

GÉNERO, CIUDADANÍA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

(GENDER, CITIZENSHIP AND CONSTITUTIONAL CONTROL)

Violeta CARRIQUE *

RESUMEN

El control de constitucionalidad se inscribe dentro del problema más general (político y jurídico) de conciliar el predominio de la mayoría con el respeto incondicionado a los derechos fundamentales protegidos por el órgano máximo que es la Constitución. En nuestro país, es ejercido por el poder judicial, cuyos integrantes se convierten así, en los intérpretes y garantes de la Constitución.

En este trabajo se señalan algunos problemas del control de constitucionalidad que generalmente no aparecen en el tratamiento sobre el tema. Aquéllos que no son registrados, ni social ni jurídicamente, como violaciones de derechos y libertados, y que afectan particularmente al colectivo de las mujeres en su condición de tales.

El desconocimiento de la autonomía de las mujeres por gran parte del poder judicial, fundamentalmente en el área de la sexualidad y la reproducción, expresados en normas y fallos que se fundan en el modelo tradicional de femineidad (maternal y dependiente), obstaculizan la posibilidad de reconocer a las mujeres como sujetos con capacidad decisoria.

Es posible mostrar que aunque una ley no tenga relación con el sexo, se puede aplicar de manera discriminatoria, o no proteger determinados derechos. El Derecho, en la teoría y en la práctica, no opera con las mismas categorías cuando se refiere a varones y mujeres, y estas diferencias se enmarcan dentro de las construcciones sociales que han definido históricamente lo que es ser mujer y ser varón, en desmedro del colectivo de las mujeres, y desestimando durante mucho tiempo su capacidad para ser ciudadanas plenas.

Palabras Clave: ciudadanía, control de constitucionalidad, género.

ABSTRACT

The constitutional control is inscribed in the more general (political and legal) problem of conciliating the predominance of the majority with the absolute respect to the essential rights protected by the most important organism that is the Constitution. In our country, it is carried out by the Judicial Power, whose members become in this way, the interpreters and guarantors of the Constitution.

In this work we point out some problems about the constitutional control that generally do not appear in the treatment of the issue. Those that are not registered,

* CIUNSA-GESNOA - Facultad de Humanidades - Universidad Nacional de Salta - Chiriguano 8 - Barrio Parque Gral. Belgrano - CP 4400 - Salta
Correo Electrónico: violetac@unsa.edu.ar

neither social nor juridically, as violations of the rights and liberties, and that affect particularly women precisely because of their gender.

Ignoring Women's autonomy is a constant practice within the Judicial System, specially with respect to sexuality and reproduction, and it is expressed in norms that are based on the traditional model of femininity (maternal and dependant) that do not enable the recognition of Women as persons with decision making capacity.

It is possible to show that although laws may not have any relationship with sex, they can be applied in discriminatory ways, or without protecting certain rights. The Law, in theory and practice, does not work with the same categories when dealing with Women, and these differences therefore constructed are framed within social definitions that have historically described what is to be a woman or a man, inferiorizing Women and weakening for a long time their capacity to become full citizens.

Key Words: *citizenship, constitutional control, gender.*

GÉNERO, CIUDADANÍA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Como dice Norberto Bobbio, las democracias reales nacieron limitadas, ya que las decisiones de las mayorías no pueden afectar los derechos inviolables de las personas (Bobbio, 1993). El control de constitucionalidad se inscribe dentro del problema más general (político y jurídico) de conciliar el predominio de la mayoría con el respeto incondicionado a los derechos fundamentales protegidos por el órgano máximo que es la Constitución.

En nuestro país, el control de constitucionalidad es ejercido por uno de los tres poderes, el judicial (con énfasis en el papel de la Corte Suprema de Justicia), quien está facultado para decidir si una norma o ley está de acuerdo o no con la norma fundamental. Los jueces se convierten así en los intérpretes y garantes de la Constitución en última instancia, lo cual puede llegar, en un extremo, a negar el valor objetivo de ésta: ¿la Constitución sería lo que los jueces dicen que es?

La justificación del control de constitucionalidad por parte de los jueces plantea una serie de cuestiones que deben ser analizadas, ya que involucra no sólo problemas normativos, sino "fácticos, concernientes a la realidad social o ámbito de las conductas; y también problemas axiológicos, esto es, conflictos de valores jurídico-políticos que el operador intérprete de la Constitución, conscientemente o no, asume y decide (...) Decir que el control de constitucionalidad implica nada más que confrontar la norma superior (la Constitución) con la norma inferior (ley, decreto, resolución) importa una hipocresía jurídica inadmisibles" (Sagues, ED, 118-909)

Por otro lado, quienes son los encargados de la protección de los derechos individuales (especialmente la Corte Suprema) no son elegidos por el voto popular sino designados, no están generalmente sujetos a renovación periódica de sus mandatos, ni son responsables en forma directa ante la opinión pública (Nino, 1983).

En los diez últimos años, en nuestro país se hizo evidente el papel subordinado de la Corte Suprema de Justicia- y de una buena cantidad de jueces de distintos

fueros- al poder político de turno. Fue conocida - criticada y resistida tanto en el plano político como jurídico- la maniobra de aumentar el número de ministros de la corte como parte de la estrategia para obstaculizar su función de contralor, menguando su capacidad de deliberación independiente, y reduciendo su autonomía.

La identificación de los jueces del más alto tribunal con los intereses del grupo gobernante, hizo posible la sanción de una serie de leyes sobre privatizaciones de bienes y servicios públicos, y otras de "emergencia" que aceleraron el desguace del estado, sin que los órganos de control que la democracia preve para proteger a los ciudadanos de acciones que perjudiquen o violen sus derechos fundamentales se hicieran eco de las demandas de los afectados. En este caso, la vulneración de sus derechos sociales y económicos, lo que lesiona severamente la posibilidad de ejercer la ciudadanía en forma plena.

Hay otros aspectos del problema del control judicial de constitucionalidad, que me interesa señalar y que por lo general no aparecen en el tratamiento sobre el tema, como es el incumplimiento de derechos y libertades que la Constitución asegura y ni siquiera son visualizados, ni social ni jurídicamente, como violaciones, aquellos que afectan particularmente al colectivo de las mujeres en su condición de tales.

¿Hay algún modo de garantizar que el poder judicial pueda decidir de manera imparcial en los conflictos en donde se juegan intereses contrapuestos, y son afectados derechos y libertades garantizados por la Constitución?

Al respecto, señalaré algunos argumentos ofrecidos por Carlos Nino, que me parecen pertinentes para establecer excepciones al cuestionamiento del control judicial de constitucionalidad en la democracia. Dice Nino que el control judicial de constitucionalidad puede justificarse en base a las condiciones necesarias para reconocer el valor epistémico de la democracia. En primer lugar, mediante el control del procedimiento democrático. Los jueces, cuando interpretan la Constitución, deberían proteger las precondiciones que definen un proceso democrático, dentro del cual se inscribe esta norma fundamental. Estas precondiciones son: la participación de todos los afectados por la norma, la libertad de los participantes de expresarse por sí mismos, la igual consideración de intereses, la justificación de los argumentos, etc.

El juez, en este caso encargado de aplicar la norma jurídica que justifica la acción, debe determinar si ésta ha satisfecho las condiciones de legitimidad democrática. "Muchas de estas condiciones involucran el contenido de los derechos individuales que comprende la constitución ideal. Estos derechos pueden ser considerados derechos a priori, dado que son condición de la validez del proceso democrático y su valor no se encuentra determinado por ese proceso sino que está presupuesto por éste. Estos derechos a priori deberían ser, así, respetados por el proceso democrático como prerequisites de su validez. Es misión de los jueces garantizar ese respeto" (Nino, 1983: 275)

En algunos casos esto aparece claro, por ejemplo en los argumentos del fallo de la Corte Suprema en el caso "Arenzón c/Nación Argentina", que invalida una resolución en la cual se niega aptitud para ejercer la docencia media y superior a

las personas de estatura inferior a 1,60 mts. En los argumentos que sostienen el dictamen del procurador y el fallo de la Corte Suprema en el caso Arenzón puede observarse que lo que se cuestiona no es el establecimiento de condiciones o requerimientos que, como en cualquier profesión, debe exigirse a quienes se postulan, sino la relevancia puesta en un aspecto –el de la altura mínima- que se convierte, a partir de la resolución citada, en excluyente para el ejercicio de la docencia. En el fallo se introduce la referencia a algunos valores o principios que se consideran relevantes en esta situación, y que sirven para invalidar el argumento de la exclusión. Valores o principios inherentes a la democracia, como el respeto por los derechos fundamentales (en este caso a enseñar y aprender) y las garantías constitucionales que protegen el cumplimiento de estos derechos. Además, la supremacía de las condiciones que tienen que ver con la formación intelectual por sobre las condiciones físicas (de las cuales no somos responsables), y hasta una referencia a la revisión de una regla dictada por un gobierno de facto, cuya existencia de por sí constituye un hecho ilegítimo.

Otras veces la determinación de estos derechos *a priori* no está tan clara, como es el caso de los derechos sociales y económicos, que implican la referencia específica a condiciones sociales y materiales que deben cumplirse para que puedan hacerse efectivos. Además, es aquí donde aparece más evidente la dependencia del poder judicial a los otros poderes del Estado, ya que además de las consideraciones objetivas respecto de la posibilidad real de satisfacer ampliamente la demanda de estos derechos en las condiciones económicas y sociales en que se encuentre el proceso democrático, muchos fallos son dictados bajo el imperio de una situación política coyuntural que se intenta favorecer.

En el caso del fallo del caso “Correa, Rubén, y otros s/acción de inconstitucionalidad” (agosto 1996), que promueve acción de inconstitucionalidad contra decretos del poder ejecutivo provincial que establecen la cesantía de casi 2.000 empleados públicos, la Corte de Justicia de Salta adujo que no estaba lo suficientemente probada la “verosimilitud del derecho” para hacer efectiva la medida cautelar solicitada. Por lo tanto: “Tal conclusión obliga a atenerse a la presunción de legitimidad de los actos de los poderes públicos”...y más adelante vuelve a afirmar: “El Poder Judicial ha de inclinarse ante la presunción de validez de los actos de los poderes públicos”. Mi lectura completa de este fallo (no jurídica, sino ciudadana) me muestra que en él no hay un análisis claro y fundamentos que permitan comprender y justificar porqué “no está probada la verosimilitud del derecho”.

Otra justificación del control judicial de constitucionalidad se basa en la consideración de la autonomía personal. El valor de la autonomía personal consiste en que permite a las personas seguir su propia concepción del bien sin sufrir interferencias indebidas por parte del Estado u otros.

Me interesa particularmente este argumento porque tiene que ver con cuestiones que atañen a los derechos de las mujeres, en la medida en que todavía tales derechos no son contemplados en mucha de la legislación vigente. Las decisiones judiciales a este respecto no tienen en cuenta la autonomía decisoria de las mujeres, por ejemplo en lo que hace al control de la reproducción, y las normas

que se dictan corresponden más a una imagen de lo que es un modelo ideal tradicional de femineidad (maternal y dependiente) que al respeto por el derecho a la privacidad, consagrado en la Constitución. A pesar de que, como afirma Nino, “el derecho a no ser coaccionado sobre la base de modelos de excelencia personal es parte de este grupo de derechos a priori que son condición del proceso democrático” (Nino, 1983:280).

Es posible mostrar que aunque una ley no tenga relación con el sexo, se puede aplicar de manera discriminatoria, o no proteger determinados derechos. El Derecho, en la teoría y en la práctica, no opera con las mismas categorías cuando se refiere a varones y mujeres, y estas diferencias se enmarcan dentro de las construcciones sociales que han definido históricamente lo que es ser mujer y ser varón, en desmedro del colectivo de las mujeres, y desestimando durante mucho tiempo su capacidad para ser ciudadanas plenas.

Las teóricas feministas han planteado, desde diversos ángulos, una crítica al discurso jurídico que se dice objetivo, racional y universal, y han analizado con detalle las inconsistencias de este discurso, cuando el objeto de aplicación han sido las mujeres. Alicia Ruiz afirma: “El derecho interfiere en nuestras vidas cuando promete, otorga, reconoce o niega. Cuando crea expectativas y cuando provoca frustraciones. Las cualidades de mujer y de hombre, de padre de familia, de cónyuge, de hijo, de niño y de adulto, de capaz o incapaz, de delincuente y de víctima, de culpable y de inocente, están siempre jurídicamente estatuidas. Y el discurso jurídico es complejo, opaco, paradójico, enunciado por actores diversos, cada uno de los cuales agrega, modifica, elimina sentidos” (Ruiz, 2000: 14) Esto significa que el derecho no sólo es un conjunto de normas, sino que está atravesado de las interpretaciones acerca de quienes sean los sujetos de derecho y el reconocimiento de sus identidades individuales, y se integra a las construcciones (operaciones de asignación de sentido) que se constituyen en el cruce de lo social, lo político y lo cultural.

Algunas investigadoras han realizado interesantes análisis sobre fallos judiciales en los que se pone de manifiesto la intervención de una perspectiva que asocia determinadas cualidades, funciones y capacidades con un determinado sexo, y eso se traduce en los fallos, ya que el juez actúa, a la hora de administrar justicia, dentro de un entramado de valores a los que adhiere, que pertenecen a su realidad social y que se expresan, a veces de manera inconsciente, en la formulación de sus sentencias y resoluciones.

Uno de los ámbitos donde aparece más claro lo que afirmamos es el del derecho penal. Los estudios feministas han demostrado que allí se manifiesta de manera explícita la perpetuación de patrones sistemáticos de jerarquía y subordinación entre los géneros, especialmente en las cuestiones vinculadas con la integridad sexual de las mujeres. Coincidimos con Marcela Rodríguez cuando afirma al respecto: “probablemente, la dimensión de la moral sexual contenida en los códigos penales y reflejada en las prácticas judiciales es uno de los ejemplos más claros de la vinculación del derecho penal con la ideología patriarcal. Estas normas han intentado ejercer un control de la sexualidad femenina a partir de

definiciones sobre los bienes jurídicos que se han de tutelar (la honestidad en este caso) o sobre quienes son las personas merecedoras de protección (mujeres honestas, casadas, etc.). Por otra parte, en estos casos, las mujeres son contempladas con desconfianza por el sistema penal y su moralidad es sometida a examen para determinar si se trata de víctimas apropiadas” (Rodríguez, 2000: 138).

En la actualidad, el aumento de la conciencia ciudadana respecto de los derechos de las mujeres, ha permitido que se puedan plantear en la agenda pública - política y jurídica- acciones para promover un cambio en esta perspectiva. Por ejemplo, el análisis de la obligación legal que impone el art. 86, inc. 1 del Código Penal, respecto de la desincriminación del aborto en casos específicos (caso de una violación), para que éste pueda llevarse a cabo en los hospitales públicos, y la posibilidad de promover acciones de amparo ante la negativa de los profesionales médicos o institución hospitalaria de realizar un aborto terapéutico. Negarse a realizar una intervención en estos casos, no sólo estaría violando la autonomía decisoria de las mujeres sino que atentaría contra el derecho constitucional a la vida, a la salud e integridad, emergentes de la Constitución y los tratados internacionales incorporados a ella.

Si nos tomáramos el trabajo de revisar fallos judiciales referidos a delitos contra la integridad de las mujeres, (que muchas veces terminan con la muerte de las víctimas), podremos verificar que con frecuencia, los criterios y argumentos sostenidos por defensores y jueces son el resultado de un imaginario hegemónico que rige las relaciones de género, que son discriminatorias para las mujeres y por lo tanto relativiza el delito; la víctima de una violación no sólo debe probar que ha sido agredida -a diferencia de las víctimas de otros delitos-, sino además probar que no ha provocado o que no se ha colocado en situaciones riesgosas.

También podemos citar el caso de una mujer que fue denunciada por la médica ginecóloga que la atendió cuando fue a pedir ayuda al hospital por complicaciones surgidas de un intento de aborto. A pesar de haber sido rechazada la causa durante tres años, por considerarla antijurídica ya que se fundaba en la violación del secreto profesional, la denuncia prosperó y la Corte Suprema de Justicia decidió imputar a la mujer. “Es a todas luces injusto que alguien pretenda ampararse en el deber del secreto profesional para de ese modo hacer cómplice al profesional de un comportamiento cuyo objeto es privarle la vida a un inocente”, dice el fallo unánime. Hay una negación a considerar violaciones de derechos a algunas de las que sufren específicamente las mujeres *qua* mujeres, y la crítica feminista intenta a la luz de determinados conocimientos, incorporar en la conciencia y en la acción individual y colectiva, la idea de un sistema de derechos que tenga en cuenta las razones de género como razones relevantes.

Otro caso interesante, que se inscribe dentro de estas nuevas posibilidades de incidir sobre quienes ejercen el control de constitucionalidad, y poner en obra el ejercicio de la ciudadanía, es el de un grupo de mujeres de Río Negro, pobres y con familias numerosas, que pidieron y obtuvieron de la justicia la orden para que en un hospital público les ligaran las trompas. La jueza, para el fallo, se basó en al art. 19 de la Constitución nacional que consagra la voluntad procreacional como un derecho

personalísimo. Es importante señalar, en este caso, que el argumento del fallo no hace referencia a necesidades terapéuticas, sino al derecho que tienen las mujeres a decidir sobre su cuerpo y sus proyectos de vida, y por lo tanto apunta a una cuestión de base, que hace al respeto de la autonomía, uno de los derechos a *priori* que son la condición del proceso democrático.

¿Cómo hacer, en definitiva, para que puedan darse condiciones en las que el control judicial de constitucionalidad cumpla una función que realmente sirva al perfeccionamiento del sistema democrático? Hay propuestas que abogan por diferentes formas de democratizar el poder judicial, por ejemplo estableciendo procedimientos que permitan renovar periódicamente a los jueces; propuestas sobre la integración mixta de los tribunales colegiados (el 80% de los jueces son varones), incluida la Suprema Corte de Justicia, donde no hay ninguna mujer, porque hasta el presente la comunidad legal, por razones históricas y culturales, no ha incorporado de manera equitativa a las mujeres, a pesar de ser reconocidas como ciudadanas desde hace bastante tiempo.

En síntesis, elaborar estrategias para que los jueces adopten medidas que “promuevan el proceso de deliberación pública o la consideración más cuidadosa por parte de los cuerpos políticos”, como afirma Nino.

Un modo de utilizar el control judicial de constitucionalidad en el efectivo cumplimiento de su función de garante de los derechos consagrados por la Constitución, es generar acciones que permitan a los ciudadanos y ciudadanas ejercer su responsabilidad como tales, en tanto sujetos capaces de exigir el respeto de las leyes y las normas o promover acciones en defensa de derechos que le son negados o limitados sin la debida justificación.

Quiero señalar también que en los últimos años, movimientos de mujeres de diversa naturaleza (organizaciones no gubernamentales, movimientos feministas, asociaciones vecinales, instituciones contra la violencia de género, mujeres políticas, etc.) han producido una fuerte presión en las estructuras legales que permitió modificaciones importantes en el ordenamiento jurídico, aunque todavía no es posible hablar de una “igualdad ante la ley” que sea consciente del género. Ser “consciente del género” significa no encubrir, tras de una hipotética neutralidad, interpretaciones que se sostienen en estereotipos de género, y que impiden tratar al colectivo de las mujeres como sujetos morales y jurídicos autónomos.

Sin la participación efectiva de los/as ciudadanos/as más allá del voto, el proceso democrático se deteriora, ya que queda librado a los intereses sectoriales de grupos políticos y a su capacidad de manipulación.

Los últimos años han visto retornar, en el marco de las democracias representativas, variadas formas de participación social que no sólo modifican un panorama de registro democrático que estaba marcado por la disolución de la vieja idea de la voluntad popular y puesto el acento en las formas exteriores de la política, sino que nos replantean la posibilidad de fundar, sobre las ruinas de estas democracias desvirtuadas, una nueva forma de gobierno democrático que recupere o cree el sentido del interés común y la cooperación como base de la convivencia social.

Dentro de este esquema, la responsabilidad y la participación de todas y todos los afectados son fundamentales para ejercer un control sobre el sistema jurídico, en la medida que, en primer lugar, la ciudadanía esté lo suficientemente “educada” en términos cívicos y jurídicos para asumir el compromiso como agente principal de la aplicación del derecho, y en segundo lugar, de que existan los mecanismos procesales apropiados que le permitan a la ciudadanía acceder a la justicia para ejercer esta responsabilidad (Saba y Bohmer, 2000).

BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, N (1993) Igualdad y libertad. Barcelona, Paidós.

NINO, C (1983) La constitución de la democracia deliberativa. Buenos Aires, Gedisa

RODRÍGUEZ, M (2000) Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las persona, en Birgin, H. (comp), Las trampas del poder punitivo. Buenos Aires, Biblos.

RUIZ, A Compiladora (2000) Identidad femenina y discurso jurídico. Buenos Aires, Biblos.

SABA, R y BOHMER, M (2000). Participación ciudadana en Argentina. Estrategias para el efectivo ejercicio de los derechos (mimeo).