regulaciones como reacción a las decisiones judiciales. Así, algunas provincias como Río Negro sancionaron legislación específica ordenando introducir la anticoncepción de emergencia en las políticas de salud reproductiva²³ mientras que el Gobierno Nacional emitió normas administrativas, como la Resolución 232/2007 del Ministerio de Salud de la Nación que ordena la inclusión de la píldora en el Plan Médico Obligatorio y las políticas de distribución gratuita de anticonceptivos. Por su parte, para el caso de diagnósticos de anencefalia, la Ciudad de Buenos Aires sancionó en el 2003 la Ley 1044 de Embarazos Incompatibles con la Vida que exige que en esos casos los embarazos continúen hasta la semana 24.

2.2. El acceso a las indicaciones de aborto

Un segundo conjunto de intervenciones judiciales se ha desarrollado en torno al acceso al modelo de indicaciones de aborto no punible (ANP). En estas decisiones los jueces evaluaron la constitucionalidad de las indicaciones de no punibilidad del artículo 86 del Código Penal, su alcance y la procedencia de la prestación de servicios médicos en el sistema de salud pública. Además de estos casos individuales, se ha planteado una discusión sobre el aborto no punible en dos litigios generados contra iniciativas de regulación del ANP de la Ciudad de Buenos Aires y una legislación vetada en la provincia de La Pampa.

Cuando se alcanzaron sentencias definitivas, en el primer tipo de casos los tribunales confirmaron la constitucionalidad del artículo 86 y reconocieron

²² Así lo entendió el Comité de Derechos Humanos en el caso *KNLH*, planteado contra Perú cuando se forzó a una joven a llevar a término un embarazo en caso de anencefalia Véase, *KNLH vs. Perú*, Comunicación No. 1153/2003, 21.11.2005. Si bien sostener el embarazo hasta el final puede a muchos parecer una imposición más violenta que la consecuencia de la decisión de la Corte en *TS*, no puede subestimarse el sufrimiento y la potencial afectación para su salud en el caso en que la mujer debe soportar varias semanas de un embarazo con diagnóstico de anencefalia esperando alcanzar la viabilidad.

²³ Esta es a su vez la norma cuestionada en el caso *Breide* citado *supra*.

la procedencia de abortos por las causales establecidas en el del Código Penal. Además, las decisiones finales coincidieron, en general, en resaltar la inadecuación de la exigencia médica de judicialización para acceder a los servicios de salud por aborto.

Algunos de estos casos hallaron más resonancia mediática²⁴ y jurídica, contribuyendo así a expandir el debate público sobre el tema. Entre ellos, puede mencionarse un caso resuelto en el 2005 por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el que autorizó el aborto solicitado por una mujer cuya vida y salud estaban en riesgo.²⁵ Entre 2006 y 2007, los tribunales superiores de la Provincia de Buenos,²⁶ Mendoza²⁷ y Entre Ríos²⁸ debieron pronunciarse ante situaciones de aborto motivadas por la violación de mujeres con algún retardo mental. Entre 2007 y marzo de 2010, tribunales inferiores de las provincias de Buenos Aires,²⁹ Río Negro,³⁰ y Chubut,³¹ resolvieron ante peticiones de aborto por violación de jóvenes que no padecían un retraso mental. En este último tipo de casos, en marzo de 2010 el Superior Tribunal de Chubut³² avaló un aborto en caso de violación de una menor que no padecía un retardo mental basándose en el artículo 86, inciso 1 del Código.

Asimismo, puede incluirse en esta primer sección una excepcional sentencia penal en la que se condenó a un grupo de profesionales de la salud que en el 2007 había denegado el aborto ante el peligro para la vida y la salud de *Ana María Acevedo*, una joven madre embarazada que atravesaba los últimos meses de una enfermedad³³ que fue forzada a sostener su embarazo hasta la semana 24.³⁴

Según ha identificado en un trabajo reciente Ramón Michel (2010), estos casos son, entre otras razones, emergentes de la falta de especificación de las condiciones para acceder a los servicios de aborto cuando es legal. Son también el resultado de las múltiples barreras institucionales e individuales que intermedian el acceso al aborto. Si bien en la mayoría de los planteos judiciales las instancias superiores llegaron a la conclusión

24 El trabajo de la periodista Mariana Carbajal (2009) ofrece un seguimiento completo de las causas e ilustra la repercusión del tema en uno de los medios de circulación nacional como Página 12.

25 *CPPAK s/autorización*, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 27.6.2005, LLBA, julio de 2005, 629.

26 *LRM*, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 31.7.2006, LLBA, agosto de 2006, 895.

27 *CSM y otros c/sin demandado p/Ac. de amparo s/per saltum*, Sala 1ª Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 22.8.2006, LL, 2006-E, 171.

28 *Defensora de PYM (en repr. de persona por nacer) s/medida cautelar de protección de persona*, Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, 20.9.2007, LLLitoral, noviembre de 2007, 1069.

29 *OMV s/víctima de abuso sexual*, Sala II, Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, 21.2.2007, LL On Line.

30 *FNM*, Sala "B" de la Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, 18.5.2009. En abril de 2010, el Juez Martín Lozada resolvió otro caso de aborto por violación en los autos.

31 *M*, Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, 19.3.2010, Expte. 93/10.

32 *FAL s/ medida autosatisfactiva*, Superior Tribunal de la Provincia de Chubut, 8.3.2010, Expte. 21.912-f-2010.

33 Ante el embarazo de Ana María, los médicos no sólo le negaron el acceso al aborto no punible, sino que le suspendieron la medicación, lo que le provocó meses de un dolor insoportable, dado que padecía un cáncer de maxilar, que causó su muerte pocas semanas después de que se le indujera el parto luego de la semana 24.

34 En la exigencia de sostener el embarazo hasta la semana 24 podría presumirse algún impacto de la discusión jurídica sobre anencefalia revisada en el punto anterior. Este es el criterio sentado por la Corte sobre plazos del embarazo.

de que los abortos debían ser realizados, esa conclusión fue alcanzada luego de que jueces de instancias inferiores se opusieran a la legalidad de la práctica y no garantizaron el acceso a los abortos en el sistema público de salud (Ramos et al. 2009). Por otra parte, los procesos extendieron los plazos del trámite y las interrupciones debieron llevarse a cabo frente a embarazos más avanzados. Al mismo tiempo, dadas las consabidas desigualdades de acceso a la justicia, el resultado de los litigios puede haber estado fuertemente condicionado por el acceso y la calidad de la representación jurídica recibida por las mujeres, adolescentes en su mayoría, o sus familiares.

Finalmente, a estos casos se suma el litigio presentado por *Profamilia*³⁵ contra el protocolo de aborto no punible³⁶ del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Si bien esta causa fue desestimada tanto por el juez interviniente en primera instancia como por la Cámara, refleja el cuestionamiento de una norma que aún no ha logrado una implementación en todo el sistema público de salud de la Ciudad de Buenos Aires (Bergallo 2010). También debe sumarse el litigio aún pendiente de decisión por la Corte Suprema de Justicia en el caso presentado por un grupo de legisladores socialistas pampeanos para la revisión de la constitucionalidad del veto del gobernador a una ley que regulaba los abortos no punibles en la provincia.³⁷

Este segundo grupo de casos es una secuela de la falta de acuerdo interpretativo que demostraron los diversos litigios que adquirieron estado público a partir de 2005 y llevaron a proponer la legislación vetada en La Pampa y la objetada en la Ciudad de Buenos Aires. Estas iniciativas también se replicaron en otras jurisdicciones donde la oposición a las mismas no se judicializó.³⁸ En mayo de este año, Chubut se convirtió en la primera jurisdicción provincial con una ley vigente en la materia.

2.3. La renuencia al castigo de las mujeres

El sistema público de salud registra anualmente una cantidad de egresos hospitalarios de mujeres que recurren a él ante las complicaciones de un aborto. Según la Dirección de Estadísticas Vitales del Ministerio de Salud, en 2006, esa cifra alcanzó a 67.921 mujeres.³⁹ Cada año, en las diferentes jurisdicciones del país, esa cifra incluye un conjunto de mujeres denunciadas ante la noticia del supuesto delito cuyos casos llegarán al sistema penal para su investigación. Así, por ejemplo, en la Ciudad de

35 *Profamilia Asoc. Civil. Vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/impugnación de actos administrativos*, Expte: EXP 31117/0, 7.11.2008.

36 Aprobada por Resolución 1174-MSGC-07 del Ministerio de Salud del Gobierno la Ciudad de Buenos Aires.

37 Mariana Carbajal, Diario Página 12, "El aborto por primera vez en la Corte." Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-143413-2010-04-07.html>, visitado en 1.6.2010.

38 Me refiero a los protocolos de atención del aborto no punible aprobados en las provincias de Río Negro, Neuquén, Buenos Aires, Rosario, Santa Fe, y a la Guía de Atención Integral de los Abortos No Punibles aprobada por el Ministerio de Salud de la Nación en diciembre de 2007, no divulgada hasta febrero de 2010. Asimismo, entre este tipo de iniciativas pueden incluirse los proyectos de legislación provincial sobre aborto no punible debatidos durante el 2008 en la Ciudad de Buenos Aires y presentados en varias otras jurisdicciones del país. Véase al respecto, ELA (2009), Menéndez (2010).

39 Véase, nota 5 *Sutra*.

Buenos Aires, durante el 2006, se registraron 6.086 mujeres en los hospitales públicos de la ciudad atendidas por complicaciones post-aborto. Ese mismo año, la Cámara Nacional Criminal y Correccional de esta Ciudad registró 35 denuncias por el delito de aborto, entre las cuales 9 fueron contra mujeres.⁴⁰ Pero no todos esos casos llegan siempre a juicio. Por ejemplo, sabemos que en el 2006 no fue elevado a juicio ninguna causa por aborto, mientras que en el 2004 se elevó uno y en el 2005 dos.⁴¹

En la brecha entre el número de egresos hospitalarios y el número de denuncias puede identificarse la primera señal de renuencia a buscar el castigo de las mujeres que se presume han abortado. En la mayoría de los casos, según indica la cifra de denuncias, se respeta el deber de guardar secreto profesional ante la supuesta obligación de denunciar el conocimiento de un delito. Por otra parte, entre el número de denuncias y los casos que efectivamente llegan a juicio se encuentra una segunda señal de la forma en que el sistema judicial contribuye a reducir el castigo del aborto. Así, a partir de la argumentación en torno a la violación del secreto profesional o a la garantía que prohíbe la autoincriminación, los tribunales concluyen la nulidad del proceso. En su voto en el reciente caso *Baldivieso*,⁴² la Ministra Argibay interpreta la actitud de renuencia al castigo que transmiten decisiones como el antiguo plenario *NF*. En sus palabras:

Ha sido, entonces, la común percepción que tuvieron jueces, de ideas y formaciones diversas, de que la potestad persecutoria del Estado se veía debilitada, contrarrestada, por la magnitud de la tragedia que enfrenta una mujer al decidir y luego practicarse un aborto clandestino, así como del riesgo al que ella exponía su vida lo que determinó al mismo tiempo el pronunciamiento del plenario *NF* y sus alcances. Es en la desproporción tan patente del daño que enfrenta la mujer que se practica un aborto y no en las expresiones generales contenidas en sus fundamentos donde radica la autoridad y permanencia del precedente *NF*...

Voto Ministra Argibay, *Baldivieso*, p. 29.

Ahora bien, la jurisprudencia sobre estas dos opciones argumentales que anticipaba *NF* no ha sido pacífica y las disidencias de fundamentación del plenario dieron lugar a fallos alineados en una u otra alternativa justificatoria. Más recientemente, además, se incorporaron nuevos argumentos para cuestionar incluso su vigencia.

Así, por un lado, se hallan las decisiones que desestiman el proceso con fundamento en la violación de la prohibición de autoincriminación. En estos casos, como sus pares formoseñas/os en *TSV*, las/os juezas/ces consideran que los procesos deben anularse porque las actuaciones han sido

40 Los datos surgen de información solicitada al Sistema Informático de la Oficina de Denuncias, Turnos y Sorteos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Pedido de información: 21.11.2007 y 6.3.2008 y 10.2009.

41 Este dato surge de las Estadísticas disponibles en la página del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/>, visitado el 1.6.2010.

42 *Baldivieso*, CL., Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20.3.2010, Expte. B.436.XL.

iniciadas a partir de la toma de conocimiento por el sistema de salud del dato del aborto del que la mujer tiene evidencia en su cuerpo. Se entiende, entonces, que el rastro del aborto funciona como una declaración en su propia contra que la mujer no puede evitar. Los jueces observan que el “único cauce de la investigación (es) la prueba involuntariamente producida (por la mujer) al exhibir su propio cuerpo.”⁴³ La ausencia de consentimiento en el accionar de la mujer que ante el peligro para su vida o salud se ve forzada a revelar ante el sistema de salud la comisión del delito o privarse de la atención fundamenta la nulidad del proceso penal.

Para los jueces en *TSV*, este argumento, y no la violación del secreto profesional, motiva la nulidad del proceso. Según señala el voto del Juez Eduardo Hang, esta era también la posición que el Superior Tribunal sostenía ya en 1975 en el caso *OA y otros*,⁴⁴ que entonces leía como fundamento único del plenario *NF* la prohibición de autoincriminación pero no la nulidad de la denuncia por violación del deber de confidencialidad. En los últimos años, esta ha sido la lectura de *NF* reflejada en la posición de las Sala I y VI de la Cámara Nacional Criminal y Correccional.⁴⁵

De otro lado, otros precedentes prefieren fundamentarla nulidad en el vicio que proviene de la violación del deber de guardar secreto profesional que, entienden, debe prevalecer ante la obligación de denuncia. Ese deber encuentra fundamento en la protección de la intimidad del artículo 19 de la Constitución Nacional al que ahora se suman las normas de privacidad de la CADH y el PIDCP.⁴⁶ Este deber prevalece, estiman estos fallos, sobre la obligación de denunciar el delito que tienen los funcionarios públicos y los profesionales de la salud.⁴⁷ Esta línea de argumentos difiere de la anterior por varias razones. Primero, en algunos casos rechaza expresamente la viabilidad del argumento de la autoincriminación ya que entiende que

lo prohibido por la ley fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieron provenir de su libre voluntad, pero no incluye los casos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del procesado.⁴⁸

43 *MNV*, Considerando V.

44 *OA y otros*, Superior Tribunal de la Provincia de Formosa (Como Alzada), Sentencia 320, 10.7.1975. Fallos: 1975, página 69.

45 Según las sentencias consultadas en la Oficina de Jurisprudencia de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, este es el argumento central en las sentencias *AA*, Sala VI del 8.2.2005 (Causa 24.915); y *AGY* de la Sala I del 11.9.2008 (Causa 34.553).

46 En su voto separado en la reciente sentencia *Baldivieso* –comentada más adelante– la Ministra Argibay defiende la idea de que el deber de guardar secreto profesional se fundamenta en la garantía de protección de la intimidad del artículo 18 de la Constitución y no en el artículo 19. Según la Ministra, esta garantía basada en el artículo 18 es de menos intensidad que la protección de la privacidad en el artículo 19.

47 Existe una discusión de larga data respecto de los sujetos comprendidos en los incisos 1 y 2 del artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación al definir la obligación de denunciar. Si bien algunos casos hacen referencia a la aplicabilidad o no de la norma a todos los profesionales de la salud y las condiciones específicas del contexto en que los dos incisos definen el alcance del deber de denunciar, no me referiré a este aspecto del debate aquí. Además de por razones de espacio, porque creo que sus efectos quedan contenidos en el debate constitucional más extenso.

48 *MS*, Sala V, Cámara Nacional Criminal y Correccional, (Causa 31.386).

Una segunda diferencia provocada por la fundamentación en la violación del secreto profesional reside en que lleva a la conclusión de la prohibición de la denuncia contra la mujer.⁴⁹ No es, sin embargo, la línea argumental de *TSV* pero puede rastrearse en sentencias recientes de las Salas IV y V de la Cámara Nacional Criminal y Correccional.⁵⁰ Esta distinción se torna importante porque aunque no aborda el problema central de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en el embarazo temprano, de pre- valecer, el argumento basado en el secreto profesional podría desincentivar las denuncias contra mujeres que presuntamente abortaron.⁵¹ Además, si se difundiera a la ciudadanía como parte de una política pública de información sobre el deber de confidencialidad y de reducción de daños, esta línea argumental tendría la capacidad de generar mejores condiciones para que las mujeres que recurren al aborto clandestino accedan a los servicios de salud necesarios para resguardar su vida, su salud o su integridad física sin el temor de la denuncia.

Por otro lado, a la inestabilidad provocada por las variaciones argumentales referidas se suma una tercera alternativa defendida por algunos funcionarios del ministerio público fiscal como el actuante en *TSV*. Esta tercera alternativa es la endosada por las apelaciones de sentencias que declaran la nulidad en base a algunos de los criterios anteriores y en la sentencia *GN*⁵² de la Sala VII de la Cámara Nacional Criminal y Correccional. Según ésta tercera interpretación, los procesos no deben anularse ya que el conflicto de normas en juego debe resolverse a favor del deber de denunciar. Quienes adscriben a esta visión insisten en la inaplicabilidad del plenario *NF* devenido inconstitucional después de 1994.⁵³ Fundamentan la decisión de hacer a un lado el plenario al alegar que desde 1994 la legislación argentina, según la CADH y la CDN, exigiría una protección del derecho a la vida en gestación que triunfa frente a las garantías que conducen a la anulación del proceso penal. Agregan también que la preeminencia del deber de denunciar fue ratificada por el precedente de la Corte en el caso *Zambrana Daza*,⁵⁴ referido a una imputada de tráfico de estupefacientes, que se pretende aplicar a los supuestos de aborto -aunque esa extensión ha sido múltiplemente objetada.

49 Algunos también extraen consecuencias importantes respecto de la opción entre los dos argumentos y sus efectos sobre la persecución penal de terceros cuya supuesta participación en el delito también se conoció a través de la denuncia de la mujer. Dado que en este texto me interesa centrarme en los efectos directos de la jurisprudencia sobre las mujeres, no me dedicaré a esta otra dimensión. Pese a ello, reconozco que es otro aspecto importante de la discusión que también impactará en las condiciones de acceso al aborto más ampliamente.

50 Según las sentencias consultadas en la Oficina de Jurisprudencia de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, esta es la línea de argumentos en casos como *FCF*, Sala IV, del 4.2.2003 (Causa 19.389); *ASL* y *otros*, Sala IV, del 17.2.2004 (Causa 22820); *KG*, Sala IV, del 8.3.2004 (Causa 21.925); *SM*, Sala V., del 8.2.2007 (Causa 31.386), y *QMV*, Sala IV, del 23.7.2008 (Causa 34.854).

51 Esta interpretación podría fundar la denuncia de los profesionales que violan el deber de secreto. Aunque, por supuesto, este argumento no constituye en absoluto una solución al problema de la penalización injusta del aborto en el embarazo temprano.

52 *GN*, Sala VII, del 17.4.2007 (Causa 30.739).

53 La inaplicabilidad del plenario es a veces también defendida por jueces que adscriben al argumento según el cual prevalece el secreto profesional. Esta es la postura de la Sala V en el caso *MS*.

54 *Zambrana Daza*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1997, Fallos 320:1727.

Los tres tipos de sentencias reflejan la variedad de argumentos y efectos generados por la jurisprudencia. En la mayoría de los casos, aunque no siempre según sugiere la decisión en *GN*, la intervención judicial termina evitando el castigo de las mujeres por aborto. Las sentencias, no obstante, abonan el trasfondo de incertidumbre de algunos actores dentro y fuera del sistema de salud sobre el deber de denunciar (Bergallo, 2010). Las denuncias de algunas mujeres desde el sistema de salud persisten. Y las decisiones judiciales o la amenaza de la persecución policial pueden influir en las mujeres desincentivando el recurso al sistema de salud ante complicaciones del aborto, aunque no podemos estimar en qué proporción.

No es posible predecir aún la posibilidad de convergencias mayores en la jurisprudencia. Mientras se escriben estas líneas, una nueva sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada en abril de 2010 en *Baldivieso*, ha revertido el precedente *Zambrana Daza*. Promete algunos avances en el camino hacia establecer argumentos más sólidos y adecuados en el nuevo marco constitucional basados en la prevalencia del deber de guardar secreto profesional.⁵⁵ Sin embargo, la sedimentación de los efectos de una decisión con votos independientes basados en fundamentos divergentes requerirá tiempo. También será necesario aguardar para estimar sus consecuencias concretas en materia de aborto dadas las distinciones introducidas en alguno de los votos. Esos efectos deberán contemplarse además en armonía con la regulación e implementación efectiva de los deberes de confidencialidad según surgen de la nueva Ley de Derechos de los Pacientes promulgada en 2009 y aún pendiente de reglamentación.

2.4. La condena del aborto

Finalmente, cada año una cantidad de mujeres y otros actores son denunciados por el delito de aborto en diversas jurisdicciones del país. En Buenos Aires, desde 1993 hasta 2009, 86 mujeres fueron denunciadas ante la justicia penal como autoras de aborto propio.⁵⁶

Según la respuesta del Ministerio de Justicia de la Nación ante un pedido de información por condenas de aborto tramitado por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), en febrero de 2010, entre 1983 y 2009, 22 mujeres cumplieron condenas por el delito de aborto en el país.

Las decisiones que culminaron en el cumplimiento de esas condenas no se publican en las revistas jurídicas y no se clasifican como novedad en las Oficinas de Jurisprudencia. Probablemente resulten de la constatación

55 La sentencia hace algunas distinciones respecto de los incisos 1 y 2 del artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación y los votos efectúan consideraciones que podrían llevar a concluir que el conflicto entre el secreto y la obligación de denunciar funcionan diferenciadamente en el caso del aborto y el del narcotráfico. Por lo tanto, no es posible aún anticipar sus efectos en el debate.

56 Los datos surgen de información solicitada al Sistema Informático de la Oficina de Denuncias, Turnos y Sorteos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Pedido de información: 21.12.2007, 6.3.2008 y 10.2009.

fáctica de los hechos y la aplicación de las normas que tipifican el aborto en el Código Penal. No sabemos si en esos casos la defensa ha planteado la inconstitucionalidad de la penalización del aborto ni cuáles han sido las reacciones de los tribunales. Tampoco existen indagaciones sobre las experiencias de las mujeres durante el proceso o la etapa de cumplimiento de la pena, cuando esta no queda en suspenso. Si bien podemos presuponer los efectos de esas experiencias, contar con una investigación sistemática de las mismas podría permitirnos completar la mirada sobre la práctica real del castigo por aborto que nuestra comunidad inflige selectivamente en un grupo de mujeres que, a diferencia de otras miles, no se beneficiará de la extendida renuencia a denunciar, investigar, procesar o castigar el aborto.

3. EL DISCURSO JUDICIAL SOBRE EL ABORTO: SU INCERTIDUMBRE Y SESGO CONSERVADOR

La mirada en conjunto del mapa de casos sobre aborto revela aspectos comunes del abordaje judicial preponderante. Las siguientes secciones muestran dos de los rasgos salientes de esas intervenciones: la incertidumbre que mantiene y su acentuado sesgo conservador.

3.1. Tribunales, derechos reproductivos e incertidumbre

El trasfondo de incertidumbre al que contribuyen las decisiones judiciales revisadas puede deberse a diversos factores. En primer lugar, a las divergencias argumentales cuyos efectos de incertidumbre podría agravarse por la falta de precedentes de tribunales superiores. En segundo lugar, a la existencia de precedentes dudosos. Por último, a la dilación en resolver ciertos casos. Observemos esas dinámicas en funcionamiento.

(a) Zigzagueos jurisprudenciales

La pluralidad de encuadres argumentales y resultados contradictorios es una característica de los casos de accesibilidad al aborto no punible, más intensa aún dada la ausencia de precedentes de nuestro máximo tribunal. De existir, un pronunciamiento de la Corte podría contribuir a disuadir los reiterados cuestionamientos sobre la constitucionalidad del régimen de indicaciones del artículo 86 del Código Penal, su alcance específico en casos de peligro para la salud o violación, la improcedencia de la judicialización y otras de las barreras impuestas en el acceso a los servicios, cuando finalmente se dirimen los cuestionamientos legales. Como vimos, sólo existen sentencias firmes sobre algunos temas relativos al aborto no punible de cuatro tribunales superiores provinciales. En esas jurisdicciones, no obstante, esos precedentes tampoco garantizan claridad sobre la regulación jurídica del aborto. Así lo sugiere la existencia de nuevos litigios que siguieron a las sentencias de tribunales superiores o normas administrativas como sucedió en la Provincia de Buenos Aires.⁵⁷

⁵⁷ Véase, por ejemplo, el caso *SGN S/situación*, Tribunal de Familia de Bahía Blanca, 1.10.2008 (Causa 30.790), surgido

Además, respecto del alcance de la indicación de aborto por violación, la sentencia del superior tribunal provincial de Chubut constituye la única que ha establecido la constitucionalidad del aborto cuando la solicitante no es una mujer “idiota o demente.” En la Provincia de Río Negro, en cambio, a raíz de la autorización de un caso de primera instancia se le ha pedido juicio político a un juez.⁵⁸

Las restantes decisiones de tribunales superiores se limitan tan sólo a autorizar los abortos en caso de violación de mujeres que podrían considerarse bajo el concepto de “idiota o demente” utilizado por el artículo 86, inciso 2, supuestamente un caso “claro” en su texto. En el resto de las provincias es aún una cuestión disputada si la despenalización incluye al aborto de toda mujer violada. Incluso en Chubut, luego de que el Tribunal Superior declarara la constitucionalidad del aborto por violación en marzo de 2010, esa misma semana una jueza de primera instancia en un caso similar llegó a la conclusión contraria. La decisión fue luego revocada por la alzada al aplicar el precedente del Tribunal Superior. Empero esta divergencia ilustra la posibilidad de desacuerdos entre tribunales superiores e inferiores de una misma jurisdicción y los efectos dilatorios que ello puede acarrear para la práctica del aborto cuando terminará incluso autorizándose.

Por otro lado, las sentencias en los casos de despenalización tampoco han definido con contundencia la improcedencia de la judicialización de la autorización para abortar en los casos previstos en el artículo 86. Además de preservar la incertidumbre sobre el alcance de los permisos del Código Penal, esas decisiones no han declarado tampoco la inconstitucionalidad de los frecuentes requisitos impuestos al acceso al aborto no punible, tales como la intervención de comités de ética o grupos de profesionales. Aunque la mayoría de los litigios concluyó con la ratificación de la legalidad de los abortos previstos en el citado artículo, los numerosos obstáculos para obtener respuestas de los servicios de salud permanecen o han sido reforzados como consecuencia de los litigios. Así, las instancias en las que las barreras para el acceso al aborto no punible han sido efectivamente removidas son muy pocas (Ramón Michel, 2010; Menéndez, 2010).

Asimismo, en las jurisdicciones donde existen sentencias en algunos de los casos de abortos despenalizados, las regulaciones administrativas surgidas a consecuencia de los juicios pueden generar nuevas incertidumbres. En un trabajo reciente, Menéndez (2010) examina las diferencias en el alcance y los procedimientos establecidos por las normas sanitarias que regulan la prestación de servicios de aborto no punible donde hoy existen. Su investigación revela las contradicciones entre las reglas vigentes entre jurisdicciones sobre cuáles los abortos permitidos y los requisitos en la

en la Ciudad de Bahía Blanca ante la violación de una joven con una discapacidad mental, a pesar de la normativa vigente en la Provincia de Buenos Aires y la sentencia en el caso *LMR*.

⁵⁸ Resulta interesante contrastar el trato que se le ha dado al caso fallado por el juez Martín Lozada mientras que en la misma provincia el año anterior se autorizó un aborto en caso de violación de una menor, con fundamento en el artículo 86, inciso 1, sin que generara mayores debates. Véase, el caso *FNM*, Expte. N° 88/88/09, nota 31 *supra*.

práctica para su realización. Como vimos, además, ni siquiera cuando existen sentencias y reglas administrativas, como en el caso de la Provincia de Buenos Aires, las mismas evitan la judicialización.

Una dinámica similar se presenta en la jurisprudencia en materia de denuncia del delito de aborto, secreto profesional y autoincriminación. La existencia de un plenario de larga data como *NF* nunca fue suficiente para saldar el debate según atestigua la jurisprudencia contradictoria en el tema en más de una jurisdicción⁵⁹ (Ramos et al 2009).

El desacuerdo sobre el *holding* del plenario emergente de la diversidad de votos y los argumentos abrazados en cada uno no permitió reconstruir un argumento fuerte en base tan sólo al secreto profesional o la autoincriminación. Por otra parte, al tratarse de un precedente local, su aplicación se limitaba a los tribunales de la Capital o, en su caso, a la voluntad de los tribunales provinciales de apelar a jurisprudencia de otra jurisdicción, cosa que hicieron con alcance dispar. Incluso, en su jurisdicción de origen, el precedente sigue siendo cuestionado y 40 años después, las salas de la misma cámara han dictado decisiones discordantes. Pero además, su aplicación se volvió especialmente controvertida luego de la reforma constitucional de 1994 y algunas/os juezas/jeces lo han considerado derogado como la Sala VII en *GN*. La sentencia convive aún hoy con otros pronunciamientos de salas que han llegado a la conclusión opuesta, es decir, a la vigencia de *NF*, pero ahora fundada también en la Constitución de 1994. Por último, la incertidumbre persiste a pesar de la reciente decisión de la Corte en *Baldivieso* que promete nuevas disputas interpretativas.

(b) Precedentes deficitarios

En otras ocasiones, según señalé, cuando no hay grandes divergencias ni faltan precedentes, los antecedentes disponibles son en gran medida deficitarios. De hecho, tanto sobre la anticoncepción de emergencia como en el caso de la interrupción del embarazo ante el diagnóstico de malformaciones incompatibles con la vida, los dos pronunciamientos de la Corte Suprema, en su vieja y cuestionada composición, han sufrido críticas severas que llevan a objetar su vigencia, generando así nuevos motivos de incertidumbre.

Los casos de restricción de la anticoncepción de emergencia reseñados conviven en la práctica con una permisión amplia de comercialización y distribución de la píldora en todo el territorio del país.⁶⁰ La intervención judicial aún pendiente de resolución final no impidió su incorporación a la política nacional y provincial en salud reproductiva. Incluso, en algunas jurisdicciones, se ha regulado el deber de suministrar la píldora en los programas dedicados a la atención de víctimas de violencia sexual.

⁵⁹ Una sentencia importante en la dirección contraria fue la de la Corte Suprema de Santa Fe en 1998 que falló a favor de la médica que había denunciado a una mujer. Suprema Corte de Santa Fe, "IM.", 8.1998, LL 1998-F-547.

⁶⁰ En las provincias donde hay sentencias restrictivas estas no han afectado la distribución comercial.

A pesar de ello, se podría decir que las decisiones judiciales en el tema han contribuido a definir un marco discursivo de incertidumbre sobre la legalidad de la anticoncepción de emergencia que, entre otros, afecta su incorporación sin obstáculos a la consejería médica y la generación de una demanda amplia por parte de las mujeres (Pecheny, 2007). Así lo revela un estudio reciente del equipo coordinado por Pecheny. Entre los factores identificados por la investigación que actúan facilitando o restringiendo el acceso a la anticoncepción de emergencia se detectan, por un lado, cuestiones subjetivas vinculadas a la información y valoraciones de las usuarias, de los profesionales de la salud y de los funcionarios; por el otro, cuestiones objetivas relacionadas con aspectos de la organización interna de los servicios y aspectos externos de la sociedad y el Estado. A su vez, entre los factores subjetivos que condicionan el acceso al fármaco, los autores citan las percepciones sobre sus mecanismos de acción, el supuesto carácter abortivo y su estatus normativo. Estas percepciones suelen incorporar dudas sobre la legalidad, la legitimidad, y la recomendación técnica del método.

Respecto de la exigencia de sostener los embarazos en caso de anencefalia hasta la viabilidad no existen datos que permitan evaluar en qué medida esta es la regla en la práctica privada y pública del sistema de salud. Sin embargo, cuando el diagnóstico de malformación incompatible con la vida se realiza de forma temprana, es posible que algunas mujeres consideren el aborto clandestino como alternativa para detener el sufrimiento de un embarazo que han decidido

(c) La dilación en la solución de algunas causas

Una nota especial la merece la dilación que caracteriza a las disputas judiciales en las variedades de casos sobre aborto. En efecto, la demora en la resolución final de algunos litigios excede lo que consideraríamos plazos razonables para una cuestión de trascendencia. Entre las causas en las que la espera por una solución judicial se ha ido dilatando cada vez más, pueden citarse los casos sobre la píldora del día después o sobre el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSPR), sin resolución desde hace aproximadamente siete años. En igual situación se encontraba hasta hace muy poco la causa *Baldivieso*, que permaneció casi tres años en la Corte Suprema sin respuesta.

Como puede imaginarse, esas dilaciones impiden saldar ciertas disputas interpretativas, como sucede con la determinación de los supuestos efectos abortivos de la píldora de emergencia. La demora en resolver los planteos por parte de tribunales en las provincias de Córdoba, Tierra del Fuego o Río Negro ofrece el sustrato para cuestionamientos acerca del deber de informar sobre el método o entregarlo a quienes lo demandan. También favorece el ejercicio de la objeción de conciencia de parte de profesionales de la salud que replican la duda sobre el carácter abortivo del método (Pecheny, 2007). Finalmente, en el caso de la impugnación judicial del

PNSSPR, la pendencia del caso –iniciado en 2003 como una acción de amparo- puede además tener el efecto de mantener un cuestionamiento sobre la legitimidad de una política pública de importancia.

Los efectos de las demoras se intensifican cuando las líneas jurisprudenciales zigzaguean o cuando existen precedentes con serias limitaciones como algunos de los indicados. Dada la importancia de los derechos en juego, esas dilaciones parecen especialmente preocupantes.

3.2 La mirada conservadora sobre la Constitución

A pesar de los rasgos que las distinguen, tanto las sentencias revisadas en la Sección 2 que arriban a conclusiones restrictivas como algunas de las que alcanzan conclusiones permisivas, comparten un encuadre argumental conservador. Ese sesgo se expresa en la exacerbación de los argumentos formalistas, la centralidad de la preocupación por la vida en gestación, y la casi sistemática invisibilización de las mujeres y sus derechos. Además, el abordaje judicial del aborto ignora, a veces de forma sistemática, ciertos compromisos del programa liberal e igualitario de nuestra Constitución de 1994. En contraste, son escasas las ocasiones en las que los tribunales se han expresado con sofisticación y sin eludir las cuestiones morales y políticas en juego y su encuadre en nuestro plexo constitucional.⁶¹

Una revisión taxonómica profunda y comprehensiva de los sesgos resalados en todas las sentencias disponibles excedería el alcance de estas páginas por lo cual los siguientes apartados ilustran sólo brevemente algunos de esos rasgos con referencias genéricas a las decisiones descriptas en la Sección 2.

(a) El formalismo exacerbado

Ciertos argumentos desplegados en las distintas sentencias sobre aborto padecen de un formalismo que raya el absurdo. En algunos casos, éste se manifiesta en la adopción de un textualismo infundado según el cual las normas jurídicas son claras y deben prescindir de toda interpretación. Otras veces, las que me interesa revisar aquí, el formalismo surge de una lectura descontextualizada de normas como el artículo 4.1 de la CADH o la Convención de los Derechos del Niño como fundamento de un derecho absoluto a la vida del cigoto, el embrión o el feto. De lecturas a las que puede reprocharse un burdo positivismo ideológico, se sigue entonces el rechazo de plano del conflicto de valores, intereses o derechos entre la protección de la vida intrauterina y los derechos de las mujeres. Finalmente, el formalismo se observa también en un trato superficial de la dimensión empírica y científica de los debates en juego.

61 De acuerdo a las tres categorías de casos de la Sección 2, entre las decisiones concretas que podrían citarse en este sentido se incluyen algunos de los votos en las causas *TS* y *LMR*. Sobresalen por las referencias más completas a los derechos en juego de las mujeres las decisiones en *Mayoraz* de un tribunal de Rosario y la reciente sentencia del Tribunal Superior de Chubut en el caso *AG* del 8 de marzo del corriente.

De esta manera, en una proporción importante de los casos en que se ha discutido sobre aborto en la última década las/os juezas/ces han aceptado la idea de un derecho absoluto a la vida intrauterina por oposición a la protección incremental de la vida que efectúa nuestro sistema jurídico. En la discusión sobre los efectos de la anticoncepción de emergencia se ha llegado al absurdo de considerar ese derecho a la vida en titularidad del cigoto. En las disputas “tradicionales” sobre aborto ese derecho absoluto residiría en el feto que lleva la mujer cuya vida o salud está en peligro o que ha sido víctima de violación, por lo que las indicaciones de no punibilidad del artículo 86 siempre serían inconstitucionales.⁶² Ese derecho absoluto a la vida también residiría, según algunos, en el feto al que se ha diagnosticado una malformación incompatible con la vida lo que conduce a la prohibición del aborto en ese caso y la exigencia de sostener el embarazo hasta completarlo, o hasta la viabilidad.

Por otro lado, en los casos en los que se demandaba la interrupción del embarazo luego de una violación, un debate textualista sobre la existencia de una coma ha provocado discusiones interminables sobre los alcances de la indicación del artículo 86 inciso 2 que algunos intérpretes, defienden, debe limitarse a la violación de la “mujer idiota o demente.”⁶³ Ello, claro está, con independencia de que esa limitación carezca de fundamento constitucional y de que, según lo ha señalado Ferrante (2010), sólo podría justificarse por razones eugenésicas. Así, en sentencias como las dictadas por tribunales de primera y segunda instancia en Chubut en febrero de 2010, las/os juezas/ces han insistido en que dado que las víctimas de la violación no eran “idiotas o dementes” sus casos no encuadraban en los supuestos de aborto no punible del Código Penal. Según la sentencia de la Jueza Verónica D. Robert, la denegación del aborto a una adolescente de 16 años violada por su padrastro “no encuadra en el inciso 2 del artículo 86 por no tratarse AG de una persona demente o idiota.” En el mismo sentido, en el caso *LMR* algunos votos de la Cámara de Apelaciones pretendieron negar un aborto en caso de violación a una niña porque no padecía el síndrome de Down y demostraba capacidad de usar un celular aunque su edad mental fuera de ocho años.

Otra manifestación del formalismo aparece en el trato que algunas sentencias dan a la evidencia empírica cuando evalúan el carácter abortivo de la píldora de emergencia. Pese a la abundante información científica que desestima el supuesto efecto abortivo de este anticonceptivo, en el caso *Mujeres por la Vida (II)*, en el 2008 los tribunales de Córdoba han apelado a evidencia obsoleta. En su fallo, los jueces de cámara ignoraron los avances del conocimiento internacionalmente disponible sobre el mecanismo de acción de la píldora.

62 Así, desde esa concepción, en los casos en que estaba en juego el acceso a las indicaciones de aborto, algunos jueces han argumentado que la protección de la vida desde la concepción implica la prohibición absoluta del aborto por lo cual el artículo 86 del Código Penal es inconstitucional.

63 Estos debates pueden revisarse en sentencias como *LMR* donde los jueces dedican extensos párrafos a la discusión entre los penalistas Soler y Núñez y quienes se agrupan a ambos lados del desacuerdo.

En el mismo sentido, otro ejemplo del análisis dudoso de evidencia científica lo ofrece la sentencia de primera instancia en el caso citado de Chubut en el que la jueza consideró, sin fundamento científico, que el peligro para la salud de la adolescente violada acreditado por los dictámenes profesionales de expertos era menor que el riesgo del aborto. En base a ello concluyó que “(e)n caso de practicarse la interrupción del embarazo sí existe riesgo en la vida de la madre por el avanzado estado de gestación (...) que asimila el riesgo a una intervención de una cirugía mayor.” Afirmó además que si bien el peligro para la salud o la vida de AG permitiría autorizar el aborto según el inciso 1 del artículo 86, también había sido probado, que ese peligro “puede evitarse mediante apoyo psico-individual de la menor y terapéutico familiar permanente hasta que se produzca el parto.” Pensaría la jueza que ese apoyo familiar provendría del contexto que ella misma había descripto antes en la sentencia. El informe dice textualmente

cuando la adolescente contaba con 11 años, su progenitora trabajaba en el Casino desde las 20 hs, hasta las 5 de la mañana, XX, refiere ésta, habría empezado a manosearla: esto sucedía por las noches, previo a que ella se fuera a dormir. Se repitió en varias oportunidades hasta que un día en medio de una crisis de llanto, decidió contarle a la madre. Encontrándose presente también la abuela materna, la respuesta de la progenitora fue que tuviera paciencia que algo haría, hoy ella justifica la paralización materna en que se encontraba cursando el embarazo de los segundos hermanitos mellizos. Aunque no hubo ninguna acción concreta de la progenitora, esto habría provocado el cese de este comportamiento abusivo...

Por otra parte el informe refiere “en este punto le cuenta a su hermana, XX, quien le habría dicho, que algo se daba cuenta, por la manera en que se movía la cama (comparten una cucheta).”

(b) La centralidad de la vida fetal

La concentración de los argumentos del debate sobre el aborto en la vida en gestación y sus aspectos biológicos constituye otra característica típica de las intervenciones judiciales.

En algunos de los casos revisados en la Sección 2 los tribunales fundan su argumentación en la posibilidad de la definición judicial del comienzo de la vida. Concluyen, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia en *Portal de Belén*, que ella se inicia con la unión de los gametos, es decir, con la conformación del cigoto y antes de la implantación, momento que definen como la concepción. Además, los jueces entienden que el cigoto, el embrión y el feto son persona y, por tanto, sujeto titular del derecho a la vida con el mismo alcance que las personas nacidas, sin otras referencias a las dimensiones biológicas, morales y sociales en juego.

La atención desproporcionada puesta en la determinación del comienzo de la vida o en la definición de persona como precondition para afirmar la titularidad de un derecho en el cigoto, el embrión o el feto es un rasgo persistente de las sentencias que deniegan autorizaciones para abortar o limitan la anticoncepción de emergencia. Esa atención es desproporcionada porque termina invisibilizando la existencia de otro sujeto cuyos derechos están siempre en juego en la discusión: la mujer. Se omiten así los aspectos relacionales del proceso de gestación y se refuerza la caracterización de las mujeres como meros úteros al servicio de un proceso biológico sacralizado. Pero además, según veremos en el siguiente apartado, esa mirada excluyente y enfática sobre la imagen fetal, los aspectos biológicos del desarrollo de la vida intrauterina y el embarazo, esconde otras dimensiones centrales que no pueden desconectarse del proceso reproductivo: la sexualidad, la maternidad y las condiciones sociales, culturales e históricas en las que ellas se experimentan.

El acento excesivo en la determinación biológica del carácter de sujeto del cigoto, el embrión o el feto se expresa, a su vez, en una serie de presupuestos carentes de fundamentación que niegan la dificultad valorativa que impone juzgar los fenómenos biológicos y la ciencia que los observa. En el fallo *Portal de Belén* y los que lo replican, la Corte Suprema resolvió la pregunta del comienzo de la vida en unos pocos párrafos acudiendo a la teoría referida a la supuesta definición del ADN con la unión de los gametos. Según ha señalado Menéndez (2010), al hacerlo, se apoyó en fuentes de muy dudoso origen, como por ejemplo escritos de un sacerdote católico, un falso premio Nobel, y una transcripción tergiversada de la consideración de la declaración de un genetista cuyo testimonio había sido descalificado por la Corte Suprema de Tennessee en los Estados Unidos.⁶⁴

(c) *La invisibilización de las mujeres y sus derechos*

La ausencia o la simplicidad de las referencias a las mujeres y sus derechos es otra característica de muchas de las decisiones sobre aborto de nuestros tribunales. Esa invisibilización se produce, a veces, en la negación de las mujeres como colectivo cuyos derechos está en juego en la disputa sobre el acceso a un método anticonceptivo. En estos casos, las mujeres desaparecen totalmente, como se observa en algunas sentencias sobre anticoncepción de emergencia o las que intentaron suspender los efectos de la Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Fallos como *Mujeres por la Vida (II)* dictados en Córdoba en 2008 no incluyen siquiera una referencia al derecho a la anticoncepción, presupuesto del ejercicio de la autodeterminación reproductiva, anclada en normas como el artículo 19 de la Constitución o las expresamente previstas en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés).

64 Véase, al respecto, Mariana Carbajal, "Hasta un falso premio Nobel," Página 12, 19.10.2009, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/133700-43138-2009-10-19.html>, visitado el 1.6.2010.

Lo mismo se podría decir del hecho de que los jueces continúen resolviendo cuestiones de semejante complejidad y controversia en amparos colectivos presentados por organizaciones preocupadas por la vida intrauterina pero omiten convocar a participar de esos procesos a actores de la sociedad civil con interés en la defensa de derechos sexuales y derechos reproductivos.

En otras intervenciones judiciales, las mujeres invisibilizadas son aquellas de carne y hueso frente al tribunal. Así, las decisiones sobre acceso a las indicaciones de aborto del artículo 86 del Código Penal rara vez se exhiben en consideraciones sobre la situación de vulneración de derechos que llevó a la solicitud del aborto. O cuando lo hacen, como vimos en las referencias de la Jueza Robert a la violencia sexual padecida por AG, esa situación de sufrimiento se descarta rápidamente en aras de la protección de la vida en gestación.⁶⁵

La desaparición de la mujer, la adolescente, la niña, la madre, se produce más generalmente cuando los tribunales se muestran insensibles frente al peligro para la vida, su salud o el sufrimiento de quien planeaba convertirse en madre pero ha recibido un diagnóstico de feto anencefálico. La negación de la experiencia de la maternidad forzada a una edad temprana en las niñas o adolescentes violadas o cuando se padece un retardo mental es también característica de algunas sentencias o intervenciones judiciales dilatorias como la que impuso el juez en el caso de una niña de 12 años violada que tramitaba ante el Juzgado de Familia No. 1 de Mendoza, en el cual finalmente se desistió del pedido.⁶⁶

Como contracara del acento en los aspectos fisiológicos del debate, las mujeres, el género desaparecen también del discurso judicial cuando éste desconoce las condiciones sociales y materiales de desigualdad más estructural que padecen. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en aquellas decisiones que anulan el proceso penal en base a argumentos que circunvalan la problemática de la penalización del aborto⁶⁷ o la persecución selectiva de un delito que se sabe extensamente cometido. Al desvincular la definición previa de la nulidad procesal de la sustanciación de la objeción sobre la constitucionalidad del delito, cuando ésta se ha planteado, se elude el problema y su dimensión constitucional. Se evita así indagar sobre las condiciones que llevaron a la mujer a esa decisión, ocluyéndose

65 En varios de los casos de abortos solicitados por víctimas de violación o por sus familiares, por ejemplo, la preocupación por el derecho a la vida intrauterina ha llevado a referir marginalmente las situaciones de violencia sufridas por las víctimas, en general menores, y sus efectos sobre la exigencia de sostener un embarazo que rechazan al asociarlo con el trauma de la violencia sexual.

66 Mariana Carbajal, Página 12, "Puerta abierta al golpe bajo en un hospital," Buenos Aires. 6.7.2008. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-111093-2008-09-06.html>, visitado el 1.6.2010.

67 La determinación del pedido de nulidad de los procesos judiciales motivada en la autoincriminación o la violación del secreto profesional es una cuestión de previo pronunciamiento, por lo que se puede afirmar que los jueces no evitan considerar la cuestión sustantiva sino que ello es una mera consecuencia del proceso. Creo, sin embargo, que podría objetarse esta disociación del problema de la constitucionalidad del delito motivada en el diseño del proceso y las excepciones sobre el mismo. En todo caso, la circunvalación del problema termina siendo además un efecto agregado y sistémico de la solución basada en la anulación del proceso.

la desigualdad extrema en la que muchas mujeres que han abortado de forma clandestina ejercen sus derechos reproductivos. Los tribunales expresan así su indiferencia frente a los datos que muestran dificultades materiales importantes en el acceso a la anticoncepción, falta de información y educación sexual, o la misma violencia sexual que constriñe el control reproductivo de algunas mujeres.⁶⁸

Paradójicamente, esa omisión se manifiesta también en la ausencia en el discurso judicial de referencias al contexto mayor de desigualdad en el que se ejerce la maternidad en nuestra sociedad. En efecto, las intervenciones judiciales sobre aborto se mantienen especialmente en silencio sobre las experiencias de desigualdad que sufren las mujeres que eligen convertirse en madres e intentan alcanzar la autosuficiencia a partir de su inserción igualitaria en el ámbito laboral y político (Rodríguez Enríquez, 2007; ELA, 2009). Esas condiciones son parte, al mismo tiempo, de los datos que entran en la consideración de las mujeres que buscan un aborto no punible o de quien ha resuelto terminar un embarazo y enfrenta la posibilidad de la penalización.

Finalmente, la mirada que desconoce el rol del contexto social en el que viven las mujeres que consideran abortar suele omitir también que la penalización del aborto fracasa como instrumento para la protección de la vida intrauterina y la gravedad de las cargas que impone el aborto clandestino al que, se sabe, no dejarán de recurrir miles de mujeres.⁶⁹ Así, las sentencias sobre secreto profesional o autoincriminación jamás localizan los casos en el contexto estadístico de injusticias que rodea a las mujeres que serán el chivo expiatorio de una sociedad que de otras formas muestra una alta tolerancia a la práctica del aborto clandestino.

4. LA VIDA, LOS DERECHOS Y EL PROGRAMA CONSTITUCIONAL DE 1994

He intentado presentar aquí algunos de los límites de las intervenciones judiciales en torno al aborto. Quizás resulte ya evidente que el límite mayor de esas intervenciones reside, sin embargo, en la inadecuación de las disputas interpretativas que las motivaron cuando se las escruta a la luz de los compromisos constitucionales con los ideales de igualdad y autonomía.

En un trabajo reciente me he explayado sobre las implicancias del mandato constitucional respecto de la regulación del aborto (Bergallo, 2010b) y tomo parte de ese texto en lo que sigue. Una argumentación completa sobre el tema excede la extensión de este comentario. Por lo tanto, quisiera aquí concentrarme en mostrar la inadecuación de uno de los planteos

68 Sobre la situación de las mujeres en el acceso a sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos puede consultarse el *Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina (2005-2008)*, elaborado por ELA (2009). El capítulo 4 del informe contiene información completa y actualizada sobre las desigualdades en el ejercicio de estos derechos. Respecto de la persistencia de estas desigualdades en casos concretos de ejercicio de derechos reproductivos puede verse Chiarotti et al (2003).

69 Desde 1983, año del retorno a la democracia, un total de 2578 mujeres murieron como consecuencia de un aborto en el país. Estadísticas Vitales. Dirección de Estadística e Información de Salud. Ministerio de Salud de la Nación. Argentina.

argumentales más básicos que subyace a las decisiones judiciales reseñadas o las intervenciones que las provocaron: la que insiste en que nuestro marco constitucional desde 1994 protege un derecho a la vida que justifica la penalización total y sin excepciones del aborto.⁷⁰

En efecto, las actuaciones judiciales estudiadas han surgido como consecuencia de los cuestionamientos que explícita o implícitamente llegan a los estrados asumiendo una concepción de la protección constitucional de la vida en gestación como un derecho absoluto. Ella encontraría fundamento en tres tipos de argumentos: uno textual, otro originalista, y un tercero, moral. Este último, que combina afirmaciones morales y científicas, asume que la persona humana, sujeto de derechos, comienza en la unión de los gametos y la consiguiente definición del ADN. La combinación de estas tres ideas fundaría así un derecho a la vida en gestación que exigiría una penalización total del aborto o una permisión muy limitada al peligro para la vida de la mujer.

De hecho, estos son los argumentos esgrimidos en los casos contra la anticoncepción presentados por algunas organizaciones.⁷¹ Aparecen también en los litigios de aborto no punible planteados por actores del sistema de salud o judicial para obstaculizar el acceso a los abortos despenalizados o la terminación temprana de un embarazo ante el diagnóstico de anencefalia.⁷² Como en *TSV*, también inspiran las apelaciones que el ministerio público realiza de decisiones de segunda y tercera instancia que nulificaron procesos contra mujeres denunciadas por aborto.

La protección de la vida humana es un valor contemplado en nuestro marco constitucional, de forma implícita en el texto de la Constitución y expresamente en el de los tratados que la integran. Pero nuestro programa constitucional no es compatible con una protección absoluta o constante de la vida humana a través de todos los estadios de su desarrollo como el pretendido en las intervenciones judiciales reseñadas, a veces, rechazadas por los jueces. Vayamos por partes.

Si comenzamos por el texto de la Constitución, es claro que éste no contiene referencias explícitas a un valor, interés o derecho a la vida. Este, es considerado, un derecho no enumerado. Además, las referencias al concepto de persona en el plexo constitucional suponen en todos los casos referencias a las personas nacidas como titulares de derechos.⁷³

70 Muchos pensarán que concentrarse en este nivel tan precario del debate es poco interesante. Pese a ello, como es el contexto central del surgimiento de casi todos los casos revisados en la Sección 2, me parece importante abordarlo.

71 Entre ellas, *Portal de Belén y Mujeres por la Vida (II)*.

72 En algunos casos se trata de médicas/os y en otro de autoridades de establecimientos sanitarios que o bien niegan la procedencia del deber de prestar el servicio u objetan su responsabilidad de determinar la procedencia del aborto sin una autorización judicial. En otros casos, la judicialización del aborto no punible proviene de la defensa de la vida intrauterina por algún actor del sistema judicial. Ese ha sido el caso, por ejemplo, en *LMR*, donde el hospital iba a practicar el aborto, pero la defensa pública en representación de la vida intrauterina, notificada por la fiscalía que conocía de la denuncia por violación, intentó obstruir el acceso al aborto por violación.

73 La Constitución Nacional se refiere a la persona o las personas en sus artículos 15, 18, 22, 23, 29, 43, 75 inciso 12 y 23, 114 y 119. En todos los casos, las citas de la expresión "persona" son aplicables a la persona nacida.

Algunos alegan, sin embargo, que la incorporación del texto de la CADH y la CDN en 1994 tuvo como efecto la expansión de la protección del derecho a la vida, ahora sí, como derecho protegido “desde la concepción.” Empero, la referencia al derecho a que se respete la vida, *en general*, desde la concepción en el artículo 4.1 de la CADH tampoco conlleva el reconocimiento de la titularidad de un derecho absoluto a la vida en gestación y mucho menos la exigencia de penalizar totalmente el aborto para protegerlo. Más bien, el precepto citado lleva exactamente a la conclusión opuesta. Tal como está redactada, la segunda frase del artículo 4.1 contiene una especificación menos estricta del deber de protección derivado del reconocimiento de un derecho a la vida. La referencia “y en general,” fue introducida a sugerencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el fin de conciliar las diversidades entre los ordenamientos jurídicos de los Estados parte de la Convención en la protección de la vida en gestación.⁷⁴ Según Medina (2005), la Conferencia Especializada de 1969 mantuvo la propuesta de la Comisión a pesar de las críticas y las demandas de reforma que postulaban una protección de la vida en gestación mayor o su total exclusión. Como resultado, la norma vigente establece una protección más moderada y menos categórica de la vida antes del nacimiento que protege solo “en general.”

De otro lado, la CDN no reconoce un derecho a la vida de titularidad de la persona antes de nacer. Las referencias a los niños y niñas efectuadas en el texto de la Convención para garantizar sus derechos suponen el nacimiento. La CDN no sólo no se refiere al comienzo de la vida en ninguna parte de su texto, sino que durante su redacción, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas no logró alcanzar un consenso sobre los textos propuestos que extendían la definición de niño desde la concepción. A raíz de ello, la Comisión resolvió no pronunciarse sobre la cuestión (Filipini, 2010).

Pero además, la declaración interpretativa formulada por la Argentina respecto del artículo 1 de la CDN no puede modificar el alcance del derecho internacional respecto de la Argentina. Ello porque, el artículo 75, inciso 22, definió el reconocimiento de status constitucional a este y otros tratados de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia,” de las cuales no se infiere una protección absoluta de un derecho a la vida antes del nacimiento que justifique, además, la restricción total del aborto.

Un párrafo especial merece la alusión a la pretensión originalista que alega la intención de los constituyentes de 1994 en defensa de un derecho superior a la vida. Durante dicha Convención algunos convencionales propusieron incorporar al texto de la Constitución la referencia expresa a la protección de la vida desde la concepción (Gutiérrez, 2000). Sin embargo, la revisión de las distintas posiciones esgrimidas por los constituyentes indica que no hubo acuerdo sobre la inclusión de una cláusula referida a

74 CIDH: “Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos” [1968], 1973, p. 320, citado por Medina (2005).

la protección de la vida en gestación en el plexo constitucional.⁷⁵ Por otra parte, tal como lo ha señalado Filipini (2010), no surge de las constancias de los debates constitucionales que los convencionales cuestionaran el modelo de indicaciones vigente en el CPN cuya constitucionalidad muchos de los casos revisados objetaban.⁷⁶

En la defensa de un derecho a la vida en gestación desde la concepción se invocan también razones independientes de las referencias textuales o la intención constituyente. Se alega, tal como lo ha hecho la Corte Suprema en *Portal de Belén*, que el óvulo fecundado o embrión es un ser humano digno de protección constitucional y legal. Según el tribunal y quienes esbozan este argumento, la vida es el resultado de la continuidad del proceso biológico que se inicia con la unión de los gametos y que determinaría la identidad genética de un individuo único y, por tanto, la existencia de un sujeto de derechos.

Pero los límites de este argumento son múltiples porque: (a) presupone la posibilidad de resolución del desacuerdo sobre los criterios morales relevantes para resolver la determinación del comienzo de la existencia del ser humano, (b) asume que esa capacidad puede residir en el sistema judicial, (c) identifica al criterio genético como único relevante para definir la existencia de un individuo, y (d) abraza una visión del criterio genético puesta en cuestión por el paradigma científico imperante.

En primer lugar, la determinación del comienzo de la vida humana es una cuestión de gran complejidad. Su abordaje serio requiere comenzar llamando la atención sobre lo implausible que resulta descansar en una determinación exclusivamente jurídica del comienzo de la vida del ser humano.⁷⁷ La determinación del momento en el que comienza la vida es una cuestión en la que entran en juego consideraciones de tipo legal, ético, médico, biológico y científico sobre las que no existe acuerdo. No es un asunto meramente científico porque exige la determinación de las propiedades relevantes para la valoración de la información científica y la ciencia no provee criterios para delimitar cuáles serán esas propiedades relevantes. Puede afirmarse lo mismo de la pretensión de llevar adelante una determinación jurídica autónoma del comienzo de la vida.

Tampoco existe acuerdo ético sobre cuál o cuáles son las propiedades morales relevantes para definir la existencia de vida humana. Según Mary Anne Warren (2000), las teorías éticas ofrecen criterios diversos para valorar la cuestión: la capacidad de sentir, la viabilidad, la capacidad de mover-

75 Filipini (2010) distingue entre las posiciones de constituyentes que promovían la inclusión de una referencia explícita a la protección de la vida desde la concepción, quienes consideraban que se trataba de un asunto no habilitado para la agenda de la Convención, quienes entendían que la incorporación de la CADH y la CDN contenía referencias suficientes a la protección de la vida intrauterina, y por último, quienes consideraban que si bien la Convención no estaba habilitada a considerar el tema, la permisión del aborto a demanda sería compatible con las normas constitucionales vigentes.

76 Luego de un exhaustivo repaso de las posiciones de los constituyentes, Filipini (2010) concluye, "en general, con todo, parece haber sido aceptado que los permisos del régimen penal vigente eran admisibles constitucionalmente en 1994." Pág.

77 Para una revisión pormenorizada de los argumentos sobre este punto véase, Bascuñán Rodríguez (2004).

se, la conformación del ADN, por ejemplo. La ciencia, que tampoco ofrece respuestas unívocas, sólo ha logrado describir y, sin precisión absoluta, los distintos fenómenos considerados relevantes por las teorías éticas.

En segundo lugar, dada la complejidad de una determinación de este tipo, el proceso judicial es un ámbito muy limitado para dirimir la cuestión. Los seres humanos no han logrado alcanzar un acuerdo. Por ello, los tribunales de otros países en general han postergado la discusión o se han declarado incompetentes.⁷⁸ Ilustrativas de esta posición son las afirmaciones de la Corte Constitucional de Colombia:

considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión.⁷⁹

En tercer lugar, el criterio genético es sólo uno de los criterios disponibles y, como vimos no existen razones para preferirlo frente a las otras opciones también valiosas desde el punto de vista moral y biológico. Pero además, del hecho de que el cigoto y luego el embrión puedan desarrollarse hasta convertirse en un ser humano nacido y, por tanto, en una persona, no se sigue su titularidad de un derecho a la vida y, menos, claro está, que ella exija la penalización del aborto para su protección. La continuidad del proceso de desarrollo de la vida humana no implica que todos los estadios de ese proceso sean equivalentes entre sí ni suponen la igualdad jurídica entre el óvulo fecundado, el cigoto, el embrión, el feto y el ser humano nacido. La concepción que identifica identidad genética con identidad del sujeto de derecho no es una tesis jurídica ni es la tesis adoptada por nuestra Constitución o los tratados de derechos humanos, que por otra parte, no se manifiestan sobre el tema.

El argumento según el cual la existencia de una vida humana es idéntica en los distintos estadios del desarrollo desde la unión de los gametos -que sería el momento a partir del cual puede identificarse genéticamente al individuo- no encuentra sustento siquiera en el conocimiento de la embriología. Según se ha demostrado de manera científica, de hecho, la constitución de una persona no está determinada por el material genético

78 Este es el abordaje que puede rastrearse en las consideraciones vertidas en las sentencias de tribunales que desde la década de 1970 enfrentaron la discusión sobre el comienzo de la vida en el marco del litigio contra las normas por la liberalización del aborto. En esas decisiones adoptadas, por ejemplo, por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Roe vs Wade*, por el Tribunal Constitucional Federal alemán en 1976 o, por el Tribunal Constitucional español en 1985, y más recientemente por la Corte Constitucional colombiana en 2006, los jueces han explicitado las razones por las que renunciaban a la empresa de una determinación jurídica -y judicial- del comienzo de la vida.

79 Agrega la Corte en una nota al pie: "Este extremo no es posible dilucidarlo ni siquiera acudiendo a argumentos originalistas o la interpretación de la voluntad del Constituyente porque precisamente de la lectura de los debates en la Asamblea Nacional Constituyente se desprende que expresamente no se quiso dilucidar este problema y por lo tanto no fue concluyente." Sentencia C-355/06, Corte Constitucional de Colombia. Punto 5, p. 215. Disponible en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/files/14.pdf>; visitada el 1.6.2010.

del óvulo fertilizado. Bascuñán Rodríguez (2004) describe el estado del conocimiento sobre este proceso claramente:

(u)n embrión puede llegar a nacer, pero también puede desarrollarse de otro modo. Lo más probable es que se pierda, sin que llegue a desarrollarse en sentido alguno. También es posible que de él se originen dos embriones. Estos gemelos pueden desarrollarse independientemente y llegar a nacer. Pero puede que uno de ellos termine siendo un quiste en el cuerpo del otro. Finalmente, es posible que el embrión se desarrolle como una mola, que nunca llegará a nacer. Incluso es posible que esa mola se desarrolle como un cáncer para la mujer. Todas estas posibilidades están presentes en el embrión preimplantacional. Considerarlo *ex ante* como un ser idéntico a una persona, atendiendo a la identidad genética, es desde un punto de vista biológico tan justificado como considerarlo un ser idéntico a un quiste o un cáncer.

(BascuñánRodríguez, 2004).

El embrión se diferencia de las células y tejidos que comparten la misma identidad genética por su potencialidad de convertirse en un ser humano. Ello sucederá sólo si ciertas condiciones temporales y espaciales se verifican. Pero ocurrirá sólo cuando se haya concretado la diferenciación y especificación necesaria para la conformación del organismo humano. “La potencialidad del embrión es la demostración de su falta de individualidad, en el sentido de la individualidad ontológicamente presupuesta por la condición de persona,” (Bascuñán Rodríguez, 2004). El embrión no tiene capacidad autónoma de desarrollarse como individuo. Por ello, no puede reconocerse la existencia de un individuo sujeto de derechos como se pretende en la discusión que busca prohibir la anticoncepción de emergencia como forma de aborto. Tampoco ofrece esta teoría genética fundamento para la penalización total del aborto según defienden quienes pretenden completar con ella los argumentos textualistas y originalistas revisados para negar también el acceso al aborto no punible y justificar la penalización en el embarazo temprano.

Una lectura integral de la Constitución de 1994 indica, más bien, que la legislación puede establecer distintos niveles de protección de la vida intrauterina. La protección de ese valor aumenta a medida que la vida en gestación evoluciona. En algún punto se convierte en un interés que debe protegerse como derecho, cuando la individuación ya ha ocurrido. Los criterios para fijar ese momento son disputados, pero en cualquier caso, la protección de la vida intrauterina a partir de ese momento nunca podría garantizarse mediante el reconocimiento de un derecho absoluto o constante que evite su ponderación frente a los derechos de la mujer también en juego. Además, en sus alternativas para la protección de la vida en su etapa de gestación nuestra Constitución no incluye la exigencia del recurso único y uniforme al derecho penal como herramienta para asegurarla. En cambio, varias normas de la Constitución y los tratados de derechos humanos resguardan los derechos de las mujeres en base a la garantía de

igualdad y autonomía. Ellos, justifican, más bien, la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en el embarazo temprano.

He desarrollado estos argumentos en otro trabajo reciente donde me concentro en los fundamentos de la penalización del aborto (Bergallo, 2010b). Sólo adelantaré aquí que entiendo que la prohibición de discriminación por sexo y la garantía de igualdad de oportunidades emergente de normas como el artículo 16 de la Constitución y los artículos de la CADH, el PIDCP y la CEDAW establecen los cimientos de la protección de la igualdad en su aplicación al plano de la sexualidad y la reproducción. Por su parte, el artículo 19 de la Constitución y otros en los mismos tratados referidos se expresan sobre la protecciones de valores fundantes de la autodeterminación en materia de sexualidad y reproducción que excluyen la intervención de terceros. De la garantía de estos valores constitucionales surge además el mandato de protección del derecho a la salud, a una vida libre de violencia y a la información, también en juego en la discusión sobre el aborto y derechos reproductivos, en general.

Mientras el debate sobre el abandono de la penalización en el embarazo temprano no se plantea ni es abordado por las/os juezas/ces en los casos que comentamos, está claro, que tanto el arreglo constitucional como varias leyes sancionadas a partir de 1994⁸⁰ exigen una ponderación del interés incremental en la protección de la vida intrauterina con los derechos de las mujeres. En esa ponderación, según lo han declarado ya los tribunales en casos como *Mayoraz* sobre anticoncepción de emergencia, prevalecerán los derechos de las mujeres a un menú amplio de opciones anticonceptivas que incluya la anticoncepción de emergencia.⁸¹ En esa ponderación deberán prevalecer también, como lo señaló el Superior Tribunal de Chubut en *AG*, las razones que justifican el deber de prestar servicios de aborto en caso de violación.⁸² Esas normas, garantizan también el respeto del derecho a la salud de las personas que se supone han cometido un delito y fundan un deber fuerte de guardar secreto de los profesionales de la salud que las atienden.⁸³

5. CONCLUSIÓN

La observación del mapa de la actuación judicial de la última década en relación al aborto revela las conexiones entre diversas decisiones. Ellas

80 Estas incluyen a la Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar Todas las Formas de Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollan sus Relaciones Personales, y la Ley de Derechos de los Pacientes.

81 Entiendo que incluso si se definiera el comienzo de la vida y se comprobara que el mecanismo de acción de la píldora actúa sobre la vida humana ya iniciada, es decir, incluso si la píldora fuera abortiva, no sería constitucional prohibirla, porque en la ponderación de los derechos de la mujer en juego frente a el interés en la protección de la vida humana a través de la penalización del aborto en ese estadio inicial, los primeros triunfarían en cualquier test de proporcionalidad aplicado racionalmente.

82 Para una elaboración de los argumentos en este sentido, véase la Introducción a la Guía Integral de Abortos No Punibles del Ministerio de Justicia de la Nación y la decisión en el caso *AV*.

83 Para un desarrollo de la fundamentación constitucional de este derecho, véase, el Dictamen del Procurador General de la Nación en el caso *Baldivieso*, el voto principal y la aclaración de los Ministros Highton y Petracci.

dan pocos motivos para esperar que los tribunales resulten ser un espacio de transformación social en el tema. Según expuse en la Sección 3, la revisión de los casos muestra también la incertidumbre que acarrear a veces los pronunciamientos judiciales y sus profundos déficits. La evaluación de ese mapa expone también los límites del abordaje conservador de los tribunales en materia de derechos, sexualidad y reproducción.

Por otra parte, el breve ejercicio de escrutinio de la concepción del derecho a la vida en gestación que trasuntan las intervenciones judiciales reseñadas, pone a la luz una pobre *performance* interpretativa. Pronunciamientos futuros, consistentes con los mandatos del programa constitucional de 1994, deberían contribuir a reducir la incertidumbre generada y revertir la actual perspectiva conservadora. Ello no será posible sin reposicionar a las mujeres en la discusión sobre el aborto, de la cual han sido desplazadas por el énfasis en imágenes fetales. Tampoco sucederá sin rescatar el contexto social y estructural de desigualdad en el que muchas mujeres ejercen su sexualidad y la maternidad.

Referencias bibliográficas

Abramovich, Víctor y Laura Pautassi (2009) *La revisión judicial de las políticas sociales*. Editores del Puerto, Buenos Aires.

Bascuñán Rodríguez, Antonio (2004) “La píldora del día después en la jurisprudencia.” *Estudios Públicos* 95. Disponible en: <http://www.direitogv.com.br/casoteca/subportais/raiz/r95%20bascunan%20pildoradiadespues03.pdf>, visitado el 1.6.2010.

Bergallo, Paola (2010, en prensa) *Aborto y Justicia Reproductiva*. Editores del Puerto, Buenos Aires.

Bergallo, Paola (2010b) *La razonabilidad de la penalización del aborto*. Mimeo. Informe Final Beca Carrillo-Oñativía. Ministerio de Salud de la Nación.

Carbajal, Mariana (2009) *El aborto en debate: aportes para una discusión pendiente*. Paidós, Buenos Aires.

Cárdenas, Edurne; Tandeter, Leah (2008) *Derechos Sexuales y Reproductivos, Legislación y Jurisprudencia*, CONDERS, Buenos Aires.

Checa, Susana, (comp.) (2006) *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad*, Paidós, Buenos Aires.

Chiarotti, Susana; García Jurado, María; Aucía, Analía y Armichiardi, Silvia (2003) *Con todo al aire. Reporte de derechos humanos sobre la atención en salud reproductiva en hospitales públicos*. INSGENAR/CLADEM.

Cárdenas, Alejandra (2009) “Banning emergency contraception in Latin America: Constitutional courts granting an absolute right to life to the zygote.” *Houmbolt American Comparative Law Review* 6:359.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (2008) *La lucha por el derecho litigio estratégico y derechos humanos*. Siglo Veintiuno, Buenos Aires.

Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA). (2009) *Informe sobre género y derechos humanos: Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina (2005-2008)*. Editorial Biblos, Buenos Aires.

Ferrante, Marcelo (2010). “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto.” En Bergallo, Paola (2010, en prensa) *Aborto y Justicia Reproductiva*. Editores del Puerto, Buenos Aires.

Filipini, Leonardo (2010) “Los Abortos No Punibles en la Reforma Constitucional de 1994.” En Bergallo, Paola (2010, en prensa) *Aborto y Justicia Reproductiva*. Editores del Puerto, Buenos Aires.

Gutierrez, María L. (2000). Mujeres Autoconvocadas para Decidir en Libertad (MADEL): la experiencia reciente del movimiento de mujeres. En M. Abregú y S. Ramos, *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*. Buenos Aires: Cuadernos del Foro de la Sociedad Civil en las Américas.

Medina, Cecilia (2005) "La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial." Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, Costa Rica.

Menéndez, Virginia (2010) "Iniciativas Regulatorias para el Acceso al Aborto No Punible." En Bergallo, Paola (2010, en prensa) *Aborto y Justicia Reproductiva*. Editores del Puerto, Buenos Aires.

Pecheny, M. (2005). "Yo no soy progre, soy peronista: ¿por qué es tan difícil discutir políticamente sobre aborto?" En M. Abramzón y otros, *Jornadas Nacionales de Debate Interdisciplinario en Salud y Población* (Vol. 6, p. 18). Instituto Gino Germani-Facultad de Ciencias Sociales, UBA.

Pecheny, Mario (coordinador) y otros (2007) "Barreras de Accesibilidad a la Anticoncepción de Emergencia en la Argentina" Estudio colaborativo multicéntrico, Informe Beca Carrillo-Oñativia y Fondo de Población de Naciones Unidas, Buenos Aires.

Ramón Michel, Agustina (2010) "El Fenómeno de Inaccesibilidad al Aborto No Punible." En Bergallo, Paola (2010, en prensa) *Aborto y Justicia Reproductiva*. Editores del Puerto, Buenos Aires.

Ramos, Silvina; Bergallo, Paola; Romero, Mariana; y Arias Feijóo, Jimena (2009). El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en Argentina. En CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2008*. Siglo XXI, Buenos Aires.

Rodríguez Enríquez, Corina (2007) "La organización del cuidado de niños y niñas en Argentina y Uruguay." Unidad Mujer y Desarrollo Santiago de Chile: CEPAL. Documento preparado para ser presentado en la X Conferencia Regional de la Mujer, Quito, Ecuador.

Observatorio Argentino de Bioética y Centro de Estudios de Estado y Sociedad (2004) Salud pública y anencefalia. CEDES, Buenos Aires.

Saldivia, Laura (2009) "Reexaminando la Construcción Binaria de la Sexualidad." En *Derecho y Sexualidades*, Librería, Buenos Aires.

Villanueva, Rocío (2008). *Instituto Interamericano de Derechos Humanos: La Anticoncepción Oral de Emergencia: El debate legal en América Latina*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Warren, Mary Anne (2000) "El aborto." En Peter Singer (comp.), *Compendio de Ética*, Alianza Editorial, Madrid.

LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LA JUSTICIA ARGENTINA

Natalia Gherardi ¹

1. INTRODUCCIÓN

Al presentar sus ideas a favor de la transformación de las relaciones sociales entre los sexos, John Stuart Mill abogaba por la eliminación de la subordinación legal de las mujeres respecto de los varones, no sólo por considerarlo un principio injusto en sí mismo sino también “uno de los principales obstáculos para el progreso de la humanidad; y que debe reemplazarse por un principio de perfecta igualdad, sin admitir ningún poder o privilegio para un sexo ni ninguna incapacidad para el otro”.² En la Inglaterra de fines del siglo XIX, no se había ensayado aun cómo se comportaría una sociedad sustentada sobre los principios de la igualdad ante la ley. Por lo tanto, no había todavía motivos para imaginar que la eliminación de las barreras formales que impedían el acceso de las mujeres a las libertades civiles y políticas (el derecho a la educación, al sufragio, a la participación en la vida política, a la administración de sus bienes, al ejercicio de las profesiones) sería insuficiente para lograr la igualdad sustantiva entre los sexos.

La evidencia empírica de los últimos años nos brinda señales en ese sentido: la igualdad ante la ley, el idéntico reconocimiento de derechos para ejercer cargos públicos, para acceder a la educación y al empleo, para organizar la vida familiar y definir las preferencias en los planes de vida, no han logrado equiparar a mujeres y varones en el efectivo goce de sus derechos, así como tampoco transformar de un modo radical la distribución de los roles al interior de los hogares, ni consolidar una presencia igualitaria en el ejercicio de poder público y privado.³

Entre las grandes deudas pendientes, algunos temas se destacan por la urgencia y por los efectos determinantes que tienen sobre la vida y la salud de las mujeres, impidiendo el pleno desarrollo de su autonomía. Uno de ellos es el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos; el otro, es el derecho a una vida libre de violencia.⁴

1 Abogada, Directora Ejecutiva de ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Agradezco a Josefina Durán la selección de la jurisprudencia de tribunales argentinos citada para este artículo. Todos los fallos mencionados se encuentran en el Observatorio de Sentencias Judiciales que ELA coordina, accesible desde www.ela.org.ar. Este trabajo avanza sobre muchas reflexiones compartidas con Haydée Birgin y que hemos desarrollado en forma conjunta en trabajos anteriores (por ejemplo, Birgin y Gherardi, 2008). Finalmente, mi agradecimiento a Gloria Orrego Hoyos por su atenta lectura de una versión anterior de este documento.

2 (Mill, 2000:145). John Stuart Mill, filósofo y economista inglés (1806-1873) es considerado el exponente más importante del utilitarismo británico. Además de sus obras mejor conocidas (Principios de economía política, Sobre la Libertad), escribió y publicó en 1869 un ensayo titulado “El sometimiento de la mujer”, un análisis intelectual de la situación de la mujer y un llamado a la acción política para lograr la igualdad entre los sexos.

3 En Argentina, la información presentada en julio de 2010 por un grupo de organizaciones no gubernamentales ante el Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), y las recomendaciones que el Comité de la CEDAW formuló a la Argentina al término de su 46° período de sesiones, dan cuenta de los temas pendientes en la agenda por los derechos de las mujeres. Documentos disponibles en <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?aplicacion=app187&cnl=42&opc=15>. Visitado el 28.08.2010.

4 Aunque la relación causal no es unidireccional ni excluyente, el acceso deficiente a la autonomía política y económica

A pesar de los avances, en particular en materia de reconocimiento formal de derechos, hay algunos aspectos de las preocupaciones que Mill señalaba en el siglo XIX que mantienen insospechada vigencia. Entre ellos, las preocupaciones vinculadas con la violencia contra las mujeres:

Es una ley política natural que los que están bajo cualquier poder de origen antiguo no empiecen jamás por quejarse del poder en sí, sino solo de su ejercicio opresivo. Nunca han faltado mujeres que se quejasen de los malos tratos recibidos de sus maridos. Y muchas más habría, si la queja no fuera el mayor estimulante a repetir y aumentar estos malos tratos. Es esto lo que frustra todo intento de mantener el poder y a la vez proteger a la mujer de sus abusos. En ningún otro caso (excepto el de los hijos) se vuelve a poner a la persona que se ha probado judicialmente que ha recibido una injuria, bajo el poder físico del delincuente que se la infligió. Por eso las mujeres, aun en los casos más extremos y prolongados de malos tratos corporales, difícilmente se atreven nunca a recurrir a las leyes hechas para protegerlas; y si en el colmo de la indignación, o por la intervención de los vecinos, se atreven a hacerlo, todo su esfuerzo posterior consiste en ocultar todo lo que pueden y excusar a su tirano del castigo que merecen.⁵

Son varios los elementos que llaman nuestra atención en este párrafo, además de la evidente indignación que provoca su sostenida actualidad. En primer lugar, la necesidad de contar con legislación para proteger a las mujeres frente a situaciones de abuso por parte de sus parejas. Luego, la insuficiencia de las respuestas judiciales que devuelven a las mujeres a la dominación de sus maridos. Finalmente, las contradicciones en las que las mujeres pueden incurrir por complejos motivos, intentando exculpar a sus parejas de los malos tratos que ellas (u otros) puedan haber denunciado.

Aunque muchas de las circunstancias presentes alrededor de esta realidad de fines de siglo XIX han cambiado⁶, hay ciertos aspectos que guardan actualidad. A partir de las decisiones relevadas por el Observatorio de Sentencias Judiciales que ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género coordina desde 2009, este artículo se propone evidenciar el modo en que algunas de estas preocupaciones mantienen su vigencia, recurriendo para ello a la ejemplificación que permiten diversas intervenciones del poder judicial en Argentina.⁷

tiene efectos en las posibilidades de las mujeres de ejercer su autonomía reproductiva (el derecho a tomar elecciones respecto de su propio cuerpo) y a vivir al margen de relaciones violentas. Los temas de la agenda pendiente en materia de derechos de las mujeres son todos importantes y el avance de cada uno colaborará en el avance de los demás. Sin embargo, el déficit en el acceso a la libertad reproductiva y a una vida libre de violencia se cobra las vidas de las mujeres de un modo actual y cotidiano.

5 Mill (2000:160-161).

6 Los cambios y avances son innegables: hay normas que protegen a las mujeres de relaciones violentas, tanto en el ámbito civil como en penal, y no se reconocen facultades de coerción física del marido sobre su esposa (como ocurría en la Inglaterra de la época en que Mill escribía); las mujeres tienen plena capacidad civil y se encuentran habilitadas para el ejercicio de los oficios y las profesiones, con lo que no hay barreras formales para su participación en el mercado de empleo y por lo tanto tienen la posibilidad (potencial) de independizarse de una pareja violenta. Es claro, sin embargo, que estos cambios en las circunstancias de las mujeres no han sido suficientes para enfrentar las múltiples causas y consecuencias de las relaciones violentas.

7 Para este artículo sólo se han seleccionado algunas decisiones de tribunales argentinos que sirven para explicitar los nudos críticos que deseamos señalar. Sin embargo, esta selección de sentencias no intenta ser representativa del estado

La violencia contra las mujeres comenzó a salir de la invisibilidad por las acciones del movimiento feminista de los años 60 y 70. En Argentina, con el inicio de la transición democrática a partir de 1983 el tema de la violencia comienza a ser discutido de modo tal que el malestar de las mujeres se fue transformando lentamente en demandas y propuestas de acción. En este avance contribuyeron sin duda los estándares establecidos por las convenciones internacionales y regionales de derechos humanos, en particular la CEDAW, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de *Belem do Pará*) y más recientemente, el Estatuto de Roma -que crea la Corte Penal Internacional- al establecer que la violencia sexual contra las mujeres en conflictos armados es un crimen de guerra.

Sin embargo, las investigaciones realizadas avanzan en señalar las dificultades persistentes que las mujeres víctimas de violencia enfrentan al recurrir a las herramientas legales disponibles para poner un límite a las situaciones de violencia que viven.⁸

Los problemas actuales en materia de violencia contra las mujeres no se relacionan ya con la existencia de normas legales e instituciones responsables de su aplicación. Antes bien, se trata de lograr la efectiva aplicación de estas normas y la eficacia de los procedimientos administrativos y judiciales vigentes. Son las carencias de políticas tendientes a asegurar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia lo que dificulta la aplicación concreta de las normas diseñadas para ponerle un freno.

Este artículo se propone revisar algunos de los interrogantes pendientes en materia de violencia contra las mujeres. En primer lugar, plantea el acceso a la justicia como un derecho cuyo ejercicio debe ser garantizado por el Estado, y las dificultades de materializar esta garantía con relación a los casos de violencia. En segundo lugar, presenta los debates en torno a la conceptualización de la violencia contra las mujeres en el ámbito de sus relaciones interpersonales, discute cuáles son las expectativas puestas en el derecho y de qué manera la conceptualización misma de la violencia (como delito o como conflicto social) actúa como condicionante para el efectivo acceso a la justicia de estas mujeres. Finalmente, el artículo concluye con algunas reflexiones a partir de las cuales se proponen líneas de acción para la construcción de una agenda pendiente en materia de violencia contra las mujeres, superando las barreras que flanquean el acceso a la justicia.

de la jurisprudencia ni abarcativa de la totalidad de las decisiones sobre violencia contra las mujeres en el período de enero a diciembre de 2009. En la selección, se priorizaron las sentencias vinculadas con la violencia contra las mujeres en relaciones interpersonales, excluyendo otras formas de violencia (como la violencia sexual o la trata de mujeres).

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), CEPAL (2007 y 2009).

2. EL ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA

El acceso a la justicia es un derecho, como el derecho a la educación, a la salud, al trabajo. Obstaculizar el acceso a la justicia es una forma de excluir a las mujeres y varones del ejercicio de la ciudadanía.⁹

Acceder a la justicia requiere al menos tres aspectos: (i) la posibilidad de llegar al sistema de justicia, es decir, contar con los medios necesarios para poder realizar un reclamo ante el poder judicial; (ii) la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, es decir, que el sistema de justicia brinde un pronunciamiento justo en un tiempo prudencial; y (iii) finalmente, que ciudadanos y ciudadanas conozcan sus derechos de modo de poder ejercerlos y reclamar por su cumplimiento, activando los mecanismos institucionales existentes.¹⁰

El reconocimiento de la existencia de un problema y su identificación como una cuestión justiciable representa uno de los mayores obstáculos a superar. Hace falta un grado importante de alfabetización jurídica y de conciencia de la existencia de derechos en la sociedad para identificar el componente jurídico o legal de un problema. Las evidencias indican que la discriminación en el acceso a la justicia no es sólo económica, sino sociocultural y que, por ese motivo, las condiciones que eventualmente permitirán su modificación exceden los recursos disponibles en una sociedad capitalista para tales fines.¹¹

Desde esta perspectiva, es fundamental identificar cuál es el conocimiento que las mujeres tienen de las normas y sus herramientas de protección. Una investigación realizada en 2006 en Argentina da cuenta que en los tres principales centros urbanos del país, el 60% de las mujeres no conoce la existencia de una ley de violencia doméstica y menos de 3 de cada 10 pueden nombrar algún aspecto de la ley vigente.¹² Esto significa que desde el gobierno nacional, provincial y local no se realizaron suficientes campañas de difusión de la existencia de derechos que amparan a las mujeres víctimas de violencia y tampoco se han arbitrado los recursos necesarios para brindar un servicio jurídico adecuado que permita garantizar el acceso a la justicia.

La falta de acceso a la justicia no puede sino ser una preocupación constante por parte de los actores involucrados en asegurar su vigencia. En un caso resuelto en la provincia de Mendoza, un hombre es acusado de múltiples actos violentos cometidos contra distintas mujeres, y solicita por tercera vez una suspensión del juicio a prueba. El Juez de Cámara rechaza el pedido, hace un exhaustivo análisis de los procedimientos seguidos con cada denuncia y formula importantes críticas a los operadores de justicia

9 Véase, en general, Birgin y Kohen (2005).

10 Larrandart (1992). Con mayor desarrollo en Gherardi (2005).

11 Fucito (2003: 289).

12 Se trata de una encuesta realizada en 2006 sobre 1.600 mujeres en los tres principales conglomerados urbanos de la Argentina: Gran Buenos Aires, Rosario y Córdoba. Véase ELA (2009b).

y policías intervinientes, resaltando la falta de información de las diversas mujeres que sufrieron hechos de violencia por parte del mismo perpetrador, indicando el resultante déficit de acceso a la justicia:¹³

... en ninguna de las tres causas reseñadas, las mujeres que habrían sido víctimas de violencia fueron informadas de los derechos y facultades que tenían y que podían ejercer en cada uno de los procesos penales por ellas iniciados. Con el consiguiente detrimento que esto tiene para el ejercicio de ese derecho bisagra que es el Acceso a la Justicia. A esta desinformación ha de añadirse la desprotección resultante de ese proceder, ya que tampoco fueron anoticiadas de sus derechos a la protección física y moral e, incluso familiar, a que podrían haber accedido de haberlo sabido... No comparto el criterio investigativo y probatorio seguido por el señor Fiscal Correccional: que la denunciante no hubiera concurrido al Médico Policial (presumiblemente por terror al agresor, por sentirse desprotegida, por descreer de los mecanismos judiciales, etcétera), no era una razón válida para no acusar a Casado por las lesiones que le habría producido... Entiendo que el criterio investigativo y probatorio aquí adoptado por el señor Fiscal no es compatible con deberes fijados en la Convención de *Belem Do Pará* para proteger, de forma consistente, derechos humanos de mujeres que habrían sido víctimas de violencia.

Si las mujeres desconocen la existencia de normas vigentes destinadas a protegerlas de situaciones que las afectan particularmente y que ellas mismas identifican como de fundamental importancia,¹⁴ habrá pocas posibilidades de que conozcan los medios para hacer efectivos esos derechos.

Aunque la principal responsabilidad recaiga en los poderes ejecutivos (de nivel nacional, provincial y municipal), también los operadores de justicia tienen un rol importante que cumplir en ese sentido. En esa dirección, las recientes recomendaciones del Comité de la CEDAW al estado argentino se refieren en particular a las obligaciones del poder judicial como garantes del acceso a la justicia para velar por los derechos de las mujeres.¹⁵

Corresponderá en adelante monitorear los avances hacia el cumplimiento de estas recomendaciones, en particular luego de la reciente sanción de la reglamentación de la nueva ley de protección integral de violencia contra las mujeres que incluye también previsiones para la producción de información estadística (de fuentes administrativas y judiciales), insumo indispensable para diseñar, implementar y monitorear las políticas públicas.

13 Caso Fiscal c/ Casado Eduardo p/ Coacción, resuelto por la Primera Cámara Del Crimen, Sala Unipersonal N° 2, 2° Circunscripción Judicial, San Rafael, Mendoza. Disponible en <http://www.advserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUES TRA&codcontenido=275&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>. Visitado el 30.08.2010.

14 En la encuesta referida anteriormente, casi el 100% de las mujeres respondió que la violencia familiar es un fenómeno muy frecuente o frecuente. De un modo coincidente, datos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal indican que del total de denuncias por violencia familiar sólo en la ciudad de Buenos Aires, en seis de cada diez casos, las víctimas eran mujeres (ELA, 2009).

15 Párrafo 16 de las Recomendaciones Finales emitidas con fecha 30 de julio de 2010, disponibles en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-ARG-CO-6.pdf>. Visitado el 30.08.2010.

3. LAS LEYES SOBRE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN EL ÁMBITO DE SUS RELACIONES INTERPERSONALES

En el mes de marzo de 2009 se aprobó en Argentina la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Esta ley fue reglamentada 16 meses más tarde, con la sanción del Decreto 1011/2010. Esta ley, que no deroga las leyes vigentes en la ciudad de Buenos Aires y las provincias en materia de violencia familiar,¹⁶ viene a proporcionar un marco de acción más amplio para ordenar las intervenciones del estado nacional en materia de todas las formas de violencia contra las mujeres.

Al tiempo que ciertos comentaristas se refieren a esta ley como una tercera generación de normas¹⁷, se reabren debates conceptuales recurrentes cuando se trata de analizar la legislación sobre violencia contra las mujeres.¹⁸ En los próximos párrafos analizaremos, en primer lugar, la conceptualización de esta violencia ya sea como delito (que requiere por lo tanto de la intervención del poder punitivo del Estado por medio de la sanción penal) o como conflicto social que exige, además, otras intervenciones. En segundo lugar, se debate la definición de la “violencia de género” en contraposición al concepto de “violencia familiar”, que puede afectar a distintos integrantes de una unidad familiar.

Las experiencias de la última década indican que la violencia que sufren las mujeres en el ámbito de las relaciones interpersonales es de gran complejidad y no se resuelve exclusivamente con leyes ni con atención psicológica, sino que requiere de una política global que, sin dejar de prestar la asistencia a quienes denuncian hechos de violencia, haga efectiva una política social activa que sostenga a las mujeres en su decisión de llevar adelante una denuncia ante el sistema de justicia. Ésta parece ser, todavía, la gran asignatura pendiente.

3.1. La ley penal en el tratamiento de la violencia: tensiones entre el delito y el conflicto

No hay dudas de que diversos aspectos conviven en una problemática de esta complejidad. En los casos en que el agresor inflige lesiones (u otras formas de violencia definidas como delitos en las normas penales) resultan plenamente aplicables los tipos delictivos específicos contemplados

16 En estas reflexiones, las referencias al ámbito familiar se consideran equivalentes al ámbito de las relaciones interpersonales. El concepto de familia no se restringe a las unidades domésticas o a los vínculos de parentesco, sino que incluyen otras formas de relaciones sentimentales (noviazgos, concubinatos, situaciones de convivencia presentes o pasadas).

17 Se refieren en general a la norma aprobada en Argentina como parte de una nueva tendencia legislativa en América Latina. Acompañando las sancionadas en México, Colombia y Venezuela, se trata de leyes moldeadas en mayor o menor medida en la experiencia española que tiene una aproximación integral a la problemática de la violencia, no exclusivamente concentrada en la violencia en las relaciones familiares sino comprensivas de la violencia en el ámbito del empleo y la salud, entre otros aspectos.

18 Se sigue aquí lo desarrollado en ELA (2009a: 298-310).

en el Código Penal. En ese caso, el Estado tiene la responsabilidad de perseguir penalmente al agresor con la misma seriedad y recursos con que se persiguen todos los delitos, cuidando de no revictimizar a la persona agredida en el curso del proceso.

Sin embargo, no son pocas las dificultades que enfrentan las mujeres que recurren al sistema penal como única alternativa para denunciar hechos de violencia de distinta magnitud. Es imprescindible contar con investigaciones empíricas rigurosas para evaluar las políticas establecidas en aquellos países que han optado por tipificar la violencia familiar como delito e incorporarla al Código Penal, como principal estrategia para prevenir y erradicarla. Como afirma Elena Larrauri (1994), reconocer una situación como problemática no equivale a sostener que el derecho penal sea la mejor forma de solucionarla.

Una investigación realizada en Argentina da cuenta del acelerado trámite y posterior archivo que reciben las denuncias de las mujeres por casos de violencia: el estudio señala que los casos de violencia extrema fueron precedidos por episodios menores que la justicia penal desatendió.¹⁹ Sería fundamental conocer con mayor amplitud las dificultades que enfrentan las mujeres que denuncian hechos de violencia ante las fiscalías y juzgados penales, así como el tiempo que transcurre entre el hecho, la denuncia y las medidas dispuestas por el sistema de justicia.

Con el impulso que trajo la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) creada en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se revitalizó el envío de denuncias al ámbito penal cuando a juicio de las y los profesionales intervinientes hay elementos para creer que se han configurado delitos.²⁰ Será importante revisar, entonces, en qué medida el derecho penal se encuentra en condiciones de atender esa demanda creciente de hechos de violencia, con qué medios cuentan para investigarlos, producir la prueba necesaria, y responder en forma articulada con políticas públicas frente a las necesidades que los casos plantean.

Una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional²¹ da cuenta del caso de una mujer que denuncia a su marido por lesiones, alegando que ha sido víctima de violencia familiar junto con sus hijas durante más de una década. En primera instancia, el juez dispone el sobreseimiento argumentando que los hechos no fueron probados y que la conducta es atípica, considerando que las frases proferidas por el imputa-

19 Esta investigación debiera actualizarse a partir de la incorporación del fuero contravencional de la ciudad de Buenos Aires, con competencia para investigar algunas conductas tales como hostigamiento. La investigación de la Asociación de Mujeres Juezas de la Argentina "El tratamiento de la violencia doméstica en la justicia ordinaria de la Capital Federal".

20 La información estadística que releva la OVD indica que hay una importante cantidad de denuncias que son remitidas a la justicia penal. Véase el sitio de la OVD en http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons_temaovd.jsp?temaID=K186. Consultado el 30.08.2010.

21 Se trata del caso S.B., I.E. s/lesiones leves, resuelto el 21.05.2009 en 2009. Disponible en <http://www.advserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=83&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=3>. Visitado el 30.08.2010.

do lo fueron en el marco de un altercado o discusión. La Cámara de Apelaciones revocó el fallo por entender que debe analizarse toda la situación de violencia en que se enmarca el hecho, incluso las denuncias previas de violencia formuladas. En el pronunciamiento se destaca que, si bien la justicia penal debe ser considerada como “última ratio”, eso no implica que no tenga el deber de investigar prudentemente los delitos cometidos en un marco de violencia familiar:

Por último, cabe recordar que si bien es cierto que el derecho penal, en tanto expresión del poder punitivo del estado, debe ser la última herramienta para intentar poner fin a los conflictos; y que los hechos producidos en un contexto de violencia doméstica o de género merecen un abordaje multidisciplinario, ello no permite evadir el deber de la justicia penal de investigar los delitos que lleguen a su conocimiento. Antes bien, los hechos ilícitos que pudieran producirse en el marco apuntado, merecen de los jueces la máxima prudencia tanto en su investigación -de modo de evitar o minimizar la revictimización-, como así también al momento de evaluar la prueba producida.

La complejidad que significan los casos de violencia familiar y la necesidad de una respuesta multidisciplinaria, también incluye a la justicia penal en los casos de su competencia.

Estos son, precisamente, los lineamientos que emanan de, entre muchas otras, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la ley de protección integral a las mujeres, la ley de protección contra la violencia familiar y de las acordadas 33/04 y 39/06 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si el caso llega a la justicia penal, el sistema de justicia tendrá la obligación de investigar prudentemente los hechos que se presentan, antes de resolver el sobreseimiento del acusado o el archivo de la causa. Sin embargo, el interrogante pendiente para quienes formulan las políticas públicas es cuál es el rol del derecho penal en los contextos de violencia intrafamiliar y en qué medida esa respuesta requiere necesariamente de la articulación con otras estrategias.

Pitch (2003) señala que la denuncia de la violencia en el ámbito penal es inadecuada porque la mayoría de los procesos por malos tratos familiares acaban en absoluciones o condenas muy leves y, en particular, terminan mucho tiempo después de presentada la denuncia cuando la situación –de una forma o de otra– se ha modificado. Si aumentar la pena prevista resulta ser una medida bastante discutible para prevenir la violencia sexual, aún más discutible resulta en el caso específico de la violencia intrafamiliar, que en muchas ocasiones no se presenta como un acontecimiento único y concreto, incluso en los casos más extremos, que finalizan en un trágico homicidio de la mujer o de los hijos o de ambos. Para estos casos, la justicia penal es lenta y más bien ineficaz.

El poder penal –tanto en su definición como en su ejercicio práctico- representa a manos del Estado el medio más poderoso para el control social.²² Con la intervención de la justicia penal, el Estado se apropia del conflicto y la víctima pierde todo lugar en el proceso, ya que no es ella sino el Estado, la parte principalmente ofendida. Es el Estado, entonces, quien representa los intereses de la víctima.

En esa intervención del Estado cobra central relevancia la seriedad con que el derecho asume la problemática. En un caso revisado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal²³ se ponen en evidencia los prejuicios con que algunos operadores de justicia analizan los casos de violencia entre parejas. El fallo de Cámara revoca la sentencia del juez de primera instancia que sobreesayó al imputado en un caso en que una mujer, víctima de violencia física y sexual, denuncia a su pareja por estos hechos. El juez de primera instancia, pese a los informes elaborados por la OVD y las declaraciones de los testigos, sobreesayó al imputando. En su sentencia, la Cámara señala que el juez de primera instancia

... no entiende por qué H.S.P. no ha denunciado anteriormente los sucesos que hace años dijo padecer, sugiriendo que su imputación estaría vinculada con la infidelidad de su marido, y aún más, ha hecho disquisiciones acerca de la fertilidad de cada uno de los cónyuges eludiendo, de tal modo, la responsabilidad estatal de investigar las lesiones denunciadas que habrían provocado la pérdida de dos embarazos.

La Cámara revocó la decisión argumentando que ese razonamiento se funda

... en supuestos que revictimizan a la damnificada y devuelven un mensaje de culpabilización por los hechos que ha denunciado vivir. Ha desconocido la bibliografía actualizada, que hacen referencia a las dificultades de las mujeres víctimas de violencia para denunciar los hechos que las afectan, así como también los fundamentos y objetivos de las políticas públicas que desde el servicio de justicia se vienen desarrollando desde hace algunos años, a fin de garantizar asistencia eficaz y oportuna.

Es indudable que hay una cierta atracción que ejerce el potencial simbólico del derecho penal, es decir, una percepción de que el derecho penal puede resolver problemas sociales. Pero el derecho penal no es eficaz como única respuesta institucional en los casos de violencia en el ámbito de las relaciones interpersonales, porque es evidente que es muy difícil reducirla a un “acontecimiento” puntual con dos protagonistas bien definidos en sus papeles de culpable y víctima. El optar por la vía penal como excluyente no satisface tampoco las exigencias de quienes denuncian, que reclaman un resarcimiento de tipo simbólico, pero también requieren soluciones de tipo

²² Zaffaroni (2000).

²³ A., A. M. s/lesiones, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal, resuelto el 25/06/2009. Disponible en <http://www.advserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=556&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8&cnl3=2>. Visitado el 30.08.2010.

“práctico”: acceder a recursos psicológicos y económicos para poder separarse de la pareja agresora, conseguir una vida propia y a veces defender a los hijos y a sí mismas de una violencia que continúa incluso después de la separación –y que en la mayoría de los casos no acaba pese a las denuncias, las actuaciones de la fuerza pública y la intimidación judicial. Como contrapartida, la dificultad misma de afrontar las cuestiones derivadas de la violencia revela la escasa eficacia de los instrumentos de tutela de los individuos en las relaciones familiares cuando se trata de personas adultas y en pleno uso de sus capacidades.

El derecho –y en particular el derecho penal- se enfrenta así a una tensión entre el respeto por la autonomía de las mujeres (el respeto por su palabra, por sus intereses) y la protección de su bienestar y su integridad personal. A riesgo de convalidar la expropiación del conflicto por parte de la maquinaria del derecho penal, lo cierto es que la particular vulneración de la personalidad de las mujeres presente en algunas relaciones violentas, requieren de la intervención de la justicia y la protección de las normas, aún en contra de la voluntad de las propias mujeres.

En un caso resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba,²⁴ se declaró al imputado responsable del delito de lesiones graves calificadas y se le impuso la pena de 5 años de prisión. Se tuvo por probado que el condenado propinó a su pareja golpes de tal entidad que le causó incluso el desprendimiento de retina. En el proceso se valoró el testimonio de los padres, vecinos y médico de la víctima, ya que la mujer, pese a haberlo denunciado en oportunidades anteriores, luego desmintió los hechos.

Si bien la damnificada realizó estas declaraciones negando estas situaciones a la que era sometida (negó haber sido golpeada en alguna oportunidad e incluso negó haber hecho denuncias en contra de su esposo por lesiones) el Tribunal, luego de valorar minuciosamente todos los testimonios recibidos y la prueba documental e instrumental que obra en autos tuvo por acreditados los dichos de la denunciante R., desvirtuando así el testimonio de la damnificada y arribando a la conclusión de que ésta actitud asumida por [la damnificada], que la llevó a negar todo lo que sucedía, se debe a que la misma ha sido fuertemente sometida por la personalidad del acusado, tanto física como psíquicamente a través de discusiones, actitudes violentas y fundamentalmente a través de golpes propinados por éste. A más de ello, el sentenciante pudo advertir en la víctima esta actitud sumisa y temerosa ... Sumado a ello, el Tribunal entendió que estas conclusiones también se encuentran refrendadas por los dichos de Dr. J de B, oftalmólogo, quien al finalizar su declaración durante la audiencia de debate, refirió que por su experiencia médica, las mujeres golpeadas, tienden muchas veces por vergüenza o por querer recuperar a sus maridos negar la existencia de que son golpeadas y porque además la mujer golpeada adopta una personalidad de sumisión que la lleva luego a negar las cosas que le ocurren, agregando que los hombres le cambian la personalidad.

²⁴ García, Mercedes Omar p.s.a. lesiones graves calificadas, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, resuelto el 9.3.2009.

El Tribunal confirmó la sentencia de la instancia inferior aún a pesar de la desmentida de los hechos por parte de la víctima, ya que consideró que habiendo sido fuertemente sometida por la personalidad del acusado, tanto física como psíquicamente a través de discusiones y actitudes violentas, eran suficientes las pruebas aportadas por los diferentes testigos.

El problema de las pruebas en los casos de violencia en relaciones interpersonales es habitualmente tratado por los tribunales de justicia. La valoración que se hace de la palabra de las mujeres cobra central relevancia, en ausencia de otros medios de prueba difíciles de lograr en este tipo de delitos. Un caso de la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca señala la cuestión en estos términos, al sostener que no cabe duda de la veracidad del relato de la víctima:²⁵

... porque no existía razón alguna para que J.B.R. intentara tan grave acusación y fuera promotora de una denuncia penal, siendo que quería y le daba un trato familiar al imputado y menos aún, si no existió relación sexual de la que después pudiera arrepentirse.

La defensa cuestiona la credibilidad de la víctima, amparándose en el informe psicológico, sobre el que el tribunal sostiene que, si bien es cierto que dicho instrumento no estableció concluyentemente si el relato es veraz, el estado de tensión es compatible con el trauma y que

... si bien puede aportar elementos, no es función del psicólogo suplir la actividad del juzgador en la determinación de la existencia o no del hecho, tampoco sus informes resultan de carácter vinculante cuando, como en el caso, el material valorado en un contexto fáctico comprobado, mediante el sistema de las libres convicciones, llevan a una conclusión afirmativa sobre el evento criminoso.

De un modo similar, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán confirma la sentencia que condena a un imputado a seis años de prisión, por ser autor penalmente responsable del delito de abuso sexual en perjuicio de su hija adolescente.²⁶ Tras sucesivos recursos, la Corte expresa que la decisión fue fundada, y lo destacable del fallo es la valoración que hace de la declaración de la víctima:

Esta prueba adquiere particular relevancia en esta clase de delitos, donde no se puede pretender una pluralidad de testigos ni pruebas gráficas o documentales, toda vez que en la mayoría de los casos se trata de acciones cometidas al amparo de una situación de soledad de los protagonistas, de imposición de poder del más fuerte sobre el más débil, con complejas interrelaciones, difíciles de reconstruir históricamente.

25 Garay Roberto Carlos p.s.a. abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal en concurso real, Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, del 29.05.2009. Disponible en <http://www.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=227&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>. Visitado el 30.08.2010.

26 Se trata del caso Oscar Raúl Barros s/abuso sexual, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, 10.03. 2009. Disponible en <http://www.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=201&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>. Visitado el 30.08.2010.

Pero la violencia que viven las mujeres asume muchas veces otras formas más sutiles, aunque no menos dañinas, como la violencia psicológica y moral (Hirigoyen, 2003) que no logra ser captada por el derecho penal. Sin embargo, la falta de estadísticas generales impide determinar qué prevalencia tiene una y otra forma de violencia entre las mujeres en Argentina.²⁷

Mas allá de la inexcusable aplicación de las normas penales para los hechos que configuran delitos (como las lesiones graves, el homicidio o su tentativa), en tanto la violencia es un conflicto familiar y social se requieren además formas familiares y sociales de resolución. En ese entendimiento, las leyes de violencia familiar vigentes a nivel nacional y en las provincias de Argentina, definieron a la justicia civil (y en varias jurisdicciones la justicia de familia) como el ámbito judicial compatible con la concepción de la violencia como conflicto social.²⁸

La justicia civil resuelve casos en los que se identifican relaciones marcadas por vínculos de violencia, que no necesariamente llegan a tomar características de violencia física. En esa línea, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil²⁹ da cuenta de un caso en el que un hombre solicita el divorcio por la causal de “abandono voluntario y malicioso” del hogar conyugal. La mujer reconviene la demanda por haber hecho abandono debido al trato despectivo del que era víctima habitual. El tribunal de primera instancia desestima el planteo del actor y da por probada la violencia física y psicológica contra la mujer. Esta decisión fue luego confirmada por la Cámara de Apelaciones argumentando que

... se advierte en autos más que hechos altisonantes o rimbombantes, un desarrollo constante de una conducta de menoscabo y desprecio de parte del Sr. K. hacia su esposa, y como tal conforma la causal de injurias graves.

La justicia civil de familia no sólo puede dar cuenta de situaciones de violencia que no configuran delitos penales, sino que además (aún en estos casos) se encuentra en posición de poner un límite al agresor y resolver, además, temas como la tenencia de los niños, la asignación de alimentos, la comunicación entre los padres y las cuestiones económicas derivadas del vínculo entre la mujer y el golpeador, así como la asignación de la casa familiar.

27 Varios estudios han señalado la importancia de contar con información estadística de alcance nacional y en la misma dirección se han pronunciado el Comité de la CEDAW (en sus recomendaciones particulares a varios estados de la región) y el Mecanismo de Seguimiento de la Convención contra la Violencia en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (MESECVI).

28 Véase ELA (2009) para una descripción de las normas de violencia familiar vigentes en distintas provincias del país.

29 Se trata del caso K. L. c/ G. M. s/ divorcio, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, resuelto el 11.12.2009. Disponible en <http://www.advaserver.com/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=563&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8>. Visitado el 30.08.2010.

3.2. ¿Violencia familiar o violencia de género?

Otra de las cuestiones centrales a debatir es la conceptualización de la violencia hacia las mujeres como violencia de género o su incorporación en el contexto de la violencia familiar.

Una corriente importante del movimiento feminista plantea la necesidad de una ley de violencia de género. Éste fue el caso de la ley sancionada en España llamada Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género que tipificó la violencia como delito y colocó nuevamente en el debate esta dicotomía entre violencia familiar o violencia de género, justicia de familia o sistema penal.³⁰ Esta situación se presentó en Argentina con la aprobación de la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, que no incluye a los niños y otras personas vulnerables de sexo masculino entre los sujetos protegidos.³¹

Desde la criminología crítica, Larrauri (2007) aporta elementos que enriquecen el debate: en su opinión se ha pasado de una explicación que atribuía las causas del maltrato a un hombre enfermo a otra que afirma como causa única o fundamental de la violencia, la situación de desigualdad, subordinación o discriminación de la mujer. Éste último discurso- al que llama “oficial”- es el que se incorporó a la ley de Protección Integral, aparece dominante en España y está trascendiendo a otros países de América Latina.

Larrauri (2007) señala tres características del discurso feminista “oficial”: por un lado, simplifica excesivamente la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja al presentar este delito como algo que sucede “por el hecho de ser mujer”, como si la subordinación de la mujer en la sociedad fuese causa suficiente para explicar dicha violencia. En segundo lugar, considera que razona en ocasiones de forma excesivamente determinista como si la desigualdad de género, a la que se atribuye el carácter de causa fundamental, tuviera capacidad de alterar por sí sola los índices de victimización de las mujeres, ignorando otras desigualdades. Finalmente, esta posición confía y atribuye al derecho penal la tarea de alterar esta desigualdad estructural a la que se ve como responsable principal de la victimización de las mujeres. En opinión de Larrauri, entonces, se ha pasado de ignorar la variable género a pretender que ésta explique la complejidad que la violencia entraña. La presunción es que en situaciones de igualdad de género la violencia contra las mujeres disminuirá. La idea que subyace en esta concepción es que la igualdad permitirá disminuir la violencia y una sociedad más igualitaria se logrará reestructurando las relaciones de género, teniendo las mujeres más poder, mayor autonomía y protagonismo para decidir.

30 Cabe recordar que España, desde la transición democrática, optó por tipificar la violencia como delito y esta elección no parece haber dado resultados positivos.

31 La Ley 26.485 aprobada en el año 2009 se propone brindar un acercamiento integral al problema de la violencia y aunque incluye algunas referencias a los niños, no lo hace de modo integral en todos sus artículos. A diferencia de la Ley Orgánica vigente en España, esta norma no avanza en la tipificación de delitos específicos de violencia intrafamiliar ni agrava las penas en circunstancias particulares, como es el caso de España.

La tercera característica de la perspectiva de género tiende a analizar la violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres como algo distinto del resto de los comportamientos violentos. Interpretan la violencia contra la mujer en tanto pareja como distinta, incluso de la violencia dirigida a otras mujeres de la familia.

El último rasgo de esta concepción es atribuir una función central al derecho; en particular el derecho penal al que se considera un instrumento adecuado en la estrategia de proteger, aumentar la igualdad y dotar de mayor poder a las mujeres.

El discurso de género ha simplificado la explicación de un problema social, como es la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja, al presentar la desigualdad de género como la causa única o más relevante de este problema. Como señala Larrauri:

Es importante destacar cómo el uso del valor igualdad por parte del discurso de género y su concepción determinista, recuerdan curiosamente los orígenes de la criminología crítica. Igual que la criminología crítica en su etapa inicial entendía que la pobreza era la causa última de toda la delincuencia, para la perspectiva de género lo es la estructura patriarcal de la sociedad. La primera, tuvo dificultades en explicar por qué todos los pobres no delinquen, la segunda por qué no todas las mujeres son víctimas de violencia.³²

La posición de subordinación y discriminación de las mujeres en la sociedad puede explicar algunas cuestiones, pero no todas; no nos explica por qué no todas las mujeres tienen los mismos riesgos de ser víctimas o por qué es un comportamiento realizado sólo por un grupo minoritario de varones, o por qué ser mujer es un riesgo exclusivamente en las relaciones íntimas.

No hay dudas de que la subordinación de las mujeres influye efectivamente en su victimización, pero no es posible intentar explicar un problema complejo con una única variable: la desigualdad de géneros. Esta variable funciona a veces como factor de riesgo, pero en otros casos se deben agregar otros factores de vulnerabilidad. La incorporación del género al análisis no puede implicar ignorar el resto de los factores que tienen incidencia en las relaciones de pareja.

La situación de desigualdad, entonces, puede incidir de diversos modos en los delitos que se cometen contra las mujeres y especialmente en las situaciones de violencia familiar, pero no se trata de una relación causal determinista que pueda afirmar que la desigualdad es el único factor, y que a mayor igualdad podrían darse menores tasas de violencia contra las mujeres.

Larrauri trata de desentrañar lo que ella llama “un mito” alrededor de este tema y es que la violencia contra la mujer “no conoce clases sociales “. Al

³² Larrauri (2007:23).

ser el género, sostiene, el único factor de riesgo considerado, toda mujer puede ser víctima “con independencia de su clase social, edad o etnia”. Sin embargo, esta afirmación para la autora es errónea³³. Basa su afirmación en estudios criminológicos que señalan la incidencia de diversos factores de riesgo, por lo cual sería sorprendente, dice, que ser mujer fuera el único riesgo. El eslogan de que “toda mujer puede ser víctima” expresa sólo una parte de verdad, pues toda mujer puede ser víctima, pero no toda mujer tiene el mismo riesgo de ser víctima de violencia doméstica. Sobre la base de los estudios de Sokoloff y Dupont (2005) Larrauri sostiene que la mayor probabilidad de ser víctimas de estos comportamientos se produce en las mujeres pobres, o en diversas situaciones de exclusión social o pertenencia a minorías étnicas.

En Argentina, la ausencia de estadísticas y de investigaciones de alcance nacional sobre el tema nos hace repetir un eslogan que no tiene corroboración empírica: que la violencia atraviesa todas las clases sociales³⁴ y que existe una violencia oculta contra las mujeres que no se denuncia. Sin embargo, la generalización oscurece el hecho de que aunque el porcentaje de agresores pudiera ser el mismo, la frecuencia de los actos no lo es y el impacto sobre las mujeres también es diferente.

Un estudio reciente realizado en Argentina, Brasil y Colombia revela la íntima conexión entre el acceso a la vivienda por parte de mujeres maltratadas y sus posibilidades efectivas de escapar de sus agresores.³⁵

De las experiencias de las mujeres entrevistadas... surge claramente lo importante que es para ellas saber a dónde pueden ir cuando deciden romper el círculo de la violencia doméstica. Este problema afecta especialmente a mujeres pobres que viven en barrios informales que carecen de medios económicos independientes, y que simplemente no tienen ningún lugar donde puedan encontrar seguridad. De hecho, para las víctimas de la violencia doméstica, la vivienda no es un asunto periférico, ni una cuestión que se puede posponer para resolución en el futuro. Al contrario: la falta de una solución para esa situación puede ser determinante para decidir continuar en una relación violenta o no. Para muchas mujeres, solo cuando están frente a una enorme crisis o frente a violencia extrema, con riesgo de vida, hace que salgan de los lugares que habitan sin ninguna alternativa presente. La situación actual, en donde las mujeres tienen que elegir entre una vida en la calle, o una vida con un maltratador violento, es completamente inaceptable e intolerable. Es una situación que va en contra de las normas internacionales de derechos humanos, y que debe ser abordado y corregido por los gobiernos como una cuestión prioritaria.

33 Larrauri (2007: 33).

34 Esto parecen indicar las estadísticas relevadas por la OVD, que se limitan a documentar las personas (mujeres y varones) que realizan consultas y/o formulan denuncias ante la OVD, que funciona exclusivamente en la ciudad de Buenos Aires. No hay estadísticas similares para otras jurisdicciones del país, y tampoco hay encuestas generales que pudieran captar los casos de violencia no denunciados ante los poderes públicos.

35 Un lugar en el mundo: El derecho a una vivienda adecuada como elemento esencial de una vida libre de violencia doméstica. Los casos de Argentina, Brasil y Colombia. Disponible en <http://www.cohre.org/store/attachments/100715%20Un%20lugar%20en%20el%20mundo%20Final.pdf>. Visitado el 30.08.2010.

Una estrategia adecuada plantea Larrauri es “deconstruir” lo que la “realidad” aparentemente muestra. Si las estadísticas e investigaciones indican que la violencia doméstica se presenta más frecuentemente entre la población pobre o en situación de exclusión social, sugiere tomar este indicador como un grito de alerta de la situación en que se encuentra este grupo social plagado de problemas. Además, esto permitirá que las campañas de prevención se articulen y dirijan en forma correcta: las campañas no pueden ser iguales para toda la población porque los problemas que enfrentan son distintos.

4. MÁS ALLÁ DEL TEXTO DE LA LEY: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

Como el derecho resulta algo más complejo que la ley, ésta necesita del contexto de una política pública de prevención de la violencia en las relaciones interpersonales para contribuir a su eficacia. Ésta es una deuda pendiente. La violencia contra las mujeres no es aún un tema prioritario de la agenda pública. A pesar de avances e iniciativas destacables, los organismos de la mujer carecen de recursos humanos y económicos suficientes para llevar adelante políticas concretas y sólo existen acciones aisladas sin los suficientes niveles de articulación a nivel local y nacional.

El acceso a la justicia es un elemento clave en la estrategia de erradicar la violencia contra las mujeres. Es bien conocida la diferencia entre proclamar derechos – a la igualdad, a una vida libre de violencia, al respeto por la integridad física, psíquica y moral- y satisfacerlos efectivamente. La dificultad para el acceso a la justicia constituye sin duda la mayor discriminación que enfrentan no sólo las mujeres, sino los sectores más desfavorecidos de la sociedad que se ven imposibilitados de ejercer y exigir el cumplimiento de los derechos más básicos que les reconocen las leyes, las constituciones y las convenciones internacionales.

Con la vigencia de normas de violencia contra las mujeres en distintas jurisdicciones nacionales y locales, resulta indispensable indagar acerca del uso que se les ha dado. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la presentación de denuncias sólo se refiere a los casos en los que las personas involucradas han logrado vencer los obstáculos materiales y subjetivos que les impiden reclamar el uso de las herramientas legales para acceder a las medidas que contemplan las normas vigentes. La presentación de la denuncia por sí sola, no garantiza que la persona involucrada haya podido sostener el proceso hasta alcanzar un resultado deseado.

Con el objetivo de trascender la mera sanción de la norma como hecho relevante para la protección de las mujeres víctimas de violencia familiar y teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, es imprescindible reflexionar acerca de las dificultades que las mujeres enfrentan para recurrir a las herramientas legales. Aunque la protección que puede brindar la ley sea sólo una parte de los recursos nece-

sarios para superar el problema de violencia, la formulación de la denuncia sosteniendo el proceso judicial constituirá un avance significativo tendiente a la resolución del tema.

Una investigación realizada en Argentina en 2006 sobre las opiniones de expertas y expertos y mujeres víctimas de violencia, señala obstáculos adicionales que deberían tenerse en cuenta a la hora de informar las políticas públicas de prevención y erradicación de la violencia familiar.³⁶

En primer lugar, es fundamental la generalización del conocimiento entre profesionales vinculados al tema acerca de las características de los vínculos violentos, así como de los lugares que prestan ayuda durante el proceso. Las instituciones públicas que las mujeres frecuentan o a las que recurren ante una crisis de violencia (centros de salud, comisarías, delegaciones municipales) deben contar con información precisa, confiable y adecuada para orientar a las mujeres hacia los recursos legales que mejor las ayudarán a satisfacer sus necesidades, ya que muchas veces aun ante la ausencia de lesiones, se sugiere la denuncia policial (que, en el mejor de los casos, deriva en una causa penal que quedará impune) en lugar de dirigirlas hacia los juzgados de familia. Por otra parte es imprescindible llevar adelante campañas de prevención en todos los niveles, particularmente en las primeras relaciones amorosas desde la infancia y la pubertad, cuestionando los preconceptos y costumbres que favorecen el sometimiento y la denigración. Por su parte, las campañas públicas deben promover el entendimiento del maltrato de cualquier índole en la pareja como motivo para pedir ayuda, de modo de favorecer el inicio de la conciencia del problema y de la formación de la red de apoyo necesaria. La optimización del funcionamiento de los circuitos de ayuda incluyendo refugios y subsidios para mujeres o familias que quedarían sin techo o alimentos, también resulta importante y en ocasiones indispensables.

La denuncia judicial de violencia debe formalizarse en las mejores condiciones, cuando las mujeres cuentan con una red para sostenerla y afrontarla: es la culminación de un proceso previo sin el cual la víctima se encuentra sola, desarmada y expuesta.

La Ley 26.458 de de Protección Integral contra la violencia parece contener algunas iniciativas en orden a avanzar en el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia. Entre los objetivos de la ley se enuncia el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia (artículo 2, inciso f), en particular garantizando el “acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley” (artículo 3 inciso i). Más adelante, en relación al fortalecimiento técnico de las jurisdicciones (fundamental en la estructura federal del país) la ley avanza en asignar al Estado Nacional la obligación de

³⁶ ELA (2009b).

promover y fortalecer interinstitucionalmente a las distintas jurisdicciones para la creación e implementación de servicios integrales de asistencia a las mujeres que padecen violencia y a las personas que la ejercen, debiendo garantizar: ...
(c) Asistencia y patrocinio jurídico gratuito (artículo 10).

En materia de políticas públicas, el artículo 11 requiere a la Secretaría de Justicia (apartado 5.1., inciso a):

Promover políticas para facilitar el acceso de las mujeres a la Justicia mediante la puesta en marcha y el fortalecimiento de centros de información, asesoramiento jurídico y patrocinio jurídico gratuito.

Finalmente, también el artículo 16 refuerza la obligación de que los organismos del Estado garanticen a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados, “el derecho a la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado”.

A poco más de un mes de la reglamentación de la Ley de Protección Integral que refuerza los compromisos del estado en materia de acceso a la justicia, es imprescindible conocer la forma concreta en que se articularán las iniciativas nacionales, provinciales y locales de las diversas jurisdicciones del país para cumplir con estos compromisos así como los recursos con que cuentan para su implementación.³⁷

5. REFLEXIONES FINALES: APORTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA AGENDA PENDIENTE

El tema de la violencia, por su complejidad, requiere de una política global que, sin dejar de prestar asistencia a quienes denuncien y soliciten atención inmediata, realice estudios empíricos que permitan determinar los factores de riesgo, los grupos más vulnerables y las políticas específicas que

³⁷ Los interrogantes que plantea la ley no son completamente cubiertos por la reglamentación que, con relación a los artículos específicos de la ley, establece lo siguiente: “El acceso a la justicia ... obliga a ofrecer a las mujeres víctimas de violencia todos los recursos necesarios en todas las esferas de actuación del Estado Nacional, ya sean de orden administrativo o judicial o de otra índole que garanticen el efectivo ejercicio de sus derechos. El acceso a la justicia comprende el servicio de asistencia jurídica gratuita, las garantías del debido proceso, la adopción de medidas positivas para asegurar la exención de los costos del proceso y el acceso efectivo al recurso judicial” (reglamentación del Art. 2 inciso f); “El acceso a la justicia es gratuito independientemente de la condición económica de las mujeres, no siendo necesario alegar ni acreditar situación de pobreza” (reglamentación del Art. 3 inciso i); “El Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, y organismos equivalentes de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, celebrarán los convenios necesarios con sus respectivos Ministerios Públicos, asociaciones y Colegios de Abogados existentes en sus jurisdicciones, Facultades de Derecho de las distintas universidades públicas y/o privadas, y todo otro organismo público o no gubernamental, a efectos de garantizar el asesoramiento y el patrocinio jurídico gratuito a las mujeres víctimas de violencia” (reglamentación del Art. 16). Al parecer, y en ausencia de otras disposiciones más específicas, se buscará satisfacer la garantía de acceso a la justicia a través de los recursos ya existentes (universidades, asociaciones, colegios de abogados) con quienes se celebrarán convenios (art. 16). Pero no queda claro como se organizará el servicio de modo tal que estos actores (ajenos al estado nacional y asumiendo que fueran suficientes) puedan satisfacer la demanda sin diferenciar personas con o sin recursos, como se solventarán los costos asociados con algunos procedimientos (certificaciones, copias, notificaciones) si no hay referencias explícitas a algún sostén económico por parte del estado nacional. Pareciera que, cuando menos, debería comenzarse por un relevamiento para conocer la oferta de servicios existente y la demanda que actualmente cubren, para luego evaluar la mayor cantidad de servicios necesarios para satisfacer lo que se imagina como una demanda ampliada.

se requieren. Garantizar el acceso a la justicia no sólo brindando patrocinio jurídico gratuito sino también políticas sociales activas que sostengan a las mujeres durante el proceso judicial (tales como subsidios, preferencias para vivienda, capacitación laboral y servicios de cuidado para los hijos menores) es una condición necesaria de toda política pública de prevención y erradicación de la violencia familiar.

Una política pública que se proponga llevar adelante acciones para erradicar la violencia contra las mujeres deberá también contemplar una estrategia comunicacional que logre la condena social del agresor, condición indispensable para contribuir a la eficacia de las acciones que se desarrollen. La observación de los estándares establecidos por las convenciones internacionales y la sanción de normas locales que faciliten la operatividad de tales principios son fundamentales para brindar mecanismos efectivos contra la violencia.

En términos más generales, diversos elementos pueden aportar a la construcción de una agenda de trabajo que incluya estrategias para mejorar el acceso a la justicia de los grupos desaventajados, y en particular una preocupación por conocer y promover los derechos de las mujeres. A grandes rasgos, esta agenda puede agruparse en torno de acciones vinculadas con la generación de conocimiento sobre las necesidades particulares de usuarios y usuarias (actuales y potenciales) del servicio de justicia y acciones vinculadas con la estructura y las prácticas al interior del sistema de justicia.

En primer lugar, sería recomendable impulsar, realizar y difundir investigaciones empíricas que busquen determinar el déficit de acceso a la justicia: en qué medida los conflictos de contenido jurídico que enfrentan las personas pueden ser y son efectivamente resueltos por aplicación de los mecanismos institucionales (administrativos, judiciales) disponibles y qué circunstancias (económicas, sociales, simbólicas) atentan contra la resolución de los conflictos. Luego, es preciso documentar desde una perspectiva integradora con qué recursos jurídicos cuentan las personas para los fines de asegurar su acceso a la justicia: qué instituciones trabajan, si lo hacen de un modo articulado, de qué recursos disponen (tanto materiales como humanos), cuál es el alcance de los recursos que implementan (atención puntual de ciertas problemáticas o atención integral de los problemas jurídicos que atraviesa la persona).

La información es central: se requiere de datos, investigaciones y estudios exploratorios sobre el grado de eficacia de las leyes vigentes y de los servicios que se prestan. El conocimiento es fundamental para permitir el diseño de políticas públicas que, desde los distintos poderes del Estado, fomenten las acciones integradas de modo que articulen las respuestas fraccionadas que se dan desde diversas instituciones públicas.

En segundo lugar, pueden planificarse diversas acciones tendientes a mejorar los aspectos de infraestructura (ubicación, condiciones edilicias, espacios de espera, horarios de atención) y las prácticas del poder judicial

que dificultan el acceso a la justicia de las personas. Entre las prácticas respecto de las cuales sería interesante indagar, se encuentra el uso del lenguaje. En algunos países existe un grado importante de conciencia acerca de la importancia de promover el uso de un lenguaje claro y accesible, como forma de mejorar la comprensión de las obligaciones que se contraen. Así, se promueve la eliminación de tecnicismos, de formularios, trámites e información general que afecte la vida cotidiana de las personas.³⁸

Finalmente, es central fortalecer la concepción de un poder judicial independiente, como un poder del Estado respecto del cual rige también el derecho a la información pública para la ciudadanía. La publicidad de las resoluciones judiciales, de los criterios de interpretación de las normas por parte de distintas dependencias vinculadas con el servicio de justicia, las soluciones dialogadas a las que puedan arribarse a partir de formas novedosas de resolución de conflictos,³⁹ entre otros, son aspectos que deben ser públicos no solo en beneficio de la ciudadanía, sino también de un mejor servicio de justicia. En la medida en que los sistemas judiciales produzcan y publiquen los datos vinculados con el servicio de justicia que brindan, colaborarán también a la realización de investigaciones empíricas que permitan generar diagnósticos adecuados para la formulación e implementación de políticas públicas para mejorar el acceso a la justicia.

En la búsqueda de nuevas puertas para el acceso a la justicia y la materialización de los derechos, resulta imperioso rescatar la importancia de la articulación de esfuerzos entre los poderes públicos. La efectiva vigencia de los derechos de las personas, y en particular de los grupos desaventajados, es una responsabilidad del Estado en su conjunto.

La violencia contra las mujeres en el marco de sus relaciones intrafamiliares debe constituir un tema prioritario de la agenda pública y para ello se requieren políticas públicas a nivel nacional, provincial y local que formen parte de la programación social y constituyan un componente de la política de salud, de desarrollo social, de seguridad, de comunicación, tomando en cuenta las características específicas de cada grupo social y los factores de riesgo que enfrentan. Solo así, podríamos iniciar el camino hacia la prevención y erradicación de la violencia.

38 En Inglaterra existe una campaña a favor del *Plain English* impulsada por una organización no gubernamental desde fines de la década de 1970. Para mayor información sobre la campaña, sus alcances y logros, véase <http://www.plainenglish.co.uk>.

39 Sobre las alternativas en cuanto a los remedios judiciales en el marco de reformas estructurales a través de litigios de interés público, véase Bergallo (2005).

Bibliografía

Bergallo, Paola (2005) “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, SELA 2005.

Birgin Haydee y Natalia Gherardi (2008) “Violencia familiar: acceso a la justicia y obstáculos para denunciar”, en Elida Sanchez y María Luisa Femenías (compiladoras) *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*, Editorial de la Universidad de La Plata, Colección Campo Social, La Plata.

Birgin Haydée y Beatriz Kohen (compiladoras) (2005), *Acceso a la Justicia como Garantía de Igualdad*, Buenos Aires, Biblos.

Centro por el Derecho a la Vivienda y Contra los Desalojos (Centre on Housing Rights and Evictions – COHRE), *Un lugar en el mundo: El derecho a una vivienda adecuada como elemento esencial de una vida libre de violencia doméstica. Los casos de Argentina, Brasil y Colombia*. Disponible en <http://www.cohre.org/store/attachments/100715%20Un%20lugar%20en%20el%20mundo%20Final.pdf>

CEPAL (2007) *¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia*, LC/L.2808, Santiago de Chile.

CEPAL (2009) *¡Ni una más! Del dicho al hecho: ¿cuanto falta por recorrer?*, Santiago de Chile

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007) “Informe sobre acceso a la justicia para víctimas de violencia”, OEA/Ser.L/V/II.doc.68, 20 de enero.

ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (2009a), *Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina (2005-2008)*, Editorial Biblos, Buenos Aires.

ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (2009b), *Violencia Familiar: aportes para la discusión de políticas públicas*, Buenos Aires.

Fucito, Felipe (2003) *Sociología del Derecho*, Editorial Universidad, 2da edición.

Gherardi, Natalia (2005) “Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres?” en *Acceso a la Justicia como Garantía de Igualdad*, Buenos Aires, Biblos.

Hirigoyen, Marie-France (2003), *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Buenos Aires, Paidós.

Larrandart Lucila (1992) “Acceso a la Justicia y tutela de los derechos ciudadanos”, en *Sistema Penal Argentino*, ad-HOC, Buenos Aires.

Larrauri Elena (1994) *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*. .Siglo XXI de España Editores, S.A.

Larrauri, Elena (2007) *Criminología Crítica y Violencia de Género*. Taurus, Madrid.

Mill, John Stuart (2000), "El sometimiento de la mujer", en *Ensayos sobre la igualdad de los sexos*, John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill, Mínimo Tránsito, A. Machado Libros, Madrid.

Pitch, Tamar (2003) *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Editorial Trotta.

Sokoloff Natalie y DuPont, Ida (2005). *Domestic Violence at the Intersections of Race, Class, and Gender: Challenges and Contributions to Understanding Violence Against Marginalized Women in Diverse Communities*. *Violence Against Women*. 11(1):38-64

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000) "El discurso feminista y el poder punitivo" en Haydée Birgin (compiladora) *Las Trampas del Poder Punitivo. El género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Biblos.

LA JUSTICIA SALTEÑA Y LA INCLUSIÓN DE LAS MUJERES EN EL MERCADO LABORAL: EL CASO SISNERO

*Mariela Puga & Romina Otero*¹

1. INTRODUCCIÓN

El 18 de noviembre 2009, en la ciudad de Salta, el juez de la Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Dr. Mario D' Jallad dictó una resolución de gran trascendencia para el derecho de las mujeres en el mercado laboral argentino. En una ciudad en la que no existe una sola mujer chofer de colectivos, el juez de Cámara ordenó a todas las empresas del rubro reservar un cupo del 30% de su planta de choferes, para que sea ocupado por mujeres.

El caso reconoce como antecedente más claro a la causa "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/amparo" del año 2002, en la ciudad de Buenos Aires. En esa ocasión se trataba de una cadena de heladerías, Freddo S.A., la que tenía una política abierta y explícita de no contratar mujeres.² La resolución judicial condenó a Freddo a que en el futuro sólo contrate personal femenino hasta que se compense, en forma equitativa y razonable, la desigualdad producida.

La impronta de ambas decisiones es significativa en varios sentidos. Refleja una reacción decidida de la justicia argentina frente a las políticas de empleo privadas que discriminan a mujeres, al punto de excluirlas de ciertas actividades. Pero también ambas muestran la radical metamorfosis que se está operando en nuestro sistema jurídico procesal desde hace ya más de una década, sin la cual hubiera sido impensable este tipo de intervención y remedio judicial.

El fallo de Salta ha sido revocado por una lamentable resolución de la Corte de Justicia de Salta en junio de 2010,³ y a su vez, tal decisión, está siendo recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin un fallo firme a la fecha, en este trabajo intentaremos, no obstante, hilvanar algunas dimensiones de la impronta del caso y su impacto social. Comenzaremos

1 Mariela Puga es abogada y Master en Derecho de la Universidad de Columbia y de la Universidad de Palermo. Es además Profesora titular de la Cátedra de Derecho Público de la Universidad Católica de Córdoba, Adjunta de Derecho y Cambio Social de la Universidad de Palermo.

Romina Otero, es Licenciada en Historia de la Universidad Nacional de Córdoba. Recibió el Primer Premio del concurso Santiago H. del Castillo en investigación de Historia de la Municipalidad de Córdoba (2001), fue investigadora de la SECyT.

2 Freddo SA, una de las principales empresas dedicadas a la producción y venta de helados de la ciudad de Buenos Aires y sus alrededores, excluía sistemáticamente a las mujeres de sus convocatorias laborales para ciertas tareas. Es decir, ofertaban públicamente empleo y seleccionaban postulantes en base al sexo.

3 Los autos de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta se denominan "Sisnero Mirtha Graciela; Caliva Lía Verónica; Bustamante Sandra; Fundación Entre Mujeres c/ Tadelva S.R.L.; Ahynarca S.A.; Alto Molino S.R.L. y otros s/ amparo - recurso de apelación", y la resolución es del 8 de junio de 2010. Votaron en mayoría 6 de los 7 jueces, con la única disidencia del Dr. Guillermo Alberto Posadas. El argumento central de la mayoría es que "no surge de la prueba aportada que las empresas hayan limitado manifiestamente su convocatoria de personal...y tampoco se acreditó que, en igualdad de condiciones, se haya preferido a otro postulante por el hecho de ser hombre".

analizando elementos del contexto local que permitan evaluar la importancia inmediata de este tipo de decisiones, para luego comentar algunos de los elementos más significativos del caso de las colectiveras.

1.1. Importancia de la decisión judicial en el contexto salteño

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado entre las tendencias preocupantes del mercado de trabajo en el mundo que “mientras más pobre es la región, mayores son las posibilidades que las mujeres sean trabajadoras familiares auxiliares sin remuneración o trabajadoras por cuenta propia con bajos ingresos, y en una proporción más alta que la de los hombres” (OIT, 2007).

En Salta las estadísticas confirman esa tendencia. Por una parte, se trata de una de las provincias con mayor porcentaje de personas en situación de pobreza, en una de las regiones más pobres del país. Según mediciones extraoficiales, el índice de pobreza en Salta llegó hasta el 43,6% durante 2009.⁴ Por otro parte, la última encuesta permanente de hogares del INDEC⁵ señala que la tasa de actividad de las mujeres de la provincia es del 47,9% contra el 70,4% de los varones. Es decir que en un contexto de gran pobreza, sólo un 47,9 % de las mujeres salteñas mayores de 14 años están trabajando o buscando trabajo. Es de suponer, que una buena parte del resto de esas mujeres tiene como única actividad el cuidado del hogar. En cifras, el asunto resulta aún más significativo, en tanto el 54% de la población salteña es femenina, y sólo el 46% masculina.

El informe de la OIT citado, y otros estudios recientes, también hacen hincapié en la persistencia de la brecha salarial entre hombres y mujeres en todo el mundo.⁶ En la Argentina, esa brecha suele explicarse por lo que se conoce como territorios ocupacionales de géneros. Las remuneraciones son mayores en las actividades u oficios que se tienen como territorios masculinos (choferes de colectivo, por ejemplo), que en las típicamente femeninas (peluqueras, empleadas domésticas, enfermeras, etc.). También contribuye a la explicación de la brecha salarial la fuerte presencia femenina en el empleo no registrado y en el subempleo.⁷

4 Datos del Instituto Argentino para el Desarrollo de las Economías Regionales (IADER), citado por diario Crítica Digital del 04.08.2009, sección el país, “Le dio la razón a estudios privados. La provincia reconoció que la pobreza ronda el 30%”. <http://criticadigital.com/index.php?secc=nota&id=27523> (Última visita 14 de febrero de 2010).

Según las escalas del INDEC, la pobreza en Salta en ese período fue del 19,6% y la indigencia del 4,8%.

5 Informe del Segundo trimestre de 2009- Indicadores Demográficos y Socioeconómicos.

No podemos dejar de hacer notar aquí, lo sintomático del hecho de que el INDEC tenga en cuenta la distribución en términos de género dentro del hogar para valorar sus requerimientos al momento de calcular la línea de pobreza por hogares, pero que, sin embargo, no desagregue por género los porcentajes de pobreza (que surgen de comparar los ingresos del hogar con la línea de esa pobreza).

6 Hacia el 2006, la brecha salarial en Argentina entre varones y mujeres, expresada en términos del déficit de ingreso mensual promedio, era del 20% para el total de los asalariados. (Rojo Brizuela y Tumini, 2009).

7 “El análisis de la distribución por género del empleo al interior de las empresas mostró que los territorios ocupacionales de las mujeres son preponderantemente áreas de apoyo que presentan remuneraciones más bajas, menores requerimientos de calificación y también bajas posibilidades de desarrollo de las carreras laborales”. (Rojo Brizuela y Tumini, 2009).

Ahora bien, en Salta un chofer de corta distancia gana, a principios del 2010, 3.448,02 pesos mensuales, pudiendo ganar hasta 3.703 pesos con sumas no remunerativas.⁸ Es decir, se trata de un sueldo significativo en contexto, que dobla holgadamente el Salario Mínimo Vital y Móvil fijado para enero de 2010, y que casi triplica el mínimo fijado para el servicio doméstico.⁹

Así las cosas, la inserción de mujeres salteñas en el rubro de choferes de colectivos tendría una trascendencia económica evidente. Sobre todo si se considera el contexto de pobreza, la baja actividad económica femenina, y la alta brecha salarial entre sexos que existe en todo el país. La decisión judicial que comentamos aquí, en la medida en que algún día se ejecute,¹⁰ tendría entonces un impacto socio-económico notable en la vida y perspectiva de varias mujeres salteñas.

2. EL CASO DE LAS COLECTIVERAS¹¹ SALTEÑAS

La defensora oficial de la Provincia de Salta, Dra. Natalia Buirra, presentó una demanda judicial de amparo en representación de otras tres mujeres. Una de ellas había intentado en diversas ocasiones conseguir trabajo como chofer de colectivos, tenía incluso un carné profesional, y había cumplido con todos los requisitos establecidos por la Dirección General de Tránsito de la Provincia. Aún así no la contrataba ninguna empresa. Las otras dos mujeres representaban a una organización no gubernamental, la fundación *Entre Mujeres*, que tiene como objeto social la defensa de los derechos humanos con perspectiva de género. Ellas denunciaban el hecho de que nunca se había contratado a una mujer como chofer de colectivos, como una evidencia de la actitud discriminatoria denunciada.

Dirigieron su acción contra las ocho empresas privadas que están a cargo del transporte público en la ciudad de Salta, y contra la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT),¹² invocando su derecho a la igualdad de oportunidades en el empleo. En concreto, solicitaron que se asegure un porcentaje equitativo de plazas a ser cubierto exclusivamente por mujeres, y en particular, que se emplee a la demandante.

Sintomáticamente, esta acción de amparo fue respaldada por dos importantes instituciones locales lideradas por mujeres. Fueron la rectora de la Univer-

8 Estos son datos de la Secretaría de Trabajo de Salta, la que señala que el Sueldo básico es de \$ 2.701,03, el corte de boleto \$57,55, la asistencia \$689,62 y las sumas no remunerativas alcanzan hasta \$ 255,00.

9 El Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM) fijado para enero de 2010 es de \$1500 mensuales, por el Consejo del Salario Mínimo, conformado por entidades empresarias, sindicales y el ministerio de trabajo de la nación. Sin embargo, el sueldo mínimo del personal doméstico ("actividad femenina") es de \$ 1.347.

10 Actualmente la ejecución de la sentencia está suspendida, y el caso en camino a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

11 Notará que el corrector ortográfico del programa Word del sistema operativo *Windows* no reconoce la palabra "colectivera", y le sugiere que la corrija por "colectivero," o que deje que el auto-corrector lo haga por usted. Nuestra sugerencia es que presione el botón "izquierdo" de su ratón, y elija la opción agregar la palabra "colectivera" al diccionario de *Word*, como anticipo de un futuro más inclusivo.

12 La AMT resultó exonerada en el caso. Sin embargo, como se verá más adelante, el juez le ordenó que actuará de intermediario en la contratación futura de mujeres, como medida *remedial* de la discriminación.

sidad Nacional de Salta, Stella Pérez de Bianchi, y la delegada de Salta del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), Verónica Spaventa, quienes se presentaron como adherente y como *amicus curiae* respectivamente, en nombre de las instituciones que representan.

2.1. Legitimación Activa

Al igual que en el caso *Freddo*, una de las controversias centrales de este caso fue el reconocimiento de legitimación activa de las demandantes. Sucede que al igual que en las historias kafkianas, la legitimación activa aparece como esa puerta de entrada a *la ley* tan difícil de flanquear.¹³

En Buenos Aires, en el año 2002, la discusión del caso *Freddo* giró en rededor de la interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional, introducido con la reforma del 1994. El juez de primera instancia había rechazado inicialmente la legitimación activa a la Fundación Mujeres por la Igualdad¹⁴ y del Centro Municipal de la Mujer de Vicente López, para representar a todas las mujeres de la ciudad por no ser tenidas en cuenta en el proceso de selección de empleadas de la heladería debido a su sexo.

En aquel momento, el fundamento del rechazo en primera instancia sostuvo que el artículo 43 de la Constitución Nacional exigía que existiera una ley o decreto que reglamente el ejercicio de la legitimación activa de estas organizaciones. De manera que la inexistencia de tal reglamentación no podía ser suplida por el juez. La Cámara, tuvo entonces que revocar esta primera decisión,¹⁵ afirmando así la auto-operatividad de la norma constitucional, para que el caso pudiera ser debatido y finalmente resuelto.

Ya en 2009 en Salta, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia (CPCC) vigente, establece que en cuestiones relativas a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados para promover el proceso pertinente indistintamente el Ministerio Público y las instituciones o asociaciones de interés social. (Artículo 47 del CPCC de Salta).

Pero además, la Constitución Provincial legitima expresamente al Defensor General para promover acciones ante la justicia en defensa de los intereses generales de la comunidad. Este tipo de *legitimación oficial* da lugar a una acción de amparo muy particular, similar a la “acción civil pública” de la ley 7347 de Brasil.¹⁶ En base a esta habilitación legal y constitucional es que la Defensora

13 Referimos al famoso cuento de Franz Kafka, *Ante la Ley*.

14 Ver detalles de la organización en <http://www.mujiresenigualdad.org.ar/>

15 La cámara revocó la decisión en relación a la asociación Mujeres por la Igualdad, pero la ratificó, en relación al Centro Municipal de la Mujer de Vicente López. De manera que esta última asociación quedó fuera del proceso por carecer de competencia territorial en este caso. El Dr. Koper, uno de los camaristas votó en disidencia sobre este asunto. Entendió que el inciso c) del artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, al “garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”, y entendiendo por “garantizar” “remover todos los obstáculos para que los individuos disfruten de los derechos que la Convención reconoce”, otorgaba legitimación a una repartición pública como la del Centro Municipal de la Mujer de Vicente López” (Maurino, Nino y Sigal, 2005: 51).

16 Sancionada en 1985, la legislación brasilera habilita tanto el Ministerio Público como las personas de derecho público



Oficial de Salta inició la demanda como apoderada de las demandantes, estando en ejercicio de sus funciones públicas y con recursos del estado provincial.

Ello no evitó, sin embargo, que los demandados intentaran impugnar la legitimación de la *Fundación Entre Mujeres*, que es evidentemente una de las asociaciones de interés social mencionadas en el código procesal salteño en su art. 47. Una de las empresas demandadas sostuvo entre sus argumentos que esta fundación¹⁷

si bien puede tener como principio la defensa de los derechos humanos, dista mucho de tener representatividad suficiente de las mujeres en general salvo respecto de sus asociadas.

El argumento en principio desconoce varios precedentes jurisprudenciales pertinentes como *Freddo, Benghalensis*¹⁸ y *Verbitsky*,¹⁹ entre otros, pero sobre todo, como advierte el juez, no da cuenta del reciente fallo de la Corte en el caso *Halabi*,²⁰ que ha definido los alcances de las acciones colectivas frente al prolongado silencio del legislador.

En febrero de 2009 la corte señaló en *Halabi* que la idea de intereses colectivos abarca tanto a los que tienen por objeto bienes colectivos indivisibles (tal el ambiente), como a los llamados intereses individuales divisibles y homogéneos, los que dan lugar a las llamadas acciones de clase.

El juez salteño habilitó a la *Fundación Entre Mujeres* y a la demandante para iniciar una acción colectiva, en base a la representación de un bien colectivo: la igualdad, o la no discriminación. Según el relato de la decisión la pretensión de “cupificación” en el empleo de chofer, es indivisible y, por tanto, solo sería admisible al invocarse un bien público. En consecuencia, sólo podrá ejecutarse en beneficio de todas las mujeres salteñas en actividad.

En cambio, la petición de una de las demandantes de acceder ella misma a un puesto de chofer, en cuanto pretensión individualizable, se funda en su derecho subjetivo al trato igualitario, el cual podrá satisfacerse sólo en relación a ella.²¹

(estados, municipios, empresas públicas, etc.), además de las asociaciones privadas para accionar. Ello ha llevado que la mayor cantidad de las acciones públicas presentadas en Brasil son llevadas o retomadas por el Ministerio Público. Este no es un asunto casual, sino que refleja como la existencia de recursos públicos destinados al patrocinio y gestión de este tipo de causas, suele ser un elemento determinante en la expansión y el éxito del litigio de interés público.

17 Dichos en representación de la Dra. N. Zelalija Gatti, con el patrocinio letrado del Dr. V. H. Belmont, en el carácter de apoderada de la empresa de Transporte Automotores del Valle S.R.L. (TADELVA SRL)

18 En el caso “Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional” de junio de 2000, la Cortes Suprema Argentina le reconoció la legitimación activa a un grupo de asociaciones de la sociedad civil para representar el interés de los enfermos de SIDA en que se le provea los medicamentos para su tratamiento.

19 En el caso “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus Colectivo” de mayo de 2005, la Corte Suprema Argentina le reconoció legitimación al Centro de Estudios Legales y Sociales, una organización de derechos humanos, para que represente los intereses de los internos en comisarías y cárceles de la Provincia Buenos Aires, en que se modifiquen las condiciones de detención.

20 “Halabi, Ernesto c/ P.E.N.-ley 25873 dto. 1563/04 s/amparo ley 16986” Corte Suprema de Justicia Argentina, febrero de 2009.

21 Obsérvese los extremos de ésta distinción conceptual. Si, hipotéticamente, la pretensión de Sisnero fuera en relación a un puesto de chofer para varias otras mujeres en situación similar a la de ella (con carné profesional, que postularon y no



Es la defensa de intereses colectivos (ya sean divisibles o indivisibles) lo que habilitan la acción colectiva. Por tanto, la llave de la legitimación activa de una asociación, es la representación de intereses colectivos que resultan afectados y dan lugar a una causa judicial, y no, como pretende la demandada, la representación de afectados o interesados afiliados a la asociación representante.

La interpretación del alcance de la legitimación activa en el caso se asienta en dos sub-textos teóricos que vale la pena resaltar. Por un lado puede verse el alejamiento de la tradición procesal individualista, basada en la acción y promoción individual o asociativa, hacia una nueva corriente procesal de acciones colectivas. Esta última, está basada en la idea de protección de intereses supra-individuales, o de intereses individuales homogéneos, y permite acciones que funcionan como dispositivos sensibles a los obstáculos de acceso a la justicia de los interesados.

Por otro lado, supone reconocer lo que se llama una “representación extraordinaria”, en cuanto es ejercida por quienes no son titulares de la relación jurídica debatida en el proceso, y defienden un derecho ajeno, o de ausentes en el proceso.²² La Corte Suprema entendió que en estos casos es necesario tener especial cuidado en resguardar el derecho de defensa en juicio de los que no están presentes. En función de ello entendió necesario tomar ciertos recaudos para asegurar que la representación sea adecuada, y la representante idónea.

El juez consideró que en el caso había representación adecuada e idoneidad en base al hecho del respaldo institucional recibido por la Universidad Nacional de Salta y el INADI. En fin, las dos mujeres líderes que avalaban la causa, sumaron las fuerzas necesarias para que las puertas de la justicia terminaran de abrirse al interés de las mujeres salteñas en penetrar un territorio ocupacional tradicionalmente masculino.

2.2. Territorios, suelos y techos ocupacionales

El hecho de que existan ámbitos de inserción laboral diferenciados para hombres y mujeres, aparece muchas veces ante nuestros ojos como un dato de la realidad, revistiendo en algunos casos el carácter de lo “natural”. No obstante, la existencia de estos territorios laborales diferenciados puede ser considerada de manera compleja, como el resultado de procesos que quedan solapados bajo la apariencia de lo natural, tal es el caso de la socialización diferencial de varones y mujeres que implica un aprendizaje social acerca de los roles, las representaciones y las prácticas adecuadas para cada sexo.

fueron contratadas) el caso sería un caso colectivo, pero del segundo tipo. Es decir, en representación de intereses homogéneos divisibles. Ese no es el caso en análisis aquí.

22 En el caso el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, como el derecho a un *bien colectivo*, es un derecho compartido por todas las mujeres salteñas en actividad (mas de 14 años buscando trabajo), aunque se trate de un grupo evidentemente heterogéneo, y con intereses más o menos fuertes en relación a la *litis* de este caso. Como todo bien público, es trans-generacional, y sin duda, y el grado de protección actual afectará también a las generaciones futuras.

En los argumentos esgrimidos por los demandados en el caso, se ponen en evidencia las conexiones que existen entre esos procesos de socialización y la segmentación sexual del mercado laboral. Así, los abogados de tres de las empresas demandadas sostienen que:

sus mandantes **no han discriminado en la elección del personal de conducción, y que ni siquiera tuvieron la posibilidad de hacerlo ya que nunca se presentó una mujer a pedir trabajo como chofer, o por lo menos nunca que estuviera capacitada o contara con la habilitación requerida para el cumplimiento de tal función.** Entiende que **no se puede confundir seleccionar en base a idoneidad con discriminación,** y que la Sra. Sisnero no puede pretender ser chofer de colectivos cuando su única experiencia laboral anterior lo fue como peluquera y guardia de seguridad, y que **contar con un carnet no la habilita para ser considerada como una persona idónea.** [...] Afirman que es indiscutible que el hombre y la mujer no son iguales, y **por más que a la mujer se le otorguen los mismos derechos como ser humano, físicamente son distintos lo que conlleva a una diferencia de tratamiento.**²³

Es interesante revisar la primera parte del argumento, donde se sostiene que “Nunca se presentó una mujer a pedir trabajo de chofer”, ya que la cuestión de la falta de demanda de trabajos tradicionalmente considerados como ocupaciones masculinas (tal es el caso de los chóferes de transporte público en nuestro país) evidencia una selección que se ha llevado a cabo con anterioridad y en diversos ámbitos de la vida.

Un ejemplo de cómo funciona esta preselección social en términos de género ha sido desarrollado por Susan Moller Okin al subrayar los efectos que tiene la anticipación del matrimonio en la situación de vulnerabilidad de las mujeres, especialmente en el ámbito laboral. Para Moller Okin el ideal del matrimonio como expectativa tiene un peso fundamental en las decisiones acerca de la educación y el empleo, llevando a concebir la participación de las mujeres en el mercado de trabajo como complementaria, secundaria y subordinada a la responsabilidad primaria del cuidado de los niños y la familia.²⁴

La forma en que los ideales de género tradicionales moldean (limitan o amplían) los horizontes de expectativas en los diferentes ámbitos de la vida (familiares, educacionales, laborales) nos lleva directamente a la segunda cuestión dentro del argumento: “por lo menos nunca [se presentó una mujer] que estuviera capacitada”. Un efecto de los procesos de socialización diferenciales entre hombres y mujeres es la diferencia en el tipo de habilidades desarrolladas y la calificación en determinadas actividades resultante. Estudios realizados en el ámbito de las empresas que trabajan en el desarrollo de software (con tasas muy bajas de ocupación de muje-

23 Dres. H. Irigoyen y A. Velarde en el carácter de apoderados de las codemandadas Transporte San Ignacio S.R.L., Transporte Lagos S.R.L., Transal S.R.L. y ALE Hnos. S.R.L. Extracto del fallo. El énfasis es propio.

24 Por el contrario para los varones el ideal del matrimonio funciona como expectativas de ocupar el lugar de proveedor principal de la familia que es lo que se espera de los padres y esposos. Okin, Susan, 1989.

res) muestran cómo la escasa presencia de las mujeres en las carreras de la rama de la ingeniería (consideradas tradicionalmente como masculinas) tiene como resultado un déficit en la cantidad de mujeres capacitadas para ocupar lugares en aquellas empresas y por consiguiente la baja demanda de empleo en ese sector.²⁵

Consideremos además el peso de aquellos estereotipos de género según los cuales entre las características positivas femeninas, tomadas en cuenta al momento de emplear a una persona, se encuentran la prolijidad, la paciencia, la perseverancia, la atención al detalle, la docilidad, la actitud de servicio y la disposición a realizar tareas monótonas y repetitivas; mientras que entre los aspectos negativos que se ponen de relieve se hallan la menor fuerza física y la renuencia a viajar, a afrontar el peligro físico y a supervisar el trabajo, entre otros.²⁶

El peso y el impacto de estos estereotipos puede verificarse en las cifras de ocupación de mujeres en los diferentes sectores de actividad en Argentina: para el año 2007, las mujeres representaban el 18% del empleo industrial, el 32% del empleo en comercio y el 42% en servicios. Ahora bien, el sector servicios abarca el rubro Enseñanza (donde de cada cuatro ocupados, tres son mujeres) y los Servicios sociales y de salud (donde las mujeres constituyen el 73% del empleo). Sin embargo, “[a]nalizado sectorialmente este fenómeno, apreciamos que si bien en servicios se da la mayor participación femenina en el empleo, también se observa la mayor brecha salarial (25%).”²⁷

Estas ocupaciones son tradicionalmente valoradas como femeninas, y esto se explica porque aquellas se vinculan con actividades tales como la enseñanza y el cuidado de los otros, consideradas de alguna manera como prolongación de las tareas asignadas a la mujer en el seno de la familia y juzgadas por esa razón como “naturales a ese sexo”.²⁸

Este tipo de segmentación del mercado del trabajo que cristaliza en la distinción entre ocupaciones femeninas y masculinas, no sólo naturaliza la diferencia sexual en términos de habilidades y capacidades disponibles, sino también las brechas salariales y las diferencias de prestigio y jerarquía que le son concomitantes.

Las relaciones establecidas entre las fuerzas de socialización, las habilidades diferenciales, los estereotipos, la segmentación ocupacional y la brecha salarial, tienen un fuerte respaldo estadístico en todo el mundo, y ha llevado a teorizar sobre fenómenos específicos como lo son el “suelo pegajoso” y el “techo de cristal”. El primero hace referencia a las fuerzas

25 Faur y Zamberlin, 2009: 15.

26 Faur y Zamberlin, 2009: 9-10.

27 Rojo Brizuela y Tumini, 2008: 59.

28 En el mismo sentido se puede apuntar que mientras que la rama industrial exhibe el menor porcentaje de ocupación femenina, el 63% de aquellas se concentra en cuatro ramas alimentos, confecciones, productos químicos —especialmente las de cosméticos— y productos textiles. (Rojo Brizuela y Tumini, 2008: 59).

que mantienen a las mujeres en la base de la pirámide económica. El segundo a una superficie superior invisible en la carrera laboral de las mujeres que les impide seguir avanzando hacia los vértices jerárquicos de las organizaciones para los que están suficientemente preparadas.²⁹

El caso de Salta muestra una singularidad en relación al empleo de mujeres como chóferes, y es el hecho de que ellas ya se encuentran a cargo de los transportes escolares de la ciudad. Esto evidencia cómo, aún cuando las mujeres han podido penetrar en el área del transporte en esa ciudad, sólo han podido hacerlo en un segmento en que sus funciones guardan estrecha relación con su predisposición “natural” a la maternidad y al cuidado de los otros. De manera tal que de concretarse la orden del fallo, se estaría ante la penetración de un significativo techo de cristal para las mujeres que permanecía disimulado.

2.3. Una cuestión de idoneidad

Es interesante observar que la existencia de trabajadoras salteñas en la conducción del transporte escolar permite suponer la presencia de recursos humanos capacitados y una demanda latente para ocupar los espacios laborales que se “abrirán” en el transporte público de pasajeros.

Sin embargo, la concepción de habilitación e idoneidad que sostienen las empresas de transporte público demandados es bastante diferente, y guarda estrecha relación con los estereotipos y conexiones señalados más arriba.

Por una parte, la cuestión de la habilitación alude a la posesión de un carné profesional expedido por la autoridad correspondiente, que es requisito legal básico para la tarea de conducción del transporte de pasajeros. Menos transparente es la definición de qué se entiende por idoneidad y el problema de cómo juega esa definición en un contexto de socialización diferencial entre mujeres y varones como el que describimos.

En tal sentido la idea expresada por uno de los demandados acerca de que no se puede confundir la “selección a base de idoneidad” con la discriminación es bastante sintomática de los problemas que hemos señalado, máxime cuando a continuación se esgrime como argumento que en el caso puntual de la demandante Sisnero la “única experiencia laboral anterior” fue “como peluquera y guardia de seguridad”³⁰. En realidad no debería llamar la atención que esos sean los únicos antecedentes laborales que una mujer, aún poseedora del carné de conducir habilitante profesional, puede aportar en un contexto donde la segmentación laboral por

29 El “techo de cristal” en el mundo empresarial simboliza “un muro transparente pero sólido, hecho de actitudes y prejuicios organizativos” que se mantiene a pesar de que mejora la participación de las mujeres en trabajos y puestos de dirección. Ver *Breaking through the glass ceiling: Women in management*. Informe de la Organización Internacional del Trabajo.

<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/sector/techmeet/tmwm97/tmwm-con.htm> (Última visita 15 de febrero de 2010)
30 Dres. H. Irigoyen y A. Velarde en el carácter de apoderados de las codemandadas Transporte San Ignacio S.R.L., Transporte Lagos S.R.L., Transal S.R.L. y ALE Hnos. S.R.L. Extracto del fallo.

sexo parece estar más vigente que nunca, y en especial, cuando es precisamente esa segmentación la que se confronta con el reclamo judicial.

La misma observación se puede realizar acerca del criterio de idoneidad sostenido por otro de los demandados al relatar que “... los conductores incorporados con posterioridad a la nota referida todos se trataron de conductores que habían obtenido el carnet habilitante para conducir automóviles **con más de cuatro años de antigüedad**, y en **posesión del carnet profesional en carácter de renovante**, y que no se configura acto de discriminación dado que solo se procedió a **contratar personas que resultaban más idóneas para ocupar el puesto de choferes....**”, agregando un elemento nuevo para determinar la idoneidad al señalar que “... además de la antigüedad en la posesión de la licencia de conducir, entre los criterios evaluados a la hora de la contratación de personal de tráfico, se encuentra el de **poseer conocimientos de mecánica**, requisito al que la Sra. Sisnero en ninguna presentación aludió cumplir.”³¹

La exigencia de conocimientos de mecánica, por un lado confirma y refuerza los estereotipos de género que pesan sobre algunas actividades, convirtiéndolas en exclusivamente masculinas o femeninas, mientras que por el otro, pone en evidencia cómo idoneidad y discriminación si pueden confundirse y solaparse. En tal sentido, no deja de llamar la atención que mientras conocer de mecánica aparece como una condición excluyente en la selección de choferes del transporte público, los indicadores de seguridad vial no resultan siquiera un criterio relevante. Según un relevamiento realizado por el CESVI Argentina (Centro de Experimentación de Seguridad Vial) teniendo en cuenta la participación de las mujeres/varones en accidentes graves ocurridos en rutas y autopistas, así como también la proporción entre conductores mujeres/varones, las mujeres participan en apenas un 28,4 % de los incidentes, mientras que los varones los hacen en un 71,6 %.³²

Es claro que el criterio de idoneidad definido mantiene a las mujeres alejadas de este territorio ocupacional, asumiendo de forma arbitraria la relevancia de habilidades socialmente construidas como masculinas.

2.4. Discriminación vis a vis violencia

Tanto en el caso *Freddo* como en el caso *Sisnero*, las resoluciones judiciales tienen la virtud de haber sido capaces de deconstruir algunos criterios

31 Dra. M. Cornejo, en el carácter de apoderada de Alto Molino S.R.L. Extracto del fallo.

32 Asimismo se identificaron perfiles de conductores mujeres y varones: “El conductor hombre es arriesgado, no respeta las normas, se maneja en base a la sensibilidad que le transmite el tránsito y es agresivo. [...] Usa los elementos de seguridad por temor a ser controlado o sancionado pero no por verdadero convencimiento a pesar de que manifiesta tener un mayor conocimiento en lo que se refiere a la seguridad vial y automotriz. En cambio, la mujer conductora es más respetuosa de las reglas y acepta las consignas sin desafiarlas o intentar trasgredirlas; suele ser paciente, no presenta una gran afinidad con los aspectos técnicos aunque le gustan los vehículos. Trata de no abordar velocidades excesivas y delega la conducción, si es necesario. Es más receptiva a los consejos de seguridad vial.[...] Tiene una mayor frecuencia en el uso del cinturón de seguridad y se arriesga menos porque, consciente o inconscientemente sabe que es un elemento fundamental de protección”. “Hombres vs. Mujeres. La guerra de los sexos al volante. Ellas son menos peligrosas” por Por Gustavo Brambati, Revista *Crash Test*, N° 99. Ver también: “Mujeres al volante”, Revista *Luchemos por la vida*, Año 7, N° 21.

de idoneidad sostenidos por los empleadores, y de ser sensibles así, a algunas complejidades del fenómeno de segregación sexual en el empleo.

Mientras el juez de primera instancia en *Freddo* sostenía que la empresa es quien está en mejor situación para decidir sobre la cuestión de la idoneidad de sus empleados, porque su interés es económico, la Cámara le advertía que incluso los criterios empresariales supuestamente económicos, “tienen su fundamento en la asimilación permanente de la sociedad de formas de pensamiento con las que se ha educado a la gente, y que producen una división social y cultural del trabajo.” En tanto, en el caso *Sisnero*, el juez salteño respondía de manera concluyente a las criterios de idoneidad que defendían los empleadores, al señalar que “si para conducir es menester tener conocimiento de mecánica, más sería la gente que andaría de a pie, que conduciendo.”

Por otro lado, si bien ambas resoluciones afirman la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades por encima de criterios sexistas de idoneidad, y ambas se basan en similares normas constitucionales relevantes (el artículo 14, 16, 36, 37 y 43 y 75 inc. 19 y 23), tienen una diferencia importante en la construcción de su fundamentación.

En *Freddo* se pone particular acento en la importancia de lo dispuesto en el artículo 11 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer,³³ y en particular, en la idea de “asegurar [...] el derecho a las mismas oportunidades en el empleo”. En tanto, en la resolución de Salta, encontramos un punto de apoyo central en la Declaración de Naciones Unidas Sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, y en particular, en el derecho a “verse libre de todas las formas de discriminación.” Más aún, el juez local rescata con ahínco la caracterización que establece la reciente ley nacional 26485/09, según la cuál la discriminación es una forma de “violencia contra la mujer.” De manera reveladora, manifiesta insistentemente su repudio a lo que entiende como “prejuicios de origen medieval.”

La diferencia entre una y otra fundamentación no es meramente estilística, y entendemos que es valioso ponderarla como un signo de avance en la metamorfosis procesal que venimos comentando.

En *Freddo*, la lógica del razonamiento judicial todavía guardaba algún apego a las formas individualistas tradicionales, las que son dejadas atrás en *Sisnero*. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 1, señala que se entenderá por discriminación contra la mujer toda acción que tenga *por objeto o por resultado* menoscabar o anular el reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer. El eje de la decisión en *Freddo* fue

³³ La Convención fue aprobada por Naciones Unidas en 1979 y el proyecto de ratificación llegó al Congreso argentino en 1999.

“la acción,” esa conducta explícitamente selectiva de la empresa que quedó probada de distintas maneras y que ella misma reconoció y fundó en lo que se vio como prejuicios. La Cámara “interpretó que la discriminación se encuentra en los hechos, en particular, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino” (Maurino, Nino, Sigal, 2005:154).

Esa conducta discrimina a quienes deben ser tratados como “iguales.” Por lo tanto se vuelve relevante tanto que el/la individuo/a sea, en algún sentido, “igual”, como que no existan prejuicios sobre su carácter desigual. La demandante sostiene que “El principio de no-discriminación requiere que la persona sea considerada en función a sus capacidades individuales y no en base a características generalmente atribuibles a un grupo.”³⁴

En cambio, el argumento de la discriminación como hecho de violencia sobre el que gravita *Sisnero*, es un planteamiento más holístico, que considera la relación entre “grupos” sexuales, e impone la necesidad de evitar que “impere el más fuerte,” en lugar del “estado de derecho.” No piensa tanto en lo que “A” le causó en concreto a “B”, sino en la violencia que significa para “B” y para su grupo sexual, la situación de la que es responsable “A”. Este es un razonamiento poco liberal, o al menos, poco individualista, que abre las puertas *Kafkianas* de la ley a casos que de otra manera quedarían enredados en vericuetos probatorios de los procesos tradicionales. Tiende a desplazar la responsabilidad subjetiva por una objetiva frente al resultado, abandonando la obsesión por inculpar por una “conducta prejuiciosa.” El juez tiene una mirada remedial prospectiva, antes que una retrospectiva -retributiva.

Si se observa de cerca la resolución de la Cámara en el caso *Freddo*, se notará que pese a su abundante fundamentación, el eje del caso es la impugnación de la “conducta selectiva” (una decisión o una práctica), sobre la que se articula la doctrina de las “categorías sospechosas”, y en consecuencia, se invierte la carga de la prueba sobre los demandados. Con ello, la Cámara canceló el argumento del juez de primera instancia que entendía que ya no había discriminación porque la demandada “ya no publicaba avisos pidiendo sólo hombres”, o que “las demandantes no probaron que sólo asistan hombres a la convocatoria y porqué lo hacían”, o que “las demandantes no había probado la idoneidad de las mujeres.” En fin, la Cámara no dijo que tales cuestiones no fueran relevantes para la cuestión, o imposibles de probar, sino que le evitó a la demandada la carga de probarlo, e impuso a los demandados probar lo contrario.

En el caso de las colectiveras no se probó una “decisión” selectiva, como una conducta acaecida e individualizable. La mayoría de las demandadas tampoco reconocieron que no quisieran contratar mujeres, ni se les probó conductas que debían entenderse de manera inequívocas como una “deci-

³⁴ Extracto de la demanda presentada en el caso *Freddo*.

sión selectiva.” Si bien algunas evidenciaron ciertos prejuicios generales al sostener criterios de “idoneidad”, y alguna de ellas hasta reconoció recibir el currículum de la demandante, lo cierto es que no se había probado que efectivamente las empresas tuvieron conductas selectivas efectivas y sistemáticas frente a una oferta diversa.³⁵ No sabemos, de hecho, si además de la demandante han ido otras mujeres a pedir trabajo a las empresas de colectivos, y si fueron cuál fue la razón de que no se las tomara.

En este particular contexto, la decisión del juez salteño se fundó en el hecho de que las nóminas de personas que se desempeñan como chofer, no surgía la existencia “de una, siquiera una mujer, que sea conductora de ómnibus.” Esta fue para el juez la evidencia más clara de un hecho discriminatorio, violento y repugnante a su concepción de igualdad.

No necesitó el argumento de las categorías sospechosas para invertir la carga de la prueba, porque el hecho-resultado de la segregación era suficiente para presumir la discriminación, y así imponer en los demandados la carga de la prueba en contrario.³⁶ Ni siquiera consideró los argumentos de que nunca se presentaron mujeres a pedir trabajo. La discriminación fue vista como resultado, como situación, y no como una “conducta prejuiciosa” de “A” contra “B”. La violencia estaba en ese resultado social, en la segregación total de las mujeres de la planta de choferes de transporte público, por la cuál las empresas son responsables.

Este es sin duda el asunto liminar, y el que la Corte de Justicia de Salta no entendió debidamente. El juez de Cámara juzgó un “caso” que involucraba la protección de un bien colectivo, no una acción de clase, ni el prejuicio individual de quien selecciona. Nadie pensaría que la causa *Mendoza*³⁷ está mal decidida por la Corte Suprema de Justicia, porque no se probó que una de las empresas demandadas arrojó efectivamente residuos al Riachuelo con intención de contaminar. Basta observar el estado del Riachuelo para entender que existe un hecho de contaminación, el cual es ilegal *per se*, dado que involucra un bien público, y por el cuál surge una responsabilidad objetiva que exige medidas positivas de recomposición (exista o no intención dañosa, o hechos aislables, a los efectos de una

35 Todo lo que el juez pudo aseverar es que “[l]a actora, peregrinó literalmente ante diversas Empresas de Transporte, ante SAETA S.A., la Autoridad Metropolitana, el INADI, Municipalidad de la ciudad de Salta, etc. ...sin lograr en concreto, en forma real y efectiva una respuesta.” Aunque pueda sostenerse que la discriminación de la empresa que reconoce haber recibido su curriculum respecto de la demandada, no hay evidencias que existió similar conducta de manera generalizada, y la empresas de hecho lo niegan, aludiendo a que “no se presentan mujeres.”

36 Sin embargo, podría alegarse, si eso resulta relevante para alguna perspectiva, que el argumento de las categorías sospechosas está implícito. Esta es la lectura que parece hacer el juez Posadas, de la Corte Suprema de Justicia en el considerando 3º) de su voto en disidencia.

Por otro lado, y paradójicamente, mientras para el voto de la mayoría de la Corte Salteña la evidencia de “construcciones sociales y culturales” que llevan a la desigualdad de las mujeres, excluyen el control judicial e imponen la intervención de los poderes mayoritarios, para el juez disidente, esas evidencias, por el contrario imponen la necesidad de un “control judicial profundizado” y un tono “mas riguroso” del “test de razonabilidad” que es el que supone la inversión de la carga probatoria (Ver especialmente el considerando 3º del voto en disidencia).

37 Nos referimos al caso de la contaminación del Riachuelo en el que intervino la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La decisión relevante es en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de contaminación ambiental)” del 8/7/2008.

crítica causal). La intervención judicial es esencialmente prospectiva, y no un castigo retrospectivo proporcional a la intención o participación de los empleadores en las consecuencias. Por eso el juez de Cámara Salteño entendió que basta observar que nunca se contrató a una mujer como colectivera, para entender que allí hay una exclusión ilegal de esa esfera laboral, la que exige acciones positivas de quienes son los responsables objetivos de esa situación.

En este sentido, el proceso probatorio resulta mucho más amable a la particular complejidad del fenómeno de la segregación de las mujeres de territorios ocupacionales. Puede verse como el razonamiento del juez se corre de la trampa formal del individualismo procesal, al exclamar:

Basta de violencia disfrazada, esta vez, bajo la discriminación. No existe, en tal sentido más que una posición: estar por la inclusión, o de lo contrario, sea bajo **formas más o menos intensas**, por la exclusión del otro, es decir ejerciendo violencia, que a la postre, no es nada más ni nada menos, que la negación del Estado de Derecho. Es **propiciar** volver al estado de naturaleza, donde impera el más fuerte (la negrita es propia)

El primer gran acierto del juez de Salta, como se dijo más arriba, fue el giro hacia la idea de bien público, el que focaliza la *litis* en la “situación” de exclusión, y no en la “conducta” o “práctica”. Su segundo tino fue, sin duda, caracterizar a la discriminación como hecho de violencia, antes que como trato desigual entre los iguales, con lo cual se desprendió de un razonamiento liberal individualista que vuelve al derecho inútil frente a fenómenos de segregación complejos como el descrito más arriba.³⁸ Así, el hecho de que no haya mujeres en la planta de choferes funciona como evidencia de la práctica, y no al revés. Más aún, califica la eventual omisión de las instituciones jurídicas frente a las evidencias de segregación, como “formas más o menos intensas de exclusión”, en fin, como formas de “propiciar” la ley del más fuerte.

2.5. La discriminación inversa y el cupo

Ambas decisiones (*Freddo* y *Sisnero*) observan que cuando se excluye sistemáticamente a un grupo de ciertos beneficios, es necesario tomar acciones opuestas para recomponer los desequilibrios generados por esa exclusión histórica. De esto se trata la idea de discriminación inversa. Si

³⁸ Es importante señalar aquí, que la alternativa del juez no es la única disponible para escapar a las trampas formales del individualismo procesal. Es decir, no sólo caracterizando a la discriminación como un hecho de violencia se puede acceder a una perspectiva más holista de este tipo de segregación, sino también recaracterizando la idea de discriminación misma, en un sentido menos individualista. Susan Sturm ha señalado una interesante evolución en materia de recaracterización de casos de desigualdad y discriminación en el sistema judicial norteamericano. Destaca un desarrollo que comienza con un tipo de desigualdad de “primera generación”, referido al tratamiento discriminatorio *deliberadamente* basado en el sexo, la raza, genero, etc., y que resulto inadecuado para captar formas de desigualdad que son mas complejas, interactivas y estructurales, y sobre todo para generar remedios eficientes para ellas. En cambio, los casos que ella llama de discriminación en la “segunda generación”, son sensibles a prejuicios sutiles, interactivos y estructurales, y proveen respuesta judicial remedial que tiende a ser apropiada para ellos. Ver Sturm, Susan “*Second Generation Employment discrimination. A structural approach*” Abril, 2001, Columbia Law Review, 101. p. 458

durante décadas sólo se contrató hombres, será necesario sólo contratar mujeres por un tiempo hasta que se restablezca el equilibrio en la composición de la planta de empleados.

Este no es un argumento justo desde una perspectiva individualista: ¿Por qué tendría que reparar yo, lo que otros construyeron en el pasado, y transformaron en pauta cultural? Afortunadamente esta no es la perspectiva del juez, la que hubiera legitimado, como él mismo advierte, que el estado a través de las instituciones jurídicas *propicie* la ley del más fuerte.

Freddo se asentó en el artículo 75 inc. 23 relativo a la promoción legislativa de medidas de “acción positiva” que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato. Tal estrategia argumental es valiosa, pero también favorece un debate complejo y estéril para los propósitos del caso, acerca de si estas son sólo atribuciones del Congreso o los jueces también pueden llevar adelante acciones afirmativas.

Sería mejor, y suficiente, fundar el razonamiento remedial en conceptos legales remediales, tales como la recomposición de un bien público (como sucede en los casos de ambiente), o sencillamente en la caracterización de la orden inhibitoria de cese, como la de cese de la “situación” discriminatoria.

Por otro lado, la fórmula remedial de *Freddo* se enfrentó a problemas de ejecución. Al principio, la empresa presentó un informe anual de contrataciones, que no conformaron a la demandante, la que denunció el incumplimiento al juez. Este impuso multas a la empresa por incumplimiento en el 2004, y pasó entonces las actuaciones a la justicia penal por incumplimiento. De manera que la disputa acerca cuál es el “equilibrio” justo, se prolongó hasta ahora, aunque su éxito relativo en la actualidad ya es innegable.

En el caso de las colectiveras, la orden fue de contratar personal femenino en general (y a la demandante en primer lugar) hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes existentes. Este porcentaje que determina una medida de acción positiva de género, se toma de la única pauta local de fijación de políticas públicas de género disponible. En efecto, el juez lo toma del régimen electoral de la ley provincial N° 6.444.

Más allá de las objeciones que puedan plantearse a la utilización de un criterio de participación política para reparar una segregación laboral, lo interesante de la fórmula remedial salteña, es la imposición de una función pública específica a la Autoridad Metropolitana de Transporte AMT, como parte de sus facultades regulatorias otorgadas por la ley 7322. Esta autoridad deberá ser la intermediaria de las contrataciones de mujeres hasta alcanzar el cupo del 30%.

Así, cada vez que una empresa busque personal, deberá acudir a la AMT, la que por otro lado receptorá las postulaciones de las mujeres que deseen ser chofer. En este sentido es interesante, e innovadora, la manera en que el juez involucra al Estado en el control de ejecución del remedio ordenando el ejercicio específico de una facultad general. Sobre todo teniendo en cuenta que no atribuyó responsabilidad por la discriminación a la AMT, pero si le adjudicó una función remedial que sin duda es acorde a las obligaciones que el estado tienen en relación a las normas nacionales e internacionales de inclusión de las mujeres en el ámbito laboral.

La fórmula remedial aparece mejorada, sin embargo, en el voto en disidencia del Dr. Posadas, que exige al la AMT que en virtud de sus facultades regulatorias, notifique al tribunal en el término de 10 días “la modalidad de inscripción de las postulantes que integran el cupo femenino de choferes de colectivo que ingresarán a las empresas demandadas, a fin de garantizar las condiciones de idoneidad de las candidatas para el trabajo a desempeñar.” En fin, el juez entiende no sólo que las condiciones de idoneidad deben ser revisadas por el Estado, sino que además, las mismas, resultarán supervisadas por los jueces. Sin duda la medida más inteligente para desactivar las complejas formas de segregación que dominan las percepciones de los operadores del mercado.

3.CIERRE

En nuestro país existen muy pocas ciudades donde las mujeres han accedido a ser empleadas en la rama del transporte de pasajeros como conductoras, la lista se reduce a Rosario³⁹, Buenos Aires, Caleta Olivia⁴⁰, Mendoza y Córdoba⁴¹. En el caso porteño, donde el Grupo Plaza empezó a contratar mujeres conductoras en 1998, el pico máximo empleadas llegó a ser de 40, coincidiendo con la crisis de 2001; en la actualidad son 22, de entre 26 y 50 años, apenas el 1% del plantel, mientras que hay 2.240 hombres⁴². En una entrevista realizada por el diario Crítica, Marcos Videla, gerente de relaciones públicas del Grupo Plaza, señala: “Formamos una escuela de capacitación de conductores y pensamos que las mujeres merecían una oportunidad en este sistema recontra machista. Hicimos una

39 En Rosario el punto de partida para la sanción de la ordenanza municipal N° 7981/2006, que dispone la cobertura en partes iguales de mujeres y varones de los puestos de chofer del transporte público de pasajeros, fue la propuesta presentada por Natalia Gigli al Consejo Deliberante. Cabe señalar que ha habido reiteradas quejas y denuncias acerca de la falta de implementación de la disposición, siendo los números muy elocuentes acerca de los resultados: para marzo del 2009 apenas se registran 5 mujeres trabajando en la empresa Rosario Bus. “En Rosario ya hay 181 mujeres al volante de taxis y remises” por Laura Vilche y Eugenia Langone, en diario *La Capital*, 20/03/2009. http://www.lacapital.com.ar/ed_impresa/2009/3/edicion_159/contenidos/noticia_5351.html. (Última visita 14 de febrero 2009).

40 En Caleta Olivia, para el 2007, fueron dos las mujeres que “se atrevieron a conducir colectivos”. En “Hay mujeres que se atrevieron a conducir colectivos en Caleta Olivia”, en *El Patagónico*, 30/12/2007. <http://www.caletao.com.ar/artdoc/08/mucole.htm>. (Última visita 14 de febrero de 2009).

41 El caso de Córdoba es bastante singular en relación a la inserción de mujeres como choferes del transporte público de pasajeros de corta distancia, dado que la misma se produjo en 1989 al incorporarse el sistema de trolebuses a la ciudad. En este caso las mujeres han quedado circunscriptas exclusivamente a este segmento del sistema de transporte. A comienzos de 2009 sumaban alrededor de 100. “Debutan hoy tres flamantes líneas del servicio diferencial”, en diario *La Voz del Interior*, 23/02/2009, sección Gran Córdoba. http://www2.lavoz.com.ar/09/02/23/secciones/grancordoba/nota.asp?nota_id=492428 (Última visita 14 de febrero de 2009)

42 “Las mujeres que manejan bondis” de Por Nahuel Gallotta, en diario *Crítica*, 25/10/2009.

prueba y nos dio buenos resultados. No había antecedentes y a partir de nosotros experimentaron otras líneas, pero no hubo continuidad. De todas maneras, no hay muchas presentaciones espontáneas, por más que yo ofrezca, la demanda no existe”.

Estas declaraciones evidencian que la penetración de territorios ocupacionales masculinos por parte de las mujeres no será un asunto sencillo, aún en contextos de buena voluntad de los empleadores (que claramente no es el caso de Salta). Las dificultades que tuvo la ejecución de la decisión en el caso *Freddo*, y la decisión de la Corte Salteña que por ahora tiene suspendida la ejecución de la sentencia de Cámara, muestran que el camino será espinoso.⁴³ Las barreras de cristal y las fuerzas pegajosas de cada contexto son muchas y complejas, pero no son menores las barreras legales. La complicidad de los sistemas procesales individualistas, y los dispositivos judiciales en sus versiones más conservadoras, son un dato de la realidad que pervive.

No obstante, puede afirmarse que la decisión del juez de cámara comentada aquí, y su antecedente, suponen un avance sustancial y alentador en el proceso de metamorfosis de esos dispositivos, proceso orientado a hacer al derecho más sensible a la complejidad de fuerzas que determinan la segregación laboral de las mujeres. El caso de Salta demuestra que las instituciones legales *pueden* dejar de ser parte del complejo aparato de segregación laboral que ordena el mercado. La Corte Suprema de Justicia, escribirá el resto de esta historia.

43 La Corte de Justicia de Salta, luego de admitir la existencia de la práctica de no contratar mujeres, señaló que ello no evidencia un “acto de discriminación” de los empleadores, y en todo caso demostraría la “falta de iniciativa” hasta hoy de las mujeres (Considerando 4º y 9º). Es interesante que la Corte observe tal inclinación cultural en un mercado laboral como el salteño, con tanta desocupación, pobreza, y con tantas mujeres volcadas a la prostitución, como es de público conocimiento. Lo que está sugiriendo la Corte, sin cortapisas, es que las mujeres salteñas vienen prefiriendo hacer cualquier cosa, y hasta soportar la más dura pobreza, antes que conducir un colectivo por un sueldo privilegiado para el contexto salteño. Estas declaraciones de un alto tribunal de provincia, dejan en claro el carácter de las puertas de *la ley* salteña, y las difíciles barreras de percepción que serán necesario penetrar.

Bibliografía

Faur, Eleonor y Zamberlin, Nina. 2009. "Gramáticas de género en el mundo laboral. Perspectivas de trabajadoras y trabajadores en cuatro ramas del sector productivo del área metropolitana de Buenos Aires", en Novick, Marta; Rojo, Sofía; Castillo, Victoria (comp.): El trabajo femenino en la postconvertibilidad. Argentina 2003-2007. Ver en: http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/bol/Capítulo%204_%20Gramaticas%20de%20genero%20en%20el%20mundo%20laboral.pdf (Última entrada 14 de febrero de 2010)

INDEC. 2009. Informe del Segundo trimestre del 2009- Indicadores Demográficos y Socioeconómicos.

Maurino, Gustavo; Nino, Ezequiel; Sigal, Martín. 2005. *Acciones Colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*. Buenos Aires: Lexis Nexis, Bs. As.

Moller Okin, Susan. 1989. *Justice, gender and the Family*, New York, Basic Bookser.

OIT. 1997. *Breaking through the glass ceiling: Women in managment*. Ver en: <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/sector/techmeet/tmwm97/tmwm-con.htm> (Última visita 15 de febrero de 2010)

OIT. 2007. "Tendencias mundiales del empleo de las mujeres, Resumen Marzo del 2007. Ver en: <http://www.ilo.org/public/spanish/employment/strat/download/getw07.pdf> (Última visita 14 de febrero del 2009)

Rojo Brizuela, Sofía y Tumini, Lucía. 2008. "Inequidades de género en el mercado de trabajo de la Argentina: las brechas salariales" en *Revista del Trabajo*, Nro. 6. Publicación Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. Ver en: http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2009n06_revistaDeTrabajo/2009n06_a03_sRojo-Brizuela_ITumini.pdf (Última consulta 14 de febrero del 2010)

Publicaciones Periódicas:

"Le dio la razón a estudios privados. La provincia reconoció que la pobreza ronda el 30%", diario *Crítica*, 04/08/2009, <http://criticadigital.com/index.php?secc=nota&nid=27523> (Última visita 14 de febrero del 2010).

"Hombres vs. Mujeres. La guerra de los sexos al volante. Ellas son menos peligrosas", por Gustavo Brambati, *Revista Crash Test*, N° 99.

"Mujeres al volante", *Revista Luchemos por la vida*, Año 7, N° 21.

"En Rosario ya hay 181 mujeres al volante de taxis y remises" por Laura Vilche y Eugenia Langone, diario *La Capital*, 20/03/2009. http://www.lacapital.com.ar/ed_impresa/2009/3/edicion_159/contenidos/noticia_5351.html. (Última visita 14 de febrero 2009).

“Debutan hoy tres flamantes líneas del servicio diferencial”, en diario La Voz del Interior, 23/02/2009. Ver en: http://www2.lavoz.com.ar/09/02/23/secciones/grancordoba/nota.asp?nota_id=492428 (Última visita 14 de febrero de 2009)

“Las mujeres que manejan bondis” por Nahuel Gallotta, diario *Crítica*, 25/10/2009.

“Hay mujeres que se atrevieron a conducir colectivos en Caleta Olivia”, en *El Patagónico*, 30/12/2007. <http://www.caletao.com.ar/artdoc/08/mucole.htm>. (Última visita 14 de febrero de 2009).

Sentencias:

“Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional”, la Corte Suprema de Justicia Argentina, junio de 2000.

“Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/amparo”, Cámara Nacional Civil, Sala H, Bs. As. 16 de diciembre de 2002.

“Halabi, Ernesto c/ P.E.N.-ley 25873 dto. 1563/04 s/amparo ley 16986” Corte Suprema de Justicia Argentina, febrero de 2009.

“Sisnero, Mirta Graciela, Caliva Lía Verónica, Bustamante Sandra, Fundación entre Mujeres vs. TADELVA S.R.L. y otros Amparo”, Cámara de Apelaciones en los Civil y Comercial, Sala V, Salta 18 de noviembre de 2009.

“Sisnero Mirtha Graciela; Caliva Lía Verónica; Bustamante Sandra; Fundación Entre Mujeres c/ Tadelva S.R.L.; Ahynarca S.A.; Alto Molino S.R.L. y otros s/ amparo - recurso de apelación”, Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 8 de junio de 2010.

“Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus Colectivo”, Corte Suprema de Justicia Argentina, mayo de 2005.



DEMOCRACIA EN CONSTRUCCIÓN: HOMBRES Y MUJERES TRABAJANDO

Violeta Cánaves ¹

...que sepa coser, que sepa bordar
Que sepa abrir la puerta para ir a jugar

1. INTRODUCCIÓN: LAS SENTENCIAS, LOS LADRILLOS

Hay muchas formas de construir un edificio. En Arquitectura, encontramos dos estilos que han influenciado decisivamente el siglo XX: la arquitectura racionalista y la organícista.

La arquitectura racionalista, cuyo principal protagonista fue el francés Le Corbusier, nace con la idea de solucionar problemas a partir de la razón. Teniendo como fin una arquitectura simple, despojada de toda ornamentación, sostiene entre sus postulados la idea de que la forma artística proviene de un método o un problema previamente definido, lo que conduce a la correspondencia entre forma y función. Por su parte, la llamada arquitectura organícista, con Frank Lloyd Wright a la cabeza, surge como una crítica al racionalismo, tomando al ser humano como referencia constante y buscando la armonía entre ser humano, ambiente y edificio. Así, el edificio debe crecer de dentro hacia fuera y extenderse de acuerdo a las necesidades de quien lo habita, persiguiendo así esta corriente, una humanización de las arquitecturas locales. En síntesis, mientras para el racionalismo la construcción es pensada cuidadosa y metódicamente y cada ladrillo tiene su lugar definido precisamente con anterioridad, el organícismo está menos atado al plano y más pendiente de las mutaciones del contexto.

Hay muchas formas de construir una democracia. Tomando prestados estos conceptos de la arquitectura, podemos pensar en formas racionalistas y organícistas, entre muchas otras –claro-, de construir democracia. Situándonos en la función del Poder Judicial y el análisis de sentencias, tarea que hoy nos convoca, e imaginando las sentencias como algunos ladrillos de esta construcción, podemos sugerir que el modelo racionalista se refiere a una idea de democracia tan clara y tan compartida por las y los arquitectos y albañiles, que cada sentencia sabe bien cuál es el lugar que debe ocupar para respetar el plano y la idea general de la construcción. Un modelo organícista, en cambio, va ordenando sentencias atento al contexto social, económico y político que es marcado por el pulso de los habitantes. Es

1 Abogada (Universidad Nacional del Litoral). Adscripta en Introducción a la Sociología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL. Integrante del Proyecto de Investigación 2009 "Estado de Derecho: institucionalidad y discurso" que se desarrolla en el Centro de Investigaciones de la FCJS, UNL. Becaria de Extensión Universitaria del Programa "Género, Sociedad y Universidad". Agradezco especialmente los estimulantes y respetuosos comentarios de Natalia Gherardi, y la mirada política aguda y cálida de Federico Crisalle. Igualmente, las apasionantes conversaciones de Arquitectura con Pedro Cánaves. Desde luego, los desaciertos en este trabajo son sólo míos.

decir, las sentencias pueden colaborar a cimentar una idea prefijada y compartida de democracia, o las sentencias pueden construir poco a poco consensos parciales para contribuir a crear una idea de democracia.

La democracia argentina está aún en construcción. Si bien hay algunos planos/nes sobre el rumbo que debería tomar, resultaría ingenuo pensar que cada ladrillo o sentencia va siempre en el sentido marcado. Podríamos pensar, por el contrario, que la construcción de nuestra democracia combina ambos modelos arquitectónicos: de una idea de democracia se desprenden algunas sentencias ordenadas en ese sentido, pero también hay algunas decisiones judiciales que van acomodándose según el contexto y forman una idea particular que complementa la primera. Es por eso que analizar sentencias resulta tan importante: no estamos analizando sólo la decisión de uno o varios jueces sobre un caso individual, estamos analizando también cómo interpretan y por lo tanto cómo construyen la democracia que habitamos.

Para las mujeres, la conquista del espacio público-estatal es una conquista relativamente reciente. Fue en 1947 cuando las mujeres lograron el derecho al voto, y en 1991 cuando lograron introducir el sistema de cuotas para las bancas legislativas. La democracia no ha sido una casa en la que las mujeres fueran bienvenidas sino hasta hace algunos años, y pareciera que todavía no tienen la llave de algunos cuartos.

Así como la identidad de las mujeres ha sido construida por siglos en relación al espacio privado, hoy nos encontramos en pleno proceso de construcción de identidades de las mujeres en el espacio público. Las sentencias, como decíamos, son algunos ladrillos que colaboran también en esta construcción.

En el presente trabajo se intentará analizar la problemática de la participación política de las mujeres, tomando como resorte una de las sentencias incluidas en el Observatorio de Sentencias Judiciales de la Articulación Regional Feminista. Esta sentencia, dictada en el mes de mayo de 2009 por el Tribunal Electoral de la provincia de La Rioja, tuvo por objeto resolver cómo debían oficializarse las listas de candidatos para que sea respetado el cupo femenino electoral, en las elecciones para diputados provinciales y concejales municipales de junio de 2009. Lo que nos proponemos analizar entonces, es si esta sentencia participa de la construcción de una democracia pensando en las mujeres que la habitan (organicismo), o si por el contrario, el plano ya está consensuado, y a las mujeres públicas sólo les resta ordenarse en la posición indicada por algunos arquitectos (racionalismo).

De esta manera, luego de una descripción de los argumentos centrales del fallo, examinaremos en primer lugar la relación entre éste y la jurisprudencia en materia de cupo femenino en Argentina, como también su relación con el contexto normativo. En segundo lugar, exploraremos algunos puntos

relevantes en la discusión suscitada en torno a la sanción de la Ley de Cupo nacional (Ley 24.012) para concluir con algunas consideraciones y propuestas finales.

2. CUPO FEMENINO EN LA RIOJA: SENTENCIA DEL TRIBUNAL ELECTORAL PROVINCIAL

El 28 de junio de 2009 se llevaron a cabo en toda la República Argentina elecciones nacionales para renovar parcialmente las Cámaras de Senadores y de Diputados de la Nación. A fin de unificar los comicios, la Provincia de La Rioja convocó, para la misma jornada, elecciones a diputados provinciales y concejales municipales.

Ese es el contexto en que se plantea el caso que analizaremos. El 13 de mayo de 2009, el Tribunal Electoral de la Provincia de La Rioja fue llamado a resolver la siguiente cuestión: ¿de qué manera en la elección convocada han de oficializarse las listas de candidatos a los cargos de diputados provinciales y concejales municipales para que sea respetado el cupo femenino electoral?

La Constitución de la provincia de La Rioja fue sancionada en 1986, con reformas en los años 1998, 2002 y recientemente, en 2008. Su Artículo 87 establece la composición de la Cámara de Diputados y cómo debe hacerse la distribución de las bancas entre el partido mayoritario y las minorías. En su último párrafo, remite al Artículo 81, el que establece expresamente “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.”, en idéntica redacción al Artículo 37 de la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994.

La norma contenida en el Artículo 81 fue reglamentada por la Ley Electoral 5139, que en su artículo 47 establece el cupo femenino en similares términos al Código Electoral Nacional (Art. 60, modificado por Ley 24.012):

Las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidades de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos...

Por lo tanto, es un requisito constitucional (nacional y provincial) y legal para la oficialización de las listas de candidatos incluir un porcentaje de mujeres con posibilidad de resultar electas.

Con este sustento normativo², los jueces (dos) y la jueza del Tribunal Electoral riojano dieron respuesta a la cuestión planteada. El primer voto, mi-

² Más adelante ampliaremos la descripción del marco normativo de la Ley de Cupo, aquí sólo mencionamos las normas citadas explícitamente en el fallo.

noritario, luego de una descripción de la normativa aplicable, se dedica a establecer minuciosamente “la manera en que las listas de candidatos presentadas por los partidos políticos habilitados para participar en la elección, han de respetar la cuestión de género”. Distingue así los casos de los departamentos provinciales que deben renovar un solo diputado, tres o siete. Analiza en cada supuesto, teniendo en cuenta los arreglos de la Constitución provincial sobre el reparto de los escaños entre mayoría y minorías, qué cantidad de mujeres deben ser incluidas, y especialmente, en qué orden en la lista.

Como fundamento de su decisión, este juez sostiene que

si bien es cierto que también podría sostenerse que la exigencia del cupo femenino podría satisfacerse disponiendo que una mujer sea presentada como mínimo en tercer lugar, estimo dotada de mayor razonabilidad la solución que propicié (...) , toda vez que constituye un indiscutible principio de interpretación constitucional el de que siempre debe optarse por la solución que optimice los efectos útiles de un instituto constitucional y no por aquella que pueda *desfavorecer su real operatividad*³; más aún, en el caso de un instituto como el cupo femenino electoral constitutivo de una clara opción axiológica del constituyente local de 1998, de 2002 y de 2008 por estimarle como un pilote central del régimen electoral a la cuestión de género.

Luego, este juez establece con el mismo detalle el número de mujeres y los lugares que deben ocupar en cada lista para concejales municipales.

El segundo voto es mucho más escueto y grueso, y el tercero se limita a adherir por sus fundamentos al anterior, logrando así la posición mayoritaria del Tribunal. Vale aunque sea mencionar que el tercer voto es realizado por la única jueza mujer del Tribunal Electoral riojano.⁴

Esta postura, luego también de hacer referencia a la normativa aplicable (que coincide con la mencionada por el primer voto), sostiene que “la garantía constitucional del Artículo 81 debe ser interpretada como aquella que asegura la igualdad de oportunidades entre hombre y mujer para participar políticamente. En este contexto legal, no se puede lógicamente inferir que la Carta Magna consolide el derecho de la mujer, no sólo a ser candidata con las mismas oportunidades que el hombre, sino también a ser elegida para el cargo que se postuló. Interpretar en este sentido el Artículo 81 de la Constitución Provincial implicaría modificar sustancialmente el derecho que consagra, al ampliar la hipótesis legal más allá de sus límites.” En consecuencia, entiende que la lista “que se limite a cumplir con el Art. 47 de la Ley Electoral 5139 (...) está constitucionalmente legitimada y por lo tanto,

³ La cursiva me pertenece.

⁴ Existe un debate en torno a si las mujeres en la justicia tienen una sensibilidad particular con los casos que plantean temáticas de género, o de mujeres específicamente, o no. En este caso la jueza se limita a adherir al voto anterior, sin siquiera aportar un nuevo fundamento al mismo. Para mayores referencias sobre mujeres en la justicia, ver: Malleson (2007), Kohen (2008) y Bergallo (2005).

corresponde que sea oficializada.” Fundamenta esta postura asimismo en el respeto al cronograma electoral, ya que por cuatro días, había pasado el plazo que marca la Ley Electoral para la decisión del Tribunal sobre la oficialización de las listas.

Se resuelve, entonces, “que el requisito del cupo femenino en las elecciones del 28 de junio próximo, se considera cumplido, si [la lista] prevé la participación de la mujer en un mínimo del treinta (30 %) de los cargos a elegir...”.

2.1. La sentencia de la rioja y los antecedentes jurisprudenciales

Si bien en este caso operan normas provinciales y jurisprudencia del Tribunal Electoral de la Rioja, es posible inferir que al ser la normativa provincial en materia de cupo una reproducción casi textual de la normativa nacional, la decisión y los argumentos de nuestro caso son revisables a la luz de los fallos nacionales.

La sanción de la Ley de Cupo nacional Nº 24.012 ha provocado distintos criterios en la jurisprudencia, que han ido afinándose y cambiando con el correr de los años y los casos. Sólo la Cámara Nacional Electoral ha dictado cerca de un centenar de fallos vinculados a la Ley de Cupo entre 1993 y 2005 (Villanueva Flores, 2009: 220)

En Argentina, el *leading case* en materia de cupo fue el de María Merciadri de Morini, quien en 1993 y sin ser candidata, impugnó las lista de candidaturas a diputaciones nacionales en Córdoba, presentada por su partido, la Unión Cívica Radical (UCR). En la lista a diputados nacionales, la UCR había colocado a dos mujeres en tercero y sexto lugar, sin tener en cuenta que el partido sólo renovaba cinco bancas. Merciadri de Morini consideró que se violaba la Ley 24.012 y su Decreto Reglamentario 379/93 e impugnó la lista ante la Junta Electoral. Esta impugnación fue rechazada al considerar que la lista había surgido del consenso de los integrantes del partido. Un mes más tarde, la justicia federal rechazó su solicitud y aceptó la excepción opuesta por la contraparte de falta de legitimación para actuar. La apelación de esta decisión, fue rechazada por la Cámara Nacional Electoral, así como el recurso extraordinario presentado. En octubre de 1993, Merciadri interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que fue desestimado por considerarse que la cuestión había devenido abstracta, ya que las elecciones habían pasado y el caudal de votos obtenido por la UCR había obtenido cuatro diputados nacionales, y en el caso se planteaba quién debía ocupar el quinto lugar. La Corte igualmente aclaró que la resolución no significaba un pronunciamiento sobre la legitimación de la actora.

En junio de 1994, Merciadri presentó una petición ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra Argentina por violación del debido proceso (Art. 8), de los derechos políticos (Art. 23), de la igualdad

ante la ley (Art. 24) y del derecho a un recurso efectivo (Art. 25), reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta petición fue resuelta en 1999 declarando la admisibilidad del caso y proponiendo una solución amistosa, que fue acordada el 8 de marzo de 2001 cuando la actora expresó que el decreto presidencial 1246/00 (derogatorio del decreto 379/93) contemplaba adecuadamente los aspectos esenciales que dieron sustento a la denuncia inicial (Villanueva Flores, 2009: 222; Tula, 2002: 73).

Además de este caso, que marcó por su trascendencia una modificación en la reglamentación de la Ley 24.012, existieron otros –anteriores y posteriores a Meriadri de Morini– que vale la pena mencionar por sus argumentos.⁵

Dentro de la órbita de la Cámara Nacional Electoral, el caso caratulado “Darci Beatriz Sampietro s/ impugnación lista de candidatos a diputados nacionales del Partido Justicialista distrito Entre Ríos” (confirmado luego por la Corte Suprema de Justicia de la Nación) provocó que la Cámara destaque que la interpretación de la Ley 24.012 en cuanto a los lugares en las listas a ocupar por las mujeres debe hacerse *con arreglo a la realidad*, descartándose así la mera chance que todo candidato tiene de ser potencialmente elegido⁶. Esta sentencia legitimó el carácter de orden público de la norma alegando que “en ella está interesada la organización institucional de la Nación” y evitando, en consecuencia, una interpretación por parte de los partidos del 30% como un techo máximo (Tula, 2002: 70).

En este mismo sentido, en el caso “Martin, Florencio Esteban apoderado con representación Comité Provincial y otra c/ Junta Electoral partidaria UCR s/ apelación proclamación de candidatos”⁷, la Cámara estableció que

cuando dicha ley dice que la lista debe estar integrada por un 30% de mujeres ‘en proporciones con posibilidades de resultar electas’ debe entenderse que se refiere a posibilidades ‘reales’ o ‘efectivas’, no simplemente teóricas. Lo que el legislador ha querido es posibilitar efectivamente el acceso de las mujeres a la función legislativa, en una determinada proporción. Si así no fuera, la existencia misma de la ley carecería de todo sentido, lo que no es dable suponer, toda vez que la inconsecuencia del legislador no se presume. Si esto es así, la integración de la mujer en las listas debe efectivizarse de modo que resulte, con un razonable grado de posibilidad su acceso a la función legislativa en la proporción mínima establecida por la ley. Y tal razonable grado de posibilidad sólo puede existir si se toma como base para el cómputo del 30% la cantidad que el partido renueva.

5 Para una selección más amplia de jurisprudencia de la CNE argentina, véase Villanueva Flores, op.cit. pág. 224 y sig. Para consultar jurisprudencia de otros países de América Latina y de otras provincias argentinas sobre participación política, ver: www.articulacionfeminista.org, Observatorio de Sentencias Judiciales.

6 Fallos CNE: 1567/93 y 1568/93 y CSJN 316:2031.

7 Fallos CNE 1566/93, considerando 3.

Siguiendo esta línea, en “Bousquet, Jorge Luis s/ planteo de inconstitucionalidad de la Ley 24.012 y sus Decretos Reglamentarios Unión del Centro Democrático”⁸ la Cámara sostuvo que

no resulta indiferente el lugar en que los representantes de cada una de las listas internas se encuentren ubicados en forma definitiva en la lista ‘resultante’, pues según cuáles sean esos lugares y la consecuente mayor o menor posibilidad de que los candidatos que los ocupan resulten electos, las líneas internas a que pertenecen dichos candidatos tendrán mayores o menores posibilidades de llevar su propia visión política al ámbito legislativo (...) efectivizando así una verdadera representación de las minorías en todos los niveles.

Por último, vale mencionar el caso planteado por una agrupación política contra la resolución de un juez federal electoral que no oficializó la lista de candidatos por no cumplir el cupo femenino establecido en la Ley 24.012. Esta agrupación había colocado dos hombres en los primeros lugares, cuando renovaba sólo dos cargos. La Cámara confirmó la sentencia apelada⁹ y señaló que:

claro está que puede objetarse que la inclusión de una mujer en el segundo lugar de la lista llevaría la representación femenina al 50%, pero debiéndose optar entre este porcentaje y el cero por ciento que constituye la otra alternativa, y teniendo por otro lado en cuenta que el 30% que establece la norma constituye un mínimo (...), no puede ofrecer duda que el cumplimiento del propósito de la ley sólo queda debidamente asegurado con la incorporación de una mujer entre los dos primeros puestos de la lista. (Villanueva Flores, 2009: 228)

En el caso resuelto por el Tribunal Electoral de La Rioja encontramos paralelismos y contrastes con esta jurisprudencia. En primer lugar, y como hemos explicitado, en aquél se trataba de determinar cómo debían oficializarse las listas para respetar el cupo femenino electoral. El primer voto, minoritario, a nuestro juicio acertadamente y en armonía con los criterios sentados por la Cámara Nacional Electoral, se dedica a analizar y a establecer minuciosamente el lugar que deben ocupar las mujeres en las listas, a modo de garantizar su efectiva elección y por lo tanto una real inclusión en la Cámara de Diputados riojana. De hecho, el juez fundamenta su voto manteniendo que “debe optarse por la solución que optimice los efectos útiles de un instituto constitucional y no por aquella que pueda desfavorecer su real operatividad”. Si bien no es el criterio compartido por los demás miembros del Tribunal, permaneciendo sólo como el voto minoritario, debemos destacarlo positivamente –además de por determinar los lugares a ocupar por las mujeres–, por jerarquizar la opción de la Constitución local (en concordancia con la nacional) como norte de la Ley Electoral, y por compartir el entendimiento y la sensibilidad hacia “la cuestión de género” como un “pilote central del régimen electoral”.

8 Fallos CNE 1585/93, considerando 4.

9 Fallos CNE 1854/95, considerando 3.

No merece la misma opinión, sin embargo, la decisión última del Tribunal. Más allá de nombrar las normas provinciales fundamentales, el juez y la jueza que logran la mayoría parecieran darle una mayor importancia al porcentaje puro de mujeres de la Ley Electoral, haciendo una interpretación restrictiva y conservadora. En los argumentos, sostienen que interpretar el cupo femenino como consagración del derecho de las mujeres a ser efectivamente elegidas, implicaría modificar sustancialmente la hipótesis legal, al ampliarla. Entienden por lo tanto que lo que la Ley de Cupo consagra es la oportunidad de ser *candidatas* y no efectivamente representantes, en abierta contradicción con el criterio ya visto de la Cámara Nacional Electoral, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Incluso la elección de palabras no es inocente (si es que acaso alguna vez lo es), ya que en el voto sostienen que “la lista *que se limite* a cumplir con el Art. 47 de la Ley Electoral (30%) está constitucionalmente legitimada y corresponde que sea oficializada”. Podría interpretarse entonces que en opinión de estos jueces, ir más allá del estricto 30%, o bien establecer un orden en las listas para asegurar que la candidatura pueda cumplir con su fin –esto es, el acceso a un cargo representativo- constituiría una *extralimitación*. Lo que puede leerse en esta postura, es que interpretar la norma en el sentido de asignar lugares concretos, significaría darle a las mujeres una ventaja sobre los varones, que sería por lo tanto contraria a la “igualdad de oportunidades” perseguida constitucionalmente, según como ellos la entienden.

Sin embargo, sostenemos con Marcela Rodríguez (1999: 274), que

la incorporación de un 30% en las listas no puede ser considerada siquiera como una modificación real de la estructura de poder político y social. Los varones como grupo continúan teniendo el control de todos los resortes de las instituciones políticas, el poder económico y el acceso a los privilegios sociales. A los efectos de fundamentar su reclamo respecto de que los sistemas de acciones positivas los están privando de determinadas posiciones (o bien, que los espacios a ocupar por las mujeres son espacios que se vacían de varones), éstos deberían probar primero que estas posiciones les pertenecen.

Si la cuestión a resolver en nuestro caso era cómo se *respetaba* el cupo femenino, entonces la problemática recae en revisar qué entienden por *respeto* los distintos jueces del tribunal. Mientras el voto minoritario parece entender que significa la oportunidad real de incluir a las mujeres en la función legislativa; no como la-tercera-de-la-lista para lograr la oficialización, sino como un verdadero medio para lograr la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres en la participación política; la mayoría pareciera entender por respeto el simple apego a una interpretación de la letra de la ley.

En Francia existe un refrán popular que reza: “Cuando alguien señala el cielo, el idiota mira el dedo”. Ante la positivización del cupo femenino en el ordenamiento jurídico argentino el primer juez opta por observarlo como una oportunidad efectiva de llegar a una igualdad, mientras que los segundos, elijen verlo como una mera obligación legal. Estos últimos parecieran, por lo tanto, no ver cuál es la finalidad del sistema de cuotas, sino sólo “el 30%”, es decir, el dedo. Cumplido este porcentaje, no importa cómo, se *respet*a la ley.

Esta forma de entender el respeto por el cupo femenino electoral tiene el grave riesgo de congelar la participación en el cumplimiento del puro porcentaje establecido legalmente. Por el contrario, entendemos que uno de los desafíos es construir guiones lo suficientemente cálidos para derretir estos congelamientos pegados a “la letra de la ley”. Pero imaginar estos otros guiones de actuación, y particularmente que sea el Poder Judicial el que lo haga, implica imaginar una transformación del contexto. Y si el contexto se transforma, las personas se transforman con el. O mejor dicho, el contexto se transforma porque son las personas las que lo hacen, y esto, claro, puede ofrecer alguna resistencia.

2.2. La sentencia de La Rioja y el contexto normativo

La llamada Ley de Cupo Femenino, Ley 24.012, fue sancionada en 1991. Modificando el Art. 60 del Código Electoral Nacional, estableció como requisito para la oficialización de las listas de candidatos, un cupo femenino no menor al 30%, en proporciones con posibilidad de resultar electas.

De esta manera, la República Argentina se convirtió en el primer país latinoamericano en aplicar un sistema de cuotas que garantice la participación política de las mujeres en el Congreso de la Nación (ELA, 2009:71). Este hecho sirvió de impulso para que varios países de la región¹⁰ aceleraran la presentación y sanción de leyes similares (Archenti, 2002: 38)

Asimismo, en un lapso de 10 años prácticamente todas las provincias argentinas dictaron leyes en el mismo sentido. Una de las primeras fue precisamente la provincia de La Rioja, que en mayo de 1992 modificó el Art. 47 de la Ley Electoral 5139 (Boletín Oficial 8975) con un texto casi igual al del Art. 60 del Código Electoral Nacional.

La Ley nacional fue reglamentada por el Decreto N° 379/93 del Poder Ejecutivo (bajo la presidencia de Carlos Menem), que llevó por título “Participación de la mujer en listas de candidatos a cargos electivos” y dispuso: 1) que el ámbito de aplicación de la Ley 24.012 abarcaría la totalidad de los cargos electivos parlamentarios nacionales, la municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los consejos vecinales, 2) que el 30% de los cargos para mujeres debía interpretarse como un mínimo y no como un máximo, 3) en

10 Entre ellos: Bolivia (1997), Brasil (1996), Costa Rica (1999), Ecuador (1997), entre otros.

forma taxativa, el lugar que debían ocupar las candidatas de acuerdo a la cantidad de cargos a renovar en cada distrito (Tula, 2002: 69).

Esta reglamentación fue derogada en el año 2000 por el Decreto 1246/00 (durante la presidencia de Fernando De la Rúa), consecuencia de la solución amistosa propuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Merciadri de Morini. Este decreto solucionó las diferencias interpretativas que se habían suscitado en la jurisprudencia en torno al significado de “la probabilidad de ser electas” según los lugares ocupados por las mujeres en las listas, entendiendo que debe tratarse de una probabilidad efectiva. Al mismo tiempo, habilitó a todas las personas inscriptas en el padrón electoral del distrito a impugnar cualquier lista considerada violatoria de esta norma (Art. 11), estableciendo igualmente de manera más clara la forma de integrar las boletas según la cantidad de cargos en disputa (Tula, 2002: 76).

Junto a la modificación del Código y leyes electorales y su reglamentación –en Nación y provincias-, es relevante destacar la consagración constitucional del principio de igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, que se produjo con la reforma de la Constitución Nacional en 1994 (Art. 37). Esta norma establece además que esta igualdad deberá garantizarse por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral. En las Disposiciones Transitorias se especifica además que las acciones positivas del Art. 37 no podrán ser inferiores a las vigentes en el momento de sancionarse la Constitución (30%).

Como ya hemos mencionado, la Constitución riojana recogió el principio de igualdad real de oportunidades en materia eleccionaria en su reforma de 1998. En la Cláusula Transitoria Cuarta de la reforma de 2008, a los fines de regular las elecciones de 2009 y 2011, establece que

En cada una de estas convocatorias, y elecciones, deberá actuarse garantizando (...) el cumplimiento de lo establecido en el Artículo 81º de la igualdad real de oportunidades. Al respecto, la Ley Electoral impondrá como lo ordena el Artículo 87º, que para la oficialización de las listas, la Justicia Electoral deberá respetar la igualdad de los géneros como requisito de validez para los Partidos Políticos.

La última reforma de la Constitución Nacional fue de enorme importancia, igualmente, por la incorporación a su texto –y por lo tanto a su jerarquía- de distintos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entre los que figura la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- (Art. 75, inciso. 22). Esta Convención establece, especialmente en sus artículos 7 y 8, una concepción más amplia de lo que significa participar en la vida política y pública del país (ELA, 2009: 72). Específicamente establece que los Estados “garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a: (...)

b) participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales” (Art. 7).

De toda esta estructura normativa descrita, la parte resolutive del fallo riojano hace mención sólo de la Ley Electoral N° 5139 (Art. 47) y al Art. 81 (igualdad real de oportunidades) de la Constitución local. En ningún momento es mencionada la CEDAW o el nuevo Art. 37 de la Constitución Nacional: ni siquiera por el magistrado preocupado por el respeto de “la cuestión de género”, ni siquiera como una forma de reforzar el marco jurídico-normativo de su voto.

Muchas veces se ha repetido desde distintas teorías feministas del Derecho y campos activistas, que las conquistas legislativas no producen cambios por sí mismas.

Ahora bien, llevó casi 200 años reconocer que los derechos de las mujeres también eran derechos humanos. Si una vez lograda la consagración constitucional de la CEDAW los magistrados no la utilizan, fundamentando sus decisiones también en ella, se corre el riesgo de volver sobre los pasos dados.

No se trata de utilizar la CEDAW como una forma más de adornar las sentencias, sino que se trata por el contrario de usarla para que gane fuerza. La CEDAW, así como la Constitución, son puntos de partida. Si con la lingüística aprendimos que el lenguaje no describe el mundo, sino que lo construye, que se nombre a la CEDAW en los fallos es una forma de construir otra realidad. Una realidad en la que verdaderamente los derechos de las mujeres sean derechos humanos. La Constitución es también constituyente de subjetividades e identidades.

Como bien reconoce Pautassi,

promover acciones de reconocimiento de los derechos civiles, políticos y sociales que incorpora la Constitución, implica cumplir un rol fundamental en los procesos de transformación de políticas públicas, acciones que deberían ser apoyadas por las decisiones judiciales. Esto significa que si bien los jueces no resuelven sobre políticas públicas, sino sobre derechos individuales, resulta clave el conocimiento de las mismas para poder, de este modo, participar en el proceso de planificación por parte del Poder Ejecutivo y del Legislativo. Precisamente, se trata de advertir sobre la posibilidad de accionar en esta dirección para poder ampliar las esferas de transversalidad desde una perspectiva de género. La Constitución reformada otorga para ello el marco adecuado (2002: 92).

3. LEY DE CUPO Y ACCIONES AFIRMATIVAS

Consideramos útil revisar ahora algunos puntos centrales de la discusión en torno a la sanción de la Ley de Cupo en el plano nacional; ya que fue con

esta ley (Nº 24.012)¹¹ con la que el sistema de cuotas ingresa a nuestro país y por lo tanto fue donde provocó, quizás, mayores resistencias. En este sentido, comencemos con algunas consideraciones sobre las acciones positivas.

Las acciones positivas como mecanismo para lograr la igualdad de oportunidades, han sido introducidas en el texto de la Constitución Nacional con la reforma de 1994 (Art. 37). Según esta norma, estas acciones deben garantizar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios. Esta clase de herramientas se hace necesaria como un medio para lograr una igualdad *real*, en contraposición a una igualdad que podría considerarse más *abstracta* como la ya contenida en el Art. 16 de la Constitución (igualdad ante la ley). Como bien señala Marcela Rodríguez,

el objetivo final de las acciones positivas es generar una sociedad en la cual, cada sujeto reciba igual respeto y en la cual se reduzcan las consecuencias de la discriminación. Esta sociedad igualitaria demanda la comprensión de que, el punto de partida es asimétrico y que, la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales (1999: 252).

Por lo tanto, la distribución desigual de instrumentos constituye una condición necesaria para el cumplimiento de la igualdad. Cuando la desigualdad social es la norma imperante en el contexto inicial previo a la distribución de herramientas, no podemos esperar que la mera igualdad abstracta de oportunidades sea capaz de asegurar la igualdad de resultados. Esto es especialmente relevante a los efectos de evaluar la legitimidad del sistema de cuotas para mujeres en un contexto donde la discriminación de género y la jerarquía social son norma (Rodríguez, 1999: 249).

Las normas que establecen cuotas se consideran medidas correctoras tendientes a lograr una mayor democratización de la sociedad a través de la ampliación de los márgenes de representación, modificando la composición de los órganos de gobierno y garantizando por lo tanto, el derecho de las mujeres a ser representantes (Archenti, 2002: 31). Aunque una mayor cantidad de legisladoras no asegura una mayor representación de las mujeres como grupo en dichos órganos, la presencia de mujeres en los parlamentos implica por lo menos, la posibilidad de que también estén presentes otras voces, intereses, experiencias y formas de hacer y ser políticas, extendiendo así aquellos márgenes.

En 1990 y 1991, durante la discusión en la Cámara de Senadores y de Diputados respectivamente sobre esta ley, se dieron argumentos en contra y a favor que vale la pena revisar. (Marx, Borner, Caminotti, 2007: 63 y ss)

¹¹ El proyecto de esta ley fue presentado por la senadora cordobesa Margarita Malharro de Torres de la Unión Cívica Radical. En un acuerdo entre mujeres de diferentes partidos políticos, se había arribado a la decisión de presentar proyectos para conseguir el cupo femenino en las dos cámaras. La resistencia de los partidos políticos a aplicar cuotas dentro de sus cartas orgánicas hizo que las mujeres políticas buscaran una solución por medio de la modificación legal del Código Electoral.

Podemos clasificar los argumentos a favor de la sanción de la ley en dos grupos: por un lado, aquellos que hacían hincapié en un principio de justicia, y por otra parte, aquellos que resaltaban “la virtud femenina” como un valor que justificaría garantizar el ingreso de las mujeres a las cámaras. Los primeros destacaron que las mujeres se encontraban subrepresentadas en el Congreso, en proporción con la cantidad de mujeres en el padrón electoral (más de la mitad del mismo), y esto lesionaba la legitimidad de las instituciones democráticas. Se puso de resalto asimismo el rol esencial que jugaron las mujeres en la recuperación de la democracia, y la contradicción con el rol pasivo que les asignaron dentro de los partidos posteriormente. Lo que se denunciaba recurrentemente en las distintas intervenciones, era la exclusión de las mujeres de las estructuras de decisión de los partidos políticos, comandados siempre por varones.

La segunda serie de argumentos giró en torno a la posición que sostiene que la “naturaleza de la mujer” moraliza la política. Este argumento se había dado también en las discusiones en torno al sufragio femenino a fines del siglo XIX. De hecho, este punto generó en este debate una suerte de consenso: tanto los antisufragistas como las sufragistas coincidían en que las mujeres eran más débiles, aunque más morales y virtuosas, que los hombres. Mientras los antisufragistas defendían que conceder el voto a las mujeres debilitaría el Estado, ya que las mujeres no podía emplear la fuerza y tomar las armas, las sufragistas sostenían que la mayor moralidad y rectitud de las mujeres transformaría el Estado y marcaría el comienzo de una era de la paz (Pateman, 1996: 42).

En el debate sobre la Ley de Cupo, pueden leerse argumentos similares pronunciados con el fin de legitimar la participación de las mujeres mediante la exaltación de presuntas cualidades distintivas. Así, una diputada sostenía “...Esa es la calidad de la mujer argentina que pretendo aquí, no sólo su inteligencia, su prestigio o su capacidad intelectual. Creo que esa rectitud y esa lealtad de la mujer argentina es la que debemos incorporar a los hechos políticos y legislativos...”, y otra en idéntico sentido decía “No olvidemos que ya sea por cultura, biología o educación, la mujer es más sensible a las necesidades reales, concretas y cotidianas de la gente (...). Así, mediante un discurso, un estilo y una ética nueva de la política construiremos un mundo más humano y menos cruel.” (en Marx, Borner, Caminotti, 2007: 69). Es al menos curioso (sino alarmante) notar las coincidencias con el debate sobre el sufragio femenino del siglo XIX. La caracterización de “la mujer argentina” fue compartida por diputados a favor y en contra del sistema de cuotas, aunque también fue discutida por algunas diputadas.

Los argumentos en contra de la adopción legal del cupo femenino también pueden ser clasificados en dos grupos: por un lado, los que bajo la defensa del principio de igualdad, sostuvieron la centralidad del mérito. Por otro, los que veían en el cupo una medida que no modificaría la situación de explotación de las mujeres, considerándolo entonces, inútil. Los primeros, a

modo de ejemplo, sostuvieron que “la norma que se pretende instrumentar vulnera el principio de igualdad ante la ley y conlleva un agravio hacia la mujer, ya que se considera que sólo puede acceder a lugares de importancia mediante el imperio coactivo de una ley” (en Marx, Borner, Caminotti, 2007:65). También se apeló al argumento liberal de mérito para indicar que una medida especial para apuntalar candidaturas femeninas, lesionaría el reconocimiento de aquellas mujeres que, por su trayectoria, habían logrado conquistar espacios propios en la política institucional argentina (ídem). Esta línea sin embargo, es discutida por Pateman (2000: 209), entre otras, al afirmar que “una mujer excepcional hoy en día puede ser Primera Ministra, pero ese logro particular deja intacta la estructura de la vida social de las mujeres no excepcionales, de las mujeres como categoría social.” Aclarando de esta manera, el carácter social y no individual de la problemática.

La segunda clase de argumentos en contra de la sanción de la ley, fue sostenida por un diputado de la izquierda que afirmaba que “podemos otorgar a las mujeres el 80% de la representación parlamentaria, pero estoy seguro de que no lo podrán ocupar porque no tienen tiempo para hacer política dado que viven totalmente explotadas” (en Marx, Borner, Caminotti, 2007: 66). Si bien este argumento es a nuestro juicio acertado, ya que no puede pensarse en la participación política de las mujeres fuera del contexto social y económico, creemos que la ley de cupo es precisamente una herramienta que puede compensar a las mujeres por un contexto social y político históricamente discriminatorio en términos de género, promoviendo su acceso al proceso político y siguiendo así los requerimientos de un principio de igualdad real (Rodríguez, 1999: 261).

Esta discusión tuvo lugar hace 19 años. Sin embargo, podemos reconocer entre líneas en los fundamentos de nuestra sentencia riojana, algunos de estos argumentos. De hecho, la conformidad del Tribunal a que la lista “se limite” al 30% de mujeres para su oficialización, sin tener en cuenta la posibilidad de resultar electas según el lugar en la lista que ocupen, marca precisamente cuál es el límite de la igualdad real de oportunidades según este Tribunal. Este límite así entendido, por lo tanto, marca también un límite de la ciudadanía para las mujeres y un límite en la capacidad de transformación de la democracia. Tal como sostiene Haydée Birgin (1995: 34), la igualdad de “oportunidades” es en realidad “oportunidad” de la democracia para incorporar la riqueza de las mujeres y consolidar el orden democrático en tanto práctica cotidiana.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: IMAGINAR PARA RECONSTRUIR

El Derecho es una de las estrategias creadoras de género. Como tal, observar sentencias se transforma asimismo en una observación de nosotras mismas, y por lo tanto en un acto potencialmente emancipador, ya que significa observar cómo son interpretadas y construidas las reglas que nos norman, que nos constituyen.

Particularmente, la sentencia del Tribunal Electoral de La Rioja colabora en la construcción de mujeres en el espacio público. La teoría contemporánea se refiere a la identidad femenina como algo múltiple, inestable, algo que debe ser creado y recreado más que como una identidad que simplemente deba ser descubierta (Phillips, 1996: 90). La mujer que parece construir nuestra sentencia es una mujer/candidata que, como las eternas perdedoras de los juegos de raspaditas, siempre “sigue participando”. Es decir, aquí se parecieran desconocer voluntariamente los objetivos últimos de la ley de cupo: que haya más mujeres en los cargos representativos, y no sólo más mujeres candidatas. Este límite interpretativo –nada inocente- se contenta con la vaguísima referencia al 30% mínimo, que aunque significó una conquista en los derechos políticos de las mujeres, hoy resulta insuficiente. Debemos correr el horizonte de lo exigible. La Ley de Cupo es un buen comienzo, pero debemos verla como eso: un comienzo. Aunque para algunos/as, el comienzo sea un fin.

Al no garantizar esta sentencia lugares a las mujeres candidatas, que les permitan acceder realmente a un cargo representativo, estos jueces no están garantizando además, el acceso a -al menos- la posibilidad de que las mujeres vuelquen su voz y experiencias en el ámbito estatal-legislativo; no garantizan el acceso a la posibilidad de producir otro Derecho, esta vez más atento a necesidades y demandas alternativas. Sabemos ya que el acceso de las mujeres a cargos legislativos (o ejecutivos, o judiciales) no provoca por sí mismo una “sensibilidad especial” para con los problemas de las mujeres, pero debemos reconocer que el cupo femenino brinda, aunque sea, una posibilidad para que la legitimidad de la democracia se vea fortalecida.

Observando la sentencia riojana, nos hemos preguntado qué significaba para este Tribunal *respetar* el cupo femenino para la oficialización de las listas: si hacer cumplir el mero porcentaje de la ley, o entender el fin constitucional de la igualdad real de oportunidades. Ahora bien, este respeto podría considerarse también como un respeto al funcionamiento de los partidos políticos y a los consensos partidarios en el armado de las listas. Es decir, el Tribunal decide que, siempre y cuando se respete el mínimo del 30%, las listas están constitucionalmente legitimadas y deben ser oficializadas, dejando así el tema de los lugares como una cuestión a consensuar libremente dentro de la dinámica de cada partido. Sin embargo, esta aparente libertad de regulación y consenso, puede ser leída de otra manera.

Al no maximizar el tribunal la oportunidad de asignar a las candidatas lugares con posibilidades reales de ser electas, la cuestión pasa a ser regulada por otro tipo de derecho: no ya el de la CEDAW, la Constitución o la Ley de Cupo, sino el derecho interno implícito dentro de los partidos políticos. Con este derecho, no nos referimos a las cartas orgánicas partidarias que, como normas explícitas internas regulan su funcionamiento, sino a esas otras normas no escritas e implícitas que parecerían disciplinar también

las decisiones. Este “derecho de los partidos”, está sustentado muchas veces en pautas cargadas de sexismo. A la hora de confeccionar las listas, candidatas y candidatos parecen ser seleccionados por razones basadas en la confianza personal, lealtades personales o partidarias, vínculos de parentesco, acuerdos entre líneas o grupos internos, o por peso político personal (Archenti, 2002: 55). En el caso de las mujeres candidatas, todas estas razones están teñidas además de un fuerte componente sexista y estigmatizante. Estos criterios en numerosas ocasiones poco tienen que ver con las pautas fijadas en la Constitución y los Tratados Internacionales, como un sistema de principios y valores que llena de contenido la democracia y manda a los partidos a cumplir su rol en un sentido y no en otro. Es por eso que el hecho de que este Tribunal deje pasar la chance de incidir con buenos fundamentos la confección de las listas y por lo tanto la dinámica de los partidos, fortaleciendo los derechos humanos de las mujeres, resulta reprochable.

Pero también es importante preguntarnos hasta dónde es relevante este caso. Veamos. Si bien hemos sostenido la importancia de las sentencias en la construcción de la democracia, no son los únicos ladrillos. La CEDAW se refiere a las acciones afirmativas como medidas de carácter transitorio, con la esperanza de que la influencia de la ley de cupo en la dinámica de los partidos sea tal, que en un momento deje de ser necesaria como ley obligatoria estatal y se convierta en una norma del “derecho de los partidos” que mencionábamos antes. Pero para que esto pueda ocurrir, la ley de cupo debe estar acompañada de una serie de políticas públicas que den cuenta de la intención del Estado de satisfacer demandas también sobre derechos sociales, junto con las demandas sobre derechos políticos. Para que haya más mujeres en la política, para que las mujeres puedan tener el tiempo de pensar en lo público, debe producirse una transformación en el ámbito privado. En la política argentina, son pocos y relativamente tibios aún los intentos por sentar políticas públicas que redistribuyan la carga doméstica entre varones y mujeres, para que la redistribución de la política pueda también ser efectiva.

Si bien resulta esencial su análisis, la sentencia riojana a la que nos dedicamos es un síntoma de que hay algo en la política que no está funcionando: si 19 años después de la sanción de la ley de cupo y de cientos de sentencias interpretándola, nos seguimos encontrando con casos y decisiones como ésta.

Hay un consenso algo generalizado sobre los beneficios que ha traído la Ley de Cupo para las mujeres, y sobre su aún enorme potencialidad. Sin embargo, encontramos todavía una agenda pendiente, que tiene que ver con negar la autocomplacencia que este tipo de medidas podría generar. Así como al hablar de política no se hace referencia únicamente a la política estatal, la participación política de las mujeres no se reduce al acceso a cargos representativos del Estado. Poner el acento sólo en las estrate-

gías intra-estatales de inclusión y reconocimiento, presenta el peligro de dejar intacta, o postergada, la necesidad y el reclamo por estrategias de inclusión y reconocimiento de lo político público no estatal, y de lo privado. Al definir como participación política sólo a la participación estatal, se corre el riesgo de despolitizar las participaciones cotidianas privadas, tan cargadas de política. Con una conceptualización de la participación excluyente de estos otros espacios, pierde la política (como práctica y como concepto) su capacidad transformadora y emancipadora, y pensar que una ley estatal puede condensar y resolver la participación política de las mujeres, quita esta capacidad, también por medio -precisamente- de la autocomplacencia.

La Ley de Cupo es una medida que, entre otras, busca subsanar desventajas históricas para las mujeres. Estas particulares desventajas se relacionan con una exclusión del ámbito estatal debido a una serie de pautas culturales y jurídicas que, al tiempo que limitaban la ciudadanía política de las mujeres, las confinaba al ámbito doméstico.

Al comienzo nos proponíamos analizar si esta sentencia construye una democracia pensando en las mujeres que la habitan (modelo organicista), o bien sólo permite a las mujeres ubicarse en un plano consensuado por otros (modelo racionalista). Creemos que la sentencia del Tribunal Electoral de la Rioja adhiere a un modelo racionalista de construcción. Aunque nuestra aspiración sea lograr un modelo organicista aún con desaciertos, aún con sombras que oscurezcan el problema, aún con riesgos. Porque las mujeres también construimos democracia y con o sin llaves, tenemos la férrea decisión de entrar en todos los cuartos de la casa.

El desafío reside en pensar la democracia como algo más que un conjunto de instituciones, como algo más que dispositivos institucionales inmodificables (Mangabeira Unger, 1999: 25 y ss). Si las construcciones que hacemos también nos constituyen, pensar que lo construido no puede rehacerse nos paraliza, así como también nos paraliza pensar que son otros los que nos construyen, que no tenemos opinión ni capacidad de acción ni esperanza en transformar el plano. Hoy, como siempre, nuestros intereses e ideales siguen siendo rehenes de los dispositivos prácticos disponibles para realizarlos. Sólo podemos alcanzarlos más plenamente si reimaginamos y recreamos los dispositivos a los que están atados. Y sólo podemos hacerlo pieza por pieza y paso a paso (Mangabeira Unger, 1999: 238).

Si es que acaso la tiene, la potencia de la idea de democracia en construcción existe en la posibilidad de reconstruirla colectivamente, entre hombres y mujeres, cuando se considere necesario. Para no construir una casa que nos encierre, sino una casa que nos permita hacer y ser con imaginación, esperanza, equidad. Una casa que nos permita, cuando lo deseemos, abrir la puerta para ir a jugar.

BIBLIOGRAFÍA:

Archenti, Nélica. (2002) “Los caminos de la inclusión política. Acciones afirmativas de género”, en *Hombres públicos, mujeres públicas*, Silvia Vázquez (compiladora). Fundación Friedrich Ebert y Fundación Sergio Karakachoff. Buenos Aires.

Bergallo, Paola (2005) “¿Un techo de cristal judicial?: el procedimiento de selección de jueces para Buenos Aires” en *Más allá del Derecho: Justicia y Género en América Latina*, Siglo del Hombre Editores.

Birgin, Haydée (1995) “Acción pública y ciudadanía: ¿políticas públicas para las mujeres o derechos ciudadanos?”, en *Acción pública y sociedad. Las mujeres en el cambio estructural*, Haydée Birgin (compiladora) CEADEL, Feminaria Editora. Buenos Aires. (Disponible en www.ela.org.ar)

ELA, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (2009). *Informe de género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos humanos de las mujeres (2005-2008)*. Ed. Biblos. Buenos Aires.

Kohen, Beatriz (2008) *El género en la justicia de familia. Miradas y protagonistas*, Ed. Ad Hoc.

Malleson, Kate (2007), “La justificación de la igualdad de género en la magistratura: por qué la diferencia no funciona” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* Año 8, Nº 1.

Mangabeira Unger, Roberto (1999). *La democracia realizada. La alternativa progresista*. Ed. Manantial. Buenos Aires.

Marx, Jutta; Borner, Jutta y Caminotti, Mariana (2007). *Las Legisladoras. Cupos de género y política en Argentina y Brasil*. Siglo XXI. Buenos Aires.

Pateman, Carole

(1996) “Críticas feministas a la dicotomía público/privado”, en *Perspectivas feministas en teoría política*, Carme Castells (compiladora). Ediciones Paidós. Barcelona.

(2000) “Feminismo y Democracia”, en *Cambios Sociales, Económicos y Culturales*, Navarro Marysa y Stimpson Catherine R. (compiladoras). Fondo de Cultura Económica. México D.F.

Pautassi, Laura (2002). “Ciudadanía y autonomía de las mujeres en Argentina ¿un sueño imposible?”, en *Hombres públicos, mujeres públicas*, Silvia Vázquez (compiladora). Fundación Friedrich Ebert y Fundación Sergio Karakachoff. Buenos Aires.

Phillips, Anne (1996) “¿Deben las feministas abandonar la democracia liberal?”, en *Perspectivas feministas en teoría política*, Carme Castells (compiladora). Ediciones Paidós. Barcelona.

Rodríguez, Marcela (1999) “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Frías (compiladoras) LOM Ediciones, Santiago de Chile.

Tula, María Inés (2002). “La Ley de Cupo en la Argentina: la participación de las mujeres en

los órganos representativos de gobierno”, en *Hombres públicos, mujeres públicas*, Silvia Vázquez (compiladora). Fundación Friedrich Ebert y Fundación Sergio Karakachoff. Buenos Aires.

Villanueva Flores, Rocío (2009). “La importancia de la justicia constitucional y electoral para la eficacia de las cuotas electorales. Las experiencias costarricense y argentina en comparación con la de otros países de la región” en *Igualdad para una democracia incluyente*, Line Barreiro e Isabel Torres (editoras y coordinadoras académicas). Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. (Disponible en <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer>)



REFLEXIONES ACERCA DEL LITIGIO EN MATERIA DE GÉNEROS Y SEXUALIDADES

Paula Víturro ¹

1. INTRODUCCIÓN

La cordial invitación que me formulara el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), para reflexionar acerca del cumplimiento de los derechos de quienes se apartan de la heteronormatividad, a partir de los fallos que integran el Observatorio de Sentencias Judiciales del año 2009, es una tarea complicada por diversos motivos, todos ellos de índole ideológica.

El presente trabajo es sólo un rápido repaso de esos problemas a los que nos enfrentamos quienes trabajamos en el activismo antidiscriminación en el ámbito del derecho, sea a través del litigio judicial, la reforma legal, o bien como investigadoras/es en el marco de proyectos cuyas fuentes primarias son las sentencias judiciales.

Utilizaré como disparador, dos de los fallos que integran el Observatorio. Ambos fueron dictados en el marco de acciones promovidas por mujeres lesbianas.² En el primer caso se trata de una sentencia interlocutoria de primera instancia que hace lugar a la medida cautelar solicitada en el marco de un proceso de amparo, cuyo objeto es la cobertura económica por parte de la obra social de un tratamiento de fertilización *in vitro*.³ En el segundo, la sentencia tiene por objeto hacer lugar al pedido de autorización formulado por una mujer lesbiana presa, con el objeto de recibir visitas íntimas por parte de su pareja.⁴

1.1. Del método

Antes de ingresar en el análisis de las particularidades de los casos mencionados, es necesario señalar una dificultad metodológica. Si bien ella seguramente se les presentó de manera más acuciante a quienes trabajaron en la tarea de relevamiento de las sentencias que integran el Observatorio, es importante destacarla porque es común a todas las investigaciones cuyas fuentes primarias son fallos judiciales.

1 Docente del Departamento de Filosofía, Fac. de Derecho (UBA). Codirectora del proyecto de investigación "Cuerpos indómitos, violencia biopolítica. Narración y representación de desaparecidos, locos, travestis e intersex", en el marco de los proyectos bienales 2008/10 UBACYT (categoría "Investigadores Formados"), Instituto de Investigaciones Gino Germani, Fac. de Ciencias Sociales, (UBA). Coordinadora del área "Tecnologías del género" del Centro Cultural Rector Ricardo Rojas (UBA), activista feminista.

2 A partir de la obra de Wittig (1992), parte de la teoría lésbica impugnó el término mujer razón por la que la calificación de "mujeres lesbianas" puede ser inapropiada. Dado que los fallos nada dicen los acerca de la forma en la que las litigantes se identifican, opté por la calificación más habitual aunque no por ello menos problemática. Sobre las tensiones identitarias que al respecto se dieron al interior del feminismo volveré mas adelante.

3 "P., M. E. y otros contra OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) sobre Amparo (art. 14 CCABA)", sentencia del 24/11/2009.

4 "Pistillo, Rosa Gisella s/ autorización visitas", sentencia del 11/12/2009.

En un sistema federal de administración de justicia con control difuso de constitucionalidad como el argentino, carente de un sistema integrado de registro de sentencias, el acceso a las mismas es contingente. La circulación de información depende en gran medida de los criterios de selección y clasificación de los costosos servicios privados de periódicos y bases de datos jurídicas, y/o del interés de los medios masivos de información por ciertos temas. Si bien sería ingenuo sostener que tal dificultad podría ser sorteada en su totalidad -en especial por parte de quienes no son operadores jurídicos calificados- mediante la creación de una base integral de acceso público y gratuito, lo cierto es que ello permitiría al menos poner en discusión sus criterios de clasificación y búsqueda.

Esto último es especialmente importante en cuestiones que por ser disruptivas del orden hegemónico y/o ser consideradas poco importantes para dicho orden, son soslayadas o directamente silenciadas en los ámbitos institucionales (sean las facultades de derecho, los ámbitos de producción científica, los tribunales, la producción doctrinal, etcétera).⁵

De hecho la categoría “género” no forma parte de los criterios clasificatorios de las bases existentes en nuestro país, entre los que sí podemos encontrar categorías hace ya largo tiempo descalificadas por discriminatorias y/o eugenésicas tales como “homosexualismo”, “transsexualismo”, “hermafroditismo”, entre otras. Este no es un problema limitado a la conformación de los tesauros y criterios de archivo sino que es un reflejo de la resistencia a la incorporación de la categoría de género⁶ en el vocabulario jurídico en general.

Por lo tanto debemos tener en cuenta dos aspectos fundamentales. En primer lugar, aún los modos de acceso y la organización de las fuentes están atravesados por patrones de discriminación. En segundo lugar, tales fuentes son sólo indicios, fragmentos, relatos conformados por múltiples discursos disciplinares muchas veces contradictorios entre sí.⁷ De acuerdo con E. Marí, la identidad o coherencia interna del campo semántico del discurso del derecho, es el resultado de un proceso de producción caracterizado por un incesante tráfico de discursos disciplinares de diferente origen, forma y función que si bien fijan y determinan las condiciones de posibilidad de surgimiento material del discurso jurídico, son finalmente eludidos o desconocidos por este.⁸ Esta circunstancia, propia de la complejidad del funcionamiento ideológico del discurso jurídico, debe ser tenida en consideración a los efectos de evitar cualquier afirmación con pretensiones universalistas.

5 Una introducción a la problemática jerarquización de contenidos que se da en el mundo del derecho puede verse en Kennedy, 2001.

6 La conceptualización de la categoría de género está sujeta a una compleja y rica disputa teórico-política cuyo desarrollo excede los límites del presente trabajo. Al respecto véase Franke, 1995 y Viturro, 2006.

7 Conf. Marí, 1993; Viturro, 2001; Viturro, 2003.

8 “¿Cuál es la regla de formación del discurso jurídico que al mismo tiempo entrelaza y criba otros discursos, los incorpora y expulsa a la vez de su dominio, los aplica y debilita, los integra y frustra, organiza su campo semántico con ellos y los desconoce acto seguido para lograr la identidad de su especificidad?” Marí, 1993: 252.

1.2. Del encuadre

Otro motivo de dificultad está dado por la forma en la que suelen materializarse las disputas en el ámbito jurídico, en general centradas en discusiones acerca de la legalidad de los límites entre lo prohibido y lo permitido. Desde esa perspectiva, las sentencias judiciales pueden ser rápidamente clasificadas como positivas o negativas según su dispositivo. Así aquellas que autorizan el ejercicio de un derecho, u ordenan al Estado a proveer los medios para realizarlo y/o abstenerse de cualquier maniobra obstaculizadora, serían bajo esta óptica positivas.

Sin embargo, cuando como en nuestro caso el objeto de dicha jurisprudencia es el dispositivo de la sexualidad, “el punto importante será saber en qué formas, a través de qué canales, deslizándose a través de qué discursos llega el poder hasta las conductas más tenues y más individuales, qué caminos le permiten alcanzar las formas infrecuentes o apenas perceptibles del deseo, cómo infiltra y controla el placer cotidiano” (Foucault, 1977:18).

A partir de esta filosofía de la sospecha, podemos obtener análisis más complejos que den cuenta de las múltiples implicancias de una decisión, aún cuando esta pueda sin duda ser catalogada *prima facie* como favorable o acorde a algún ideario progresista.

1.3. De las agendas

Las dos sentencias seleccionadas son muy significativas si tomamos en consideración que en el ámbito local, las demandas del colectivo de lesbianas suelen ser relegadas e invisibilizadas, tanto al interior del movimiento feminista como del gay-lésbico.

Tal como sucede en otros lugares del mundo, y a pesar de la influencia que los feminismos lésbicos ejercieron en la historia de la evolución de las discusiones feministas,⁹ la agenda del feminismo legal suele estructurarse en torno a las problemáticas de las mujeres blancas, heterosexuales, urbanas y de clase media. Como señala J. Fernández, el presupuesto según el cual todo lo que tenemos en común las mujeres debido al sexo, genera todo lo que tenemos en común en términos de género, explica la tendencia a pensarlo como representativo de lo que todas las mujeres compartimos. De esa manera, aspectos como la preferencia sexual, la etnia, la clase, etc., pasan a ser indicativos de lo que tenemos de diferente. Sin embargo, este modelo aditivo no da cuenta de, por ejemplo, las importantes diferencias entre las mujeres blancas y las negras respecto de sus experiencias frente al sexismo o la lesbofobia. Como consecuencia, termina ocultando o subalternando las diferencias a través de la imposición de una identidad basada en una experiencia común ficta: la femineidad (Fernández, 2003).

9 Conf. Wittig, 1992; Lorde, 2003; Butler, 2001; De Lauretis, 2000, entre muchas otras.

Otro tanto sucede al interior de los movimientos GLTTBI, no exentos de sexismo, donde la agenda de los hombres blancos, urbanos y de clase media se impone en relación con otras demandas.

Sabido es que la problemática del acceso a la justicia es especialmente evidente en contextos de discriminación que involucran a colectivos afectados por múltiples variables de opresión. El rol privilegiado que poseen las variables de género y orientación sexual en la definición de estas agendas invisibiliza el impacto diferencial de la variable económica. Los altos niveles de exclusión que sufren algunos grupos hace mucho más dificultoso (cuando no imposible) el litigio, en especial si se trata de grupos que cuestionan la supuesta correlación entre sexo y género.¹⁰ En nuestro país el ejemplo más acabado es el de la colectividad travesti.

En el contexto latinoamericano, la fuerte exclusión económica que sufren estos grupos, no sólo restringe la posibilidad de articulación política de sus demandas frente al Estado sino que imposibilita el acceso a otros recursos que podrían facilitar el acceso a la justicia. Esa circunstancia quedó plasmada en la demanda promovida por la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti Transexual (ALITT) frente a la denegatoria por parte del poder administrador, del reconocimiento de su personería jurídica. Entre los múltiples argumentos utilizados por ALITT, había uno que destacaba por su pragmatismo. La falta de reconocimiento estatal de su personería le impedía acceder a gran parte de las ayudas económicas ofertadas por las grandes financiadoras internacionales destinadas a la promoción de los derechos humanos de las personas GLTTBI. Así sus demandas debían ser intermediadas por otras organizaciones, condicionando y subalternando su propia agenda.¹¹

2. LOS PATRONES NORMATIVOS Y EL NATURALISMO EN LAS SENTENCIAS SOBRE SEXUALIDADES DISIDENTES

2.1. De los patrones normativos

La fundamentación normativa de los casos bajo análisis es equivalente, ya que se basan en los principios de igualdad y no discriminación. Así la situación legal de las *parejas* heterosexuales operaría en ambos casos como el patrón normativo, es decir como el límite de lo exigible.

Recordemos que en uno de los casos, una pareja conformada por mujeres interpuso una acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (Oscba), con el objeto de que se les brinde cobertura económica del tratamiento de fertilización *in vitro* por técnica ICSI. Del relato de los

¹⁰ Al respecto véase Viturro, 2006.

¹¹ Todo el expediente judicial originado por la demanda de ALITT y que culminó con una sentencia favorable de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue publicada junto al comentario de destacadas activistas y teóricas en la materia en Conversaciones Feministas sobre Políticas de Reconocimiento. Volumen I y II (2009), Buenos Aires: Ají de Pollo.

hechos surge que son pareja conviviente desde el año 2003, y que residen con los dos hijos de una de ellas y con la madre y la hermanita de la otra. Respecto del tratamiento solicitado, explica que se realizaría con espermatozoides de donante anónimo conjuntamente con el óvulo de una de ellas, cuyo resultado sería implantado en el útero de la otra “siendo de esta manera madres las dos”.

En el otro caso, la demandante denuncia trato discriminatorio porque el servicio penitenciario le niega la posibilidad de recibir visitas íntimas de su concubina -status que fue certificado en el expediente-.

Una lectura rápida de ambos decisorios podría llevarnos a afirmar que en ellos se produjo un avance en la consagración de la igualdad entre personas heterosexuales y homosexuales. Sin embargo, esto no es tan así.

Tal como señalara, esa igualdad está sujeta a un patrón normativo que marca los límites de lo exigible. Ese patrón no está determinado simplemente por la heterosexualidad sino por el modo específico o régimen de vida que se postula como asociado a naturalmente a ella, a saber: ejercicio de la sexualidad en el marco de una pareja estable y monogámica, núcleo de la organización familiar regulada por el régimen de filiación que une sexualidad y reproducción.¹²

Por lo tanto en ambos casos, si bien se produce un avance en el goce de derechos por parte de las demandantes, simultáneamente se realiza una reafirmación y legitimación por parte del Estado, de cierto modo de ejercicio de la sexualidad y planes de vida asociados a ella, en detrimento de formas alternativas. Las nuevas tecnologías reproductivas permiten desvincular de manera absoluta la sexualidad y la reproducción, lo cual en la práctica posibilita una serie de nuevas posibilidades de organización de los vínculos de parentesco que son negadas por la organización basada en la familia nuclear sea hétero u homoparental. Así “la vida de la sexualidad, del parentesco y de la comunidad que se convierte en impensable dentro de los términos de dichas normas constituye el horizonte perdido de la política sexual radical” (Butler, 2006, 187).¹³

Específicamente en el caso de la mujer presa, no se le reconoce el derecho al libre ejercicio de la sexualidad, sino que se le reconoce el derecho a un ejercicio altamente regulado conforme el modo prescripto por el poder estatal.

Según expone el fiscal, las visitas íntimas reguladas por el art. 57 inc. d) del Decreto 1136/97, tienen por finalidad consolidar y fortalecer las relaciones afectivas de la persona privada de libertad, de allí que el decreto establezca que en los casos de relaciones iniciadas con posterioridad a

¹² La denegatoria de la personería jurídica a una asociación de Swingers es una clara muestra de ello.

¹³ Al respecto véase también Wayar, 2007; García Suárez, 2007; Atala Riffo, 2007 y Rachid, 2007.

la detención se podrá autorizar esta modalidad de visita, siempre que se acredite una vinculación previa no inferior a seis meses.

Por lo tanto, el libre ejercicio de la sexualidad protegido por las normas internacionales de derechos humanos no es tal al interior de las cárceles donde el Estado proscribiera el sexo (hétero u homo) disociado de relaciones afectivas estables y monógamas.

Así el poderío estatal parece depender del cumplimiento estricto de esas regulaciones y la eficacia de las eventuales sanciones ejemplares frente a sus desviaciones.

El propio Tribunal al afirmar que

no puede sostenerse que en el caso analizado pueda desprenderse alguna situación que pudiere ofender, como se dijo, al orden o a la moral pública o incluso a un tercero, toda vez que la propia actitud de la solicitante constituye, aún ante el eminente carácter privado del acto que pretende realizar, un claro respeto por la autoridad y el orden, que se traduce en las diferentes solicitudes realizadas a tal fin¹⁴

realiza una asociación explícita entre el mantenimiento del orden o la moral pública y la esperada sumisión al poder estatal por parte de los ciudadanos, e interpreta las diferentes solicitudes realizadas por la demandante como una forma de respeto por la autoridad.

De esa forma, la sentencia, en lugar poner de manifiesto la situación de extrema vulnerabilidad y desventaja respecto del Estado, en la que se encuentra una mujer presa, y descalificar las reiteradas negativas que obtuvo su pedido ante el servicio penitenciario, transforma ese maltrato institucional a una suerte de ritualización y manifestación del respeto del poder estatal debido por la actora. De allí que la prohibición de las visitas íntimas parezca funcionar además como una suerte de pena accesoria librada al arbitrio del servicio penitenciario, si tomamos en consideración las reiteradas alusiones a la buena conducta de la demandante obrantes en la sentencia.

En el mismo sentido puede interpretarse el argumento según el cual la concubina “actúa como favorecedora en el proceso de reinserción social de la causante”. Así el estado violador de derechos, se convierte en corrector moral de la accionante a quien volvió a situar en el rol de infractora desviada.

Por lo tanto, la sentencia simplemente asimiló la situación de la demandante a la de las presas heterosexuales sin que esto implique una modificación sustancial del modo en la que el Estado regula el ejercicio de la sexualidad. Cabe preguntarse cuál hubiera sido el resultado de la acción si

¹⁴ La cursiva no obra en el original.

ella se basara en el pedido de inconstitucionalidad del decreto por limitar las visitas íntimas sólo a quienes poseen una pareja estable por ser violatoria de la esfera de privacidad. Es probable que el resultado fuera otro.

Esto no implica dejar de reconocer el esfuerzo, alto costo a nivel personal y valentía que este proceso supuso seguramente a la accionante. Litigar contra el Estado y exponer la discriminación lesbófila de la que es objeto en la institución carcelaria supone un riesgo aún mayor que en otro tipo de situaciones en las que la integridad personal del demandante no depende -como en el caso- del demandado.

2.2. Del Naturalismo

La naturaleza entendida como primer principio de realidad parece ser la clave filosófica a partir de la cual los jueces suelen resolver las demandas por discriminación en razón del género o la sexualidad de las personas. Dicho en otros términos, el razonamiento se basa en una operación de naturalización de un patrón normativo al que se intentará asimilar por todos los medios a la víctima de la discriminación. Así, establecido un modelo ideal asociado a cierta idea de naturaleza, cualquier denuncia por discriminación será en principio reconducida por el camino de la asimilación. Quien afirme ser discriminado en virtud de una diferencia, será obligado a eliminarla o minimizarla, a fin de gozar del derecho negado. Las dos sentencias bajo análisis no son una excepción a la regla.

Tal vez el mejor ejemplo de esta operación de naturalización lo constituya la forma en la que, en el ámbito del derecho civil, se desarrollan los discursos referidos a la identidad de género. El análisis de la jurisprudencia y la consecuente producción doctrinaria acerca de expedientes en los que se solicita autorización judicial para la realización de operaciones de cambio de sexo y la modificación registral de datos identitarios, nos muestra que la construcción judicial de la transexualidad se realiza a partir de un relato basado en la figura mítica del hermafrodita condenado por la naturaleza a la indefinición sexual.

A partir de melodramáticas descripciones de presuntas experiencias de vida, se instituyen víctimas enfermas cuya situación antinatural tendría el derecho la misión de remediar a través de la autorización intervenciones quirúrgicas que aseguren el fin del sufrimiento y la vigencia del naturalizado orden dicotómico de los cuerpos. Como consecuencia, el fundamento del reconocimiento del derecho no es la autonomía de la persona accionante, sino su normalización.

Dada su resistencia al anclaje genital de su identidad, las travestis aparecerán en este discurso como figuras antagónicas. Frente al travestismo, el relato centrado en un presunto orden natural alterado que da lugar a las figuras del hermafrodita y el transexual, cede paso en favor de argumentos propios del ámbito de la reflexión moral.

Las víctimas son reemplazadas por perversos sujetos autónomos que teniendo la posibilidad corporal de vivir de acuerdo al orden natural, no lo hacen y que, por lo tanto, merecen las condiciones de vida adversas a las que son socialmente sometidas. Aquí el discurso retributivo es claramente equivalente al que sostiene a la figura del delincuente en el derecho penal liberal moderno. Ello no es casual, dado que la mayor usina de representaciones judiciales respecto del travestismo son la institución policial y la jurisdicción penal a través de la persecución de la prostitución.

Veamos algunos ejemplos:

Su aspecto es femenino. Pero de una femineidad natural, sin afectación ni acicalamiento, lejos, muy lejos, de otras situaciones en la que la exageración de rasgo, la ostentación, es la nota... Las pericias médicas coincidieron en que es una pseudohermafrodita... el sujeto tiene algunos rasgos en común con el transexual –rechazo de la homosexualidad, no queda en el mero travestismo¹⁵

Cabe señalar que no es posible confundir el transexualismo, que es un problema existencial, con el isosexualismo, ya sea homosexualismo o lesbianismo, ni con el travestimiento... El transexual tiene derecho a disponer de su cuerpo en la medida que ello obedece a una necesidad médica para recuperar la salud que nunca tuvo... El transexual, en cuanto ser libre, tiene el derecho de proyectar su vida de acuerdo a una incontrolable exigencia existencial que no es, ciertamente, un capricho. Esta vocación existencial se halla fuera del control de su voluntad... El ser humano no tiene derecho a disponer de su cuerpo, salvo ciertos casos señalados por la doctrina, la jurisprudencia o la ley ¹⁶

el fenómeno transexual es bastante reciente, ya que su afinidad con otras perversiones como el travestismo o la homosexualidad no han facilitado su autónoma clasificación... ni el homosexual ni el travesti refutan su identidad... el transexual, por el contrario, advierte que su propio sexo anatómico es el obstáculo más grave para su elección de comportamiento, y el desagrado latente en los primeros años de vida degenera con los años hacia formas maníacas de autodestrucción¹⁷

(los transexuales) son sujetos a los que no se los puede considerar como viciosos o perversos sexuales, sino que, por el contrario, padecen un desajuste profundo que les provoca un fuerte malestar... nos alejamos de aquellos defensores de la intervención médico-quirúrgica impulsada por la libertad sexual como libertad de elección y de sexo¹⁸

15 Conf. voto del juez Maggi, Cámara Civil y Comercial de San Nicolás, 11/8/94-C, L.J.

16 Carlos Fernández Sessarego, "Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual", en J. A., n° 6166, Especial Bioética, 3/11/99, pp. 10-20.

17 Reseña de Consideraciones médico-legales sobre un caso de transexualismo de Giancarla Rognoni Landriscina (Giurisprudenza Italiana, 5ta. Entrega, mayo 1976, Turín-Italia, p. 176) publicado en L. L. (t. 1986-A), p. 1129.

18 Adriana M. Wagmaister y Cristina Mourelle de Tamborenea, "Derecho a la identidad del transexual", en J. A., n° 6166, Especial Bioética, 3/11/99, pp. 69/70.

Como consecuencia, el patrón normalizador impuesto por el discurso jurídico se extenderá a todos los colectivos que se opongan a la intervención coactiva de sus cuerpos. Así por ejemplo la agenda política del movimiento intersex, centrada en la reivindicación del derecho a infancias no mutiladas, es desconocida aún por quienes son reputados como especialistas en derechos de los niños y las niñas. Es también en virtud de la situación descrita, el derecho a la identidad de género de las travestis no es reconocido y por lo tanto les es negada la posibilidad de cambio registral nombre.

Dentro del discurso naturalista, los relatos referidos a la salud poseen un rol destacado. Ella permite volver sobre la vieja idea de una naturaleza desviada o desarreglada que el derecho debe intentar restaurar. De esa manera la decisión judicial se legitima a partir de la retórica del naturalismo que acecha a cualquier conceptualización del derecho a la salud, y evade decisiones fundadas en otros derechos como la autonomía personal. Las sentencias basadas en este último principio exponen la dimensión política de toda de decisión judicial y por lo tanto suelen ser evadidas por los jueces, quienes están poco acostumbrados a dar cuenta de sus propios posicionamientos o compromisos ideológicos.

De allí el acierto de la fundamentación de la sentencia que concede la medida cautelar y ordena a la obra social a costear un tratamiento de fertilización asistida, cuando plantea la cuestión como un problema de política distributiva. Si bien la jueza parte del derecho a una salud integral rápidamente plantea la cuestión como un problema de distribución económica al afirmar que “si las actoras contaran con los medios económicos suficientes para viabilizar este aspecto de sus planes de vida que es tener un hijo en común, no habrían tenido necesidad de acudir al tribunal”.

Sin admitirlo, la jueza evoca argumentos desarrollados por las feministas a fin de mostrar de qué manera la prohibición del aborto restringe de manera especialmente gravosa la autonomía personal de las mujeres pobres. Paradójicamente esa elusión pone de manifiesto la forma en la cual las construcciones ligadas al derecho a la salud y la medicalización de la sexualidad suelen desplazar debates ligados a la autonomía decisional y al ejercicio de la sexualidad.

Este es un tema de fundamental importancia para los grupos cuya identidad depende en gran parte de la posibilidad de acceso a las biotecnologías que permiten modificaciones corporales. Fatalmente en la actualidad las demandas ligadas a dicho acceso, son leídas en clave patologizadora.¹⁹

¹⁹ Al respecto véase Butler, 2006: 113-149.

3. ESTRATEGIAS

En virtud de las diversas complejidades que fuimos articulando en las páginas precedentes, sería infructuoso extraer conclusiones o intentar plantear un estado general de la cuestión en materia de avance jurisprudencial relativo al orden de los géneros y las sexualidades. Sin embargo, resulta más útil marcar que tal imposibilidad no necesariamente es una desventaja. El carácter fragmentario y contradictorio de las sentencias sobre la materia puede ser un espacio importante de intervención política. Un espacio en el que enfrentar al Estado a sus propias contradicciones, donde abrir intersticios que lo obliguen -en pos de la ficción de la racionalidad que guía y legitima sus acciones- a cambios que tal vez de otro modo no serían posibles.

El dispositivo de la sentencia que hace lugar a la medida cautelar solicitada a fin de que las demandantes “pueden acceder a la posibilidad de tener un hijo en común”, es un ejemplo de ello. Bajo el régimen legal vigente, ese eventual niño/a cuya existencia fue habilitada por el propio poder estatal, no será “un hijo en común” ya que las normas que ordenan la filiación no contemplan esa posibilidad. El Estado deberá dar cuenta frente a ese/a niño/a de la privación de derechos que sufre, en virtud de sus propias contradicciones.

Ello obviamente no asegura el avenimiento de una sociedad y un orden legal libre de discriminación. Tal vez a lo sumo sólo sirva para compensar la tensión entre la regulación y la promesa de emancipación social. Sin embargo, tal como afirma Boaventura de Sousa Santos,

ya hay suficientes síntomas que justifican la adopción de concepciones más amplias de realidad y realismo. Tales concepciones abarcan no sólo lo que existe sino también lo que se genera activamente por la sociedad como no existente, así como lo que sólo existe como un indicio o vestigio de lo que puede fácilmente ignorarse. La mejor forma de capturar esta realidad es mediante una agenda de investigación abierta” (Santos, 2009: 610)

Bibliografía

ATALA RIFFO, Karen (2007), “¿El parentesco es siempre de antemano hetero-sexual? A la luz del proyecto de ley sobre uniones de hecho en Chile”, en *Conversaciones feministas sobre parentesco*. Buenos Aires: Ají de Pollo.

BUTLER, Judith (2001), *El género en disputa*. Méjico: PUEG/Paidós.

BUTLER, Judith (2006), *Deshacer el género*. Buenos Aires: Paidós.

DE LAURETIS; Teresa (2000), “La tecnología del género”, en *Diferencias*. Madrid: horas y Horas: 33-70.

FERNANDEZ, Josefina (2003), “Los cuerpos del feminismo”, en Diana Maffía (comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*. Buenos Aires: Feminaria: 138-154.

FOUCAULT, Michel (1977), *Historia de la sexualidad. 1- La voluntad de saber*. México: Siglo XXI Editores (27ª ed., 1999).

FRANKE, Katherine (1995), “The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender”, 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1.

GARCÍA SUÁREZ, Carlos y MUÑOZ ONOFRE, Darío (2007), “Cuestiones emparentadas”, en *Conversaciones feministas sobre parentesco*. Buenos Aires: Ají de Pollo.

KENNEDY, Duncan (2001), “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: EUDEBA: 373-401.

LORDE, Audre (2003), *La hermana. La extranjera*. Madrid: horas y HORAS.

MARI, Enrique (1993), “ ‘Moi, Pierre Riviere...’ y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias sociales”, en *Papeles de Filosofía*. Buenos Aires: Biblos: 1993: 249-290.

RACHID, María y ARNÉS, Laura (2007), “Sí, ¿acepto?”, en *Conversaciones feministas sobre parentesco*. Buenos Aires: Ají de Pollo.

SANTOS, Boaventura de S. (2009), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.

VITURRO, Paula (2001), “Por un derecho torcido”, en *Anuario de la Asociación de Filosofía del Derecho de la República Argentina*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni: 17-26.

VITURRO, Paula (2003), “Ficciones de Hembras”, en Martyniuk, Claudio y Bergali Roberto (comps.), *Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Marí*. Buenos Aires: Prometeo: 269-280.

VITURRO, Paula (2006), "Constancias", en Christian Courtis (comp.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid:Trotta.

WAYAR, Marlene (2007), "La familia, lo Trans, sus atravesamientos", en *Conversaciones feministas sobre parentesco*. Buenos Aires: Ají de Pollo.

WITTIG, Monique (1992), *The Straight Mind and other Essays*. Boston: Beacon Press.

APÉNDICE

EXTRACTOS DE SENTENCIAS

A continuación, se reproducen los extractos más significativos de algunas sentencias de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, cuyos textos completos se encuentran disponibles en el Observatorio de Sentencias Judiciales.

Las sentencias incluidas en este apéndice se vinculan con los siguientes temas, de acuerdo con su clasificación en la base de datos del Observatorio de Sentencias Judiciales¹:

| TEMA | CASO | PAIS |
|--|---|-----------|
| Familias Identidad y Desarrollo de la Libre Personalidad | Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA) | Argentina |
| | Sentencia C-029/09. M.P: Rodrigo Escobar Gil | Colombia |
| | Sentencia T 911/ 2009 | Colombia |
| Familias Propiedad y matrimonio | RIT C-2772-2007 | Chile |
| Trabajo productivo y reproductivo | Sisnero, Mirta Graciela, Caliva Lía Verónica, Bustamante Sandra, Fundación entre Mujeres vs. TADELVA S.R.L. y otros s/ Amparo | Argentina |
| | Rol N° 393-2008 María Ángela Salazar con Universidad San Sebastián | Chile |
| Violencia contra las mujeres | No. 301199200710438 | Bolivia |
| | Rol N° 60-2009 | Chile |
| Violencia contra las mujeres Derechos sexuales y reproductivos | Sentencia T-388/2009 | Colombia |
| Derechos sexuales y reproductivos Identidad y derecho a la libre personalidad | Exp. N 01575-2007-PHC/TC | Perú |
| Participación y acceso a espacios de decisión | Acción Extraordinaria de Protección Partido Renovación Institucional Acción nacional | Ecuador |

¹ Remitimos a la sección de Metodología del Observatorio para una explicación de los criterios de clasificación que se utilizan.

| | |
|----------------|--|
| País | Argentina |
| Caso | Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA) |
| Tribunal | Juzgado Contencioso Administrativo Tributario – Ciudad de Buenos Aires |
| Fecha | 10/11/2009 |
| Tema | Familias Identidad y Desarrollo de la Libre Personalidad |
| Palabras clave | Matrimonio – diversidad sexual |

Una pareja del mismo sexo pidió turno ante el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires para contraer matrimonio. Ante la negativa, presentaron una acción de amparo solicitando que se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que se les permita casarse, y que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil de Argentina. La jueza de primera instancia hizo lugar a la pretensión y declaró la inconstitucionalidad de las normas invocadas.

La jueza fundó su decisión en los siguientes argumentos: “El sentido de la igualdad democrática y liberal es el ‘derecho a ser diferente’, que no puede confundirse nunca con la ‘igualación’, que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales ... El reconocimiento de la identidad en la pluralidad no puede partir de estructuras ahistóricas, requiere auspiciar los diversos proyectos de vida dentro de una estructura social mucho más compleja”, y cita como ejemplo paradigmático de las restricciones para contraer matrimonio las leyes de la Alemania Nazi.

Respecto a los reparos que una sentencia de este tenor pudiese despertar en el seno de algunos sectores religiosos, advierte la magistrada que “Es posible que una decisión en ese sentido sea considerada por algunos como una afrenta a las creencias religiosas sumamente arraigadas por un sector de la comunidad. Pero en el estado actual de secularización de las instituciones civiles no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros... Por lo demás, la homofobia suele estar disimulada tras el discurso de la tolerancia, discurso que pese a sus ingentes esfuerzos no puede disimular su desagrado ¿cómo se puede decir que tolero lo que apruebo? La tolerancia no tiene razón de ser si previamente su objeto no fue definido de modo adverso”.

La jueza concluyó que “no es posible saber qué sucederá con el matrimonio frente a los cambios que se avecinan. Sin embargo, es posible prever que la inclusión de minorías sexuales en su seno le permitirá ser fuente de nuevas curas para viejas enfermedades sociales, como el miedo, el odio y la discriminación”.

Esta decisión fue apelada. Sin embargo, el matrimonio se concretó ejecutando la sentencia en la Provincia de Tierra del Fuego.

| | |
|----------------|---|
| País | Argentina |
| Caso | Sisnero, Mirta Graciela, Caliva Lía Verónica, Bustamante Sandra, Fundación entre Mujeres vs. TADELVA S.R.L. y otros s/ Amparo |
| Tribunal | Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Ciudad de Salta, Provincia de Salta. |
| Fecha | 18/11/2009 |
| Tema | Trabajo productivo y reproductivo |
| Palabras clave | discriminación laboral - cupo femenino - amparo colectivo |

Una mujer, con licencia profesional de conductora, ante la imposibilidad de obtener un trabajo como chofer de transporte de pasajeros en la provincia de Salta donde ninguna mujer ejerce ese oficio, presentó junto con la Fundación Entre Mujeres un amparo colectivo para ser incorporada como chofer y para que se ordene cubrir un cupo de 30% de mujeres en el plantel. Las demandadas dedujeron diversos argumentos, incluyendo la libertad de contratación, la falta de idoneidad de la aspirante y el argumento de que “es indiscutible que el hombre y la mujer no son iguales, y por más que a la mujer se le otorguen los mismos derechos como ser humano, físicamente son distintos lo que conlleva a una diferencia de tratamiento”.

El juez hizo lugar al amparo colectivo en todos sus puntos, con los argumentos que se citan a continuación.

“La afirmación [de la empresa demandada], generalizada y muy arraigada, encierra una verdadera concepción discriminatoria, que se desarrollo desde tiempos inmemoriales en esta parte del mundo, denominada Occidente. Y es menester tener muy en claro, que una de las tantas formas en que se enmascara la violencia, es la discriminación. Discriminación, que tal como sostiene Muchembled, tenía su origen en un aspecto claramente definido: ‘El volcán de las pasiones femeninas parecía imposible de extinguir.’ Hacía falta reafirmar la posición masculina y acentuar lo más posible el temor de si mismo, combinando la sexualidad, salvo la que se ejercía de manera moderada en el matrimonio cristiano, con las imágenes mas traumatizantes. El grado de control personal de las funciones sexuales iba a convertirse lentamente en un elemento central de la definición de la naturaleza humana, sin abolir, la diferencia entre los sexos. (pág. 108, Historia del Diablo, Fondo de Cultura Económica, ed. 2003)²”.

Por otro lado, sostiene el juez que “se acentuó la hegemonía masculina con el derecho del marido a decidir la separación matrimonial en caso de necesidad. El adulterio femenino, mucho más castigado que el del hombre, condujo al encierro de estas mujeres en un convento, dejándose al esposo la libertad de hacer volver a la culpable, si él lo deseaba. La ley también ponía el acento de haber nacido de un matrimonio legal, para ejercer la sucesión de alguien. De una manera general, la ley ejercía una vigilancia creciente sobre las etapas femeninas del embarazo y el nacimiento... la re-

² Citado en el fallo.

afirmación de la autoridad del Estado pasaba por la de los maridos sobre las mujeres y de los padres sobre los hijos. En esta situación, las nociones de pecado, de mala conducta, de crimen adquirieron formas nuevas, muy diferentes de acuerdo con los sexos. (Muchembled op. cit. pág. 111)”.

“Fácil es comprobar, basta ver la realidad circundante, y una muestra objetiva de ello, es la presente acción, que esa concepción medieval tiene clara vigencia hoy. O acaso, que otra razón puede existir, frente al actuar difuso, etéreo, hasta sutil, de esa negativa solapada, encubierta, de las partes demandadas en autos, quienes salvo la excepción expuesta, con atajos, eluden dar trabajo a una persona que reúne, formalmente, en base a la documentación presentada, idéntica e igual idoneidad a hombres que conducen colectivos, por el solo hecho de ser mujer.”

“No deja de llamar la atención, que en otros países han sido mujeres las que han comandado hasta naves espaciales. Tarea, la que si creo, debe resultar sumamente compleja por la innumerable gama de conocimientos que deben poseerse para tan difícil cometido. Ya en nuestro país, pude ver, de que son mujeres exclusivamente quienes conducen trolebús en la ciudad de Córdoba, es decir a unos 900 km. de esta ciudad de Salta, y en esta misma, los transportes privados de niños, son conducidos por mujeres. Si confiamos a ellas, la parte más importante de una sociedad, los niños, porque no confiar a mujeres el transporte de adultos ... Es preciso en tal sentido de que todos y cuanto uno, desde su lugar en este mundo, asuma como algo propio, la imperiosa e impostergable tarea de hacer efectiva la igualdad de género. Basta de violencia disfrazada, esta vez, bajo la discriminación. No existe, en tal sentido más que una posición: estar por la inclusión, o de lo contrario, sea bajo formas más o menos intensas, por la exclusión del otro, es decir ejerciendo violencia, que a la postre, no es nada más ni nada menos, que la negación del Estado de Derecho.”

| | |
|-----------------------|--|
| País | Bolivia |
| Caso | No. 301199200710438 |
| Tribunal | Tribunal de Sentencia 1, Cochabamba. |
| Fecha | 17/01/2009 |
| Tema | Violencia contra las mujeres. Derechos sexuales y derechos reproductivos |
| Palabras clave | Violencia sexual |

El caso fue motivado por la comisión del delito de violencia sexual ejercida en contra de una mujer mayor de dieciocho años en fechas 31 y 1 de abril de 2007. Es pertinente señalar que de la revisión del proceso se puede evidenciar que el imputado fue acusado por la comisión del delito incurso en el Art. 308 ter. (Violación en estado de inconsciencia) y terminó siendo juzgado por el Art. 308 segunda parte del Código Penal. Asimismo, la persecución del delito no obstante haber sido seguida por el ministerio público, contó con la ayuda y colaboración como Acusación Particular de una Institución, como es “la Oficina Jurídica de la Mujer”, quienes procedieron en todo momento en la averiguación del proceso, en representación de la víctima.

De los hechos probados, se tienen el acceso carnal (agresión sexual) y la presencia de benzodiazepine, sin embargo pese a estas pruebas el tribunal en aplicación una vez más del Art. 37, por votación unánime concluye declarando al imputado autor de la comisión del delito de violación.

En los considerandos de la sentencia, se destaca que, como parte del desarrollo de la doctrina penal en delitos que atentan contra la libertad sexual, han sido recogidas en la legislación boliviana la “ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” conocida como la Convención de *Belem do Pará* – Brasil, así como en Ley 2033 o “ Ley de Protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual” de 29 de octubre de 1999, que consideran respectivamente que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer, en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades. Entendiéndose como violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su Género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como Privado. Se entiende como violencia contra la mujer la violencia física, sexual y psicológica. La Ley 2033 tiene como objeto proteger la vida, integridad física, psicológica, la seguridad y la libertad sexual de todo ser humano. En este sentido también se guían las investigaciones y evolución de la doctrina penal contemporánea relacionadas con violencia sexual en contra de las mujeres, al señalar que es crucial comprender el rol que las violaciones tienen, como instrumento de poder para doblegar a la mujer, subordinándola en una posición altamente vulnerable a otra gran variedad de expresiones de abuso y violencia.”

| | |
|-----------------------|--|
| País | Chile |
| Caso | Rol N° 393-2008 María Ángela Salazar con Universidad San Sebastián |
| Tribunal | Corte de Apelaciones de Concepción |
| Fecha | 09/01/2009 |
| Tema | Trabajo productivo y reproductivo - Violencia contra las mujeres |
| Palabras clave | Discriminación en el empleo - Salud |

María Angela Salazar Soto, psicóloga, magíster en administración y decana de la facultad de psicología de la Universidad San Sebastián, interpuso una demanda laboral reclamando una indemnización de perjuicios por daño moral en contra de la Universidad. La demandante salió en Licencia de pre natal y al regresar al trabajo luego del post natal encontró que la facultad había sido fusionada junto con Trabajo Social y Sociología y que otras personas habían sido nombradas decana y director de la carrera de psicología. La universidad le ofreció otros cargos, que ella rechazó por disminuciones en las funciones, acceso a los recursos de la universidad y remuneración. Debió recibir tratamiento psicológico.

La Corte hizo lugar a su reclamo basándose en que “la empleadora deliberadamente privó a la actora del cargo para el cual había sido contratada previo concurso público, designando a otra persona en su lugar, ignorando el compromiso adquirido con ella... La situación se torna más grave aún, atendidas las circunstancias que rodearon la decisión de la demandada de suprimir el cargo en cuestión, pues no se le dio aviso oportuno de la situación, exponiéndola a tener que encontrarse sorpresivamente con el hecho de que no sólo sus cargos habían sido entregados a otras personas, sino también el uso de la oficina que le había sido asignada, privándola del acceso a sus útiles habituales de trabajo, de la oportunidad de asumir funciones y, por ende, del debido desarrollo profesional que lleva implícito cualquier cargo académico, llegando al nivel de obligarla a tener que recurrir a la instancia administrativa para lograr el pago de las remuneraciones a las que por contrato tenía derecho... La ley ha puesto como límite a las facultades de administración del empleador el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, es decir, no se le priva de reorganizar la actividad productiva de que se trate como lo estime más conveniente o eficiente, pero ello debe efectuarlo sin el menor atropello a la dignidad de los trabajadores, resultando absolutamente innecesario para ello recurrir a todas las prácticas en que incurrió en el caso en estudio, tales como omitir información y enfrentar a una trabajadora de la jerarquía que presentaba la actora, esto es decana de una facultad a la incomodidad y pesar de retornar a su trabajo y encontrarse con que su oficina había sido asignada a otro trabajador y que su cargo, simplemente no existía. Lo anterior cobra mayor gravedad al considerar que en el caso en estudio el derecho a administrar libremente la empresa se encontraba limitado por el derecho de la trabajadora aforada de conservar su trabajo... (por lo que) es posible concluir que se encuentra acreditado que la actora sufrió el daño moral que indica, con-

sistente en el menoscabo moral, no patrimonial, provocado por su empleadora no sólo por el hecho de suprimir el cargo para el cual fue contratada, sino por la forma en que ello se hizo y por las circunstancias que rodearon su supresión y siguieron a ésta, según ya se señaló, menoscabo que se traduce en la frustración natural que se provoca en una profesional al sustituirla sin explicación ni razón aparente alguna, ofreciéndole cargos alternativos creados, sin contenido acreditado. Se trata en la especie, de una situación en que resulta plenamente procedente el resarcimiento del daño moral pues, como se indicó, el incumplimiento contractual provocó una vulneración al debido resguardo o protección de bienes extrapatrimoniales de la actora, afectando, sin duda, su personalidad moral, su estabilidad emocional, su autoestima, prestigio, integridad moral, los que, entre otros, configuran la dignidad de la trabajadora, debiéndose en consecuencia, reparar el dolor o quebranto espiritual sufrido por ella.”

| | |
|-----------------------|--|
| País | Chile |
| Caso | Rol N° 60-2009 |
| Tribunal | Corte de Apelaciones de La Serena |
| Fecha | 27/03/2009 |
| Tema | Violencia contra las mujeres |
| Palabras clave | Violencia familiar – equidad de genero |

Un hombre golpea a su hermana, tomándola del pelo y lanzándola al suelo le produce contusiones faciales. El Juzgado de Garantía de La Serena, aprobó el término del juicio sobre lesiones menos graves cometidas en contexto de violencia intrafamiliar, mediante un acuerdo reparatorio consistente en disculpas públicas del agresor a su conviviente. Recurren la decisión argumentando que la salida alternativa es improcedente en casos de violencia intrafamiliar, según la Ley 20.066.

Para dictaminar la improcedencia del acuerdo reparatorio, la Corte estimó que “Esta disposición legal, como se advierte, contiene un amplio concepto de ‘violencia intrafamiliar’ en la cual quedan comprendidas todo tipo de agresiones –físicas o psíquicas– que pudieren ser constitutivas, eventualmente, de diversos delitos como homicidios, lesiones, o ilícitos de carácter sexual, conclusión que se desprende de diversas disposiciones, como por ejemplo, de su artículo 16, cuando señala que las medidas accesorias indicadas en el artículo 9 serán aplicadas por los tribunales con competencia en lo penal, cuando el delito constituya un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate. Todo ello, entonces, hace concluir que la norma prohibitiva contenida en el artículo 19 ya transcrito, se refiere a toda clase de delito que importe una violencia intrafamiliar, y no sólo al específico tipificado en su artículo 14 (delito de maltrato habitual)... dicha norma prohibitiva tiene su razón de ser, entre otras consideraciones, como se desprende de las actas legislativas de discusión, en el cuestionamiento que se hizo del eventual “consentimiento” que en los acuerdos reparatorios podría verse forzada la víctima a otorgar, dada su condición de tal, situación que se une a la relevante circunstancia de ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad, de manera que siempre existirá un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal en los actos ilícitos que horaden de cualquier forma su integridad. Por lo demás, se debe también tener presente que el objeto de la ley en estudio es el de prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma.”

| | |
|-----------------------|--|
| País | Chile |
| Caso | RIT C-2772-2007 Orlando Contreras con Hermelinda Garrido |
| Tribunal | Corte de Apelaciones de Antofagasta |
| Fecha | 07/07/2009 |
| Tema | Familias – Trabajo productivo y reproductivo |
| Palabras clave | Divorcio y Equidad de Género |

Un hombre demanda el divorcio unilateral por cese de convivencia, petición a la que la mujer contesta solicitando compensación económica. El tribunal de primera instancia concede el divorcio sin derecho a compensación. La Corte Suprema, declarando el derecho de la mujer, confirma fallo de Alzada que revoca el de primera, concediendo compensación económica.

Para reconocer este derecho, la Corte tuvo en cuenta que “debe reflexionarse sobre la base de la lógica y la experiencia, el significado o contenido del cuidado de su hija y las labores propias del hogar común, que en términos sociales siempre ha sido ignorado, sin entregarle el lugar que corresponde dentro de la actividad humana; más aún en países subdesarrollados cuyas funciones propias de crianza y cuidado de los hijos se sule y se disemina en distintas personas como vecinos, familiares cercanos, normalmente abuelos, a veces empleados domésticos o trabajadores de casa particular; por lo tanto, la apreciación exacta de esta idea se ve obnubilada frente a la mujer que se hace responsable en la crianza y labores propias del hogar común. En consecuencia, probado que sea el hecho de la crianza y establecimiento, o la dedicación a las labores del hogar, surge indefectiblemente la consecuencia del deterioro en el desarrollo del individuo, porque se ha impedido real o materialmente una actividad destinada al enriquecimiento personal para obtener conocimientos o destrezas que permitan, por ejemplo oportunidades más beneficiosas o un desenvolvimiento independiente, por tanto, el deterioro adviene de todas maneras en la medida, que el dedicarse a trabajar y criar a su hija hasta que ésta tuvo diecisiete años, y a las labores del hogar común no le ha permitido brindarse enriquecimiento personal, sea continuando sus estudios, perfeccionándose, fortaleciendo su capacidad intelectual que le permitiría un trabajo remunerado, beneficios previsionales, más aún si se trata de una mujer que contrajo matrimonio a los dieciocho años de edad y desde esa fecha comenzó a criar a su hija... lo que significa que por veinticinco años debió dedicarse a realizar labores propias del hogar y una actividad de crianza y responsabilidad, lo que indiscutiblemente le ha producido un deterioro en su desarrollo personal que requiere ser indemnizado en una suma de dinero. En conclusión, de acuerdo al razonamiento efectuado, probada la existencia de la hija en común, es evidente e indiscutible el deterioro personal y el desgaste de la madre”.

| | |
|-----------------------|--|
| País | Colombia |
| Caso | Sentencia C-029/09. M.P: Rodrigo Escobar Gil |
| Tribunal | Corte Constitucional |
| Fecha | 28/01/2009 |
| Tema | Identidad y desarrollo de la libre personalidad - Familias |
| Palabras clave | Parejas del mismo sexo |

En este fallo la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de varias disposiciones legales que establecen beneficios y cargas para las parejas heterosexuales, y que no se aplican a las parejas del mismo sexo, estableciendo que todas las parejas gozan de los mismos derechos, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, pues tienen de igual forma un proyecto de vida en común, con asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes. Debido a lo anterior, la Corte encontró una discriminación que contraría la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 13, por lo que se procedió a excluir la interpretación violatoria del derecho fundamental a la igualdad de trato y en consecuencia declaró la exequibilidad condicionada de las normas impugnadas, en el sentido de que todas esas disposiciones, comprenden también, en igualdad de condiciones a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

La Corte Constitucional no se pronunció sobre la expresión “familia” o “familiar” contenida en varias de las disposiciones acusadas por cuanto consideró que en la demanda no se sustentaba de manera específica y suficiente, que estos conceptos estuvieran en contravía de la Carta Política, además por que en esencia su estudio no resultaba determinante para resolver el problema jurídico planteado.

El desarrollo de la sentencia reitera la línea jurisprudencial según la cual: “En Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la atención de la situación de quienes se encuentren en situación de marginamiento y, (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente”.

“Destaca la Corte que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, está proscrita, y da lugar a un escrutinio estricto, toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas, y que ello se predica no sólo de las personas individualmente consideradas sino también en el ámbito de su relaciones de pareja, pero, advierte que, al mismo tiempo,

no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria *per se*, ni considerarse fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que puede surgir de las diferencias que existen entre unas parejas y otras”.

Así mismo, en concordancia con pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional, la Corte encontró que la totalidad de las disposiciones acusadas entrañaban una discriminación de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, como proyecto de vida en común, con asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes. Estas disposiciones desconocían reiterada jurisprudencia que establece que las parejas gozan de los mismos derechos y beneficios y tienen las mismas cargas, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales. Reiteró que según se estableció en la sentencia C-075 de 2007, si bien pueden existir algunas diferencias entre las parejas heterosexuales y las que conforman por personas del mismo sexo, ambas representan un mismo valor y una misma dignidad, de lo que derivan unos requerimientos análogos de protección.

Teniendo en cuenta que los apartes de las normas acusadas establecen regulaciones que tienen como destinatarias a las parejas heterosexuales sin comprender a aquellas conformadas por personas del mismo sexo, la Corte encontró que iban en contravía del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 13 Superior. Por esta razón, la Corte resolvió la exequibilidad condicionada de las normas en el entendido de que el alcance de las disposiciones demandadas debe contener, en igualdad de condiciones, también a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, pues cualquier interpretación contraria resulta violatoria del derecho fundamental a la igualdad de trato es inconstitucional y por lo tanto inadmisibile.

| | |
|-----------------------|---|
| País | Colombia |
| Caso | Sentencia T 911/ 2009 |
| Tribunal | Corte Constitucional |
| Fecha | 07/12/2009 |
| Tema | Identidad y desarrollo de la libre personalidad - Familias |
| Palabras clave | Parejas del mismo sexo, derecho a la igualdad y no discriminación |

En esta sentencia se resuelve una tutela interpuesta por un ciudadano contra el Instituto de Seguros Sociales, por considerar que este había vulnerado sus derechos a la intimidad y el buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, a la igualdad, y a la seguridad social, al desconocerle aquél la pensión de sobreviviente que recibía su compañero permanente de quien alegó dependía económicamente. En su lugar, esta le fue otorgada a su hijo aduciendo el Instituto que “la posibilidad de conformar sociedades patrimoniales de hecho entre dos personas del mismo sexo, de conformidad con lo previsto en las Leyes 54 de 1990 y 979 de 2005 y según lo decidido en la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional, no podía extenderse al régimen general de pensiones a efectos de dar lugar al reconocimiento de la sustitución pensional”.

Frente a esta decisión, la Corte, reiteró “la línea jurisprudencial trazada por esta corporación a través de las sentencias C-075 y C-811 de 2007, C-336 y C-798 de 2008 y C-029 de 2009, sobre varias de las cuales se ha efectuado una detenida referencia, son claramente contestes en su argumentación: En primer lugar, vista la recurrente situación de discriminación de la que tradicionalmente han sido objeto en nuestra sociedad las personas homosexuales, que hasta hace poco tiempo fue incluso avalada de manera implícita por el Estado y la mayoría de las instituciones sociales, reitera que dicha discriminación es inaceptable a la luz de lo establecido en la Constitución Política; en segundo término, de cara a la proliferación de normas que establecen derechos y obligaciones en cabeza de los integrantes de parejas no casadas³, pero que resultaban o parecían redactadas sólo para las parejas heterosexuales, se ha declarado la exequibilidad condicionada de varias de ellas, advirtiendo en cada uno de esos casos que su conformidad con la Constitución depende del hecho de que se entiendan también comprendidas dentro de los sujetos de quienes tales derechos y obligaciones se predicen, las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo. (...)

3 La primera de estas normas es la Ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, la cual se expide en procura de dar respuesta a la amplia extensión del fenómeno social de la unión libre, necesidad que varias décadas atrás había registrado ya la jurisprudencia nacional. Meses después de la expedición de esta ley, la promulgación de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 establece que “la familia (...) se establece por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de conformarla”, consagra la plena igualdad de derechos entre ambas formas de familia, lo que explica que la mayoría de las leyes expedidas a partir de entonces que consagren derechos, obligaciones o regulen situaciones jurídicas relacionadas con los cónyuges, aludan también, en pie de igualdad, a los compañeros permanentes. Finalmente, frente a las normas que no incluyan esta equiparación, y especialmente frente a las expedidas antes de la vigencia de la Ley 54 de 1990 y de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha declarado en varios casos su exequibilidad condicionada, en el entendido en que se consideren igualmente aplicables a los compañeros permanentes.

“Debe en todo caso anotarse que la proscripción de la discriminación contra las personas homosexuales y las parejas por ellos conformadas, así como las decisiones de exequibilidad condicionada que por decisiones mayoritarias de esta corporación se han adoptado, no implican para tales personas una posición de privilegio o prelación comparable a la que la jurisprudencia reconoce a las personas de la tercera edad, a los discapacitados o a los niños, sino apenas, que no es poca cosa, el pleno reconocimiento de su condición de ciudadanos, con derechos y obligaciones de igual importancia y efecto, y con idénticas oportunidades de acceso y reconocimiento que los de las personas que no comparten esa misma orientación sexual, es decir los heterosexuales”.

Así mismo, trajo la jurisprudencia que ha establecido que la vía para probar la unión marital de hecho, por ejemplo para el caso de reclamar la sustitución pensional, “es la necesidad de realizar una declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente”, diligencia que el fallecido pensionado nunca adelantó.

Sin embargo, para el caso concreto anotó que “no es posible invocar en este caso los derechos resultantes de la sentencia C-336 de 2008, por la cual esta corporación condicionó la exequibilidad de las normas sobre pensiones de sobrevivientes al hecho de que se aceptara su aplicación frente a parejas conformadas por dos personas del mismo sexo, teniendo en cuenta que dicha sentencia se produjo con posterioridad al fallecimiento del señor José Valdemar Sánchez Prada, ocurrido el día 6 de julio de 2007”.

En conclusión la Corte afirmó “(...) las decisiones que pusieron fin a la actuación administrativa adelantada ante el Instituto de Seguros Sociales sustentaron la negativa en el no lleno del requisito sobre declaración ante notario al cual se condicionó el reconocimiento de este derecho, y no en la imposibilidad de aplicar al caso concreto la decisión contenida en la referida sentencia C-336 de 2008” por lo tanto “entiende la Corte que tales decisiones aplicaron adecuadamente, y en lo pertinente, la esencia de la normatividad y la jurisprudencia vigentes para la fecha en que se habría consolidado el derecho pretendido, y que en tal medida la entidad demandada no incurrió en ninguna actuación vulneratoria de los derechos fundamentales del señor Corredor Palacios”.

| | |
|-----------------------|---|
| País | Colombia |
| Caso | Sentencia T-388/2009 |
| Tribunal | Corte Constitucional |
| Fecha | 28/05/2009 |
| Tema | Derechos sexuales y derechos reproductivos – Violencia contra las mujeres |
| Palabras clave | Aborto, derechos sexuales, educación sexual. |

En esta sentencia la Corte Constitucional resuelve una acción de tutela interpuesta por una ciudadana embarazada, víctima de una violación, contra un Juzgado que conoció de su solicitud de amparo para que el sistema de salud le practicara una interrupción voluntaria del embarazo- IVE-, ante lo cual el Juzgado objetó conciencia y resolvió la solicitud de manera negativa con fundamento en sus creencias religiosas personales.

Reiterando el fallo de constitucionalidad anterior en el que declaró la procedencia de la IVE en las tres casuales y la argumentación que la llevó a tal conclusión, la Corte consideró que quedaba claro que “el juez a quo obró de manera por entero incompatible con lo dispuesto con la normatividad vigente, primero, al negarse a conocer del trámite de la tutela invocada por motivos de conciencia y, luego, al denegar el amparo sobre la base de argumentos religiosos por entero inaceptables en un Estado social, democrático, participativo y pluralista de derecho como lo es el Estado colombiano (Art. 1º de la Constitución Nacional)”.

La Sala advirtió que “por más profundas y respetables que sean las creencias religiosas de las autoridades judiciales en su ámbito personal, tales autoridades no pueden abstenerse de tramitar y decidir un caso puesto a su consideración aduciendo motivos de conciencia y tampoco pueden decidir con fundamento en sus propias convicciones morales desconociendo la obligación en cabeza suya de decidir de conformidad con la normatividad vigente, la cual, como se indicó, comprende no sólo la ley, en sentido estricto, sino también la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia emitida en sentencias de control de constitucionalidad de las leyes y el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional cuando conlleva la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C- 335 de 2008”.

“En otros términos: está vedado a quienes ejercen jurisdicción dictar lo que deben efectuar las personas en materia de valoraciones morales o abstenerse de aplicar la normatividad vigente y expedida en armonía con lo dispuesto en la Constitución Nacional, porque la consideran incompatible con sus propias creencias religiosas, morales, culturales o ideológicas. Si lo hacen, podrían incurrir en la hipótesis prevista para que se configurara el delito de prevaricato por acción. Por consiguiente surge la posibilidad de ser sancionadas penal y disciplinariamente”.

Además la Corte reconoció que “la solicitud efectuada por el médico ginecólogo encaminada a exigir orden judicial previa para proceder a efectuar la interrupción del embarazo constituye una práctica inadmisibles por entero contraria a la normatividad vigente”.

En la resolución, además de amparar el derecho de la accionante, la Corte urgió “al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que de manera constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y hagan el debido seguimiento de tales campañas para poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que estas campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos”.

Así mismo, instó “a la Superintendencia Nacional de Salud para que adopte las medidas indispensables con el fin de que las EPSs e IPSs – independientemente de si son públicas o privadas laicas o confesionales - cuenten con las personas profesionales de la medicina y el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 sin incurrir en exigencias adicionales inadmisibles - como las enumeradas por esta Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia – cuya existencia obstaculiza la puesta en práctica de los derechos constitucionales fundamentales de las mujeres”.

| | |
|-----------------------|---|
| País | Ecuador |
| Caso | Acción Extraordinaria de Protección Partido Renovación Institucional Acción nacional |
| Tribunal | Corte Constitucional |
| Fecha | 05/05/2009 |
| Tema | Participación y Accesos a Espacios de Decisión |
| Palabras clave | participación política, elecciones, paridad |

La representante del Partido Renovación Institucional Acción nacional PRIAN Mady Elena Gallardo Cadena interpuso una acción extraordinaria de protección contra la sentencia del Tribunal Contencioso Electoral que rechazó la lista de candidatos del PRIAN a concejales para el cantón de Tosagua por no cumplir con el requisito de equidad de género.

La decisión se fundamenta en el carácter obligatorio de los mandatos constitucionales de paridad y alternabilidad que deben regir el sistema electoral, “por lo que la interpretación realizada por la accionante del artículo en referencia, atribuyéndole una connotación de posibilidad y no obligatoriedad del principio de alternabilidad, es contraria a la voluntad del constituyente, que precisamente para hacer efectivo el principio de no discriminación, adoptó regulaciones con contenidos de discriminación positiva en beneficio de la mujer, en procura de una participación política equitativa, manteniendo así la conformidad de la legislación interna con las disposiciones contenidas en tratados internacionales ratificados por Ecuador...Por lo tanto, la omisión del Estado ecuatoriano en relación a la adopción de medidas efectivas para eliminar la discriminación, implicaría una afeción de los derechos constitucionales a la participación política de la mujer”.

| | |
|-----------------------|--|
| País | Perú |
| Caso | Exp. N 01575-2007-PHC/TC |
| Tribunal | Tribunal Constitucional |
| Fecha | 20/03/2009 |
| Tema | Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos Identidad y Desarrollo de la Libre Personalidad |
| Palabras clave | Cárceles – Diversidad sexual |

La demandante, quien se encuentra detenida, interpuso una demanda contra el Decreto Legislativo N° 927, que suspendió el derecho a recibir visitas íntimas a las detenidas por el delito de terrorismo. Ante el rechazo de la demanda en sede ordinaria, recurrió la sentencia ante el Tribunal Constitucional, argumentando que el Decreto vulnera los derechos fundamentales a la integridad personal y a la no discriminación en razón del género. El Tribunal hizo lugar al reclamo.

Entre los múltiples argumentos desarrollados por el Tribunal, se describe a los deberes del Estado en relación al régimen penitenciario no sólo como “el deber negativo de abstenerse de llevar a cabo prácticas que afecten innecesariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos, sino que también asume el deber positivo de adoptar todas las medidas necesarias y útiles para garantizar la efectividad real de aquellos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos plenamente aun bajo condiciones de reclusión...En este contexto este Tribunal estima que las visitas de familiares y amigos a los internos, particularmente la visita íntima, constituyen un importante instrumento para garantizar la función resocializadora de la pena y la finalidad rehabilitadora del tratamiento penitenciario. Por esta razón el Estado asume el deber positivo de lograr que todos los establecimientos penitenciarios del país cuenten con las instalaciones apropiadas (privadas, higiénicas y seguras) para permitir la visita íntima.”

En relación al derecho internacional y el derecho de las personas privadas de la libertad, manifiestan los jueces en la sentencia que “es de especial relevancia constatar que a diferencia de otros grupos de especial protección, sobre los cuales se han adoptado tratados internacionales específicos (niños, mujeres o minorías étnicas, entre otros), en el caso de las personas privadas de la libertad, el sistema internacional solamente ha emitido resoluciones no convencionales sobre la materia (lo que) lleva a que la fuente jurídica para su protección lo constituya el núcleo duro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos...El Tribunal Constitucional es consciente de que el mayor número de violaciones a los derechos humanos que se cometen en el mundo tiene que ver precisamente contra las personas privadas de libertad, sea esto en establecimientos penitenciarios y en estaciones policiales pero también en hospitales, centros psiquiátricos y zonas de detención”. La sentencia determina además que “la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamentan en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad.”

