

X Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Escuela de Historia de la Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional del Rosario. Departamento de Historia de la Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional del Litoral, Rosario, 2005.

Acerca del género y el Derecho como una práctica social discursiva.

Casas, Laura Julieta, Cárdenas, Edume y García Canova Gabriela.

Cita:

Casas, Laura Julieta, Cárdenas, Edume y García Canova Gabriela (2005). *Acerca del género y el Derecho como una práctica social discursiva. X Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Escuela de Historia de la Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional del Rosario. Departamento de Historia de la Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional del Litoral, Rosario.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-006/184>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

X JORNADA INTERESCUELAS/ DEPARTAMENTOS DE HISTORIA

Rosario 20 al 23 de septiembre de 2005

Título: “Acerca del género y el Derecho como una práctica social discursiva”

Mesa temática: N° 20: *“Tendencias y temas en la historia de las mujeres y la historia del género en la Argentina (1980-2004)”*

Pertenencia institucional: Universidad Nacional de Tucumán Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Autores: Casas, Laura Julieta, Jefa de Trabajos Prácticos de la Cátedra de Teoría del Estado, Auxiliar de Primera Categoría de la Cátedra de Derecho Constitucional y Federal B, Coordinadora de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT, Integrante del Proyecto de Investigación: “Cultura política en el mundo contemporáneo. Representaciones y prácticas de una ciudadanía negada” de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Tucumán. Directora: Dra. Judith Casali de Babot.

Dirección: Avenida Sarmiento 309, San Miguel de Tucumán (4000) Teléfono: 0381-4302937. Correo electrónico: julietacasas@yahoo.com.ar

Cárdenas, Edurne: estudiante, miembro de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT, Integrante del Proyecto de Investigación: “Cultura política en el mundo contemporáneo. Representaciones y prácticas de una ciudadanía negada” de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Tucumán. Directora: Dra. Judith Casali de Babot.

Dirección: Rufino Cossio 252, San Miguel de Tucumán (4000). Teléfono: 0381-4350448. Correo electrónico: edurne_cardenas@yahoo.com

García Canova Gabriela: estudiante, miembro de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT.

Dirección: San Juan 808, 2do C San Miguel de Tucumán (4000). Teléfono: 0381-4301892. Correo electrónico: gabilina19@hotmail.com

Introducción

En este trabajo intentaremos exponer el modo en que el Derecho actúa legitimando un orden que aparece como natural, y cómo el discurso jurídico opera más allá de la pura normatividad, instalando creencias, ficciones y mitos que consolidan un imaginario colectivo.

Tomaremos como principal eje de análisis el discurso de los jueces, intérpretes de la norma por excelencia, para evidenciar las mutaciones acontecidas en los tribunales argentinos respecto al modo de reconocer derechos a las mujeres y de interpretar y asignar roles a las mismas.

Creemos que el Derecho como discurso, se reproduce y se transmite a partir de distintos actores. Entre estos actores encontramos a los jueces como una pieza fundamental en el armado de la lógica jurídica.

Al decir de Cárcova el Derecho es opaco y "... actúa como una lógica de la vida social, como un libreto, como una partitura, paradójicamente, no es conocido o no es comprendido por los actores en escena"¹. En este complejo sistema de legitimación de poder, a través de distintos mecanismos, se inserta la problemática de la mujer y sus derechos.

El Derecho: la cara de Jano

Antes de comenzar este análisis es necesario hacer algunas precisiones.

Es clásica la definición de Carlos Cossio "*el Derecho es conducta humana en interferencia intersubjetiva*".

El Derecho regula la conducta de los hombres en relación para permitir una convivencia pacífica entre ellos. Para esto debe atender a cuáles conductas son valoradas positiva y negativamente dentro de una sociedad, conocer su realidad, sus necesidades y particularidades, sus relaciones de poder, las reivindicaciones de los movimientos sociales etc.

Así, aquellas normas que se apartan demasiado de esta realidad fracasan al intentar imponer su deber ser (salvo en marcos de autoritarismo que lo imponen coactivamente) y carecen de fuerza normativa. Un ejemplo claro de esto es la situación del aborto en Latinoamérica, donde , a pesar de su

¹ Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998.

penalización, sigue siendo una práctica social extendida con la consecuencia de la destrucción de la vida de las mujeres pobres para quienes la clandestinidad es sinónimo de muerte.

A su vez, el derecho es hacedor de realidad a la par de legitimador de esta.

Nos interesa destacar aquí el papel del Derecho como albañil de la subjetividad y de las identidades, en especial de la femenina.

Alicia Ruiz sostiene que *“el Derecho es un discurso social, y como tal, dota de sentido a las conductas de los seres humanos y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Este discurso instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer, y su sentido resulta determinado por el juego de las relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en cierto momento y lugar... El Derecho legitima el poder en el Estado y en todos los intersticios de la vida social, a través de la consagración explícita de quienes son sus detentadores reconocidos y también, de manera más sutil, cada vez que dice con qué mecanismos es posible producir efectos jurídicos (sólo algunos, bajo ciertas condiciones podrán contratar, reconocer hijos, etc). Cada vez que el derecho consagra una acción u omisión como permitida o prohibida está revelando dónde reside el poder y cómo está distribuido en la sociedad.”*²

El Derecho se instala en nuestras vidas cuando promete, otorga, reconoce, concede la palabra o la niega. Construye las calidades de mujer y de hombre, de padre de familia, de hijo, de cónyuge, de delincuente, de víctima, de incapaz.

El Derecho es uno de los elementos que contribuye a la configuración del estereotipo mujer, y a partir de esta construcción se reconocen o se niegan derechos a las mujeres. *“Se trata de un discurso que, paradójicamente, al tiempo que legitima las relaciones de poder existentes, sirve para su transformación. Es un discurso cargado de historicidad y de ideología...Un discurso que es, en sí mismo, dispositivo de poder a través del saber que*

² Véase Alicia Ruiz, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres” en Haydée Birgin (comp.) *El derecho en el género y el género en el derecho*, Bs. As., Biblos, 2000.

*reserva a unos pocos, y del secreto y la censura, que son sus mecanismos privilegiados*³

Los derechos que supimos conseguir. La normativa Argentina

Las prácticas sociales fueron asignándoles a las mujeres distintos lugares. El Derecho como práctica social discursiva asigna roles, los reproduce y construye también el concepto de género.⁴

El papel y la situación de la mujer en la sociedad y frente al Derecho ha variado considerablemente en los últimos 30 años. Pero nos remontemos un poco más atrás, a la génesis jurídica de nuestro país: es paradigmático que nuestra Constitución Nacional de 1853/60 consagrara la igualdad ante la ley, y no obstante esta norma constitucional, las mujeres fueran expropiadas y relegadas en el goce y ejercicio de sus derechos por mucho tiempo. Piénsese por ejemplo, que recién accedieron al derecho al voto en la Argentina a mediados del siglo XX.

En tanto, el Código Civil, en su redacción original (1869) consideraba a la mujer una incapaz relativa. La colocaba en el mismo status que al menor, ya que estaba bajo el control paterno hasta el matrimonio, momento en que empezaba a depender de su marido. Éste era quien administraba sus bienes, quien hacía contratos por ella y la obligaba, quien tenía potestad sobre sus hijos, quien fijaba domicilio y quien debía satisfacer sus necesidades.

El retorno de la democracia a nuestro país trajo también numerosos cambios en la legislación civil que repercutieron positivamente en la situación de las mujeres. En 1985 se dicta la ley 23.264 que establece la patria potestad compartida; la ley 23515, de matrimonio civil, que establece la obligación alimentaria recíproca, la igualdad de condiciones para fijar el domicilio conyugal, uso facultativo del apellido del marido, etc.

Podemos distinguir en lo que entendemos como “lo jurídico” tres niveles: el normativo, el discurso de los jueces y las construcciones sociales. Si

³ RUIZ, Alicia E., C., “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en RUIZ, Alicia E, C, (comp..) *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Biblos, Bs. As. 2000, pág. 15

⁴ Género al decir de Marta Lamas, es “El conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre los sexos, para simbolizar y construir socialmente lo que es “propio” de los hombres (lo masculino) y lo que es “propio” de las mujeres (lo femenino)”

bien la legislación (el nivel normativo) experimentó positivos cambios, tal como señaláramos más arriba, continúan en el imaginario social (del que los otros dos niveles forman parte) una serie de prejuicios. Un claro ejemplo es el concepto de “honestidad”, un dato al que se le atribuyen derechos. Cuando este término es utilizado en relación a una mujer, la generalidad de los autores, entienden que debe vincularse con la inexperiencia sexual. En cambio cuando se utiliza en relación a los hombres, se hace referencia a un valor tocante con la hombría de bien o la decencia en el manejo del dinero.

En la expresión del imaginario social que constituye la visión de los jueces también persiste la visión estigmatizante de género. En los autos “A.C. c/Editorial Perfil S.A. s/ daños y perjuicios⁵”, la revista Playboy contrató a una mujer para ser retratada desnuda. Se obtuvieron fotografías altamente sensuales. El contrato estableció la cesión de los derechos de publicación y reproducción de aquellas fotografías, que fueron publicadas por la editorial a principios de 1988. Posteriormente, en abril de 1989 y en mayo de 1991 nacieron los hijos de la mujer. En 1992 llegó a oídos de ella que la editorial pretendía publicar nuevamente aquellas fotografías. La mujer se opuso. La editorial, invocando la vigencia del contrato referido reprodujo el material. La mujer promovió juicio contra la editorial reclamando el resarcimiento del supuesto daño moral padecido. Los jueces hicieron lugar a su pedido y condenaron a la editorial a indemnizar económicamente a la pareja y a sus niños. Uno de los argumentos sostenido por la Cámara fue: “En casos como el nuestro podía ser objetable la eventual disposición de las fotos por parte de la madre luego de haber tenido a sus hijos.... Si la madre ha dejado ese tipo de actividad con motivo de su maternidad, sus hijos son quienes tienen el mayor derecho a favorecerse con la actitud de su progenitora. Ella ya no es una mujer que, a través de sus sensuales desnudos, provoca a los adquirentes de la revista Playboy, sino alguien que decide cambiar esa presentación ante la vida y pasa a mostrarse como una madre de familia”⁶.

Según este pronunciamiento la constitución de una familia redime y transforma a la mujer en otra distinta y la conducta decorosa de ella es una

⁵ Cámara Nacional Civil, Sala D, 17 de Julio de 1996

⁶ Harari Sofía y Pastorino Gabriela L., “Acerca del género y el derecho” en Birgin Haydée (comp..) *El Derecho en el género y el Género en el Derecho*, Biblos, Bs.As. 2000, pág 138/39.

derivación de su condición de madre. Esta maternidad redime y limpia la vida anterior y “anormal”. Para los jueces una madre no puede ser una mujer sensual e inspiradora de deseos.

Es extraña esta suerte de esquizofrenia que el deber ser (lo normativo, lo discursivo, lo que para el orden social, regulado por el Derecho “debe ser”) impone a las mujeres. Por un lado, la mujer debe ser sensual y el objeto de deseo de los hombres. También debe ser madre, pues de la capacidad de serlo surge la obligación de serlo. Debe ser también esposa, y esta condición, contradictoriamente, debe encontrarla pura y honesta.

En ambos espacios no hay lugar para una mujer fuera de un ser para otro. La mujer debe ser estas dos cosas a la vez, o al menos debe haber mujeres ocupando uno u otros espacios.

En algunas sentencias, se valorizan en la mujer características que son apreciadas de manera distinta si el damnificado es un varón. Un ejemplo de esto, es el caso de una niña de meses que sufrió un accidente mientras paseaba en su cochecito y fue lesionada en el rostro por un trozo de mampostería que (más allá del daño psicológico) le dejó como secuela una cicatriz deformante. El dictamen del defensor de menores consideró lo siguiente: “En el caso debe contemplarse que el hecho ocurre a una muy temprana edad, y las lesiones afectan también a la estética de la misma y estas lesiones constituyen también un daño material, sobre todo *teniendo en cuenta el sexo al incidir sobre sus posibilidades futuras* al repercutir en sus actividades sociales”⁷.

La Reforma Constitucional de 1994: un cambio de paradigma

La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 marca un hito, al incorporar en el artículo 75 inc. 22, una serie de Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

La jerarquización de estos Tratados tiene una enorme trascendencia ideológica e implica un cambio de paradigma muy profundo.

⁷ Dictamen “Pastor Julieta M. C/Consortio de Propietarios Av. Rivadavia s/daños y perjuicios”, 22 de diciembre de 1987.

Entre estos Instrumentos Internacionales se encuentra la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW)⁸.

Antes de analizar una serie de fallos que interpretan y aplican esta Convención, es necesario explicar porqué existe una Convención referida específicamente a las mujeres, que las abarca como grupo y especifica sus derechos, cuando en realidad en las Declaraciones Universales y en los Tratados se consagran Derechos Humanos extensibles también a las mujeres.

Si quisiéramos hacer una evaluación respecto de la evolución del reconocimiento de DDHH en estos últimos 50 años, es indudable que la comunidad internacional ha dado pasos importantísimos en este sentido.

De un tiempo a esta parte, la búsqueda de un consenso internacional sobre la existencia de ciertos derechos básicos y elementales inherentes a la condición humana, ha dejado un saldo de numerosas declaraciones, Tratados y Pactos Internacionales. Se partió de la elaboración jurídica de un paradigma de “ser humano” estandarizado que sirvió de centro de referencia de todo un sistema de protección de derechos. A partir de este sujeto (que fue presentado como aquel que aparece por debajo de toda diferencia, pero que, paradójicamente se parece bastante al hombre blanco, occidental, cristiano y con patrimonio), se reconocieron los derechos que tenían que ver con esa idea de humanidad. Ello provocó la exclusión histórica de las mujeres, la invisibilización de las diferencias, diversidad, especificidades y necesidades de esta población.

Los baches eran inmensos y fue así como fueron apareciendo aquellos derechos a los que se llamó “de las minorías” que, haciendo una valoración jurídica positiva de la diferencia, intentaron salvar las desigualdades y proyectar los DDHH a aquellos grupos, que por diferentes (lo que supone una comparación con aquello a lo que se había considerado como sujeto totalizador de lo humano) seguían siendo discriminados, incluso por el propio mecanismo de protección internacional de los DDHH.

⁸ Aprobada por res. 34/80 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Suscripta por la República Argentina el 17 de Julio de 1980. Aprobada según ley 23.179 sancionada el 8/5/85; promulgada el 27/5/85; publicada en el B.O. el 3/6/85.

Esta forma en que históricamente han ido apareciendo los DDHH, pueden ser objeto de numerosas críticas que no es nuestra intención hacer en esta oportunidad.

Lo que queríamos señalar con esta breve introducción, es cómo el propio sistema ha ido reconociendo la existencia de sujetos de derecho, completamente diferentes, en su ser, en su estar y en su hacer, dando expreso nacimiento a Derechos que tienen como titulares a estos distintos grupos⁹ “minoritarios” (entendemos que el concepto de *minoría* no hace referencia a una cuestión cuantitativa, sino cualitativa).

Así es que aparece la CEDAW, a fines de los 70, constituyéndose como el cuerpo de DDHH específico de las mujeres.

La CEDAW y su interpretación por los Tribunales Argentinos

La jurisprudencia de los Tribunales es una herramienta más con la que cuenta el Estado para cumplir sus obligaciones internacionales. El artículo 2 b) de la CEDAW dispone que “los Estados se comprometen a adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer”. La alusión al deber de adoptar las medidas de otro carácter distinto al de las leyes recae en los jueces; las sentencias son las medidas que tienen que dictar los tribunales de justicia para aplicar y dar efectividad a los derechos, libertades y garantías emergentes del pacto.

Analizaremos los siguientes fallos en los que los jueces interpretaron y aplicaron la CEDAW: “**González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nacional de Córdoba**”, de fecha 19/09/2000¹⁰, conocido como caso Monserrat; **T., S. c. Gobierno de la ciudad de Bs. As.** de fecha 11/01/2001¹¹, conocido como el fallo de inducción del parto; **Fundación mujeres en igualdad y otro c Freddo S.A.** de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, de fecha 16/12/2002¹²; **Ligas de Amas de casa, consumidores**

⁹ Como ejemplos podemos citar la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña, Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial, CEDAW, etc.

¹⁰ Fallos 323:2359- La Ley 2000-F, 128.

¹¹ La ley 2001-E, 264.

¹² La Ley 2003-B, 970.

y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Bs. As.” del Tribunal Superior de la ciudad autónoma de Bs. As de fecha 14/10/03¹³ .

Debemos aclarar, que estos fallos que analizaremos son revolucionarios por que invocan como fuente de Derecho a la CEDAW. Los jueces, sobre todo en materia de Derecho de Familia, siguen utilizando estereotipos que suponen ciertos “roles femeninos” que deben cumplir las mujeres. Pensemos, por ejemplo en las leyes de violencia familiar, la mayoría de las cuales establecen audiencias a las que deben comparecer las partes, incitando al perdón que las mujeres, en pos de la familia, deben darle a sus parejas golpeadoras.

La causa **Gonzalez de Delgado** se inicia como consecuencia del dictado de una ordenanza del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba, que ordenó que las inscripciones en el Colegio Monserrat (colegio al que asistían exclusivamente varones) se efectuaran sin distinción de sexo. Algunos padres accionaron judicialmente contra la ordenanza y sustentaron su pretensión, entre otras cosas, en la “inveterada costumbre que vedaba el ingreso de mujeres al Colegio Monserrat y a cuyo amparo se habían adquirido derechos”. La Corte rechaza la petición de los actores.

El voto que analiza pormenorizadamente la cuestión constitucional que se suscita es el del Doctor Petracchi. El juez hace un análisis no solo normativo sino también histórico, cultural y del derecho comparado. Así, al referirse al artículo 16 de la Constitución Nacional Petracchi manifiesta que “ es tarea de historiadores y sociólogos elucidar por qué un texto como el artículo 16 de la Constitución Nacional pudo coexistir durante largo tiempo con otras normas de inferior jerarquía que hoy aparecen claramente discriminatorias contra la mujer”. Considera que el proceso hacia la igualdad adelantó con lentitud porque “eran fuertes las resistencias que presentaba una estructura social en la que florecía y medraba una impronta decididamente patriarcal” (Considerando 3º).

El artículo específico de la CEDAW referido a la educación es el número 10, que obliga al Estado a garantizar la igualdad de Derechos de la mujer con el hombre en la esfera de la educación y en particular, para asegurar

¹³ La ley 2004-B, 413.

“...c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza”.

Dice Petracchi que la existencia de un solo establecimiento de la Universidad, como el Monserrat, que escolariza exclusivamente varones sin que exista otro bachillerato de calidad similar destinado a mujeres, significa una violación del art. 10 inc. a y c de la Convención. La Universidad como institución pública en el sentido del art 2º inc. c y d de la Convención es competente para remediar la discriminación. El mandato constitucional no se hallaría cumplido con la creación de un colegio similar también diferenciado por género y dedicado a alumnas mujeres.

Este artículo 10 que se refiere a la educación y el artículo 5 de la Convención, son claves en el proceso de desentrañar desigualdades veladas y visiones estigmatizantes de género. La norma al referirse a la obligación de eliminar los “conceptos estereotipados de los papeles masculino y femenino” interviene en el mundo simbólico. Esta frase significa deconstruir las construcciones que culturalmente se han ido formando y que están muy arraigadas en la sociedad y que remiten a estereotipos impuestos, por ejemplo de lo que es una mujer o debe ser una mujer. Es muy ilustrativo al respecto lo que Petracchi escribe en una nota al pie de este fallo: “...no sé bien en que consiste la femineidad y ya, a mis años dudo de que llegue a saberlo, o siquiera acercarme a su formulación; pero, me resulta evidente que no podría definirla para, después, esperar de las mujeres las conductas que se adecuen a dicha definición, si así lo hiciera estaría adoptando un criterio fundamentalista que, partiendo de la preconstitución del concepto de lo femenino, establece un dogma necesariamente discriminatorio (utilizable como instrumento de dominación) que, fundamentalmente consiste en imponer a la mujer una femineidad que no es la suya.

Sostiene este juez que en el derecho comparado aún cuando alguna distinción o discriminación sea en teoría aceptable y consiga indulgencia, los estándares que se aplican – a los fines de la eventual justificación- son muy

exigentes. Así, la Suprema Corte de los EEUU en una causa similar sostuvo que quienes intenten defender una acción gubernamental que impone categorías, clasificaciones o exclusiones basadas en el sexo, deben demostrar una “justificación (de dicha acción) sumamente persuasiva”.

Petracchi continúa diciendo que: “...En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia”.¹⁴ Y en el caso Monserrat: “.. los actores no han mostrado cuál sería el imperioso interés público que aconsejaría excluir a las jóvenes de los beneficios de la educación que brinda el Monserrat, antes bien, dicho imperioso interés público consistiría en evitar dicha exclusión, con rapidez indeliberada, porque ellas se apoyan en un prejuicio que, como tal, no merece justificación alguna.

Concluye diciendo que la pretensión de los actores importa, un agravio hacia las mujeres excluidas y, por lo mismo, no merece la tutela jurisdiccional por ser incompatible con la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente.

Es interesante el voto del juez Bossert, en cuanto puntualiza que la educación mixta en la Convención no agota su objetivo solo en procurar el acceso al mismo nivel educativo sino “la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza”. Es decir constituye un instrumento destinado a promover el cambio cultural encaminado a evitar todo tipo de discriminación contra la mujer.

El Juez Vázquez hace hincapié en el artículo 5 en cuanto a que los Estados partes deben tomar las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o

¹⁴ La igualdad sustantiva, o de facto, tal cual lo plantea la CEDAW, tiene como correlato la implementación de lo que la misma convención denomina “Medidas especiales de carácter temporal o medidas de acción positiva. Estas suponen acciones por parte de los Estados, que tiendan a acortar la brecha ocasionada por la discriminación histórica que existe en la realidad. Estas acciones deberán ser transitorias, ya que cesarán cuando se hubiesen alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. Ejemplo de estas, son las leyes de cupo femenino.

superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

En el caso **Freddo** se plantea un caso de discriminación en el ámbito laboral. La Fundación Mujeres en Igualdad inicia un amparo colectivo contra la empresa Freddo, alegando que la misma realiza prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección del personal. El Juez de primera instancia rechaza la acción de la actora porque considera que la misma: a) no demostró que se hubiesen presentado mujeres a las convocatorias y que hubiesen sido rechazadas por su condición; b) la ley prohíbe el desempeño de mujeres en tareas penosas, peligrosas e insalubres; c) la empresa comercial es la que debe determinar su política de empleo; d) la demandada está revirtiendo la tendencia de contar con mayor cantidad de personal masculino.

En los avisos periodísticos la empresa solo tomaba para los empleos a hombres. Según un informe de ANSES, en diciembre de 1999 la empresa tenía una dotación de 681 personas, de los cuales 646 eran hombres y sólo 35 mujeres.

Los argumentos de Freddo eran: “que tomaba empleados del sexo masculino para ciertos puestos porque, debían efectuar la limpieza del local, cargar los baldes conteniendo el producto, los que tienen un peso de 10 kg., ingresar a los pozos de frío que tienen una profundidad importante y bajas temperaturas. Con relación a los motoristas se requieren conocimientos mínimos de mecánica, poseer registro, limpiar el ciclomotor, cargar combustible con bidones, reparar la moto y cambiar sus piezas. Asimismo las tareas desempeñadas son cumplidas en horarios rotativos hasta altas horas de la madrugada. En este sentido Freddo pretendía proteger y no discriminar a la mujer”.

Los jueces además de citar jurisprudencia extranjera, aplican el artículo 11 de la CEDAW referido a la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: a) el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano y b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección.

Consideran que la Convención tiene un concepto amplio de “igualdad”: igualdad ante o frente a la ley, igualdad en la ley, igualdad jurídica, igualdad en

los Derechos y, en lo que aquí más interesa, igualdad de oportunidades y la igualdad de hecho o de ipso.

El principio de igualdad de oportunidades apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las mismas condiciones en la competición de la vida; se trata de igualdad de puntos de partida, aunque no la haya en el punto de llegada; y cita también el preámbulo de la Convención cuando dice que los Estados se obligan a suprimir la discriminación contra la mujer “en todas sus formas y manifestaciones”.

El tribunal señala que al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, se restringe su Derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, Derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad. Posibilidad de elección que no se limita ni condiciona al trabajador varón, de modo que la prohibición pone en evidencia un inequívoco contenido discriminatorio.

Los jueces hacen mención a los programas de acción positiva previstos también por nuestra constitución en el art. 75 inc. 23 que son aquellas medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo, religión, condición social, etc, se encuentran en una condición desigual.

Dice el tribunal que “En el Derecho argentino, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales sobre la igualdad y no discriminación, así como las previstas en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, cabe concluir en que cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua u otras similares se presume inconstitucional”

El Tribunal reconoce los resabios de discriminación que subsisten a nivel social y cultural cuando dice que “Si bien no subsisten discriminaciones legales, en los hechos suele ocurrir que las mujeres perciben salarios menores a los de los hombres, o que no pueden acceder a puestos de importancia jerárquica. Los Estados partes se han comprometido en materia de Derechos Humanos a garantizar el goce de estos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción lo que exige que realicen actividades concretas para que las mujeres puedan disfrutar de sus derechos”.

En este pronunciamiento son importantes las consideraciones en torno a las acciones positivas, porque las mismas van a ser el fundamento para condenar a Freddo a que en el futuro sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida. A tal fin ordena que deberá presentar a la actora un informe anual y permitirle el acceso a la información correspondiente estableciendo que ante el incumplimiento se le aplicará una multa.

La causa **T.S c/Gob. de la Ciudad de Bs. As**, resuelve la solicitud de una mujer embarazada de un feto anencéfalo¹⁵ que interpone un amparo a los fines que el hospital Ramón Sardá de la ciudad de Buenos Aires proceda a inducirle el parto o practicarle una intervención quirúrgica de cesárea.

El Tribunal al resolver enfatiza en forma recurrente que no se trata de un caso de aborto porque el objeto no es causar la muerte del feto, pues esta sucede indefectiblemente al nacer el mismo, se adelante o no el parto. Los informes médicos indicaban que adelantar o postergar el alumbramiento en esta etapa de gestación no beneficia ni empeora la suerte del nasciturus.

El Juez Bossert señala que la muerte acontecerá por la anencefalia y no por la inducción al parto y es quien cita la Convención haciendo una interpretación amplia del concepto de salud acorde con la definición que da la OMS (Organización Mundial de la Salud). Hace mención a los informes médicos y psicológicos que hablan de un daño psicológico de la madre que deriva de un intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y calota craneana con viabilidad nula en la vida extrauterina. Y que el daño que está sufriendo la actora tiene visos de tortura.

Dice Bossert que “Este grave daño psíquico de la actora –que sin duda han de padecer quienes componen su grupo familiar, incluida su hija de 12 años- representa una lesión a su derecho a la salud que se encuentra protegido por tratados de rango constitucional sobre todo el artículo 12 inc. 1 y 2 de la CEDAW. Que por lo dicho en este caso, en el que ninguna sentencia puede aportar felicidad, sólo mantener o poner fin a un intenso sufrimiento, el Tribunal debe proteger el derecho de la madre a la salud frente a la pretensión

¹⁵ La anencefalia es una patología que implica la ausencia de cerebro y carola craneana. Lo que significaba la imposibilidad de vida del feto fuera del seno materno. Es decir impide la viabilidad extrauterina.

de prolongar sin consecuencias beneficiosas para nadie la vida intrauterina del feto”

En la causa **Liga de Amas de casa** se cuestiona la ley de salud sexual y reproductiva de la Ciudad de Buenos Aires, por considerar que afecta la patria potestad, al permitir que los niños accedan a información, asesoramiento, prevención y provisión de métodos anticonceptivos sin la autorización de los padres.

El fallo del Superior Tribunal de la Ciudad de Buenos Aires rechaza la acción incoada con el voto de los cinco miembros, cada uno según sus fundamentos.

El Tribunal si bien analiza sobre todo la normativa del Código Civil referida a la patria potestad a la luz de la Convención de los Derechos del Niño hace alusión a los órganos de control de los Tratados internacionales y las recomendaciones que los mismos le hicieron a la República Argentina.

El voto de la Jueza Alicia Ruiz es el más enérgico en la cita de Tratados con fuerza vinculante y recomendaciones, reuniones internacionales o resoluciones de los Comités que interpretan los Tratados que se refieren a la salud sexual y reproductiva, haciendo mención al artículo 10 inc. h de la Convención que dispone que “los Estados parte adoptarán una serie de medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer con respecto a asegurarle el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y asesoramiento sobre planificación familiar”. El artículo 12 que se refiere a “la obligación de asegurar el acceso a servicios de atención médica inclusive los que se refieren a planificación de la familia”, y el artículo 16 que consagra “el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

La jueza cita el plan de acción de la conferencia del Cairo, en el sentido que debería garantizar a las adolescentes información y servicios que les ayudarán a comprender su sexualidad y a protegerse contra los embarazos no deseados y las enfermedades de transmisión sexual. Cita también la plataforma de acción de la V Cumbre Mundial de la Mujer de Beijing (1995) que sigue la misma línea del Cairo, y concluye que “los argumentos expuestos, las

normas y recomendaciones internacionales citadas y las pautas hermenéuticas establecida por la Convención de los Derechos del Niño fundamentan la constitucionalidad de los artículos de la ley”.

Conclusión:

El Derecho es un discurso de poder que actúa legitimando un orden que aparece como natural, pero es paradójico porque a la par de este efecto conservador, genera las bases también para su transformación.

Este discurso se reproduce a través de distintas voces entre las que se encuentran las de los jueces a través de sus fallos judiciales.

Podemos concluir con Ruiz que la calidad de “mujer” está jurídicamente construida, tanto en sus Derechos como en las discriminaciones que la signan. No depende únicamente del derecho, es cierto, pero es innegable la fuerza prescriptiva y legitimante de este discurso social. La cultura que heredamos y que internalizamos nos limita, nos crea prejuicios y, al mismo tiempo, nos abre ventanas. Tenerlo presente es decisivo, en especial en los lugares de la autoridad y del saber.

Así, el Derecho genera un espacio de conflicto y nos abre el juego para un análisis interdisciplinario que revela que estas construcciones que se formulan en el cruce de lo histórico, de lo social, lo político y lo cultural “no están predeterminadas por estos factores sino que llevan las marcas de la contingencia y del azar.”¹⁶

Creemos que es fundamental conocer los Derechos, apropiarnos de ellos. Hacernos cargo, todos, de que somos parte del juego de lo jurídico.

Tucumán, julio de 2005

¹⁶ RUIZ, Alicia E., C., “De las mujeres y el derecho”, en RUIZ, Alicia E, C, (comp..) *Identidad femenina y discurso jurídico*, Biblos, Bs. As. 2000, pág. 15

Bibliografía

- Bidart Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*. Astrea, Bs. As., 2001.
- Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998.
- Cárcova, Carlos María, *Derecho, Política y Magistratura*, Biblos, Bs.As., 1996.
- *Constitución de la Nación Argentina*, Astrea, Bs. As., 1998.
- *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*. www.un.org/daw/cedaw.htm.
- Harari Sofía y Pastorino Gabriela L., “Acerca del género y el Derecho” en Birgin Haydée (comp..) *El Derecho en el género y el Género en el Derecho*, Biblos, Bs.As. 2000.
- *Los Derechos Humanos de las Mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la Formación a la acción*, IIDH y CEJIL, San José, Costa Rica, 2004.
- Ruiz, Alicia “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres” en Haydée Birgin (comp..) *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Biblos, Bs. As., 2000.
- RUIZ, Alicia E., C., “De las mujeres y el derecho”, en RUIZ, Alicia E, C, (comp..) *Identidad femenina y discurso jurídico*, Biblos, Bs. As. 2000.