

Género y derecho

El rol del derecho en la construcción
de identidades de género
Susy Garbay Mancheno

El tratamiento sobre estereotipos de género
en los dictámenes del Comité de Eliminación
de la Discriminación contra la Mujer
Judith Salgado Álvarez

La discriminación de género en la relación laboral
Elisa Sierra Hernáiz

La paradoja de la media naranja
Ramiro Ávila Santamaría

Conflicto armado y feminismo de Estado
Carolina Vergel Tovar

Implicaciones de la criminalización del
aborto en Ecuador
Elsa Guerra Rodríguez

El espejismo laico del Ecuador
Marjorie Gabriela Espinoza Plúa

Análisis de la sentencia Fernández Ortega vs. México
Adriana Rodríguez Caguana

Interpretación judicial y tutela efectiva del derecho
a la identidad
Diego Jadán Heredia

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Primer cuatrimestre de 2018 • Número 29

FORO: revista de derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTOR DEL ÁREA: Dr. Ramiro Ávila Santamaría.

EDITOR DE LA REVISTA: Dr. Ramiro Ávila Santamaría.

COMITÉ EDITORIAL: Dra. Roxana Arroyo Vargas (Instituto de Altos Estudios Nacionales), Dr. Santiago Basabe Serrano (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador), Dra. Eddy De la Guerra Zúñiga (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dra. Elisa Lanas Medina (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dra. Sonia Merlyn Sacoto (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Dr. César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Marco Navas Alvear (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Farith Simon Campaña (Universidad San Francisco de Quito).

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Dr. Silvio Gambino (Universidad Della Calabria), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Dr. Fernando Puzzo (Universidad Della Calabria), Dra. Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Dr. Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Dra. Rosario Valpuesta (†) (Universidad Pablo de Olavide), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile).

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Elsa Guerra Rodríguez.

COORDINADORA EDITORIAL: Esp. Sup. María José Ibarra González.

SUPERVISOR EDITORIAL: Jorge Ortega.

DIAGRAMACIÓN: Sonia Hidrobo.

CORRECCIÓN: Fernando Balseca.

CUBIERTA: Raúl Yépez.

IMPRESIÓN: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito.



FORO aparece en los índices *Latindex: Sistema regional de información en línea para revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal; Prisma: Publicaciones y revistas sociales y humanísticas, y Latinoamericana: Asociación de revistas académicas de humanidades y ciencias sociales.*

FORO es una publicación gestionada por su comité editorial. Desde noviembre de 2003 hasta diciembre de 2017 circuló semestralmente. A partir de enero de 2018 circula cuatrimestralmente. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO

Revista de Derecho

ISSN 1390-2466

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /

Corporación Editora Nacional

No. 29 • I cuatrimestre 2018

	Editorial <i>Elsa Guerra Rodríguez</i>	3
TEMA CENTRAL	GÉNERO Y DERECHO	
	El rol del derecho en la construcción de identidades de género: replanteando el análisis de género desde los aportes de la teoría crítica <i>Susy Garbay Mancheno</i>	5
	El tratamiento sobre estereotipos de género en los dictámenes del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer <i>Judith Salgado Álvarez</i>	21
	La discriminación de género en la relación laboral: igualdad formal, igualdad material y acción positiva <i>Elisa Sierra Hernáiz</i>	49
	La paradoja de la media naranja. Los desencuentros en lo cotidiano y el derecho <i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	65
	Conflicto armado y feminismo de Estado: la incursión de la problemática de la guerra en la acción pública para las mujeres en Colombia <i>Carolina Vergel Tovar</i>	89
	Implicaciones de la criminalización del aborto en Ecuador <i>Elsa Guerra Rodríguez</i>	117
	El espejismo laico del Ecuador. Los debates constituyentes sobre el aborto, la adopción homosexual y el nombre de Dios en el preámbulo de la Constitución <i>Marjorie Gabriela Espinoza Plúa</i>	135
RECENSIONES	Claudia Storini y Marco Navas Alvear, <i>LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN ECUADOR. REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL,</i> por Pablo Andrés Alarcón Peña por Krystian Complak	169 175
JURISPRUDENCIA	Análisis de la sentencia Fernández Ortega vs. México: género, clase y etnicidad <i>Adriana Rodríguez Caguana</i>	177
	Interpretación judicial y tutela efectiva del derecho a la identidad: análisis de la sentencia No. 133-17-SEP-CC de la Corte Constitucional de Ecuador <i>Diego Jadán Heredia</i>	187
	Colaboradores	203
	Normas para colaboradores	205

FORO

Revista de Derecho

ISSN 1390-2466

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /

Corporación Editora Nacional

No. 29 • First quarter 2018

	Preface	
	<i>Elsa Guerra Rodríguez</i>	3
MAIN THEME	GENDER AND LAW	
	The role of law in the construction of gender identities: rethinking gender analysis from the contributions of critical theory	
	<i>Susy Garbay Mancheno</i>	5
	Gender stereotypes approaches of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women	
	<i>Judith Salgado Álvarez</i>	21
	Gender discrimination at work: formal equality, substantive equality and affirmative action	
	<i>Elisa Sierra Hernáiz</i>	49
	The paradox of the “average orange”. The disagreements in the day to day and the law.	
	<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	65
	Armed conflict and State Feminism: the Emergence of the Problem of War in Public Action for Women in Colombia	
	<i>Carolina Vergel Tovar</i>	89
	Criminalization of abortion in Ecuador and its implications	
	<i>Elsa Guerra Rodríguez</i>	117
	The lay mirage of Ecuador. Constituent debates on abortion, homosexual adoption and the name of God in the preamble of the Constitution from a historical perspective	
	<i>Marjorie Gabriela Espinoza Plúa</i>	135
REVIEWS	Claudia Storini y Marco Navas Alvear, <i>LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN ECUADOR. REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL</i> , by Pablo Andrés Alarcón Peña	169
	by Krystian Complak	175
CASE LAW	Analysis of the judgment from Fernández Ortega vs. México: gender, social class and ethnicity	
	<i>Adriana Rodríguez Caguana</i>	177
	Judicial interpretation and effective protection of the right to identity: analysis of judgment No. 133-17-SEP-CC of the Constitutional Court of Ecuador	
	<i>Diego Jadán Heredia</i>	187
	Collaborators	203
	Rules for Collaborators	205

Editorial

El género puede ser empleado como un prisma de análisis contextual de las relaciones asimétricas de poder de los sujetos, y constituye una herramienta necesaria para construir un camino emancipador y democrático que materialice los proyectos de vida dignos y diversos.

Como aporte a esta discusión, este número de la revista Foro presenta temas variados que relacionan las categorías de género y derecho. La mayoría de estos artículos académicos parten de una mirada interdisciplinaria, y recogen debates contemporáneos sobre las contribuciones de las teorías críticas y los estudios de género frente a la (de)construcción de la sociedad, el Estado y el derecho patriarcal desde distintas dimensiones y ámbitos de reflexión.

El artículo de Susy Garbay pretende romper la mirada tradicional de valorar el derecho y apuesta por la posibilidad de resignificar el contenido del fenómeno jurídico, apoyada en los planteamientos de las teorías críticas. Judith Salgado examina las contribuciones y límites de los dictámenes emitidos por el Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer respecto al tratamiento de estereotipos de género, así como plantea la necesidad de observar su contenido en la formulación de normativa y políticas públicas de los Estados, para caminar hacia la erradicación de la violencia y discriminación contra las mujeres.

Elisa Sierra aborda las tensiones sobre las medidas de acción afirmativa en favor de las trabajadoras en el campo laboral, a la luz de la prohibición de discriminación de género, la igualdad en su dimensión formal y material, con especial énfasis en la realidad española. Por su parte, Ramiro Ávila Santamaría genera un interesante debate sobre la “paradoja de la media naranja” para percibir, desde un enfoque de género, las relaciones y tensiones en la construcción de parejas y los efectos del patriarcado y sexismo en los hombres y mujeres diversas.

Carolina Vergel reflexiona sobre la problemática de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia, y la posibilidad de transversalizar un enfoque de género en las políticas de derechos humanos y de justicia transicional. En cambio, Marjorie Gabriela Espinoza analiza la narrativa de los debates constituyentes para visibilizar la forma en que la religión incidió en la configuración de normas constitucionales sobre la protección de la vida desde la concepción, el matrimonio homosexual y la

inclusión del nombre de Dios, y la manera en que estas disposiciones afectan la consolidación del Estado laico en Ecuador.

En el artículo de mi autoría, se pretende visibilizar, con el enfoque de género, la manera en que la penalización del aborto voluntario en Ecuador, además de provocar varias afectaciones a las mujeres diversas que interrumpen su embarazo, a la sociedad y al Estado, constituye un mecanismo de control del cuerpo de las mujeres frente al cumplimiento del contrato reproductivo impuesto por el patriarcado.

Además, la revista presenta dos análisis de sentencias a nivel ecuatoriano e interamericano de la mano de Adriana Rodríguez y Diego Jadán, que problematizan la categoría de género en campos específicos, donde se observa el derecho como un espacio complejo en disputa de significados.

Con estos aportes, el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar pretende fortalecer la discusión sobre el concepto, la finalidad, el alcance y la efectividad del derecho, desde las teorías críticas y en contraste con la realidad social. Agradecemos a los docentes nacionales y extranjeros que contribuyeron con sus artículos académicos, así como a María José Ibarra, Claudia Storini y Ramiro Ávila por el apoyo para la cristalización de este número de la revista.

Elsa Guerra Rodríguez

El rol del derecho en la construcción de identidades de género: replanteando el análisis de género desde los aportes de la teoría crítica

*Susy Garbay Mancheno**

RESUMEN

Este trabajo recoge algunos de los debates propuestos por las teorías críticas, que ponen de relieve el análisis del derecho más allá de su aspecto formal, poniendo en evidencia que el derecho actúa en diferentes dimensiones produciendo categorías que a primera vista son de difícil identificación, pero que son relevantes en la producción de significados que aportan en el mantenimiento del orden social imperante. Desde esta perspectiva, el derecho es observado como un discurso social que produce el objeto sobre el que interviene, dota de sentido a las conductas de las personas y legitima las estructuras de dominación. Las teorías feministas que se adscriben a esta posición proponen complejizar la relación género y derecho, identificando en su discurso los códigos culturales que utiliza para la construcción de las identidades de género.

PALABRAS CLAVE: derecho, género, feminismo.

ABSTRACT

This paper gathers some of the debates proposed by critical theories, which emphasize on the analysis of law beyond its formal aspect, providing evidence that the law acts in different dimensions, thus producing categories that, at first sight, are identified with difficulty, but are nonetheless relevant in the production of meanings that contribute to keeping the prevailing social order. From this perspective, the law is observed as a social discourse that produces the object over which it intervenes, gives meaning to people's behavior and legitimizes the structures of domination. Feminist theories, which hold on to this position, propose the promematization of the gender and law relationship, identifying in its discourse the cultural codes that are used in the construction of gender identities.

KEYWORDS: law, gender, feminism.

FORO

* Docente titular de derechos humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, y docente de los Programas de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

INTRODUCCIÓN

Sin duda los estudios de género han enriquecido los debates académicos en las ciencias sociales. Particularmente en el derecho, la introducción de esta categoría ha conllevado rupturas en la lógica positivista que caracteriza su formulación y aplicación. No obstante, los debates de género en el derecho todavía aparecen marginales y su estudio es específico y no transversal, relacionando insistentemente la categoría género exclusivamente con las mujeres.

El trabajo que se presenta en estas líneas pretende ofrecer algunos elementos que permitan complejizar el análisis del derecho, para lo cual, sin la pretensión de hacer una síntesis exhaustiva, se hace una revisión de los aportes de las teorías jurídicas críticas feministas. De estas posiciones, se rescata en especial la que propone observar al derecho trascendiendo su aspecto formal, considerándolo más bien como un discurso social que se expresa en distintas dimensiones, cada una cargada de elementos simbólicos que generalmente son pasados por alto, pero que tienen un peso importante en la construcción cotidiana del orden patriarcal y en la reproducción de modelos de masculinidad y femineidad funcionales al sistema de dominación.

Los elementos que ofrece esta perspectiva resultan relevantes para problematizar la relación género-derecho, buscando en su formulación y aplicación esos aspectos simbólicos que un simple estudio obvia, asumiendo sin cuestionamiento que el sexismo en el derecho se supera con la inclusión de las mujeres en sus normas, o tipificando tipos penales para sancionar conductas que afectan especialmente a las mujeres, o porque quienes lo aplican son cada vez más mujeres, cuyo punto de vista sería suficiente para garantizar la inclusión del enfoque de género en el derecho.

Finalmente, con estos planteamientos, se hace una breve revisión del discurso jurídico ecuatoriano, a partir de algunas figuras legales creadas específicamente para controlar el cuerpo y la sexualidad de las mujeres, identificando los elementos simbólicos que contribuyen en el fortalecimiento de los imaginarios que sostienen el sistema patriarcal.

EL DERECHO BAJO LAS MIRADAS FEMINISTAS CRÍTICAS

En el campo del derecho, el uso del género como categoría de análisis desmitificó las características de objetividad, racionalidad y neutralidad que Kelsen le asignó a esta disciplina para justificar su carácter científico, proponiendo la necesidad de descontaminar el derecho de cualquier influencia ideológica, moral, política o socio-

lógica.¹ Diversas corrientes feministas han cuestionado estas características, identificándolo más bien como un instrumento del orden patriarcal, utilizado para normalizar las conductas de hombres y mujeres, estableciendo estándares de privilegio para los primeros, y de subordinación para las segundas.

Frances Olsen es una de las autoras feministas que sistematiza las críticas feministas al derecho. Su trabajo parte señalando que el pensamiento liberal clásico, desde su origen hasta la actualidad, se ha configurado a base de dualismos dicotómicos como, por ejemplo, racional e irracional; concreto y abstracto; objetivo y subjetivo. Cada uno de los componentes de los dualismos están sexualizados y jeraquizados, sobrevalorando las categorías que están relacionadas con lo masculino, como lo racional, objetivo, concreto, etc., mientras que la otra parte de los dualismos, asociada a los atributos femeninos, es desvalorizada. El derecho ha sido identificado con la parte de los dualismos masculinos, dada su caracterización como objetivo, racional y universal.²

Olsen identifica tres categorías de críticas feministas al derecho que responden, a su vez, a cada una las estrategias feministas que han surgido para combatir el sistema de binarios opuestos, sea cuestionando la sexualización, la jerarquización de los dualismos, o rechazando ambas determinaciones. En la primera categoría de críticas jurídicas, que la denomina *reformista*, ubica aquellas posiciones que señalan que el derecho no es racional, objetivo, ni universal, pues históricamente se ha evidenciado que la regulación legal referente a las mujeres ha estado encaminada a la negación del reconocimiento de sus derechos o a la restricción en el ejercicio de los mismos, aspectos que denotan claramente una ausencia de objetividad y racionalidad.

Desde esta categoría de críticas feministas, se han planteado las principales reformas legales tendientes al reconocimiento de derechos, en especial en lo relacionado a la igualdad formal y posteriormente a la igualdad material. Al mismo tiempo, se denunció que la noción de igualdad es relacional y se construye en función de los hombres, de manera que las normas sobre discriminación sexual operan en un modelo masculino.³

En esta categoría también se identifican aquellas críticas que denuncian que la esfera privada no ha sido objeto de regulación, evidenciando con ello un desprecio estatal por las necesidades de las mujeres, cuya cotidianidad se reproduce en ese espacio. Estas críticas alentaron, en la mayor parte de los Estados, el debate y la colocación en

1. Hans Kelsen, *La teoría pura del Derecho* (Buenos Aires: EUDEBA, 1941), 55-64.

2. Frances Olsen, "El sexo del derecho", en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho* (Buenos Aires: EUDEBA, 2001), 307.

3. *Ibíd.*, 314.

la agenda pública de la violencia doméstica, reclamando la intervención punitiva del Estado frente a este tipo de conductas violentas.

En opinión de Olsen, una segunda categoría de críticas jurídicas feministas reconoce en el derecho el paradigma del poder masculino, pero no cuestiona la caracterización del derecho como universal, objetivo y racional. Desde esta posición no se descarta la posibilidad de modificar la raíz patriarcal del derecho, no obstante reconoce las limitaciones que tienen las reformas legales y el litigio judicial en lograr cambios sociales, si no van de la mano de transformaciones estructurales en los ámbitos económicos, sociales y culturales.⁴

La tercera categoría de cuestionamientos al derecho, a la que Frances Olsen se adscribe, es la denominada *teoría jurídica crítica feminista*,⁵ que toma elementos de las categorías anteriores. Desde esta posición no se dejan de reconocer las ventajas obtenidas en el reconocimiento y ejercicio de derechos de las mujeres mediante las reformas legales realizadas en las últimas décadas, pero se insiste en que el derecho no es abstracto, ni objetivo, ni racional, pues el “razonamiento jurídico y las batallas judiciales no son tajantemente distinguibles del razonamiento moral y político y de las batallas morales y políticas”.⁶

Esta categoría de críticas jurídicas, si bien reconoce una *pérdida de fe* en el razonamiento jurídico y en la retórica de los derechos, no representan una postura pesimista frente al derecho, pero sí propone complejizar su análisis sin perder de vista los contextos de poder económico, político, sexual en los que se formula y se aplica.

Carol Smart complejiza el planteamiento de Olsen, advirtiendo que los argumentos que califican de *sexista* o *masculino* al derecho corren el riesgo de someterse a un determinismo biológico.⁷ Con ello no rechaza la idea de que el derecho sea sexista, pues reconoce que las instituciones legales ofrecen un tratamiento discriminatorio a las mujeres, como por ejemplo en las normas relacionadas al matrimonio y la prostitución. La preocupación de la autora es válida, ya que la calificación del derecho como

4. Ibid., 317.

5. Estas críticas se nutren en las discusiones promovidas en el movimiento conformado por juristas académicos, denominado Critical Legal Studies, que surgió en Estados Unidos en los años sesenta y que pusieron en cuestionamiento el alcance de las técnicas jurídicas, desmontando el imaginario de que el Derecho ofrecía soluciones sociales y que para lograrlo era suficiente el uso del razonamiento jurídico. Ver en este sentido, Robert W. Gordon, “Nuevos desarrollos de la teoría jurídica”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho* (Buenos Aires: EUDEBA, 2001); y Duncan Kennedy, “La crítica de los derechos en los *Critical Legal Studies*”. Disponible en <<http://duncankennedy.net/documents/La%20critica%20de%20los%20derechos%20en%20cls.pdf>>.

6. Olsen, “El sexo del derecho”, 319.

7. Carol Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Haydée Birgin, comp., *El Derecho en el género y el género en el Derecho* (Buenos Aires: Biblos, 2000), 38.

sexista impide observar los aspectos complejos y neurálgicos del derecho, creando erróneamente la idea de que el sexismo jurídico podría ser superado con la inclusión de normas que ofrezcan a las mujeres el mismo tratamiento que a los varones, o simplemente visibilizando a las mujeres en el lenguaje jurídico, respuestas que la autora califica como reduccionistas, pues no se observa la diferencia sexual como un problema estructural, “enquistada en el modo en el que comprendemos y negociamos el orden social”.⁸

Smart también rechaza la denominación del derecho como *masculino*, porque tampoco escapa de un determinismo biológico. Argumenta que la *masculinidad* del derecho se ha explicado a partir de las características de neutralidad y objetividad, que al mismo tiempo describen los atributos masculinos. Smart encuentra en este enfoque algunas contradicciones, pues considera incoherente apelar justamente a esos atributos para formular la noción de igualdad, lo que en su opinión sería equivalente a que las mujeres sean tratadas con los valores masculinos.⁹

Por otro lado, al describir el derecho como masculino, hace suponer que, al ser el varón el referente biológico del derecho, protege los derechos de todos los varones como categoría homogénea, lo cual no es preciso, así como tampoco es cierto que el derecho ofrece el mismo tratamiento a todas las mujeres. Por lo tanto los valores y las prácticas que describen lo masculino o lo varonil no deben obligatoriamente anclarse al varón como referente biológico.¹⁰ Esta reflexión es relevante pues suele justificarse que, si las decisiones judiciales fueran adoptadas por mujeres, el derecho no sería sexista, lo cual constituye una falacia pues las mujeres también son portadoras de los valores del patriarcado.

Smart no descalifica estos planteamientos pues reconoce que han servido para poner en evidencia la discriminación de las mujeres en el derecho, y por lo tanto han sido un aporte para su redefinición. No obstante, le preocupa que estos determinismos estancuen el análisis feminista, pretendiendo que la categoría de género opere como una especie de fórmula mágica que, al ser aplicada, modifique el derecho a favor de las mujeres, cuando este no se formula al margen de un contexto de dominación patriarcal.¹¹

Ahora bien, el orden patriarcal tiene varias expresiones; así, en el ámbito latinoamericano, está marcado por el proceso de colonización. Algunos debates feministas latinoamericanos proponen incluir la categoría de interseccionalidad para identificar la exclusión de las mujeres “no blancas” de los discursos y las luchas que se han lle-

8. *Ibid.*, 36.

9. *Ibid.*, 37.

10. *Ibid.*, 36.

11. *Ibid.*, 40.

vado a cabo en nombre de la “mujer”.¹² Esta propuesta merece ser considerada en el análisis discurso jurídico para identificar cómo opera en la construcción de las identidades femeninas y masculinas en relación con el origen racial y la condición social en el contexto ecuatoriano.

EL DERECHO COMO DISCURSO SOCIAL

La propuesta de Carol Smart se enmarca en las teorías críticas jurídicas desarrolladas en las últimas décadas, que han puesto en cuestionamiento la retórica de los derechos y la apelación insistente al razonamiento jurídico para protegerlos, pues es evidente que, al mismo tiempo que existen avances en el reconocimiento formal e inclusive en el desarrollo de su contenido, se continúa legitimando el sistema de dominación. Ante esta constatación se propone trascender del análisis de las formas evidentes en que el sistema legal perjudica a quienes carecen de poder, prestando atención a aquellos aspectos en que el derecho “parece a primera vista básicamente no controvertido, neutral y aceptable”.¹³

Robert W. Gordon, uno de los exponentes de estas posturas, afirma que el derecho, tal como la religión, está configurado por un conjunto de creencias que operan con otras no jurídicas, para convencer a las personas que todas las relaciones de poder son “naturales y necesarias”.¹⁴ Por lo tanto el análisis del derecho desde una mirada crítica obliga a identificar e interpretar la forma en que el discurso jurídico opera para interconectar esas creencias, que dan lugar a estructuras jurídicas, en forma de “códigos culturales complejos”.¹⁵

Desde esta perspectiva, intentar comprender el derecho exclusivamente como norma es limitado y limitante, pues el derecho debe ser observado como un discurso social que se expresa en diferentes ámbitos, enunciando los conflictos que se producen en un momento histórico determinado.¹⁶ En opinión de Alicia Ruiz, el discurso jurídico puede identificarse en distintas dimensiones, como en la producción de normas, en la interpretación de las normas que se convierte en doctrina, en la jurisprudencia, y en un nivel más oculto del que forman parte las “creencias y mitos” que constituyen

12. María Lugones, “Colonialidad y Género”, *Tabula Rasa, Revista del Colegio Mayor de Cundinamarca*, No. 9 (julio-diciembre 2008): 94.

13. Robert W. Gordon, “Nuevos desarrollos de la teoría jurídica”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho* (Buenos Aires: EUDEBA, 2001), 307.

14. *Ibíd.*, 333.

15. *Ibíd.*, 334.

16. Alicia Ruiz, “Democracia y teorías críticas de fin de siglo”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho* (Buenos Aires: EUDEBA, 2001), 11.

determinantes ideológicos que se colocan en el imaginario social para legitimar el orden social.¹⁷

Estos planteamientos en gran medida están influenciados por la propuesta de Foucault, quien propuso en los años sesenta un examen complejo en la historia de las ideas, de los conceptos, del pensamiento, planteando que estos no pueden ser observados al margen de una serie de ideas conexas y hechos que son determinantes en su constitución. Los conceptos, las ideas y las ciencias no son individualidades históricas; son “categorías reflexivas, principios de clasificación, reglas normativas [...] son hechos de discursos que merecen ser analizados al lado de los otros, con los cuales tienen, indudablemente, relaciones complejas, pero que son caracteres intrínsecos, autóctonos y universalmente reconocibles”.¹⁸ Foucault propuso como operación interpretativa captar los enunciados del discurso, establecer su relación con otros enunciados y captar aquello que se oculta.¹⁹

El derecho está construido por una serie de enunciados a través de los cuales se establecen mandatos y se regulan las conductas de las personas. No hay un espacio de la vida que escape de la intervención del derecho. Ahora bien, en el discurso jurídico que aparece como neutro, en unos casos, y favorecedor con las mujeres, en otros, subyacen imaginarios y elementos simbólicos que mantienen intacto el orden de dominación patriarcal. Los elementos simbólicos de los enunciados del discurso jurídico, dice Pierre Bourdieu, son útiles e indispensables para instituir lo que ya está instituido:

El derecho es, sin duda, la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular, los grupos sociales, la forma en que confiere a estas realidades surgidas de sus operaciones de clasificación toda permanencia que una institución histórica es capaz de conferir a instituciones históricas, igual a la que tienen los objetos.²⁰

El discurso jurídico opera simbólicamente, otorgando legitimidad a las estructuras sociales de dominación masculina, en opinión de Bourdieu, la representación androcéntrica de la reproducción social esta revestida por la objetividad de un sentido común. El discurso jurídico aparece como producto de un consenso práctico y dóxico de la división del mundo.²¹

17. *Ibíd.*, 13.

18. Michel Foucault, *La arqueología del saber* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2013), 35.

19. *Ibíd.*, 40-42.

20. Pierre Bourdieu, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en Pierre Bourdieu y Ghunther Teubner, *La fuerza del Derecho* (Bogotá: Unidandes, 2000), 198.

21. *Ibíd.*, 49.

EL DISCURSO JURÍDICO COMO PRODUCTOR DE IDENTIDADES DE GÉNERO

La diferencia entre hombres y mujeres se ha construido a partir de algunas instituciones políticas sexuales como la virginidad, monogamia, maternidad obligatoria, heterosexualidad, prostitución, entre otras, dando lugar a concepciones que han justificado el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres a través del derecho.

Como propone Foucault, los enunciados del discurso se relacionan complejamente unos con otros;²² así, el discurso jurídico es portador de las representaciones de las mujeres, que se han ido configurando a lo largo de la historia en un contexto simbólico e ideológico, dando lugar a un régimen de saber-poder, que ha sustentado un discurso sobre la identidad femenina construida a partir de las representaciones sexuales que han sido trasladadas al derecho.

La inferioridad de las mujeres y la superioridad de los varones han sido objeto de complejas explicaciones teóricas a lo largo de la historia. Claude Thomasset, estudiosa del pensamiento de Aristóteles, destaca que este pensador planteó que las mujeres eran una especie de macho incompleto, ya que debido a la baja temperatura corporal no podían producir un fluido con la capacidad creadora, como sí sucedía en el caso de los varones, cuya temperatura les permitía alcanzar ese grado de perfección.²³

La doctrina aristotélica sobre la temperatura corporal de las mujeres se proyectó a la Edad Media y sirvió a la filosofía patristica para explicar la excepcional concepción de Jesús en el cuerpo de María. Tomás de Aquino afirma que la formación del embrión dotado de divinidad en el cuerpo de María tuvo su origen en el fluido menstrual que posteriormente se transformó en leche para alimentar al niño que nació de su vientre.²⁴ De otro lado, la inferioridad de la mujer también sirvió para explicar la entrada del pecado al mundo. Según Tomás de Aquino, el demonio al proponerse separar al hombre del camino recto de la justicia lo atacó en su parte más débil, “tentando a la mujer, en la que era menor el don o la luz de la sabiduría”.²⁵ Asegura, además, que la perfección y la elevación no eran el destino de la mujer, y que esta cometió los pecados de la soberbia, curiosidad y desobediencia porque aspiró a la ciencia transgrediendo los límites que le estaban naturalmente marcados.²⁶ Estas reflexiones dieron lugar al dog-

22. Foucault, *La arqueología del saber*, 35.

23. Claude Thomasset, “La naturaleza de la mujer”, en Georges Duby y Michelle Perrot, dir., *Historia de las mujeres* (Madrid: Taurus, 2003), 86-7.

24. Tomás de Aquino, *Compendio de Teología* (Barcelona: Orbis, 1985), 162-86.

25. *Ibid.*, 150.

26. *Ibid.*, 151.

ma cristiano de la virginidad y santidad de María, y el del pecado representado por la mujer caída, Eva, modelos femeninos que se convertirán en arquetipos de la construcción de la identidad sexual femenina, en el discurso del derecho clásico y moderno.

El derecho romano, del cual el derecho ecuatoriano es receptor, consolidó la subordinación de las mujeres en los ámbitos privados y públicos, a través de instituciones jurídicas que han permanecido intactas durante siglos. Mediante la figura de la *infamia*, las mujeres estaban prohibidas de contraer matrimonio antes de un año luego de enviudar.²⁷ Esta representación jurídica sobrevivió en la legislación ecuatoriana hasta hace poco tiempo, prohibiendo expresamente a la mujer viuda o divorciada contraer matrimonio dentro de los trescientos sesenta y cinco días contados desde la fecha de muerte del marido o de la inscripción de la sentencia de divorcio en el Registro Civil.²⁸ De igual forma, el Código Civil ecuatoriano conservó hasta su reciente reforma la disposición por la cual, ante la falta de determinación expresa, se establecía que el marido era el administrador de la sociedad conyugal. Estas normas tienen un alto contenido simbólico respecto a la inferioridad de las mujeres.

El Derecho penal, por su parte, representa por excelencia el mecanismo de ejercicio de violencia legítima que tiene el Estado para controlar y disciplinar a las personas. En el caso de las mujeres, señala Alessandro Baratta, el sistema penal constituye un sistema subsidiario en la medida en que el control de las mujeres en las esferas de la reproducción, intercambio sexual, procreación y de la familia (orden privado) operan más bien mecanismos de control informal que se ejercen mediante el dominio patriarcal.²⁹ Es decir, el orden patriarcal le ofrece la potestad para disciplinar a las mujeres a instituciones privadas y públicas, como la familia, la escuela, la medicina, etc., que cuentan con herramientas de control para moldear a las mujeres, que incluye la violencia física. El control de la sexualidad de las mujeres es uno de los fines centrales del patriarcado privado y del sistema punitivo formal que se activa cuando no pueden ser controladas por el primero.

En el derecho romano, el vínculo conyugal ofrecía al *pater familias* la autorización para disciplinar a las mujeres, pues junto con los siervos y los niños eran clasificadas como *alienis iuris*, personas sin independencia y sometidas a la *manus o potestas*. El vínculo conyugal facultaba al marido a asumir el poder disciplinario sobre la mujer y solamente ella estaba sujeta a las sanciones de adulterio por faltar a la fidelidad con-

27. Pedro Bonafonte, *Instituciones de Derecho romano* (Madrid: Reus, 1965), 186-7.

28. Estas disposiciones constaban en el Código Civil, publicado en el Suplemento del *Registro Oficial* No. 104, de 20 de noviembre de 1970, y derogadas mediante reforma publicada en el *Registro Oficial* No. 526 de 19 de junio de 2015.

29. Alessandro Baratta, “El paradigma de género. De la cuestión criminal a la cuestión humana”, en Haydée Birgin, comp., *La trampa del poder punitivo. El género del derecho penal* (Buenos Aires: Biblos, 2000), 60.

yugal.³⁰ Siguiendo la tradición romana, la figura del adulterio en el Ecuador se incluyó en la ley penal de 1837, estableciendo, además de la pena privativa de la libertad, la pérdida de sus gananciales; también contemplaba el indulto conyugal, es decir, la posibilidad de dejar sin efecto la sanción si el marido la perdonaba y consentía en “volver a tomar a su mujer”.³¹

La figura del perdón conyugal se mantuvo en el Código Penal hasta 1938, en la cual la representación de la mujer es la de *objeto*; por lo tanto, puede ser abandonada, castigada y redimida solo por el marido. La autorización del varón para castigar a la mujer adúltera estuvo implícita en el eximente penal vigente hasta 1983, por el cual se libraba de responsabilidad penal al cónyuge que golpee, hiera o mate al otro si lo sorprende en flagrante delito de adulterio.³² Si bien la norma hace referencia al “cónyuge” como categoría neutra, no puede interpretarse el sentido de esta norma al margen del contexto ideológico, en el que históricamente se han construido los imaginarios de la sexualidad femenina y de la figura del adulterio.

La potestad del ejercicio punitivo en el ámbito privado no se ha otorgado exclusivamente al cónyuge, pues fue extensivo a los demás varones del hogar. Así, hasta el año 1989 estaba vigente en el Código Penal ecuatoriano la disposición por la cual se eximía de sanción penal al padre, abuelo o hermano que hiera, golpee o mate a la mujer, hija, nieta o hermana sorprendida en un *acto carnal ilegítimo*.³³ Si bien la noción de acto carnal ilegítimo es ambigua, en general alude a las relaciones sexuales no autorizadas a las mujeres, es decir, las relaciones extra y prematrimoniales. El control de la sexualidad femenina ha sido uno de los fines centrales del patriarcado privado y del sistema punitivo formal que ratifica el poder de los varones para controlar el cuerpo de las mujeres, convirtiéndolas en objetos de apropiación en el ámbito real y también en el simbólico.

En estas figuras subyacen además las nociones del *honor femenino*, diferenciándolo del *honor masculino*. En el primer caso, la honestidad de las mujeres está construida simbólicamente a partir de la virginidad, elemento clave del arquetipo *mariano* de mujer. El honor masculino, que no se refiere a la ausencia de experiencia sexual,

30. Bonafonte, *Instituciones de Derecho romano*, 54-5.

31. “Art. 486. La mujer casada que cometiere adulterio, perderá los gananciales y todos los demás derechos de la sociedad conyugal, y será condenada a prisión por dos a seis años. Único. El marido puede suspender los efectos de estas penas perdonando a la mujer, y consintiendo reunirse a ella”. Código Penal, Decreto Legislativo 0, Registro Auténtico 1837, de 14 de abril de 1837.

32. Derogada una vez que el adulterio dejó de ser delito por lo dispuesto en artículo final del Código de Procedimiento Penal, Ley No. 143, publicada en *Registro Oficial* 511 de 10 de junio de 1983.

33. Derogado por Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales, publicado en *Registro Oficial* 224 de 3 de julio de 1989.

representa el honor familiar, comprende aspectos como la valentía, la prudencia, nobleza, poder y la valoración del *ser varón*.³⁴ Las mujeres se convierten en objetos simbólicos, portadoras de la condición social de los hombres, pues el orden de dominación masculina exige a las mujeres encarnar los atributos femeninos históricamente asignados.³⁵

El sentido de propiedad respecto a las mujeres por parte de los varones es un dato relevante en la construcción de la subjetividad masculina, es parte del *ethos* masculino. Pierre Bourdieu explica que la configuración de esta subjetividad opera mediante la *dominación simbólica* que se expresa en el *habitus*, que constituye un sistema de categorías, pensamientos y acciones que se expresa en esquemas mentales y corporales.³⁶ Esta construcción simbólica, afirma, no se limita a una operación performativa que organiza la representación del cuerpo, sino que se convierte un *sentido común* por lo tanto incuestionable.³⁷

Este aspecto se evidencia, por ejemplo, en la figura de femicidio, introducida en la legislación penal ecuatoriana hace pocos años. Algunos estudios sobre esta temática ponen en evidencia que entre las principales motivaciones de los asesinatos de las mujeres está el hecho de que las víctimas decidieron separarse de sus parejas, iniciar otra relación o por “celos”.³⁸ De este modo, a pesar de que el eximente penal por el cual se dejaba sin sanción penal al asesinato de la mujer que era encontrada en “acto carnal ilegítimo” fue derogado, el sentido común de la apropiación del cuerpo de las mujeres a través de la violencia extrema se mantiene intacto.

El honor se registra en el cuerpo, en la manera de pensar y actuar, es un *ethos* que “gobierna al hombre honorable” convirtiéndose en una fuerza superior que le hace asumir, como ineludibles, conductas o hechos que podrían parecer impensables. Según Bourdieu, el honor es el producto de una operación social de “nominación y de inculcación”, que instituye una identidad social, convirtiéndose en un hábito, en una ley social asimilada.³⁹

La virilidad en el *habitus* masculino tiene una connotación ética que se basa en las nociones del “virtus” y el “pundonor”, así como en el principio de la conservación y el incremento del honor en la esfera pública, elementos que están relacionados a la vi-

34. Natalia León Galarza, *La primera alianza. El matrimonio criollo, honor y violencia conyugal, Cuenca 1750-1800* (Quito: Nueva Editorial, 1997).

35. Pierre Bourdieu, *La dominación masculina* (Barcelona: Anagrama, 2000), 38.

36. *Ibíd.*, 24.

37. *Ibíd.*, 37.

38. Susy Garbay, “Femi(ni)cidio como expresión de dominio patriarcal”, en Gina Benavides y Gardenia Chávez, edit., *Horizonte de los derechos humanos. Ecuador 2012* (Quito: UASB, 2013), 250.

39. *Ibíd.*, 67.

ilidad física que se expresa en la fuerza o dominio sexual;⁴⁰ también está relacionada a la habilidad para el combate y la aptitud para ejercer violencia.⁴¹

La honestidad femenina, por su parte, se diferencia de la honestidad masculina, pues es objeto de regulación y salvaguarda a través de diferentes dispositivos jurídicos. Así, por ejemplo, la sobrevaloración del honor se reflejó en los atenuantes penales en los casos de aborto e infanticidio cuando estas conductas tenían como propósito ocultar la *deshonra* de la madre; más aún, en el caso del infanticidio, el atenuante beneficiaba a los abuelos maternos que cometían el delito con el mismo propósito.⁴²

Manifestando la alianza entre el discurso penal y la moral cristiana, la ley penal ecuatoriana también preveía de forma simbólica el resarcimiento del honor femenino mediante el matrimonio, tal como lo preveía la figura del rapto “con fines deshonestos” de una mujer menor de edad. Esta disposición establecía que no podía ser perseguido penalmente el raptor que se case con la menor, así como tampoco quienes participaron en el rapto, mientras no se declare definitivamente la nulidad del matrimonio.⁴³ En esta norma subyacen elementos del discurso penal no explícitos, pero que mantienen simbólicamente la división moral de los roles femeninos y masculinos.

El énfasis en los fines deshonestos conlleva la idea de que el fin del rapto de una mujer menor de edad es mantener relaciones sexuales con ella, conducta considerada como “un grave atentado a la moral y al derecho”,⁴⁴ ya que no solo *deshonra* a la mujer sino también a su familia; en consecuencia, implícitamente se proponía como solución someter a la mujer que ha sido raptada a la institución matrimonial, que no solo constituye un contrato, pues bajo los preceptos cristianos es la *unión sagrada* de un hombre y una mujer, con la cual se redime el honor de la mujer y de la familia mancillados.

De igual forma, la alusión al honor femenino se hacía en la figura del estupro, que tipificaba las relaciones sexuales con una mujer honesta, sin recurrir a la fuerza sino a

40. *Ibid.*, 24.

41. *Ibid.*, 70.

42. El Código Penal vigente hasta el 2014 establecía en el art. 444 que tipificaba el aborto una sanción de uno a cinco años de prisión para la mujer que consentía en el aborto, pero al mismo tiempo atenuaba la pena de seis meses a dos años si el aborto tenía como fin ocultar la deshonra. De otro lado, en el art. 454, sancionaba con pena de dieciséis a veinticinco años de reclusión el asesinato de un hijo; sin embargo, el 453 establecía una pena atenuada de tres a seis años si se trataba de la muerte de un recién nacido provocada por la madre, o los abuelos maternos, con el fin ocultar la deshonra de la madre.

43. Esta figura estaba contemplada en el art. 532 vigente hasta el 2014 en que se promulgó el Código Orgánico Integral Penal.

44. *Gaceta judicial*, año LXXI, serie XI, No. 3, p. 350 (Quito, 29 de septiembre de 1967) Lexis.

la seducción o engaño.⁴⁵ De esta forma, el discurso jurídico penal fortalece el imaginario social de la mujer virtuosa que corresponde al arquetipo mariano, como aquella que merece “protección” estatal mediante la intervención punitiva.

De otro lado, está la representación de Eva, personificada en la prostituta, que ya no tiene honor que ser defendido, y, si bien la prostitución no es un delito, es una actividad que se ha desenvuelto entre la reglamentación y la ilicitud. Las figuras penales de la *rufianería* y el *proxenetismo* han sancionado la explotación de la prostitución y la promoción de su ejercicio fuera de los lugares permitidos por la ley.⁴⁶ Los discursos que se han generado alrededor de la prostitución que van desde la condena, la justificación, hasta su reivindicación, suelen pasar por alto el contexto en el que surge y se configura:

La disociación histórica de la mujer es definida a partir de las necesidades del patriarca en cuanto hombre mítico, prototipo del género masculino. Así, la mujer “decente”, madre y esposa, asexual, sometida al hombre, subsiste en la medida que se crean otras categorías de mujeres (la hetaira y ágata griegas), mujeres del placer, “sexuales” al servicio del patriarca. [...]. Con las primeras se establece el compromiso de “respaldarlas” y nombrar a sus hijos; con las segundas, no se adquiere compromiso alguno.⁴⁷

El derecho patriarcal no protege a este arquetipo de mujer, pues no tiene honra que preservar, el acceso a su cuerpo está garantizado por códigos de conducta de mercado. Vale la pena recordar que el desprecio y la desvalorización a las prostitutas estaban expresamente establecidos en la ley ecuatoriana, al calificar a las “meretrices” como testigos no “idóneos” por falta de probidad,⁴⁸ es decir, por falta de honradez.⁴⁹ De este modo, como afirma Carol Smart, el discurso jurídico como estrategia creadora de género, al mismo tiempo que configura la idea de la mujer en forma contraria a la de varón, discursivamente da lugar a la representación de diferentes tipos de mujeres: la puta, la víctima, la adúltera, etc.⁵⁰

Los elementos simbólicos de estas representaciones en el discurso jurídico penal no son insustanciales; tal como plantea Bourdieu, el discurso del derecho es capaz

45. Esta figura estuvo vigente hasta el 23 de junio de 2005, en que se realizó una reforma al Código Penal de entonces.

46. Esta figura se mantuvo en el Código Penal hasta 1998, reemplazándola por la de proxenetismo y conlleva las conductas de explotación y aprovechamiento de la prostitución.

47. José Salas y Álvaro Campos Guadamuz, *Explotación sexual comercial y masculinidad* (San José: OIT, 2004), 63.

48. Hasta el año 2004 en que se declaró inconstitucional el número 7 del art. 217 del Código de Procedimiento Civil se establecía que “las meretrices” no podían ser testigos por falta de probidad.

49. El diccionario de la Real Academia de la Lengua define probidad como honradez y rectitud.

50. Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, 43.

de producir efectos y hacer el *mundo social*.⁵¹ Si bien la honestidad femenina ha sido eliminada del lenguaje de las normas de la ley penal, el discurso jurídico penal no lo ha abandonado; de ese modo las mujeres siguen siendo evaluadas bajo esta categoría para definirla como víctima, aspecto que no responde a un patrón aislado sino a una constante. Este hecho tiene una implicancia directa en la eficacia de las normas que suponen una conquista en los derechos de las mujeres, relativizando su efectividad y acarreando la impunidad de conductas que las afectan.⁵²

Las reflexiones planteadas evidencian la necesidad de dejar de observar el derecho simplemente como un conjunto de dispositivos y reglas que puedan ser modificados adoptando una forma más favorable hacia un grupo o grupos de personas.⁵³ El derecho implica un proceso complejo de reproducción simbólica que no siempre es fácil de advertir.

CONCLUSIONES

1. Las reflexiones feministas han realizado un aporte a la epistemología de las ciencias sociales y del derecho. La conceptualización del género como categoría de análisis problematizó la supuesta naturaleza de las identidades masculinas y femeninas, evidenciando que el rol de subordinación de las mujeres en la sociedad no obedece a su naturaleza, sino a un constructo social que se ha ido configurando a lo largo de la historia. La introducción de los debates de género en el derecho demostraron que en su formulación y aplicación subyace una ideología de dominación y que, por lo tanto, las características de objetividad, racionalidad y universalidad, que el positivismo le asignó al derecho, constituían una ficción.

En las últimas décadas, las teorías jurídicas críticas feministas proponen complejizar la relación género-derecho, lo cual implica algunos desafíos; uno de ellos es observar el derecho como un discurso social creador de identidades de género funcionales al orden de dominación patriarcal. El reto es, entonces, comprender cómo opera el derecho en sus distintas dimensiones, para lo cual

51. Bourdieu, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, 198.

52. En el Plan Nacional de Erradicación de la Violencia de Género hacia la Niñez, Adolescencia y Mujeres, de 2008, se reconoce que uno de los factores que genera los elevados niveles de impunidad en los delitos de violencia sexual se debe, entre otros, a la reproducción de patrones socioculturales, que vuelve a la administración de justicia “altamente revictimizante, discriminante e ineficaz”. Ver Plan Nacional de Erradicación de la Violencia de Género hacia la Niñez, Adolescencia y Mujeres, Decreto Ejecutivo reformativo 1109 de 27 de mayo de 2008.

53. Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, 48.

es necesario observar aquellos elementos simbólicos que son determinantes en la reproducción de la ideología patriarcal.

2. En el ámbito ecuatoriano, en figuras del derecho civil y particularmente del derecho penal, se observan esos elementos simbólicos que configuran las identidades femeninas basadas en los arquetipos tradicionales, configurados a lo largo de la historia. Si bien la legislación ecuatoriana ha merecido una serie de reformas, que ha eliminado figuras arcaicas, conserva los estereotipos tradicionales sobre las mujeres y sus roles. Es decir, las reformas impulsadas en diferentes áreas del derecho no conllevan necesariamente una modificación de la ideología patriarcal. Esto es un aspecto importante que obliga a analizar el discurso jurídico ecuatoriano, en sus fases de formulación y aplicación, para identificar los mecanismos con los que cuenta y la forma en que opera, en la reproducción de las identidades femeninas considerando además otras categorías como raza y condición social.

BIBLIOGRAFÍA

- Baratta, Alessandro. “El paradigma de género. De la cuestión criminal a la cuestión humana”. En Haydée Birgin, comp., *La trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- Bonafonte, Pedro. *Instituciones de Derecho romano*. Madrid: Reus, 1965.
- Bourdieu, Pierre. “Elementos para una sociología del campo jurídico”. En Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. *La fuerza del Derecho*. Bogotá: Uniandes, 2000.
- . *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama, 2000.
- De Aquino, Tomas. *Compendio de Teología*. Barcelona: Orbis, 1985.
- Foucault, Michel. *La historia de la sexualidad*, t. I. México: Siglo XXI, 2011.
- . *Vigilar y castigar*. México: Siglo XXI, 2009.
- Gordon, Robert W. “Nuevos desarrollos de la teoría jurídica”. En Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: EUDEBA, 2001.
- Kelsen, Hans. *La teoría pura del derecho*. Buenos Aires: EUDEBA, 1941.
- Kenney, Dunkan. “La crítica de los derechos en los *Critical Legal Studies*”. Disponible en <www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/.../071Juridica02.pdf>.
- León Galarza, Natalia. *La primera alianza. El matrimonio criollo, honor y violencia conyugal, Cuenca 1750-1800*. Quito: Nueva Editorial, 1997.
- Moscoso, Martha. *Y el amor no era todo...: Mujeres, imágenes y conflictos*. Quito: Abya-Yala, 1996.
- Olsen, Frances. “El sexo del derecho”. En Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: EUDEBA, 2001.

- Ruiz, Alicia. “Democracia y teorías críticas de fin de siglo”. En Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA, 2001.
- Salas, José Manuel, y Álvaro Campos Guadamuz. *Explotación sexual comercial y masculinidad*. San José: OIT, 2004.
- Smart, Carol. “La teoría feminista y el discurso jurídico”. En Haydée Birgin, comp., *El Derecho en el género y el género en el Derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- Thomasset, Claude. “La naturaleza de la mujer”. En Georges Duby y Michelle Perrot, dir., *Historia de las mujeres*. Madrid: Taurus, 2003.
- Zaffaroni, Eugenio. “El discurso feminista y el poder punitivo”. En Haydée Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

OTROS

- Código Penal 1837, publicado en *Registro Auténtico*, 1837, de 14 de abril de 1837.
- Código Penal 1889, publicado en *Registro Auténtico*, 1889, de 4 de enero de 1889.
- Código Penal 1906, publicado en Suplemento de *Registro Oficial* No. 61, de 18 de abril de 1906.
- Código Penal 1938, publicado en *Registro Auténtico*, de 22 de marzo de 1938.
- Código Penal 1971, publicado en Suplemento de *Registro Oficial* No. 147, de 22 de enero de 1971.
- Código Integral Penal 2014, publicado en Suplemento de *Registro Oficial* No. 180, de 28 de enero de 2014.
- Gaceta judicial*. Año LXXI. Serie XI. No. 3, p. 350 (Quito, 29 de septiembre de 1967) Lexis <<http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/Search/Jurisprudencia/JurisprudenciaSimple.aspx>>.

Fecha de recepción: 15 de enero de 2017.
Fecha de aprobación: 13 de marzo de 2017.

El tratamiento sobre estereotipos de género en los dictámenes del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*

*Judith Salgado Álvarez***

RESUMEN

Este artículo estudia dictámenes del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre comunicaciones individuales en los que se alega y/o se declara la violación del art. 5 a) de la CEDAW que establece la obligación de los Estados de modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con el fin de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias basados en ideas de inferioridad y superioridad entre los sexos y de funciones estereotipadas entre hombres y mujeres. Da cuenta de los aportes y límites que encontramos en tales dictámenes respecto al tratamiento de estereotipos de género y su incidencia en la violencia y discriminación contra la mujer. Defiende la necesidad de poner atención a la identificación de estereotipos de género vinculados con la subordinación de la mujer para lograr superarlos. Para el efecto, los desarrollos interpretativos del Comité de la CEDAW expresados, entre otros, en sus dictámenes constituyen una fuente ineludible tanto para la elaboración de normativa y políticas públicas como para la administración de justicia.

PALABRAS CLAVE: estereotipos de género, Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, discriminación y violencia contra la mujer.

ABSTRACT

This article analyses the adoption of views of individual communications submitted to the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, in which the complainers allege and/or it is declared the violation of art. 5 a) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women,

* Este artículo es una versión resumida del informe del proyecto de investigación “El tratamiento sobre estereotipos de género en los dictámenes del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”, financiado por el Fondo de Investigaciones para docentes contratadas de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

** Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

which determines the obligation of State Parties to modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women. It points out the limits and contributions that we find out in the Committees treatment on gender stereotypes and its incidence on violence and discrimination against women. It defends the need to pay accurate attention to the identification of gender stereotypes linked with women ´s subordination, to overcoming them. For this purpose, the CEDAW interpretative developments, expressed, among others, in its adoption of views constitute an unavoidable source both for the approval of legislation and public policies as for justice administration.

KEYWORDS: gender stereotypes, Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, violence and discrimination against women.

FORO

INTRODUCCIÓN

Un referente fundamental de la lucha de organizaciones feministas y de mujeres a nivel mundial es la Convención de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés.¹

Alda Facio se refiere a este tratado internacional como la Carta Magna de las mujeres,² y afirma que se trata del primer instrumento internacional de derechos humanos con perspectiva de género. Uno de los aportes que resalta es que este instrumento internacional reconoce el papel de la cultura y las tradiciones en el mantenimiento de la discriminación contra las mujeres, y obliga a los Estados a eliminar estereotipos en los roles de hombres y mujeres. En efecto, el art. 5 a) de la CEDAW dispone que:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y de las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de superioridad e inferioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

1. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. Fue ratificada por Ecuador el 9 de noviembre de 1981.

2. Alda Facio, “La Carta Magna de todas las mujeres”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), 541-58.

La CEDAW incluye el establecimiento de un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (el Comité) encargado de examinar los progresos realizados por los Estados Partes en la aplicación de la CEDAW a través de la revisión de informes estatales periódicos y la emisión de sus Observaciones Finales al respecto.

Con la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo de la CEDAW,³ los Estados Partes que lo hayan ratificado reconocen también la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo su jurisdicción y que aleguen ser víctimas de una violación a cualquiera de los derechos enunciados en la CEDAW.

El Comité ha producido desde el año 2005 un acervo jurisprudencial significativo a través de los dictámenes relativos a las comunicaciones individuales,⁴ que contribuye tanto al esclarecimiento de los contenidos de los derechos reconocidos en la CEDAW, así como a las obligaciones de los estados en cuanto a su cumplimiento y la responsabilidad por su incumplimiento.

Los desarrollos teóricos de Rebecca Cook y Simone Cusack sobre estereotipos de género son un referente importante de este trabajo de investigación. Estas autoras definen el término estereotipo como “una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos y características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir”.⁵ Es importante resaltar que, para calificar una generalización como un estereotipo, no importa si dichos atributos o roles son comunes o no a quienes integran un determinado grupo. El elemento clave es que a partir de esta presunción se cree que una persona, por el mero hecho de pertenecer a dicho grupo, actuará de conformidad con tal visión generalizada.⁶

Siguiendo a estas autoras, en este trabajo, se entienden los estereotipos de género como la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. En otras palabras, hacen referencia a un grupo estructurado de creencias sobre los atributos, características de la personalidad, comportamientos, roles, características físicas y apariencia, ocupaciones o presunciones sobre la orientación sexual de hombres y mujeres.⁷ Rebecca Cook y Simone Cusack desarrollan cuatro clases de estereotipos de género, a saber:

-
3. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999, entró en vigencia el 22 de diciembre de 2000. Fue ratificado por Ecuador el 5 de febrero de 2002.
 4. De acuerdo con la información que consta en la página web de la Oficina de las Naciones Unidas del Alto Comisionado para los Derechos Humanos el Comité de la CEDAW ha emitido un total de 41 dictámenes hasta abril de 2015. Cfr. <www.ohchr.org>.
 5. Rebecca Cook y Simone Cusack, *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales* (Bogotá: Profamilia, 2010), 11.
 6. *Ibid.*, 11.
 7. *Ibid.*, 23.

1. Los *estereotipos de sexo* que describen “una noción generalizada o preconcepción que concierne a los atributos y características de naturaleza física o biológica que poseen los hombres y las mujeres”.⁸
2. Los *estereotipos sexuales* que dotan a los hombres y a las mujeres de características y cualidades sexuales específicas que juegan un papel en la atracción y el deseo sexual, la iniciación sexual y las relaciones sexuales, la intimidad, posesión y violencia sexuales, el sexo como transacción, la cosificación y explotación sexual. Comprende la forma en que las sociedades prescriben los atributos sexuales de las mujeres tratándolas como propiedad sexual de los hombres y condenándolas por mostrar comportamientos promiscuos, a la vez que los hombres no son responsabilizados por los mismos comportamientos. Los estereotipos sexuales han sido usados para regular la sexualidad de las mujeres y justificar y proteger el poder masculino en función de su gratificación sexual. Los estereotipos sexuales demarcan las formas aceptables de sexualidad masculina y femenina, privilegiando la heterosexualidad sobre la homosexualidad.⁹
3. Los *estereotipos sobre roles sexuales* describen una noción generalizada sobre los roles o comportamientos que se consideran apropiados para hombres y mujeres.¹⁰
4. Los *estereotipos compuestos* que son aquellos en los que el género se intersecta con otros rasgos como la edad, la raza o etnia, la discapacidad, orientación sexual, clase, estatus como nacional o migrante, etc.¹¹

Un punto fundamental es que los estereotipos, en general, y los de género, en particular, se encuentran muy arraigados en nuestro inconsciente, los aceptamos sin ninguna crítica, como una manera inevitable de entender la vida. Esto implica que nuestros encuentros cotidianos con los estereotipos son, frecuentemente, invisibles y no los detectamos.¹²

En los casos en que un estereotipo opera sin ser detectado y es reafirmado por el statu quo, la jerarquía de género dominante, o más generalmente, por las jerarquías de poder social o económico, una medida necesaria para su eliminación es tomar conciencia de su existencia e identificar cómo perjudica a las mujeres. Esto equivale a decir que hacer un diagnóstico de los estereotipos como causantes de un daño social, es una precondition para determinar su tratamiento. El análisis legal y de derechos humanos puede ser instrumental en la formulación del diagnóstico sobre un estereotipo, el cual es un prerrequisito necesario para su eliminación.¹³

8. *Ibíd.*, 29.

9. *Ibíd.*, 31-2.

10. *Ibíd.*, 32.

11. *Ibíd.*, 34.

12. *Ibíd.*, 37.

13. *Ibíd.*, 43.

De otra parte, no se puede perder de vista la carga de legitimidad vinculada con el derecho, tal como advierten Cook y Cusack: “cuando un Estado aplica, ejecuta o perpetúa un estereotipo de género en sus leyes, políticas públicas o prácticas, lo institucionaliza, dándole la fuerza y autoridad del derecho y la costumbre. El ordenamiento jurídico, como una institución estatal, condona su aplicación, ejecución y perpetuación y por lo tanto genera una atmósfera de legitimidad y normalidad”.¹⁴

Por lo tanto, resulta muy importante develar la persistencia de estereotipos de género y su incidencia en la limitación o anulación del reconocimiento, ejercicio y goce de los derechos humanos de las mujeres. Así, la pregunta que busca responder este artículo es ¿qué aportes y límites se encuentra en el desarrollo jurisprudencial del Comité de la CEDAW, expresado en sus dictámenes respecto de comunicaciones individuales, con relación a los estereotipos de género y su incidencia en la discriminación y violencia contra las mujeres?

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ DE LA CEDAW SOBRE ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

Esta investigación se centra en el análisis de doce (12) dictámenes emitidos por el Comité entre los años 2005 a 2015. El principal criterio para la selección de estos dictámenes es que incluyen la alegación y/o determinación de la violación del art. 5 a) de la CEDAW, relacionado con la obligación de los Estados de eliminar estereotipos basados en ideas de inferioridad y superioridad entre hombres y mujeres.

De estos doce (12) dictámenes, se encuentra dos (2) comunicaciones individuales contra Austria; dos (2) contra Bulgaria; dos (2) contra Filipinas; y una (1) por cada uno de los siguientes Estados: Belarús, España, Hungría, Perú, República Unida de Tanzania y Turquía. La mitad se relacionan con casos de violencia contra la mujer en el ámbito familiar, concretamente en la relación de pareja. En tres de estos casos se llega a la violación del derecho a la vida, otros tres casos tienen que ver con violencia sexual, en dos de ellos se trata de la violación cometida por personas conocidas (vecino y jefe), y un caso de acoso sexual en un centro de detención estatal. Los últimos tres últimos casos tienen que ver con discriminación en el reconocimiento y ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales, concretamente: derecho a la salud, al trabajo y a la propiedad.

Otro elemento común de estos casos, es que en todos ellos el Comité encuentra que el Estado ha sido responsable de la violación de derechos reconocidos en la CEDAW.

14. *Ibid.*, 42.

No obstante, no en todos ellos, aunque sí en un número muy significativo (diez de doce), declara la violación del art. 5 a) relacionado con los estereotipos de género.

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Dentro de los dictámenes del Comité relacionados con violencia doméstica que incluyen la violación del derecho a la vida (de las mujeres por parte de sus maridos, o de la hija por parte de su padre), encontramos los siguientes casos: *Descendientes de Fatma Yildirim contra Austria*, *Descendientes de Sahide Guekce contra Austria* y *González contra España*.¹⁵

Los dos casos seguidos en contra de Austria tienen muchas similitudes.¹⁶ Las víctimas son mujeres de nacionalidad austríaca y origen turco que vivieron historias de violencia por parte de sus maridos. Ambas fueron amenazadas varias veces de muerte, presentaron denuncias a la policía, obtuvieron órdenes de restricción de acercamiento que fueron varias veces incumplidas, sus maridos nunca fueron detenidos y terminaron siendo asesinadas por sus parejas.

Es importante incluir lo manifestado por el Comité en cuanto al hecho de que no se haya detenido en ninguna ocasión al agresor:

Aunque el Estado Parte sostiene con razón que es necesario en cada caso determinar si la detención constituiría una injerencia desproporcionada en los derechos básicos y las libertades fundamentales de un autor de actos de violencia en el hogar, como el derecho a la libertad de circulación y a un juicio imparcial, el Comité opina [...] que los derechos del agresor no pueden estar por encima de los derechos humanos de las mujeres a la vida y a la integridad física y mental. En el presente caso, el Comité considera que el comportamiento (amenazas, intimidación y golpes) de Mustafa Goeke transponía un alto umbral de violencia del cual tenía conciencia el fiscal y que, en consecuencia, el fiscal no debía haber denegado las solicitudes de la policía de detener a Mustafa Goeke [...].¹⁷

15. Comunicación No. 47/2012. Ángela González Carreño contra España. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 16 de julio de 2014.

16. Comunicación No. 6/2005. Hijos de Fatma Yildirim contra Austria. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 6 de agosto de 2006 y Comunicación No. 5/2005. Descendientes de Sahide Goeke contra Austria. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 6 de agosto de 2006.

17. Comunicación No. 5/2005. Descendientes de Sahide Goeke contra Austria. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 6 de agosto de 2006, párrafo 12.1.5. En similar sentido ver Comunicación No. 6/2005. Hijos de Fatma Yildirim contra Austria. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 6 de agosto de 2006, párrafo 12.1.5 y Comunicación No. 2/2003.

También en los dos casos los autores alegan la violación del art. 5 de la CEDAW afirmando que el asesinato constituye:

Un ejemplo trágico de la falta de seriedad reinante con que se toman los casos de violencia contra la mujer, tanto por la población en general como por las autoridades austríacas. El sistema de justicia penal, especialmente los fiscales y los jueces, consideran la cuestión un problema social o doméstico, un delito menor o una infracción que ocurre en determinadas clases sociales. No aplican la legislación penal a ese tipo de violencia porque no se toman en serio el peligro que representa y consideran los miedos y las preocupaciones de las mujeres con falta de seriedad.¹⁸

El Comité no declara en ninguno de los dos casos la violación del art. 5. En un párrafo general, y sin una adecuada motivación, descarta tal posibilidad.¹⁹ Ciertamente, habría sido una buena oportunidad para que el Comité desarrollara la relación entre un estereotipo o creencia generalizada que devalúa la palabra de una mujer víctima de violencia en el ámbito familiar. En los dos casos es claro que, a pesar de las evidencias de violencia en el ámbito familiar, la respuesta institucional no tuvo en cuenta la seriedad del riesgo que las víctimas estaban corriendo, aunque en varias ocasiones pusieron en conocimiento de las autoridades estatales esta situación.

Se puede decir que los dos casos evidencian androcentrismo en tanto la experiencia masculina se percibe como central, como la única relevante mientras que al mismo tiempo se invisibiliza o devalúa la experiencia femenina.²⁰ En efecto, pesa mucho más en la decisión de la Fiscalía el proteger el derecho a la libertad del acusado, a pesar de la violación de derecho a la integridad personal de las víctimas y las evidencias de amenazas al derecho a la vida que finalmente se concretan.

Teniendo en cuenta que las dos mujeres eran de origen turco cabría preguntarse si en el caso también operaron estereotipos compuestos en los que, tanto su género como su origen nacional, se combinaron para configurar una mayor subordinación no solo frente al agresor sino frente a las autoridades austríacas. No se cuenta con suficiente información para afirmar que así fue, pero queda ciertamente la duda.

En el caso *González contra España*, la autora fue víctima de violencia física y psicológica por parte de su marido durante su matrimonio y cuando se separó. La

18. Comunicación No. 5/2005. Descendientes de Sahide Goekce contra Austria, párrafo 3.6. En el caso de Fatma Yildirim se repite casi igual el texto citado. Ver párrafo 3.6.

19. Comunicación No. 5/2005. Descendientes de Sahide Goekce contra Austria, párrafo 12.2. En el caso de Fatma Yildirim se repite casi igual el texto citado. Ver párrafo 12.2.

20. Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), 203.

mayor parte de estos episodios de violencia se dieron delante de su hija en común. Entre 1999 y 2001 interpuso más de 30 denuncias solicitando órdenes de alejamiento respecto de ella y su hija. Inicialmente las autoridades establecieron visitas del padre vigiladas por el servicio social; posteriormente el padre solo debía recoger y entregar a la niña en dichos servicios. La madre se opuso a que las visitas no fueran vigiladas, sin embargo, sus pedidos no tuvieron acogida. El padre de la niña no cumplió con el pago de alimentos a favor de su hija por tres años. La autora solicitó ante los tribunales que se le otorgara el uso de la vivienda; el día de la audiencia su exmarido le amenazó con quitarle lo que más quería. El 24 de abril de 2003 en uno de los días de visita mató a su hija y se suicidó.

Con relación a cómo los estereotipos de género incidieron en la violación de sus derechos y los de su hija, la autora afirmó:

Que la existencia de prejuicios por parte de las autoridades se manifestó en la incapacidad de estas de apreciar correctamente la gravedad de la situación a la que ella y su hija se enfrentaban y su sufrimiento por la situación de la niña. Además, no se realizó una investigación de las consecuencias que tenía para la niña vivir en un ambiente de violencia y su condición de víctima directa e indirecta de esa violencia. En lugar de ello, las autoridades encargadas de otorgar protección privilegiaron el estereotipo de que cualquier padre, incluso el más abusador, debe gozar de derechos de visita y de que siempre es mejor para un niño ser educado por su padre y su madre; ello sin realmente valorar los derechos de la menor e ignorando que esta había manifestado tener miedo de su padre y rechazaba el contacto. [...]. Con base en estereotipos, el derecho de visita fue contemplado meramente como un derecho del padre y no como un derecho igualmente de la menor. El mejor interés de la niña hubiera requerido si no suprimir las visitas, al menos limitarlas a visitas vigiladas y cortas.²¹

El Comité sostuvo que:

Durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente tanto las autoridades judiciales como los servicios sociales y los expertos psicológicos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento de F.R.C. Las decisiones pertinentes no traslucen un interés por parte de esas autoridades de evaluar en todos sus aspectos los beneficios o perjuicios para la menor del régimen impuesto. También se observa que la decisión mediante la cual se pasó a un régimen de visitas no vigiladas fue adoptada sin previa audición de la autora y su hija, y que el continuo impago por parte de F.R.C. de la pensión de alimentos no fue tenido en consideración en este marco. Todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de

21. Comunicación No. 47/2012. Ángela González Carreño contra España, párrafos 3.8-3.11.

visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad. A este respecto, el Comité recuerda que en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita el interés superior del niño debe ser una consideración esencial, y que cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica.²²

En este caso, el Comité determina la existencia de un estereotipo respecto del derecho a la visita con base en la igualdad formal, que descuida un análisis prolijo del interés superior de la niña para el ejercicio concreto de dicho derecho, y que deja en una situación de vulnerabilidad tanto a la niña como a la madre por el contexto de violencia doméstica que no cobra suficiente peso en las decisiones de las autoridades nacionales. Es importante tener en cuenta la importancia del análisis del contexto y de cada caso en particular como elemento indispensable para ir más allá de la igualdad formal, y avanzar hacia una igualdad sustancial.

Un asunto que aparece en los hechos del caso, pero que no es retomado por el Comité, es que los servicios sociales que intervinieron daban cuenta de que, durante el tiempo de las visitas vigiladas, el padre hacía preguntas a su hija respecto de la madre y de su nueva relación de pareja. La utilización por parte del padre a su hija como una suerte de informante de la vida afectiva de su madre muestra en este caso cómo el derecho de visita es desvirtuado para convertirse en un dispositivo de control y vigilancia a la expareja. El caso muestra en *extremis* la objetivación de la niña, su asesinato es el medio que tiene como finalidad causar daño a la expareja al “quitarle lo que más quiere”.

Es posible relacionar esta actitud controladora del exmarido con los estereotipos sexuales que miran a la mujer como una propiedad del hombre sobre la cual es necesario ejercer vigilancia, control y dominio. Pero, adicionalmente, opera un estereotipo compuesto en el caso de la niña, quien fue en principio víctima indirecta de la violencia ejercida por su padre en contra de su madre, luego mientras estuvieron separados sufrió violencia psicológica al ser utilizada como mecanismo de control de su madre. Su edad en este caso fue un factor que agudizó su victimización pues su opinión no fue tomada en cuenta en las decisiones sobre el régimen de visitas con su progenitor. Finalmente, su vida fue arrebatada por su propio padre con el fin de dañar y castigar a la madre.

Siguiendo con dictámenes del Comité de la CEDAW relacionados con la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, y concretamente en la relación de pareja,

22. *Ibid.*, párrafos 9.4 y 9.7.

se encuentran los casos *A.T. contra Hungría*,²³ *Komova*²⁴ *contra Bulgaria*, y *Jallow contra Bulgaria*.²⁵

En estos tres casos las víctimas sufrieron violencia física, psicológica y económica por parte de sus maridos o convivientes, sin recibir una adecuada protección por parte de los Estados.

Respecto a la relación entre estereotipos de género y la violación de sus derechos se desarrollan los siguientes argumentos en el caso *A.T. contra Hungría*:

El Comité ha afirmado en muchas ocasiones que las actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada al hombre contribuyen a la violencia contra ella. [...] los hechos relatados en la comunicación revelan aspectos de las relaciones entre los sexos y actitudes hacia las mujeres que el Comité reconoció en relación con el país en conjunto. Durante cuatro años y hasta hoy, la autora se ha sentido amenazada por su ex pareja de hecho, padre de sus dos hijos. La autora ha sufrido lesiones causadas por el mismo hombre, es decir su ex pareja de hecho. La autora no ha conseguido, mediante ningún procedimiento civil o penal, que L. F. se mantenga alejado, temporal o permanentemente, del apartamento en que ella y sus hijos han seguido viviendo. La autora no podría haber solicitado una orden de alejamiento o de protección, porque tal cosa no es posible hoy en el Estado parte. No ha podido acudir a un centro de acogida porque no hay ninguno equipado para aceptarla junto con sus hijos, uno de los cuales padece una discapacidad grave.²⁶

El estereotipo de roles sexuales que sostiene que dentro de una relación de pareja los hombres deben mandar/dominar y que las mujeres deben obedecer/subordinarse se ve reforzado a través de las instancias estatales que, al no brindar una protección adecuada a la mujer víctima de violencia por parte de su pareja, reafirman esa relación de dominación/subordinación y contribuyen así a la persistencia de la violencia y discriminación contra la mujer.

En el caso *Komova contra Bulgaria*, el Comité de la CEDAW insistió en que:

La concepción tradicional de que las mujeres están supeditadas a los hombres favorece la violencia contra ellas. [...] el Comité destaca que los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial que la judicatura debe tener cuidado de no crear estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas de qué es lo que constituye

23. Comunicación No. 2/2003, *A.T. contra Hungría*. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 26 de enero de 2005.

24. Comunicación No. 20/2008. *Violeta Komova contra Bulgaria*. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 25 de julio de 2011.

25. Comunicación No. 31/2011. *Isatou Jallow contra Bulgaria*. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 23 de julio de 2012.

26. Comunicación No. 2/2003, *A.T. contra Hungría*, párrafo 9.4.

violencia doméstica o violencia por razón de género. [...] El Comité considera que la interpretación del Tribunal de Distrito y del Tribunal Regional de Plovdiv y la justificación del período de un mes dentro del cual la víctima debe solicitar una orden de protección (artículo 10, párrafo 1 de la Ley de Protección contra la Violencia en el Hogar) es que se procura proporcionar intervenciones urgentes del tribunal, y no vigilar la cohabitación de la pareja, carece de sensibilidad de género puesto que refleja la noción preconcebida de que la violencia doméstica es en gran medida una cuestión privada e incumbe a una esfera en que, en principio, el Estado no debe ejercer control.²⁷

Este razonamiento del Comité pone en evidencia una de las ideas estereotipadas más frecuentes con relación a la violencia contra la mujer en el ámbito familiar, y es que se trata de un asunto que no incumbe sino excepcionalmente al Estado. En el trasfondo de esta idea estereotipada se asume que los espacios privados como la familia o las relaciones de pareja no están atravesados por relaciones de poder, sino que son los espacios del ejercicio de la libertad e intimidad que no deben ser perturbados por el Estado. Esta es sin duda una ficción ideológica más.²⁸ Tal como lo demuestra Carole Pateman en su crítica a la dicotomía público/privado, “el supuesto liberal de que la autoridad del Estado se detiene en el umbral de la casa ha significado la desprotección a la mujer”.²⁹

Resulta pertinente en este punto tener en cuenta que las ideas estereotipadas producen como consecuencia, por un lado, la justificación de actitudes y creencias pensando que son comunes, normales y correctas, y, por otro lado, que las personas estereotipadas negativamente tendrán menos oportunidades y la sociedad considerará que esto es culpa de ellas y por lo mismo sufrirán discriminación.³⁰

Siguiendo con el caso *Komova contra Bulgaria*, el Comité sostuvo que:

La exclusiva concentración de los tribunales de Plovdiv en la violencia física y en la amenaza inmediata a la vida o la salud de la víctima, refleja un concepto estereotipado y excesivamente estrecho de qué es lo que constituye violencia doméstica. Esa interpretación estereotipada de la violencia doméstica se refleja, por ejemplo, en el razonamiento del Tribunal Regional de Plovdiv de que “cuando alguien golpea a otra persona, es posible ejercer

27. Comunicación No. 20/2008. Violeta Komova contra Bulgaria, párrafos 9.11 y 9.12.

28. Judith Salgado Álvarez, *Manual de formación en género y derechos humanos* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2013), 98.

29. Carole Pateman, “Críticas feministas a la dicotomía público/privado, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el derecho. Ensayos críticos* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), 60.

30. M. Micaela Bazzano, “Estereotipos de género en la niñez. Una mirada desde los derechos humanos”, en Ana María Goetschel, coord., *Perspectivas de la educación en América Latina* (Quito: FLACSO/Ministerio de Cultura del Ecuador, 2009), 198.

violencia pero solamente tras sobrepasar algunos límites de maltrato y en este caso las declaraciones de V. K. no aclaran de qué manera exactamente ella fue golpeada en la fecha indicada en el procedimiento, ni tampoco de qué manera quedó afectada su inviolabilidad”. Los estereotipos tradicionales del papel de la mujer en el matrimonio también pueden encontrarse en la sentencia de divorcio de fecha 8 de mayo de 2009 dictada por el Tribunal de Distrito de Plovdiv que menciona la utilización por la autora de “lenguaje insolente” al dirigirse a su esposo y le ordena usar su nombre de soltera tras la disolución del matrimonio. El rechazo por los tribunales de Plovdiv del pedido de obtener una orden de protección permanente contra el esposo de la autora se basó en nociones estereotipadas, preconcebidas y, por lo tanto, discriminatorias, de lo que constituye la violencia doméstica.³¹

Se aprecia en esta cita de qué manera el Comité devela una concepción estereotipada de la violencia doméstica reflejada en las afirmaciones de ciertos tribunales búlgaros que muestran una tolerancia de los golpes, que, en su visión, no constituyen violencia sino cuando exceden algunos límites del maltrato.

De otra parte, también se evidencian estereotipos de roles sexuales en la sentencia de divorcio. Implícitamente exigen a la mujer casada un comportamiento delicado, amable, prudente, moderado³² (aunque haya sufrido diversas formas de violencia) en contraposición con un comportamiento considerado reprochable como es el “lenguaje insolente” que sería inapropiado para una mujer. Este estereotipo guarda estrecha relación con una de las manifestaciones de sexismo como es el deber ser de cada sexo que “consiste en partir de que hay conductas o características humanas que son más apropiadas para un sexo que para el otro”.³³

Sorprende además el doble parámetro. Por un lado, la tolerancia y flexibilidad para entender lo que puede ser calificado como violencia cuando son golpes proferidos por el marido a la mujer, y, por otro, la severidad para censurar un lenguaje “insolente” por parte de la mujer hacia su cónyuge. En el primer caso podríamos concluir que, desde la perspectiva del tribunal que conoció el caso de violencia contra la mujer, existe un nivel de violencia en las relaciones de pareja que sería admisible siempre que no sobrepase ciertos límites, que las mujeres deben soportar. Mientras que en el segundo caso un lenguaje “insolente” de la esposa contra su esposo resultaría siempre inaceptable.

En el caso *Jallow contra Bulgaria* el Comité reiteró que la concepción tradicional de que las mujeres están supeditadas a los hombres favorece la violencia contra ellas:

31. Comunicación No. 20/2008. Violeta Komova contra Bulgaria, párrafo 9.12.

32. Todos estos adjetivos son antónimos del adjetivo insolente.

33. Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, 209.

Respecto al caso que el Comité tiene ante sí, observa que al emitir una orden de protección de emergencia y adoptar otras decisiones, las autoridades del Estado parte se basaron en la declaración y acciones del marido, pese a ser conscientes de la posición vulnerable de la autora y su dependencia de él. El Comité observa también que las autoridades basaron sus actividades en la idea estereotipada de que el marido era superior y el único cuyas opiniones debían tenerse en cuenta, y no consideró que la violencia doméstica afecta proporcionalmente a muchas más mujeres que hombres. El Comité observa también que la autora fue separada de su hija durante un período de casi ocho meses, durante el cual no recibió ninguna información sobre los cuidados que estaba recibiendo su hija ni se le otorgaron derechos de visita. En tales circunstancias, el Comité considera que tanto la autora como su hija fueron víctimas de discriminación por motivo de género, ya que el Estado parte no protegió la igualdad de derechos de la autora en el matrimonio y como madre ni consideró que los intereses de su hija eran lo más importante. [...] la orden de protección de emergencia que separó a la autora de su hija se emitió sin considerar los anteriores incidentes de violencia doméstica ni la afirmación de la autora de que en realidad su hija y ella eran las que necesitaban protección contra la violencia doméstica [...].³⁴

Este caso devela otro estereotipo de género frecuente, y es aquel en que la palabra del hombre es valorada mientras la palabra de la mujer es devaluada. Se presta credibilidad a las afirmaciones del marido en el sentido de que él y su hija son víctimas de violencia, y se pasan por alto las denuncias de violencia por parte del esposo contra su esposa y su hija. Resulta así patente el androcentrismo en este caso.

Así mismo, es muy clara la existencia de un estereotipo compuesto, pues, a más de la subordinación en la que se encontraba como mujer frente a su pareja, esta situación de vulnerabilidad se veía agudizada por el hecho de ser migrante de Gambia, no hablar el húngaro, depender económicamente de su marido, tener una hija pequeña y no contar con ningún apoyo familiar en Hungría.

No obstante, en ningún momento esta situación de vulnerabilidades múltiple fue tomada en cuenta por los tribunales nacionales, lo cual revela además una insensibilidad de género, en tanto no se tuvo en consideración la desigualdad real en esta pareja, agudizada aún más por la situación de aislamiento en la que vivía esta mujer migrante de origen africano.

En este punto, hemos analizado casos relacionados con violencia contra las mujeres en el ámbito familiar. A continuación estudiaremos tres casos relacionados con violencia sexual contra las mujeres.

34. Comunicación No. 31/2011. Isatou Jallow contra Bulgaria, párrafo 8.6.

VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LAS MUJERES

Dentro de los dictámenes de la CEDAW que se analizan en este estudio, dos se relacionan con violencia sexual perpetrada por personas particulares. Uno de ellos es el de *Vertido contra Filipinas*.³⁵ La autora, quien trabajaba como directora ejecutiva de la Cámara de Comercio e Industria de Davao, afirma que fue víctima de violación por parte del Presidente de dicha cámara, quien luego de 8 años de duración del proceso judicial fue absuelto sobre la base de falsedades y estereotipos de género.

La riqueza de la argumentación de la autora merece ser destacada. Resumiendo, identifica ocho expresiones de tales falsedades y estereotipos que fueron la base para absolver al acusado:³⁶

- La víctima de una violación debe intentar escapar a la menor oportunidad. La autora alega que la magistrada no tomó en consideración los testimonios periciales, en los que las especialistas en victimología, traumas por violación y psiquiatría habían explicado que las víctimas exhiben una amplia gama de respuestas de comportamiento cuando son amenazadas con ser violadas, al igual que durante la violación y después de ella.
- La idea de que para ser violada mediante intimidación, la víctima debe ser tímida o atemorizarse fácilmente.
- Para concluir que se ha producido una violación mediante amenaza, debe haber pruebas claras de una amenaza directa. La autora sostiene que, en lugar de evaluar las pruebas teniendo en cuenta el contexto y examinar las circunstancias como un todo, el Tribunal se centró en la falta de existencia objetiva de una pistola. De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, es la falta de consentimiento, y no el componente de fuerza, lo que se entiende como elemento constitutivo del delito de violación.
- El hecho de que el acusado y la víctima se conozcan “más que de vista” hace que el acto sexual sea consentido. La autora sostiene que es un grave error entender que cualquier relación entre el acusado y la víctima es una prueba válida del consentimiento de la víctima al acto sexual.
- Que se considere problemático que una víctima de violación pueda reaccionar ante la agresión resistiéndose y también atemorizarse hasta someterse por miedo. La autora sostiene el Tribunal impone injustamente a las víctimas de viola-

35. Comunicación No. 18/2008. Karen Tayag Vertido contra Filipinas. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 16 de julio de 2010.

36. *Ibid.*, párrafo 3.5.

ción un criterio de comportamiento “normal” o “natural” y discrimina a las que no se ajustan a ese criterio.

- La afirmación según la cual la víctima de la violación no puede haberse opuesto a la agresión sexual si el acusado logró eyacular. La autora alega que el hecho de que el acusado eyaculase o no es completamente irrelevante en un juicio por violación, ya que no es un elemento del delito, no prueba que el acto sexual fuese consentido y no niega la resistencia de la víctima.
- Es increíble que un sexagenario sea capaz de perpetrar una violación. La autora sostiene que, si esa falsedad se aplicase a todos los acusados sexagenarios, toda causa en la que una persona alegase haber sido violada por un hombre de edad avanzada culminaría inevitablemente en la absolución del acusado.
- Es fácil formular una acusación de violación, pero es más difícil para el acusado desmentirla. La autora considera que esa presunción coloca injustificable e inmediatamente bajo sospecha a las víctimas de violación.

Es muy relevante tener en cuenta los daños que la autora alega haber sufrido. Tuvo que soportar ocho años de un litigio que fue muy publicitado, ella y su familia tuvieron que mudarse para escapar de su comunidad que se había vuelto en su contra por atreverse a llevar a juicio a un hombre acaudalado e influyente. Fue obligada a dimitir de su cargo de directora ejecutiva de la Cámara de Comercio de la ciudad de Davao poco después de la violación, y su empleador le dijo que habían contratado a un hombre (que recibiría el doble de su salario) para evitar que se repitiese su caso. Todos estos factores agravaron su trastorno por estrés postraumático que había estado sufriendo como resultado directo de la violación, y el Estado no la protegió ni a ella ni a su familia, sino que al contrarió la re victimizó.³⁷

Sin duda, en el dictamen del Comité sobre el caso *Vertido contra Filipinas* encontramos el mayor desarrollo interpretativo y argumentativo sobre estereotipos de género.

El Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas adecuadas para modificar o abolir no solo las leyes y normas vigentes, sino también los usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer. A este respecto, el Comité pone de relieve que la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo, y que el poder judicial debe ejercer cautela para no crear normas inflexibles sobre lo que las mujeres y las niñas deberían ser o lo que deberían haber hecho al encontrarse en una situación de violación basándose únicamente en nociones preconcebidas de lo que define a una víctima de violación o de violencia basada en el género en general. El Comité recuerda además su recomendación general núm. 19 sobre la violencia contra la mujer. [...] “... de conformidad

37. *Ibid.*, párrafo 3.7.

con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre” y que “en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”.³⁸

El Comité califica directamente como un prejuicio de género uno de los principios rectores a los que el Tribunal se remitió en su sentencia, y, según el cual, “una acusación de violación puede hacerse con facilidad pero es más difícil para el acusado desmentirla”.³⁹

Así mismo el Comité puso en evidencia que:

Pese a que la sentencia se refiere a principios como, por ejemplo, que la resistencia física no es un elemento que permita establecer un caso de violación, que las personas reaccionan de formas distintas ante la tensión emocional y que el hecho de que la víctima no intente escapar no significa que no haya habido una violación, así como al hecho de que “en cualquier caso, la ley no dispone que la víctima de una violación deba demostrar que ejerció resistencia”, la decisión muestra que la magistrada no aplicó esos principios al evaluar la credibilidad de la autora en relación con expectativas sobre la forma en que esta debería haber actuado antes de la violación, durante el acto y después de él debido a las circunstancias y a su carácter y personalidad. La sentencia muestra que la magistrada llegó a la conclusión de que la actitud de la autora había sido contradictoria, por haber reaccionado con resistencia en un momento y sumisión en otro, y que la magistrada consideró que esto era un problema. El Comité observa que el Tribunal no aplicó el principio de que “el hecho de que la víctima no intentara escapar no significa que no haya habido una violación” y, al contrario, esperaba determinado comportamiento de la autora por considerar que no era “una mujer tímida a la que se pudiese atemorizar fácilmente”. Está claro que en la evaluación de la credibilidad de la versión de los hechos presentada por la autora habían influido varios estereotipos, puesto que la autora no había mostrado en esta situación el comportamiento esperado de una víctima ideal y racional, o lo que la magistrada consideraba la respuesta racional e ideal de una mujer en una situación de violación [...].⁴⁰

Se identifican claramente en este caso estereotipos sexuales en los que se espera o prescribe cierto tipo de comportamientos como adecuado o apropiado para las mujeres víctimas de violencia sexual. Concretamente el Tribunal nacional exigió una actitud permanente de resistencia, que no se sintiera intimidada dado que no era una mujer tímida y que intentara escapar. El hecho de que la autora no se amoldara a este

38. *Ibíd.*, párrafo 8.4.

39. *Ibíd.*, párrafo 8.5.

40. Comunicación No. 18/2008. Karen Tayag Vertido contra Filipinas, párrafo 8.5.

“guion esperable de actuación” en la práctica restó credibilidad a su acusación a los ojos del Tribunal nacional.

Un hecho que llama la atención en este caso es que ni en los tribunales nacionales ni en sede internacional se tuviera en cuenta la relación de poder que existía entre el acusado y la víctima, pues, si bien ella ocupaba un alto cargo, él era su superior y ejercía un cargo de mayor influencia y poder que el suyo en el ámbito laboral. Tan es así que, a partir de que ella presenta la denuncia penal, pierde su trabajo y no logra conseguir uno nuevo, se mantiene desempleada siendo ella y su familia repudiadas por su comunidad hasta el punto de verse forzada a mudarse a otra ciudad.

Otra idea estereotipada que el Comité adecuadamente explicita tiene que ver con el prototipo de víctima de una violación que muchas veces excluye de la protección a aquellas mujeres que no se ajustan al mismo.

Aunque, según el precedente legal establecido por el Tribunal Supremo de Filipinas, para probar que no hubo consentimiento no es necesario demostrar que el acusado venciera a la resistencia física de la víctima, el Comité considera que esperar que la autora se resistiera en esa situación refuerza de forma particular el mito de que las mujeres cultas, que saben expresarse bien, decentes y casadas no pueden ser víctimas de violación. A este respecto, el Comité destaca que no debería suponerse, en la ley ni en la práctica, que una mujer da su consentimiento porque no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada, independientemente de si el autor del delito utilizó o amenazó con utilizar violencia física.⁴¹

También el Comité muestra su preocupación por otros estereotipos sobre la sexualidad femenina que sustentan la decisión judicial nacional, y que apoyan más la credibilidad del presunto violador que la de la víctima. Por ejemplo, la conclusión de la magistrada de que es increíble que un sexagenario fuera capaz de llegar hasta la eyaculación cuando la autora estaba resistiéndose al ataque sexual, o el valor que se da al hecho de que la autora y el acusado se conocieran para excluir la existencia de violación.⁴²

La relevancia que el tribunal nacional da al hecho de que el acusado tuviera 60 años tiene que ver con un estereotipo de sexo (relacionado con las características físicas de hombres y mujeres). De acuerdo con el razonamiento del Tribunal resultaría que todo hombre de 60 años o más estaría impedido físicamente de cometer una violación. No es claro si esta afirmación se da porque se lo considera débil o limitado en su potencia sexual. En cualquier caso, lo problemático es cómo una creencia generalizada (estereotipo) deja de lado el análisis de la situación concreta y de las características específicas de las personas involucradas en el proceso judicial.

41. *Ibid.*, párrafo 8.5.

42. *Ibid.*, párrafo 8.6.

Es muy relevante traer a colación lo que el Comité ha aclarado varias veces, esto es que “la violación constituye una infracción del derecho de las mujeres a la seguridad personal y la integridad física, y que su elemento esencial es la falta de consentimiento”.⁴³ En este caso el Comité reconoció que la autora sufrió daños y perjuicios morales y sociales, en particular debido a la excesiva duración del proceso judicial, y que se volvió a convertir en víctima a causa de los estereotipos y prejuicios de género en que se basó la sentencia.⁴⁴

El otro caso sobre violencia sexual es el de *R.P.B. contra Filipinas*.⁴⁵ La autora es una mujer sorda perteneciente a una familia de escasos recursos económicos de Manila, quien afirma que a los diecisiete (17) años de edad fue violada por su vecino, un joven de 19 años, y que los tribunales absolvieron al acusado sobre la base de estereotipos y falsedades de género.

El caso guarda similitud con el de *Vertido contra Filipinas*, como veremos a continuación. En efecto, el Comité reafirma que la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo, y que las autoridades deben evitar crear normas inflexibles basadas en preconcepciones sobre lo que define a una víctima de violación.⁴⁶

El tribunal de primera instancia esperaba de la autora un cierto tipo de comportamiento que una mujer filipina corriente tenía que demostrar en las circunstancias, a saber, recurrir “a toda su fuerza y su valor para frustrar todo intento de profanar su honor y su pureza”. En segundo lugar, el tribunal evaluó la conducta de la autora con arreglo a esta norma y llegó a la conclusión de que “el comportamiento de la autora no era coherente con el de una filipina corriente” y con el “nivel razonable de comportamiento de un ser humano”, porque no había tratado de escapar ni de resistir al acusado, en particular haciendo ruido o utilizando la fuerza. El tribunal declaró que “el hecho de que la autora ni siquiera trató de escapar [...] o por lo menos de gritar pidiendo ayuda, a pesar de las oportunidades para hacerlo, pone en tela de juicio su credibilidad y hace que su alegación de falta de consentimiento sea difícil de creer”. El Comité considera que, en sí mismas, las conclusiones revelan la existencia de fuertes estereotipos que se traducen en discriminación basada en el sexo y el género, y un desconocimiento de las circunstancias particulares del caso, como la discapacidad y la edad de la autora.⁴⁷

En la afirmación del tribunal filipino se constata una creencia generalizada respecto al valor que una víctima de violación tiene que proteger “su honor y pureza”,

43. *Ibid.*, párrafo 8.7.

44. *Ibid.*, párrafo 8.8.

45. Comunicación No. 34/2011. R.P.B. contra Filipinas. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 21 de febrero de 2014.

46. *Ibid.*, párrafo 8.8.

47. *Ibid.*, párrafo 8.9.

no se tiene en cuenta su integridad personal, su autonomía y su seguridad. Rezagos del estereotipo de que una mujer que es agredida sexualmente queda mancillada, deshonrada, manchada es el trasfondo de esta frase. Por lo mismo, lo que se espera como actuación de una filipina corriente es resistirse con toda su fuerza a este ataque, estandarizando así la única respuesta o reacción que el tribunal califica como coherente.

En este caso, resulta todavía más compleja esta afirmación por cuanto deja de lado la triple situación de vulnerabilidad de la mujer que es adolescente, con discapacidad auditiva y perteneciente a una familia de escasos recursos económicos. Por lo mismo, se configura un estereotipo compuesto en el que las creencias preconcebidas sobre las niñas sordas operan para dejarlas en un mayor nivel de desprotección. Inclusive, en varias instancias del proceso judicial el Estado no le proporcionó interpretación en lengua de señas ni tuvo en cuenta el mayor riesgo y las múltiples formas de discriminación que sufren las mujeres con discapacidades, tal como lo advierte la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁴⁸

El Comité reitera lo que ya se analizó en el caso *Vertido contra Filipinas* respecto a que un elemento esencial del delito de violación es la falta de consentimiento, y que dentro de los estereotipos de género y las ideas erróneas aplicadas por el tribunal de primera instancia están la falta de resistencia y el consentimiento de la víctima de violación y el uso de la fuerza y la intimidación por parte del perpetrador.⁴⁹

Finalmente, “el Comité reconoce que la autora ha sufrido daños y perjuicios morales y sociales, en particular por la excesiva duración del proceso judicial, por el hecho de que el tribunal no le brindó la asistencia gratuita de intérpretes en lengua de señas, y por la utilización de falsedades y estereotipos de género y el hecho de no tener en cuenta en la sentencia su situación específica como niña sordomuda”.⁵⁰

Vale la pena enfatizar que el uso del término sordomuda es incorrecto pues implica que la persona que sufre una discapacidad auditiva (no puede escuchar), tampoco podría comunicarse, lo cual no es cierto en el caso de las personas sordas, pues se comunican a través de su propio lenguaje (la lengua de señas).

48. Preámbulo, párrafo q) “Las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, violencia, lesiones o abuso...”; Art. 6.1. Los Estados Parte reconocen que las mujeres y las niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación...”.

49. Comunicación No. 34/2011. R.P.B. contra Filipinas, párrafo 8.10.

50. *Ibíd.*, párrafo 8.11.

En el caso *Abramova contra Belarús*,⁵¹ la autora sostiene haber sido víctima de tortura y tratos inhumanos y degradantes durante su detención administrativa⁵² en un centro en donde todo el personal era masculino. En este caso el Comité estableció la violación del art. 5 a) de la CEDAW referente a estereotipos de género sin mayor desarrollo argumentativo.⁵³

En este punto hemos analizado tres casos relacionados con violencia sexual contra mujeres; en el siguiente punto nos enfocaremos en casos de discriminación contra mujeres que afectan derechos económicos, sociales y culturales.

DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER EN SUS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Se han agrupado en este punto tres casos que se relacionan con la discriminación en el reconocimiento y ejercicio del derecho a la salud, al empleo y a la propiedad.

En el caso *T.P.F. contra Perú*,⁵⁴ la autora afirma que su hija sufrió abuso sexual y que, fruto de ello, quedó embarazada a los 13 años de edad, razón por la cual intentó suicidarse lanzándose de un edificio. Fue atendida en un hospital público, y, dado que su columna sufrió lesiones severas, se fijó fecha para su intervención quirúrgica que fue suspendida cuando los médicos conocieron de su estado de gestación. La autora solicitó que se le realizaría un aborto terapéutico conforme con la legislación peruana. Sin embargo, los médicos de este hospital negaron dicha solicitud en dos ocasiones. Su hija tuvo un aborto espontáneo y recién ahí, más de tres meses después de que se decidiera la necesidad de su intervención, fue operada de su columna. Actualmente se encuentra paralizada desde el cuello para abajo y solo ha recuperado parcialmente la movilidad de las manos. Depende de una silla de ruedas para moverse y de terceros para todas sus necesidades.

La autora asevera que “condicionar el acceso a un tratamiento médico oportuno, del que dependía el ejercicio del derecho a la salud, a la vida, y a la vida en condiciones dignas, a completar un embarazo involuntario resultó en un trato discriminatorio que se basó en el estereotipo de dar prioridad a la función reproductiva de L. C. por

51. Comunicación No. 23/2009. Inga Abramova contra Belarús. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 25 de julio de 2011.

52. Fue sancionada a 5 días de detención administrativa por vandalismo menor, a saber: colocar lazos azules y pancartas en las calles convocando a la Marcha Europea.

53. Comunicación No. 23/2009. Inga Abramova contra Belarús, párrafo 7.7.

54. Comunicación No. 22/2009. T.P.F. contra Perú. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 17 de octubre de 2011.

encima de su bienestar”.⁵⁵ Sostiene que su hija “fue víctima de exclusiones y restricciones en el acceso a los servicios de salud basadas en un estereotipo de género que entiende el ejercicio de la capacidad reproductora de la mujer como un deber en vez de un derecho”.⁵⁶

El Comité llegó a la siguiente conclusión:

El Comité considera que, debido a su condición de mujer embarazada, L. C. no tuvo acceso a un procedimiento eficaz y accesible que le permitiese establecer su derecho a los servicios de atención médica que su estado de salud física y mental requería. Estos servicios comprendían tanto la operación de columna como el aborto terapéutico. Ello resulta tanto más grave si se tiene en cuenta que se trataba de una menor, víctima de abusos sexuales. El intento de suicidio demuestra el grado de sufrimiento mental por el que pasó como consecuencia de los abusos. [...] los hechos ponen de manifiesto una violación del artículo 5 de la Convención, ya que la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre.⁵⁷

Efectivamente, este caso muestra con mucha claridad el estereotipo de roles sexuales que prescribe que la mujer en tanto madre debe estar dispuesta a sacrificarse a sí misma por sus hijos/as incluyendo los que están por nacer. Es esa la conducta que la Junta Médica –que negó la interrupción del embarazo– exigió de la niña. Cabe desatacar que el Colegio de Médicos tuvo una opinión diferente en el sentido de que “existían argumentos suficientes, para afirmar que, de continuar el embarazo, la salud física y mental de la niña estaba en grave riesgo por lo que se justificaba el aborto terapéutico”.⁵⁸ No obstante, esta opinión no fue tomada en cuenta por el hospital público al que acudió la niña.

En las decisiones de la Junta Médica no se tienen en cuenta otros factores que se intersecan para crear una situación de mayor vulnerabilidad en este caso, como son la edad de la niña, el haber sido víctima de violencia sexual, su estado de depresión extrema que la lleva a intentar suicidarse y su pertenencia a una familia de escasos recursos.

En el caso *R.K.B. contra Turquía*,⁵⁹ la autora afirma haber sido despedida a causa de una discriminación de género, dado que su empleador justificó su despido ante los tribu-

55. *Ibid.*, párrafo 3.3.

56. *Ibid.*, párrafo 7.7.

57. *Ibid.*, párrafo 8.15.

58. *Ibid.*, párrafo 8.14.

59. Comunicación No. 28/2010. *R.K.B. contra Turquía*. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 24 de febrero de 2012.

nales porque ella habría dado lugar a rumores de relaciones de índole sexual con personas del sexo opuesto incluido uno de los gerentes de la peluquería en la que laboraba. El tribunal nacional resolvió que la rescisión del contrato había sido injustificada e improcedente y concedió a la autora una indemnización por despido, pero negó que se hubiera infringido el principio de igualdad de trato afirmando que el hecho de que el hombre con quien se decía que había mantenido una relación con la autora, hubiera conservado su empleo no era suficiente para demostrar una discriminación por motivo de género.

El Comité da cuenta de la relación entre estereotipos de género y la discriminación a la mujer en los siguientes términos:

El Comité considera preocupante que en ningún momento la Sala Tercera del Tribunal del Trabajo de Kocaeli reprobara el sesgo sexista y el carácter discriminatorio de los testimonios favorables al empleador. En lugar de rechazar inmediatamente esta defensa del empleador, claramente constitutiva de discriminación por motivos de género y contraria al principio de igualdad de trato, el tribunal examinó las pruebas aducidas por el empleador y sometió a examen únicamente la integridad moral de la autora, que era mujer, y no la de los empleados varones, a saber el Sr. M. A. y el Sr. D. U. (...) El Comité considera que, en el caso que se examina, las actuaciones judiciales se basaron en la percepción estereotipada de la gravedad de que una mujer mantuviera una relación extramatrimonial, y en la consideración de que este tipo de relaciones eran aceptables en el caso de un hombre pero no en el de una mujer, y de que solo las mujeres tenían el deber de “no incurrir ni en el más mínimo atentado contra la moral”.⁶⁰

De acuerdo con la tipología desarrollada por Rebecca Cook y Simone Cusack, se trata de un ejemplo de un estereotipo sexual que se vincula con la interacción sexual, y con lo que se considera apropiado o no para hombres y mujeres. En este caso, y tal como lo destaca el Comité, es completamente aceptable que los hombres tengan relaciones extramatrimoniales, mientras que esta misma conducta resulta absolutamente reprochable en el caso de las mujeres. Como se evidencia, este estereotipo incide de manera directa en la violación del derecho al trabajo de la autora. Este caso es un claro ejemplo de una manifestación de sexismo, como es el doble parámetro que consiste en que una misma conducta y/o una situación idéntica son valoradas o evaluadas con distinta medida para uno y otro sexo, fundamentadas en el deber ser de cada sexo.⁶¹ Lo más frecuente es que esta evaluación desigual según sea realizada por un hombre o una mujer, generalmente, reproduce un juicio severo para las mujeres y una actitud condescendiente en el caso de los hombres.

60. *Ibid.*, párrafo 8.7.

61. Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, 208-9.

En el caso *E.S. y S.C. contra República Unida de Tanzania*,⁶² las autoras afirman que, en su calidad de mujeres viudas, han sido víctimas de discriminación de género, ya que se les ha impedido administrar y heredar los bienes tras el fallecimiento de sus maridos, por cuanto las normas sucesorias del derecho consuetudinario son patrilineales, y, por lo mismo, dan prevalencia a los herederos varones sobre las mujeres. Aunque el Tribunal Superior dictaminó que la normativa impugnada era discriminatoria en varios sentidos, sostuvo que era imposible introducir un cambio en la costumbre mediante procedimientos judiciales.

Se resalta que este es el único caso, de los doce que hemos analizado, en el que la discriminación es de jure y de facto, pues es el derecho consuetudinario el que establece esta discriminación que es aplicada en la práctica.

En este caso, el Comité insiste en que “la aplicación de costumbres discriminatorias perpetúa los estereotipos de género y las actitudes discriminatorias sobre las funciones y responsabilidades de la mujer e impide que las mujeres gocen de igual condición en la familia y en la sociedad en general”.

El Comité observa que las cuestiones relacionadas con la sucesión están reguladas por múltiples sistemas jurídicos en el Estado parte y que las autoras se han visto sometidas al derecho consuetudinario sukuma, debido a su origen étnico. El Comité observa también que, aunque su Constitución incluye disposiciones que garantizan la igualdad y la no discriminación, el Estado parte no ha revisado ni adoptado medidas legislativas para eliminar los aspectos discriminatorios restantes de las disposiciones de su derecho consuetudinario codificado en lo que respecta a las viudas. Por consiguiente, las autoras se vieron privadas del derecho a administrar los bienes de sus cónyuges y quedaron excluidas de la herencia de todos los bienes al fallecer aquellos. El Comité considera que el marco jurídico del Estado parte, que trata a las viudas y viudos de manera diferente en lo que respecta al acceso a la propiedad, adquisición, gestión, administración, disfrute y enajenación de los bienes, es discriminatorio [...].⁶³

Aunque el Comité cuestiona los estereotipos de género y las actitudes discriminatorias sobre las funciones y responsabilidades de la mujer no especifica a qué funciones y roles de género estereotipados en la familia se está refiriendo. Entonces, ¿cuáles son los estereotipos que están actuando en esta normativa que es parte del derecho consuetudinario de la República de Tanzania? Innegablemente, se trata de estereotipos de roles sexuales que establecen qué tipo de actividades o funciones son apropia-

62. Comunicación No. 48/2013. *E.S. y S.C. contra República Unida de Tanzania*. Dictamen del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 2 de marzo de 2015.

63. *Ibíd.*, párrafo 7.6.

das para hombres y cuáles para mujeres. Se refuerza la idea de que son los hombres los llamados a tener propiedades y administrarlas, mientras que las mujeres, en este caso las viudas, son despojadas de todo derecho de propiedad y administración, quedando supeditadas a un “tutelaje-protección” por parte de hombres (sus hijos varones, su suegro o su cuñado). Esta distribución sexual de funciones asume la capacidad de los hombres para el manejo de asuntos económicos, mientras que al mismo tiempo niega esa capacidad en el caso de las mujeres.

Obviamente, estos estereotipos de género inciden directamente en la discriminación a la mujer en el ejercicio de varios derechos (la igualdad ante la ley, el reconocimiento de su igual capacidad jurídica, la igualdad en las relaciones familiares y matrimoniales, particularmente el derecho a la propiedad, administración, goce y disposición de bienes).

CONCLUSIONES

Los estereotipos de género operan muchas veces de manera inconsciente y reproducen formas de subordinación, entre ellas discriminación y violencia, que afectan generalmente a las mujeres. Por lo mismo, tomar conciencia de la existencia de los estereotipos de género y desvelar el vínculo entre estos y las violaciones de derechos humanos es una tarea necesaria.

Resulta aún más problemático cuando los estereotipos de género asociados con la subordinación de las mujeres son reproducidos y reforzados a través de la normativa, las políticas públicas o las prácticas estatales porque en tales casos se revisten de un carácter de legitimidad muchas veces asociado con la ley y la autoridad.

La CEDAW es el primer tratado internacional de derechos humanos de las mujeres que en su art. 5 a) incorpora la obligación de los estados de modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con el fin de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias basados en ideas de inferioridad y superioridad entre los sexos, y de funciones estereotipadas entre hombres y mujeres.

Dentro de la jurisprudencia del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer desde el 2005 hasta el 2015 se encuentran doce comunicaciones individuales en las que se alega y/o se declara la violación del art. 5 a) de la CEDAW vinculado con los estereotipos de género.

Del análisis de estas doce comunicaciones se concluye que el tratamiento que el Comité brinda a los estereotipos de género presenta variaciones en cuanto a su desarrollo argumentativo e interpretativo. Sin duda, merece una mención especial el dictamen sobre el caso *Vertido contra Filipinas*, que se destaca por presentar el mayor desarrollo argumentativo o interpretativo del Comité sobre estereotipos de género.

Consideramos que contribuye a ello, la comunicación presentada por la autora que aporta muchos elementos para la comprensión y deconstrucción de estereotipos de género en casos de violencia sexual.

En contraste, en los dictámenes de los casos *Descendiente de Fatma Yildirin contra Austria*, *Descendientes de Sahide Guekce contra Austria*, y *Abramova contra Belarús* se constata una falta de motivación tanto para negar la violación del art. 5 a) como para declararla. Se da un tratamiento muy escueto, casi que una mera mención.

A continuación, se sintetizan los aportes y los límites encontrados en aquellos dictámenes que en mayor o menor medida motivan su decisión de declarar la violación del art. 5 a) de la CEDAW. Se identifican como aportes en el desarrollo jurisprudencial del Comité de la CEDAW sobre estereotipos de género que deben ser tenidos en cuenta como estándares los siguientes:

- Los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y justo y que el poder judicial no puede aplicar ideas preconcebidas e inflexibles sobre lo que constituye violencia doméstica o lo que define a una víctima de violación o de violencia basadas en el género o el comportamiento esperado como una respuesta racional e ideal de una mujer en una situación de violación.
- Las actitudes tradicionales en que se considera a las mujeres subordinadas a los hombres contribuyen a la violencia en el hogar.
- El cuestionamiento frontal a nociones preconcebidas de que la violencia doméstica es en gran medida un asunto privado que incumbe a una esfera en que, en principio, el Estado no debe ejercer control.
- Los derechos del agresor (a la libertad personal) no pueden estar por encima de los derechos humanos de las mujeres a la vida y a la integridad personal en aquellos casos en que la privación de la libertad resulta necesaria para proteger a la mujer en contextos de violencia en el ámbito familiar y riesgo evidentes.⁶⁴
- Los Estados parte están obligados al momento de adoptar decisiones sobre custodia y derecho de visitas a considerar el contexto de violencia doméstica a la luz del interés superior de los niños y niñas para ir más allá de una igualdad formal que al desconocer el contexto los deja en desprotección.
- En los casos de violencia sexual, se debe evitar brindar una mayor credibilidad al presunto violador y restarle a la de la víctima sobre la base de estereotipos respecto del comportamiento “normal” o “racional” que debería tener una víctima de violencia sexual. La violación constituye una infracción del

64. Habría sido importante que el Comité desarrolle de manera más específica criterios o parámetros para determinar la necesidad de las medidas privativas de la libertad en tales casos.

derecho de las mujeres a la seguridad personal y la integridad y su elemento esencial es la falta de consentimiento. No debería suponerse ni en la ley ni en la práctica, que una mujer da su consentimiento porque no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada, independiente de si el autor del delito utilizó o amenazó con utilizar violencia física o porque conocía, anteriormente, al acusado.

- La calificación directa como prejuicio de género a la afirmación de un tribunal filipino de que “una acusación de violación puede hacerse con facilidad, pero es más difícil para el acusado desmentirla”.
- La aplicación injustificada de estereotipos de género negativos es causa fundamental y consecuencia de la discriminación contra la mujer y se perpetúan a través de varios medios e instituciones como leyes y sistemas judiciales y que pueden ser reforzados tanto por agentes estatales como por agentes privados.
- El aplicar percepciones estereotipadas sobre la gravedad de una conducta de carácter sexual en el caso de mujeres, pero no en el de hombres, constituye una clara discriminación contra la mujer.
- El cuestionamiento al estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre.
- El que el Estado también es responsable por violaciones a los derechos reconocidos en la CEDAW que han sido violentados en el derecho consuetudinario en los Estados con múltiples sistemas jurídicos.

Se identifican como límites en el desarrollo jurisprudencial del Comité de la CEDAW sobre estereotipos de género los siguientes:

- Varios casos de violencia en el ámbito familiar presentan evidencias de la devaluación de la palabra y necesidades de las mujeres víctimas de violencia en las instancias judiciales. No obstante, el Comité no realiza el vínculo de estos hechos con la existencia de estereotipos de género que reproducen esta falta de credibilidad y que colocan las necesidades de las mujeres en un segundo plano frente a las de los hombres y que por lo mismo afectan el derecho de la mujer a un juicio imparcial.
- En el caso *E.S. y S.C. contra Tanzania*, el Comité menciona de manera puntual que existen un estereotipo de género y actitudes discriminatorias sobre funciones y responsabilidades de la mujer, pero no explica en qué consisten estos, cómo operan en concreto y su incidencia en la violencia y la discriminación contra la mujer.
- El Comité dejó de lado, en el caso *González contra España*, la identificación de un generalizado estereotipo sexual que refuerza la idea de que la mujer es propiedad de su pareja aun cuando estén separados y según la cual el hombre

tendría derecho a conocer, controlar y/o cuestionar su vida afectiva, aun utilizando a su hija como “informante” de la vida afectiva de su madre a través de las visitas parentales.

- El Comité soslaya el vínculo entre estereotipos sexuales y relaciones de poder jerarquizadas, por ejemplo, en el ámbito laboral. No encontramos un análisis al respecto en los casos *Vertido contra Filipinas* ni en *R.K.B. contra Turquía* en los que esta perspectiva habría sido muy pertinente.
- El Comité no profundiza en la manera como operan estereotipos compuestos en los que varias condiciones se interrelacionan para incidir en la violencia y la discriminación contra la mujer. Varios casos analizados presentan la intersección de diversas condiciones en las que, a más del género, la edad, la discapacidad, la condición económica, la nacionalidad o procedencia, la etnia, el estado civil, entre otras, agudizan la situación de desprotección de las víctimas de manera muy particular. El Comité las menciona, pero no desarrolla un análisis interseccional.
- Dado que la CEDAW es un tratado internacional del Sistema de Naciones Unidas, las comunicaciones que recibe con la alegación de violaciones al art. 5 a) provienen de diversos países con su propio contexto cultural. Ciertamente, los estereotipos son de carácter cultural, no obstante, esta diversidad cultural no es tratada en ninguno de los dictámenes que se ha analizado.

Para concluir, cabe insistir en la importancia de tomar conciencia de un elemento problemático que está en la raíz de diversas expresiones de violencia y discriminación contra las mujeres (en este caso los estereotipos de género). Este trabajo pretende contribuir a esa toma de conciencia, pues darse cuenta es indispensable para avanzar en cualquier proceso de transformación.

BIBLIOGRAFÍA

- Bazzano, M. Micaela. “Estereotipos de género en la niñez. Una mirada desde los derechos humanos”. En Ana María Goetschel, coord., *Perspectivas de la educación en América Latina*. Quito: FLACSO/Ministerio de Cultura del Ecuador, 2009.
- Cook, Rebecca, y Simone Cusack. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia, 2010.
- Facio, Alda. “La Carta Magna de todas las mujeres”. En Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- . “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”. En Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito: Minis-

terio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.

Pateman, Carole. “Críticas feministas a la dicotomía público/privado”. En Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.

Salgado Álvarez, Judith. *Manual de formación en género y derechos humanos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2013.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Comunicación No. 48/2013. E.S. y S.C. contra República Unida de Tanzania, 2 de marzo de 2015.

No. 47/2012. Ángela González Carreño contra España, 16 de julio de 2014.

Comunicación No. 34/2011. R.P.B. contra Filipinas, 21 de febrero de 2014.

Comunicación No. 31/2011. Isatou Jallow contra Bulgaria, 23 de julio de 2012.

Comunicación No. 28/2010. R.K.B. contra Turquía, 24 de febrero de 2012.

Comunicación No. 22/2009. T.P.F. contra Perú, 17 de octubre de 2011.

Comunicación No. 23/2009. Inga Abramova contra Belarús, 25 de julio de 2011.

Comunicación No. 20/2008. Violeta Komova contra Bulgaria, 25 de julio de 2011.

Comunicación No. 18/2008. Karen Tayag Vertido contra Filipinas, 16 de julio de 2010.

Comunicación No. 6/2005. Hijos de Fatma Yildirim contra Austria, 6 de agosto de 2006.

Comunicación No. 5/2005. Descendientes de Sahide Goekce contra Austria, 6 de agosto de 2006.

Comunicación No. 2/2003, A.T. contra Hungría, 26 de enero de 2005.

NORMATIVA INTERNACIONAL

ONU. *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (1981).

---. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (2007).

---. *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (2000).

Fecha de recepción: 12 de julio de 2016.
Fecha de aprobación: 7 de agosto de 2017.

La discriminación de género en la relación laboral: igualdad formal, igualdad material y acción positiva*

*Elisa Sierra Hernáiz***

RESUMEN

Uno de los mayores retos que se plantea en el actual marco de relaciones laborales es la aplicación de las medidas de acción positiva en cuanto tratamientos preferenciales a favor de las trabajadoras para superar los efectos de la discriminación social. La principal dificultad radica en la delimitación que de las mismas hace el ordenamiento jurídico comunitario europeo, como una excepción al principio de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades formal, lo que ha introducido elementos ajenos a su naturaleza, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con todo lo que ello supone de pérdida en la lucha para lograr la igualdad de oportunidades real entre los sexos en el ámbito laboral.

PALABRAS CLAVE: discriminación laboral sexos; acción positiva; tratamientos preferenciales; igualdad real; interpretación jurisprudencial.

ABSTRACT

One of biggest problems of female workers is to get real equality in their working conditions. Affirmative actions or preferential treatment can be a solution to overcome the effects of social discrimination at work. Nowadays the main obstacle to set up is not the legal delimitation in the European Law but the interpretation of cases law that limit its application in employment contracts. This situation represents a loss in the struggle for equal opportunity and rights for female works.

KEYWORDS: gender discrimination at work; affirmative action; preferential treatment; real equality; cases law.

FORO

* Este artículo ha sido desarrollado dentro del marco del Proyecto I+D DER 2013-42759R “Derecho del trabajo y crisis económica (II): las respuestas a la negociación colectiva”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

** Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Pública de Navarra.

INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más controvertidas a las que se ha tenido que enfrentar el derecho del trabajo en los últimos años es admitir o no la legitimidad de las medidas de acción positiva a favor de las trabajadoras para garantizar su igualdad de oportunidades en el mercado de trabajo y superar, de esta manera, las situaciones de discriminación y segregación profesional que les impiden disfrutar de unas verdaderas condiciones de igualdad en el mercado laboral.¹ En la actualidad, el derecho social comunitario europeo y, por ende, el derecho español, sí que las aceptan desde un punto de vista legal aunque en la realidad práctica son de muy difícil implantación por los requisitos exigidos por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).² La explicación última de esta situación puede tener su origen en las suspicacias que levantan su implantación por cuestionar el derecho fundamental a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo en su afección más tradicional. Así, la finalidad de las medidas de acción positiva es dar un puesto de trabajo a una trabajadora en vez de a un trabajador sobre la base de un factor de diferenciación prohibido —el sexo— como forma de garantizar la plena igualdad de oportunidades en el mercado laboral de las mujeres, cumpliendo con los mandatos del principio de igualdad material, siempre y cuando respeten el juicio de igualdad desde los principios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad. Teniendo en cuenta, pues, la importancia de los bienes jurídicos protegidos se hace necesario un estudio de las mismas para delimitar claramente a qué se hace referencia cuando se habla de acción positiva y de las implicaciones que dichas medidas conllevan para garantizar que su correcta implantación.

-
1. En general, sobre el papel de las medidas de acción positiva en el ámbito laboral, véase Natividad Mendoza Navas, “Acciones positivas: instrumento para eliminar las diferencias entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones laborales”, en Teresa Martín López, dir., *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica* (Madrid: Civitas, 2014), 180 y s. En cuanto a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral véase José Fernando Lousada Arochena, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).
 2. Sobre la evolución de la doctrina del TJUE, véase Rosa María Giles Carnero, “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Especial referencia al concepto de acción positiva”, en M. Mora-Ruiz, dir., *Formación y objeto del derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público* (Barcelona: Atelier, 2010), 55 y s.

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS CONCEPTOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

A) EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SUS MANIFESTACIONES

El principio de igualdad está integrado por dos vertientes: la igualdad formal o igualdad de trabajo y la igualdad sustancial o igualdad real o material. Respecto a la primera de ellas, en el ordenamiento jurídico español el artículo 14 de la Constitución Española (CE) señala: “Los españoles son iguales antes la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Así delimitado, este artículo consagra el derecho que todo ciudadano tiene a obtener un trato igual –lo que es conocido como principio de igualdad formal de trato– por parte de los poderes públicos sin que puedan establecerse diferencias arbitrarias entre las personas fundadas en estos criterios. Además, es un derecho de titularidad individual, lo que significa que a nadie le podrá ser negado por la mera pertenencia a un colectivo o por una opción personal vinculada a la dignidad humana. Ello supone, como regla general de aplicación, la prohibición de los tratamientos discriminatorios, entendiéndose por tales las conductas peyorativas basadas precisamente en condiciones u opciones personales sobre las que una persona no tiene facultad de elección por ser innata a ella o bien por tratarse del ejercicio de un derecho personal, asociado en la mayoría de las ocasiones al ejercicio de la libertad como derecho fundamental.³

Pero también forma parte del principio de igualdad su vertiente sustancial, real o material que, en el ordenamiento jurídico español, queda recogido en el artículo 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. En dicho precepto se establece una obligación-mandato a los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Su finalidad es acabar con las situaciones históricas de discriminación de determinados colectivos, corrigiendo las desigualdades sociales, lo que implica una actividad promocional por parte del Estado, tanto positiva –promoción

3. Por todos, véase Miguel Rodríguez-Piñero y María Fernanda Fernández López, *Igualdad y discriminación* (Madrid: Tecnos, 1986).

de condiciones para que la igualdad sea real y efectiva— como negativa —remoción de obstáculos que impidan el logro de esa igualdad—. ⁴

La importancia de este artículo fue consagrada en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español (TC) 128/1987, de 16 de julio, ⁵ que defiende una tutela antidiscriminatoria unilateral con un sentido emancipador y corrector para acabar con situaciones de discriminación social de grupos preteridos, lo que legitima un derecho desigual igualatorio cuyo objetivo sea restablecer la igualdad socialmente ignorada:

pero ello no debe hacer olvidar que, por un lado, y como reiteradamente ha indicado este Tribunal, no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados, y por otro, que, como este mismo Tribunal ha sostenido, el tratamiento diverso de situaciones distintas “puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”. La actuación de los poderes públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas.

Desde esta perspectiva, se impone que, a la hora de valorar la racionalidad y proporcionalidad de ciertas medidas y disposiciones —valoración que es necesaria desde el punto de vista del juicio de igualdad— como puedan ser las medidas de acción positiva, la existencia de colectivos sometidos a condiciones especialmente desventajosas y si la medida analizada pretende poner fin a esta situación. ⁶

4. Elisa Sierra Hernáiz, *Acción positiva y empleo de la mujer* (Madrid: CES, 1999), 9 y s.

5. Sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional Español en materia de igualdad y no discriminación en el ámbito de las relaciones, véase Magdalena Nogueira Guastivino, “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, No. 25 (2011): 23 y s.

6. Véase Gemma Fabregat Monfort, *Las medidas de acción positiva: la posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009).

B) LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y SUS MANIFESTACIONES

Al igual que el principio de igualdad, la prohibición de discriminación posee dos manifestaciones dependiendo de a qué concepto de igualdad hagamos referencia. Así, al principio de igualdad formal o de trato consagrado en el artículo 14 de la CE van unidos los conceptos de discriminación directa e indirecta. A diferencia de lo que sucede con el principio de igualdad, el legislador sí que define ambos conceptos, siendo la referencia principal el derecho comunitario europeo, en concreto la Directiva 54/2006, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación que en su artículo 4.1 establece que:⁷

1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- a) “discriminación directa”: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable;
- b) “discriminación indirecta”: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

En el ordenamiento jurídico español el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), delimita ambos conceptos de una manera idéntica a la Directiva Comunitaria, siendo importante destacar el papel que la jurisprudencia comunitaria ha tenido en esta materia ya que fue, por un lado, la encargada de delimitar su contenido hasta aprobación de la Directiva y, por otro, por su influencia directa en los diversos ordenamientos nacionales comunitarios.⁸

7. María Josefina Mateu Carruana, “Igualdad de trato y no discriminación entre mujeres y hombres en el empleo: significado y alcance de la Directiva 2006/54/CE”, en A. Sempere Navarro y M. Areta Martínez, *Cuestiones actuales sobre derecho social comunitario* (Murcia: Laborum, 2009), 253 y s.

8. En España es de destacar la Sentencia del TC 145/1991, de 1 de julio, ya que fue la primera vez que se delimitaron los conceptos de discriminación directa e indirecta. En concreto merece destacar el fundamento jurídico 2o. que afirma: “La prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no solo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen

Los principales rasgos que identifican este concepto es que se aplica a actos individuales de discriminación, directa o indirecta, e impone la paridad de trato y la interdicción absoluta de acto discriminatorio.⁹ En este sentido, la tutela frente a estos actos discriminatorios es de tipo negativa puesto que pretende castigar la discriminación una vez que se ha producido mediante una sanción y la reparación de sus efectos, fundamentalmente declarando la nulidad radical de los mismos. Por lo tanto, estaríamos más bien ante una obligación de no discriminar cuyo incumplimiento acarrea una sanción, sin que en ningún momento tenga la obligación de adoptar medidas de carácter promotor o preventivo. Tampoco sirve para las discriminaciones omisivas, esto es, aquellas consistentes en un no hacer.¹⁰

En este sentido, el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) Español es la mejor manifestación de ello: “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta...”.

Más allá de estas manifestaciones del concepto clásico de discriminación, hay que hacer referencia a la noción de discriminación social, entendiendo por tal aquella producto de prácticas, prejuicios y usos sociales hacia colectivos que integran una sociedad. Como tal es manifestación del principio de igualdad sustancial o material, lo que supone que, aplicado a situaciones de desigualdad histórica de ciertos colectivos o grupos, se impone el restablecimiento del equilibrio social roto por medio de mecanismos más potentes que la mera eliminación de las manifestaciones concretas de la discriminación. De esta manera, este concepto se convierte en el fundamento de una tutela antidiscriminatoria positiva, que pretende el logro de la igualdad real a través de intervenciones especiales tendentes a lograr la igualdad de oportunidades rota por criterios de desigualdad social, realzando las diferencias realmente existentes entre los grupos tratados desigualmente, tal y como se señala en la ya citada Sentencia del TC 128/1987, de 7 de julio.¹¹

sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo”. Respecto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la sentencia de 13 de mayo de 1986, asunto 170/84, caso *Bilka*, es el referente en esta materia al ser la primera vez en que el Tribunal delimita este concepto. Para comprender la importancia de estos conceptos véase Carmen Sáez Lara, *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas* (Madrid: CES, 1994), 33 y s.

9. Sierra Hernáiz, *Acción positiva y empleo de la mujer*, 16.

10. Por lo tanto, el problema radica en cuándo sea necesario exigir al empresario una conducta positiva lo que puede implicar la imposición de un deber de hacer el empresario. Véase al respecto, María Dolores Román de la Torre, *Poder de dirección y contrato de trabajo* (Valladolid: Ediciones Grapheus, 1992), 339.

11. Sierra Hernáiz, *Acción positiva y empleo de la mujer*, 21 y s.

Ello implica la legitimidad de desigualdades introducidas para restablecer la igualdad socialmente ignorada, única fórmula de tutela activa que puede entenderse. Desde esta perspectiva las características de esta tutela son las siguientes. En primer lugar, no se exigen actos concretos discriminatorios sino que basta con el resultado final discriminatorio, puesto que se busca la abolición de los obstáculos existentes para la consecución de la igualdad sustancial desde una perspectiva promocional y no sancionadora. En segundo lugar, se atiende a la interacción política e histórica entre los individuos, los grupos y su entorno social, razón última de la situación de discriminación que se pretende combatir, por lo que no se exigen actos concretos e individualizables de conductas discriminatorias. Por último, la prueba de su existencia va unida a criterios de infrarrepresentación de los colectivos preteridos mediante la prueba estadística.¹²

C) EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN LA RELACIÓN LABORAL

Unido a los conceptos de igualdad y no discriminación, el principio de igualdad de oportunidades en el ámbito laboral implica que cada trabajador o trabajadora disfrute de las mismas oportunidades a la hora de acceder al mercado de trabajo o permanecer en él por lo que habrá que eliminar todas las barreras que lo impidan. Dependiendo de a qué noción de igualdad se haga referencia, existe un principio de igualdad de oportunidades formal que implica que el factor de discriminación prohibido no puede ser un motivo legítimo de diferenciación, lo que supone la ausencia formal de barreras legales a la hora de acceder o permanecer en el mercado de trabajo por dicho motivo.¹³ Se trata, pues, de un perfil puramente negativo puesto que únicamente se plantea la consecución de la igualdad prohibiendo las discriminaciones formales sin recalcar en las desigualdades debidas a los efectos persistentes de las discriminaciones ya superadas formalmente. Desde esta perspectiva será discriminatoria cualquier diferenciación por razón de sexo, salvo que exista una justificación razonable y objetiva que la legitime.¹⁴ La protección de la maternidad biológica de la trabajadora es un ejemplo de la excepción a este principio.¹⁵

12. *Ibíd.*, 26 y s.

13. *Ibíd.*, 20 y s.

14. Rodríguez-Piñero y Fernández López, *Igualdad y discriminación*, 60 y s.

15. Sobre esta cuestión véase Elisa Sierra Hernáiz, *Prevención de riesgos laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural* (Pamplona: Aranzadi, 2016), 37 y s.

En cambio, el principio de igualdad de oportunidades material va un paso más allá y permite la distribución desigualdad de ciertos bienes como forma de superar y eliminar los efectos de la discriminación social hacia determinados colectivos, poniendo especial énfasis en la consecución de la igualdad de oportunidades en el momento final y no en el inicio. Es más, y como expresión de una tutela antidiscriminatoria unilateral, con un sentido emancipador y corrector, admite que determinadas causas de discriminación sean el fundamento constitucional de un trato formalmente desigual puesto que es la causa última de las conductas discriminatorias que se pretende definitivamente erradicar y que impiden al colectivo femenino gozar de una verdadera igualdad de oportunidades en el empleo.¹⁶

D) LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

El concepto de acción positiva, como manifestación o instrumento de las políticas de igualdad de oportunidades material, hace referencia las medidas que pretenden aumentar la presencia de las mujeres en el mercado laboral primando la contratación, promoción o mantenimiento del empleo femenino. Se trataría, pues, de tratamientos preferenciales a favor de las trabajadoras entendiéndose por tales las reservas de puesto de trabajo. Su finalidad es combatir los efectos de la discriminación social sobre la mano de obra femenina en el mercado laboral, actuando tanto en el lado de la oferta como en el de la demanda para garantizar su plena igualdad de oportunidades.¹⁷

Así delimitada sus principales características son las siguientes. En primer lugar, no es necesaria una especificación concreta del acto discriminatorio que se pretende combatir sino que la existencia de la discriminación se ha de probar por medio de la infrarrepresentación de las trabajadoras en el sector laboral donde se vaya a implantar la medida de acción positiva. En segundo lugar, el sexo de la trabajadora se convierte en el factor determinante a la hora de conceder el puesto de trabajo o la promoción. No puede olvidarse que las medidas de acción positiva se idean como el último instrumento para evitar que conductas discriminatorias arraigadas en la sociedad sigan perpetuándose ante el fracaso de las medidas reparadoras tradicionales. Y, en tercer lugar, tiene que estar perfectamente justificada su implantación, para lo cual han de superar el juicio de razonabilidad y proporcionalidad que impone el principio de igualdad ya que son una excepción al mismo. Para ello los parámetros que hay que utilizar son los de la igualdad sustancial y, a su vez, garantizar que en ningún caso se establecen privilegios o ventajas arbitrarias. Todo ello dota a dicho juicio de gran complejidad, que demanda un análisis exhaustivo de cada

16. Sierra Hernáiz, *Acción positiva y empleo de la mujer*, 10 y s.

17. *Ibid.*, 77-9.

situación concreta en la que vaya a implantarse la acción positiva, no bastando la mera existencia de un contexto discriminatorio o una desigualdad numérica.¹⁸

EL MARCO NORMATIVO Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

A) EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y SU APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El concepto de acción positiva es deudor del derecho comunitario que define dichas medidas y fija sus límites a la hora de ser aplicadas en los países comunitarios. En este sentido, el artículo 141.4 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se remite el artículo 3 de la Directiva 54/2006, establece que:

Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

De esta redacción legal se desprende que las medidas de acción positiva son una excepción legítima al principio de igualdad de trato siempre y cuando sean medidas neutras, es decir, su establecimiento no se haga teniendo en cuenta el sexo de los destinatarios, sino solo si están o no infrarrepresentados. Por lo tanto, para el legislador comunitario su implantación como medidas en pos de la igualdad de oportunidades real depende exclusivamente de un factor objetivo de carácter numérico: la infrarrepresentación del sexo en la actividad o sector en el que se apliquen sin que, a priori, sus destinatarias puedan ser exclusivamente las trabajadoras.

El primer problema interpretativo surge de la delimitación de la acción positiva como una excepción a la igualdad de trato. En este caso, el legislador comunitario sí que está admitiendo que el sexo sea un factor legítimo de discriminación desde los parámetros de la igualdad real, siempre y cuando el sexo beneficiado esté infrarrepresentado, con independencia del origen de esta desigualdad numérica.

Por lo tanto, una vez fijadas su legitimación desde un punto de vista de legalidad constitucional, hay que enfrentarse al segundo problema que plantea la redacción le-

18. *Ibid.*, 84-5.

gal: el requisito de la infrarrepresentación como elemento legitimador de la medida de acción positiva. Así, se exige que el sexo beneficiado esté menos representado –es importante resaltar que introduce el concepto de pertenencia a un grupo definido por el sexo para acceder a estas ventajas–, puesto que este factor –la infrarrepresentación– es el que legitima en última instancia la aplicación de la medida de acción positiva. Ello implica que lo primero que habrá que hacer a la hora de su implantación es un estudio de su ámbito de aplicación para determinar si este requisito se cumple puesto que, en caso contrario, no tendrán cabida en el ordenamiento jurídico comunitario. Una vez constatado que se cumple dicho requisito, la medida de acción positiva será legítima, lo que podría plantear situaciones un tanto surrealistas, como tratamientos preferenciales para trabajadores varones en sectores en los que estén infrarrepresentados, como por ejemplo matronas, sin necesidad de que sea un colectivo socialmente e históricamente discriminado.

Respecto del ordenamiento jurídico español se sigue esta noción de acción positiva. En concreto, en el artículo 17.4 ET dispone que:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate.

Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate.

En cuanto a los ascensos, el artículo 24 ET establece que: “Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación”.

B) LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE ACCIÓN POSITIVA

Al igual que sucede con los conceptos de discriminación directa e indirecta, la delimitación legal de las acciones positivas en el ordenamiento jurídico europeo también es deudora de la doctrina del TJUE. En los fallos de este Tribunal se puede apreciar una

evolución a la hora de analizar la acción positiva y establecer sus requisitos como una excepción al principio de igualdad de trato consagrado en el derecho comunitario.¹⁹

En este proceso dos han sido las sentencias fundamentales. Así, en el caso Kalanke el Tribunal entendió que la reserva de puestos de trabajo a favor de las mujeres no constituía una excepción legítima al principio de igualdad de trato ya que instauraba preferencias absolutas e incondicionales.²⁰ Es a partir del caso Marschall cuando la perspectiva del Tribunal cambia al tener en cuenta la situación de discriminación social que afecta al colectivo femenino que de facto impide su igualdad de oportunidades real a través de su adecuado acceso al mercado laboral o progresión en la carrera profesional.²¹

Así, la doctrina jurisprudencial se puede resumir en los siguientes puntos.

El primero es que la acción positiva no constituya una preferencia absoluta e incondicional, para lo cual debe existir una cláusula de apertura que permita considerar las circunstancias particulares de cada caso y, excepcionalmente, denegar la preferencia a la mujer. Este requisito fue formulado en la Sentencia Marschall y su importancia radica en que ha servido para legitimar la adopción de medidas de acción positiva. Eso remarca, como se señaló en la Sentencia Badeck, la obligatoriedad de la acción positiva siempre que se respete la cláusula de apertura.²² En este sentido, la cláusula de apertura es el correctivo que el Derecho exige para la admisibilidad de estas medidas en el mercado de trabajo.

El TJUE no se pronuncia acerca del contenido de esta cláusula aunque de su doctrina se pueden deducir dos condiciones previas para su correcta aplicación: por un lado, que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tengan en cuenta todos los criterios relativos a los candidatos de ambos sexos; y, por otro, que tales criterios no perjudiquen a las candidatas femeninas, esto es, no sean criterios discriminatorios. Así las cosas, cumplidas las condiciones de apreciación objetiva de

19. Sobre la evolución e impacto de la jurisprudencia comunitaria en la materia, véase: Elisa Sierra Hernáiz, “El concepto de medida de acción positiva en el ordenamiento jurídico comunitario y su aplicación al derecho español”, en Mario Santiago Juárez, coord., *Acciones afirmativas* (México: Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 2011), 129 y s.

20. Caso Kalanke, de 17 de octubre de 1995, asunto c-450/93. Este fue el primer pronunciamiento judicial sobre la legalidad de las medidas de acción positiva en el derecho comunitario europeo y supuso su rechazo frontal a las mismas. La norma analizada fue la Directiva 76/207 que consagraba únicamente el principio de igualdad de trato en su vertiente formal. Desde esta perspectiva el Tribunal no admitió el establecimiento de preferencias automáticas a favor de mujeres capacitadas en sectores en los que se encuentren infrarrepresentadas ya que con este tipo de medidas lo que realmente se perseguía era la igualdad de resultados a través de la paridad numérica.

21. Caso Marschall, de 11 de noviembre de 1997, asunto c-409/95.

22. Caso Badeck, de 28 de marzo de 2000, asunto c-158/97.

méritos y no discriminación, si en el momento de la contratación o de la promoción se comprueba la existencia de alguna circunstancia determinante para otorgar el puesto al hombre, entonces este deberá ser contratado o promovido en lugar de la mujer.²³

En segundo lugar, que la persona beneficiada pertenezca a un colectivo infrarrepresentado, siempre que esa menor presencia sea consecuencia de conductas discriminatorias para lo cual habrá de tener en consideración las características del ámbito de aplicación de la medida de acción positiva y las circunstancias específicas de cada sector o campo, tal y como se señala en el caso Badeck.

En tercer y último lugar, tal y como se señala en el caso Abrahamsson, se exige que los candidatos tengan méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes para evitar vulnerar el principio de objetividad. Por consiguiente, no basta que la candidata tenga una capacitación suficiente para desempeñar las funciones del puesto de trabajo sino que sus méritos han de ser equivalentes o sensiblemente equivalentes a los de otros candidatos que concurren al mismo puesto de trabajo. Condición sine qua non es que existan criterios claros, precisos y objetivos para valorar los méritos de cada candidato al margen de valoraciones o criterios sexistas y discriminatorios.²⁴

LA COMPLEJA APLICACIÓN DE LA ACCIÓN POSITIVA EN LA RELACIÓN LABORAL A FAVOR DE LAS TRABAJADORAS

La especial dificultad a la hora de adoptar estas medidas en el marco de la relación laboral es debida a diversas razones.²⁵ En primer lugar, su configuración legal como excepción al principio de igualdad de trabajo y la referencia al sexo menos representando y la exigencia de una cláusula de apertura no ayudan en su implantación en la práctica. En segundo lugar, la propia complejidad de la relación laboral, ya que se

23. El Tribunal no se ha pronunciado sobre dichos requisitos, tan solo habla de motivos de rango superior en el Sentencia Badeck. No obstante es de suponer que su contenido estará unido al ejercicio de derechos fundamentales o principios del Estado Social que merezcan una protección igual a la de los principios que integran estas medidas. En relación con este aspecto, el caso Lommers, de 19 de marzo de 2002, asunto c-476/99, sigue esta vía al considerar la atención a los hijos pequeños como un factor legítimo que rompe la automaticidad de la medida a favor de las mujeres y que tiene en consideración factores personales que defiende un Estado Social de Derecho.

24. Caso Abrahamsson, de 6 de julio de 2000, asunto c-407/98.

25. En general sobre esta cuestión: Elisa Sierra Hernáiz, “La regulación del principio de igualdad de oportunidades en la Ley Orgánica de Igualdad como límite al poder de organización y dirección del empresario”, en Elisa Sierra Hernáiz, dir., *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad* (Madrid: Civitas, 2011), 213 y s.

trata de una relación de carácter privado que se asienta en un conflicto de intereses radicalmente opuestos, en este caso entre el derecho del trabajador a no ser discriminado y el ejercicio de los derechos consustanciales al poder de organización y dirección del empresario, exigiéndose una modelización recíproca entre ambos.²⁶

En el caso que nos ocupa, el legislador español, al igual que el comunitario, ha establecido que el empresario no podrá discriminar a sus trabajadores, siendo un derecho básico de los trabajadores (art. 4.2.c (ET) cuya violación acarrea la nulidad radical del acto empresarial (art. 17.1. ET). Pues bien, si la nulidad es el límite más importante para el ejercicio de los poderes empresariales para garantizar la igualdad de oportunidades de los trabajadores cabría preguntarse si es el más eficaz visto que las persistentes diferencias entre los géneros en el mercado laboral.

Además, hay que tener en cuenta que el actual sistema de relaciones laborales se fundamenta sobre los principios de la economía libre de mercado y el derecho a la libertad de empresa consagrados en el art. 38 CE y la autonomía de la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo.²⁷ Este reconocimiento supone que el empresario tiene libertad para organizar su empresa conforme a las finalidades que él mismo establezca, siendo el poder de organización y dirección del empresario uno de los instrumentos para ejecutar dicha libertad empresarial.²⁸ Si bien tiene límites al mismo, la prohibición de discriminación es una de ellas tal y como ha sido expuesto, en la actual configuración no se le impone ninguna obligación de hacer, entre ellas el trato igual entre sus trabajadores.

En concreto, respecto de la acción positiva, el modelo es absolutamente voluntario, sin que existan incentivos reales de cara a su implantación, lo que hace que sean hoy por hoy medidas residuales, por no decir inexistentes, en el ordenamiento laboral español a favor de las trabajadoras. La situación cambia cuando el colectivo beneficiado por los tratamientos preferenciales en el mercado laboral son jóvenes, parados

26. María Dolores Román de la Torre, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, 301 y s.

27. En general, sobre esta cuestión véase: María Dolores Santos Fernández, *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario* (Albacete: Bomarzo, 2005).

28. A su vez, cuando se discute sobre la posibilidad de establecer límites al poder de dirección del empresario se identifica como un todo dicho poder cuando se necesario precisar a qué manifestaciones concretas nos estamos refiriendo, ya que no es lo mismo hablar de límites al poder disciplinario que al poder de organización, aunque ambos sean expresión del mismo principio, a saber, el poder de dirección del empresario, consustancial al contrato de trabajo como manifestación de la dependencia, que es uno de los requisitos esenciales para la existencia de la relación laboral. En relación con esta cuestión todavía se puede hacer una puntualización en cuanto a la diferencia que existe entre el poder disciplinario del empresario, cuya prueba es mucho más accesible, del poder de organización y dirección del empresario, cuando produzca actos discriminatorios de prueba mucho más difícil. Roman de la Torre, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, 301 y s.

de larga duración o trabajadores con discapacidad ya que la puesta en marcha de este tipo medidas no se cuestionan, al menos con la misma intensidad que se aplica si son trabajadoras, ni encuentran tantos obstáculos, ni legales ni sociales.

Un ejemplo de ello en el ordenamiento jurídico español es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre 8, BOE No. 289), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social que a lo largo de su articulado reconoce diversas medidas de acción positiva para este colectivo sin que se exijan los requisitos de aplicación para las trabajadoras. Es más, existe una cuota de reserva que impone que las empresas con 50 o más trabajadores han de reservar el 2 por 100 de los puestos de trabajo para las personas con discapacidad sin que hasta el momento se haya cuestionado su constitucionalidad.²⁹

En tercer lugar, en torno al concepto de acción positiva existe cierta confusión terminológica ya que se tiende a identificar como tal un conjunto de medidas como derechos de protección de la maternidad o de la conciliación de la vida laboral o familiar que en sí mismos nada tienen que ver con la acción positiva y que se dirigen más bien a garantizar la igualdad de trato. Estos derechos forman parte de un modelo tradicional de igualdad y no discriminación que hasta el momento, a pesar de los avances logrados, se ha mostrado insuficiente para lograr la igualdad de oportunidades real.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La aplicación de medidas de acción positiva a favor de las trabajadoras en la relación laboral ha generado una gran desconfianza, lo que ha llevado a imponer una serie de requisitos legales y jurisprudenciales que dificultan in extremis su aplicación en la práctica. A pesar de que es entendible de alguna manera el recelo que puedan provocar, en gran medida motivado por el desconocimiento de su verdadero significado, ello no puede suponer su olvido como mecanismos de la igualdad de oportunidades real.

En este sentido, la necesidad de establecer este tipo de medidas sigue estando plenamente justificada ante la persistente situación de desigualdad de la mujer en el mercado laboral en diferentes situaciones: la diferencia salarial; la menor tasa de empleo y la mayor tasa de desempleo; la segregación horizontal y vertical del empleo feme-

29. Respecto al ordenamiento jurídico ecuatoriano el artículo 11.2 de la Constitución ecuatoriana establece que: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”. Sobre la aplicación de las medidas de acción positiva en Ecuador véase: Macarena Bahamonde, “La falsa concepción de la acción positiva a favor de las mujeres como medida de discriminación directa”, *USFQ Law Review*. 17 y s. Disponible en <https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/law_review_004.pdf>.

nino, etc., son motivos suficientes para aplicarlas, siempre y cuando estén plenamente justificadas y respondan a criterios objetivos de necesidad unidos a acabar con las situaciones apenas descritas.³⁰ Por ello, es necesario volver a la vertiente promotora y preventiva del principio de igualdad material para entender el rol fundamental que estas medidas pueden desempeñar para acabar con los efectos de la discriminación social que aún padecen las trabajadoras. En este sentido el artículo 45 de la LOI sí que establece una obligación de hacer para los empresarios:

Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral.

Con todo, el principal problema de las medidas de acción positiva se encuentra delimitación legal del ordenamiento jurídico comunitario, puesto que la acción positiva no es un instrumento para corregir situaciones de infrarrepresentación de los sexos en el ámbito laboral, ya que su objetivo no es conseguir una igualdad numérica sino acabar con la discriminación social que se manifiesta precisamente a través de la prueba estadística dada la dificultad de identificar los efectos concretos de este concepto de discriminación. Es aquí dónde radica el principal error de la normativa comunitaria y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que está impidiendo, en la práctica de los hechos, que estas medidas se apliquen en el ámbito de la relación laboral.

BIBLIOGRAFÍA

- Bahamonde, Macarena. “La falsa concepción de la acción positiva a favor de las mujeres como medida de discriminación directa”. *USFQ Law Review*. Disponible en <https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/law_review_004.pdf>.
- Fabregat Monfort, Gemma. *Las medidas de acción positiva: la posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Giles Carnero, Rosa María. “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Especial referencia al concepto de acción positiva”. En M. Mora-Ruiz, dir., *Formación y objeto del derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*. Barcelona: Atelier, 2010.

30. Véase los datos del *Informe La participación laboral de las mujeres en España* (Madrid: Consejo Económico y Social, 2017).

Informe La participación laboral de las mujeres en España. Madrid: Consejo Económico y Social, 2017.

Lousada Arochena, José Fernando. *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

Mateu Carruana, María Josefina. “Igualdad de trato y no discriminación entre mujeres y hombres en el empleo: significado y alcance de la Directiva 2006/54/CE”. En A. Sempere Navarro y M. Areta Martínez, *Cuestiones actuales sobre derecho social comunitario*. Murcia: Laborum, 2009.

Mendoza Navas, Natividad. “Acciones positivas: instrumento para eliminar las diferencias entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones laborales”. En Martín López, dir., *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*. Madrid: Civitas, 2014.

Nogueira Guastivino, Magdalena. “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”. *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, No. 25 (2011).

Rodríguez-Piñero, Miguel, y María Fernanda Fernández López. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986.

Román de la Torre, María Dolores. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Ediciones Grapheus, 1992.

Sáez Lara, Carmen. *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1994.

Santos Fernández, María Dolores. *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*. Albacete: Bomarzo, 2005.

Sierra Hernáiz, Elisa. *Acción positiva y empleo de la mujer*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1999.

---. “El concepto de medida de acción positiva en el ordenamiento jurídico comunitario y su aplicación al derecho español”. En Mario Santiago Juárez, coord., *Acciones afirmativas*. México: Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 2011.

---. “La regulación del principio de igualdad de oportunidades en la Ley Orgánica de Igualdad como límite al poder de organización y dirección del empresario”. En Elisa Sierra Hernáiz, dir., *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*. Madrid: Civitas: 2011.

---. *Prevención de riesgos laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

Fecha de recepción: 24 de julio de 2016.

Fecha de aprobación: 3 de mayo de 2017.

La paradoja de la media naranja. Los desencuentros en lo cotidiano y el derecho

Ramiro Ávila Santamaría*

Hay cambios y diferencias. Se ve, se siente.

Participante taller Género y cotidianidad

Los hombres no suelen hablar de sus sentimientos, y punto.

Paul Auster

Cuidar a las guaguas no es tu ayuda, es tu corresponsabilidad.

Uno de los carteles en la marcha del 8 de marzo de 2017

RESUMEN

La sociedad exige la vida en pareja, como un ideal y como un momento de realización personal. Sin embargo, al mismo tiempo, la sociedad determina roles en hombres y mujeres tan diferentes que ese ideal, en la práctica, se torna difícil. Esta es la paradoja de la media naranja. Múltiples testimonios de hombres y mujeres de una comunidad académica demuestran el origen y la vivencia cotidiana de roles de género en diferentes espacios y momentos. El derecho no hace más que reflejar los dualismos y esta paradoja. En una sociedad patriarcal hombres y mujeres perdemos. Urge un cambio de valoración de los roles asignados para lograr una sociedad más igualitaria, más justa y más solidaria.

PALABRAS CLAVE: cotidianidad, roles de género, patriarcalismo, género y derecho, discriminación, dominación, feminismos.

ABSTRACT

Society demands women and men to live together. However, at the same time, society determines different roles in men and women, so different that that ideal to live together, in practice, becomes difficult. This is the half orange paradox. Multiple testimonies of men and women from an academic community demonstrate the origin and daily experience of gender roles in different spaces and moments.

* Director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Law does reflect this paradox and its dualisms. We all, men and women, lose. It urges a change of assessment of the assigned roles to achieve a more egalitarian society, with more justice and solidarity.

KEYWORDS: daily life, gender roles, patriarchalism, gender and law, discrimination, domination, feminisms.

FORO

Una de las imágenes que suele expresar el ideal de una pareja es el de dos medias naranjas que se encuentran y se acoplan. Las dos mitades tienen la misma naturaleza, el mismo sabor, la misma consistencia, el mismo jugo, el mismo color, la misma necesidad de volver a ser una sola naranja. Las dos mitades no son idénticas, pero son acoplables. Cada una es incompleta sin la otra. Las dos mitades están por algún lado del mundo y producen un encuentro virtuoso. Cuando se produce el encuentro, se complementan y se forma una sola naranja, que es la familia y el núcleo de la sociedad.

Casi todas las películas de Walt Disney y las historias de fantasía dominantes pregonan este ideal. Blanca Nieves, guapa y blanca como la nieve, en un lugar imposible y con seres inadecuados para ser su pareja, un bosque y once enanos, es encontrada por su príncipe, también guapo y blanco como la nieve. Se casan y son felices. Bella se pierde y entra a un castillo mágico donde habita un monstruo, que aparentemente está lejos de ser media naranja. El monstruo es una bestia que esconde a un ser físico y espiritualmente bello que, al final de la historia, sí resultó estar a la altura de Bella. Se casan y también son felices. Fiona, para complementarse con Shrek y ser su media naranja, resulta ser una ogra. Pocahontas, la indígena norteamericana, se complementa con John Smith, ambos guapísimos. En estas historias la delicadeza se complementa con la rudeza, lo familiar con lo social, lo íntimo con lo público, el cuidado con el heroísmo. La media naranja con la otra media naranja. En casi todas estas historias, además, el encuentro se ritualiza con el matrimonio, que es la forma de terminar la aventura anterior al encuentro, a veces tormentosa, y garantizar la felicidad de la pareja.

El matrimonio es una institución regulada por el derecho, por las religiones, por la moral. Necesario que toda organización social la regule. Y creo que no puede ser de otro modo. Desde lo antropológico se puede entender que es una de las formas de garantizar la reproducción de la especie. En el art. 81 del Código Civil ecuatoriano, por ejemplo, dice que es “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

Más allá de las reivindicaciones sobre el matrimonio –que debe ser entre parejas del mismo sexo, que tienen que reconocerse otras formas de matrimonio, que se tiene que poner el apellido de la madre a los hijos y así– y más allá de las diferencias con la unión de hecho, lo que interesa es el encuentro de dos personas para convivir, con la formalidad y el rito que fuere. Da igual para los fines de la reflexión de este ensayo.

La paradoja de la media naranja consiste en que, en gran parte de nuestra sociedad contemporánea, al menos en la occidental, que es la predominante, un ideal de vida es conseguir una pareja y ser felices hasta la muerte. Al mismo tiempo, la misma sociedad forma de manera tan diferente a los hombres y mujeres que esa convivencia no puede ser armónica. Hay que vivir juntos pero a cada persona se les educa de tal forma que su identidad les impide hacerlo. Es como si se soñara en dos elementos que calzan adecuadamente al acoplarse, como un tornillo con su tuerca, su yin con su yan, una pieza con otra del rompecabezas, y que al hacer realidad ese sueño en lugar de tornillo se tenga un clavo, el yan es kan, la pieza tiene la forma pero no calza.

¿Las personas con el matrimonio tienden puentes y en la convivencia encuentran abismos? ¿Se puede hacer algo para que no sea tan fatal el encuentro de dos seres tan extraños y que no pueden –o lo hacen con mucha dificultad– comunicarse? Aquí entra la poderosa herramienta del análisis de género. Hombres y mujeres, por la asignación de roles en una sociedad patriarcal, somos criados, valorados y tratados de forma diferente, discriminatoria y excluyente.

Estas reflexiones fueron inspiradas y escuchadas en un conversatorio que se organizó en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, el 8 de marzo de 2017. Este día las mujeres pararon en solidaridad y en conexión con el movimiento mundial de las mujeres. Se buscó, con el paro, demostrar la importancia de la mujer en el trabajo cotidiano (256 mujeres trabajadoras, 54% del personal que labora en la Universidad) y también reflexionar sobre las circunstancias que vive la mujer. Varios espacios se abrieron: una asamblea preparatoria; una asamblea el mero día en la que se recordaron las luchas, las caídas, las conquistas, los retos de las mujeres; taller para discutir las políticas de género organizado por estudiantes; taller sobre el poder de la intuición; danza; taller “tejiendo historias de vida”; taller sobre acoso a la mujer; taller de yoga “conciencia y autocuidado”; y conversatorio sobre “masculinidad, género y cotidianidad”. Este último taller estuvo coordinado por Elisa Lanas y por quien escribe este ensayo.

Las historias que vienen comenzaron en ese taller. Con computadora en mano, intenté rescatar la mayor cantidad de historias. El conversatorio a la segunda hora tuvo que suspenderse: había que terminar y conectarse con todas las mujeres que paraban a mediodía. Me quedé picado. Luego, con el mismo vuelo, seguí registrando historias cotidianas que grafican la paradoja de la media naranja: buscamos parejas y nos desencontramos. Cada persona que se sentaba al frente mío, durante la semana del

paro, acababa contando algo de sus vivencias. Lo que tienen en común las historias que vienen es que son personas del mundo académico: estudiantes, administrativos, docentes. Otra cosa en común es que relatan los encuentros y desencuentros en sus vidas, en distintos momentos y espacios: infancia, adolescencia, convivencia, divorcio, crianza de hijos. Las diferencias son notables, y se puede apreciar de la simple lectura de las narraciones: hay personas con militancia en el feminismo y hay otras personas sin formación ni conciencia sobre la dominación de lo masculino.

La forma de organizar la información está inspirada en las narraciones de Svetlana Aleksíevich. Me he devorado sus libros y he sentido las historias contadas desde la gente (lejos de lograr lo que ella plasma). De esta autora, premio Nobel de Literatura 2015, he intentado hacer esto que podría llamarse literatura popular, que implica escuchar con atención y honestamente lo que expresan las personas (lo que me resulta difícil), y tratar de reflejar lo más fielmente lo que las personas cuentan. Los testimonios no son grabados, y la forma de registro fue a través del apunte mecanográfico. Por tanto, los relatos no son textuales y están adecuados a la narración escrita. Los textos son fotos, fragmentos, trozos de vida. Cada párrafo corresponde a personas distintas. He intentado en la mayoría de los casos intercalar textos de hombres con textos de mujeres.

Si es que alguna persona se siente proyectada pero que no ha sido su historia recogida de forma adecuada, la responsabilidad es mía y pido disculpas. Al final, a veces uno acaba escuchando lo que quiere y no lamentablemente lo que otros quieren transmitir. Supongo –y eso espero– que no sucederá lo mismo que a Harry Block, el personaje de la película *Deconstructing Harry* de Woody Allen (1997), que escribió e hizo suyas las historias de su familia, se hizo un escritor con cierta fama y que luego todos sus personajes (los de carne y hueso) le confrontan por lo mal caracterizados.

Si es que el texto ayuda a pensar un poquito más en lo inadecuado de persistir en la educación basada en roles diferenciados entre hombres y mujeres, feliz por el esfuerzo. Además está advertir que lo que se describe acá no son roles determinados ni inmodificables. Los relatos tienen que enmarcarse dentro de la lógica patriarcal, no indican lo que debería ser, sino simplemente describe una sociedad patriarcal con todos sus defectos y también sus fisuras, que siempre dan esperanza de una sociedad diferente, más igualitaria, menos violenta y más dialógica.

Este ensayo tampoco es un análisis sobre la teoría de género. Seguro se pueden conseguir mejores, actuales y más profundas reflexiones. Posiblemente tampoco se recurre a las teorías adecuadas. De ahí, entiendo que puede criticarse este ensayo desde personas expertas en género. Lo importante son los testimonios, que expresan lo que somos, lo que experimentamos, lo que pensamos, más allá si desde el género o los feminismos se considere correcto o no, o si se está de acuerdo o no con mis limitadas interpretaciones.

LA FAMILIA

La sociedad nos transmite un ideal de familia: padre, madre, hijo e hija. Esta idea se transmite de formas aparentemente inocentes, como la serie de Bart Simpson, o como en mi época, Los Picapietra o La familia Ingalls. Cada persona tiene su rol definido. El hombre es el proveedor, trabaja y gran parte de su vida se realiza fuera de la casa. La mujer es la que ejerce el rol de cuidado, educa a los hijos y su vida gira alrededor de mantener el hogar. El hijo es el deportista, el amiguero, que pasa en la calle. La hija es la virtuosa, dedicada a la música y a juegos que imitan el cuidado, pasa en casa. Esta imagen perfecta nunca se realiza, afortunadamente o por mala suerte para muchas personas, en la vida. En el siguiente testimonio se aprecian mujeres activas en la vida pública y también los roles esperados, como los juegos y el cuidado de hijos:

Mi abuela era muy católica. Mi abuela, a diferencia de mi bisabuela, era conservadora y militante, pero militante militante. Salía a las calles y frenteaba a los liberales. Jamás fue grosera, era delicada. Ella hacía asistencia. Tenía una veta humanitaria impresionante. Ella enseñaba a sus hijos a ir a las cárceles. Les llevaba ropa y hacía oraciones con ellos. Visitaba a los hospitales y enfermos. Les daba medicamentos. Iba a orfanatos y jugaba con ellos. Como buena cristiana, hacía asistencia. Mi abuela tenía el cuidado de no hacer sentir que era más ayudando. Se ingeniaba de hacer llegar la ayuda sin que sepan quién daba. A mi madre, en cambio, le pareció terrible lo político. Se asustaba de las reuniones a las que iba con mi abuela. No es para nada militante política. Mi madre es mucho más religiosa que mi abuela. Pensó hacerse monja pero la salud no le permitió. Era independiente. De once hijos que tuvo mi abuela, mi madre fue la única mujer. Aprendió todos los juegos de hombres. De ese ambiente masculino, mi madre es autoritaria, posesiva, tenía liderazgo. Jovencita, a los 16 años, se fue de la casa. Visitó comunidades indígenas. Decían que cuando caminaba alrededor de un terreno, la producción era garantizada. Trabajó en Riobamba, Azogues, Cuenca y Ambato. Mi madre vive y experimenta el terremoto de Ambato. Vivió cosas fuertes. Perdió estudiantes. Vio cómo se abrió la tierra y le tragó a una monja y también cómo la misma monja salió de la tierra con otro temblor. Y así mil historias. Mantiene la práctica de visitas a lugares. Mi madre se casa con un socialista. Y llego yo.

Las expectativas surgen desde antes de nacer y están cargadas de símbolos, como los colores:

Nace el hombre. Un color le recibe: el azul. Muchos símbolos masculinos rodean la cuna: súper héroes, carros, pistolas, tractores. A nadie se le ocurrirá poner el rosado ni tampoco poner una cobija de princesas. El temor a la homosexualidad será una constante en el hombre. Nace una mujer, el rosado, las muñecas, los peluches tiernos, los vestidos. Luego el temor a la violación a la mujer, que se manifestará en un cuidado reforzado.

En la reproducción de una sociedad patriarcal tanto hombres como mujeres participamos. No es un asunto de hombres perversos o mujeres ingenuas. Los roles que se

espera que cumplan hombres y mujeres se reproducen segundo a segundo, día a día, hasta que lo reproducimos inconscientemente. Acá van algunos ejemplos:

Hemos criado a nuestros hijos desde nuestro propio machismo. Nuestros padres y madres desde antes de concebirnos tuvieron expectativas sobre nosotras. Lo peor es que lo repetimos. El primer hijo tiene que ser un hombre. Si nace mujer, hay que tener la parejita. Si no llega el hombre, hay que intentarlo hasta que salga el varoncito. Es que el varoncito tiene algunas ventajas: pasa el apellido, con el de la mujer desaparece la estirpe; educar a un hombre es más fácil y no requiere cuidado intenso, en cambio a la mujer hay que cuidarla porque no sabe defenderse.

El objetivo de la vida será educar un hombre hecho y derecho, un macho, un ser fuerte, activo, autónomo, independiente, duro emocionalmente hablando. El azul ayuda y los superhéroes también. En un principio, las diferencias entre hombres y mujeres, en cuanto al comportamiento, no son muchas. Habrá que ir las creando y abriendo las brechas entre hombres y mujeres. El llanto en el hombre no será tolerado. Frases como esta siguen siendo cotidianas: “los hombres no lloran”. La estimulación en los hombres será basada en juegos como la pelota, las luchas, los carritos y sus pistas. A esta acompañarán las imágenes, siempre presentes y subliminales, de la propaganda. En la de Hot Wheels (marca de autos en miniatura), por ejemplo, dos niños entran en un estadio repleto de niños. Saludan. Al frente, una pista. “Atrévete” es el slogan. Uno lanza el carro y el otro también. Compiten. Los dos autos corren rapidísimo y pasar por la pista es una aventura. Me veo más comerciales y todos son parecidos: chicos inteligentes, creativos, emprendedores, disfrutan con la violencia (cuando chocan los autos), compiten, cada uno es mejor y más agresivo que el otro. Algo semejante, pero sobre la delicadeza y la belleza, se ven en los comerciales dirigidas a las chicas. Mujeres rubias la mayoría, flacas, que reflejan en su aspecto físico una “perfección” desesperante, y que siempre sonríen. El símbolo de los hombres, el carro, que va por las calles y que se toma los espacios públicos. El símbolo de las mujeres, la casa, y se toman los ámbitos privados. Esto desde mi época y las cosas, con variaciones más o menos (como hacer de las barbies unas dulces monstruas y de los super héroes super poderes más impresionantes), no han cambiado mucho.

Cuando el hombre o la mujer se aleja de lo que se espera en una sociedad patriarcal, es inmediatamente disciplinado por las personas adultas:

Estaba en la casa de mi hermana, que vive en Estados Unidos, y ella le había comprado a mis hijas una cocina con su jueguito de ollas y platos. Mis hijas, que eran todavía chiquitas, jugaban con su primo, felices de la vida. La una que es mesera, la otra que es cliente, el otro que es cocinero. Era como las seis de la tarde cuando de repente entra mi cuñado, le mira a su hijo que hasta tenía delantal y le reprende: “deja de jugar que eso es cosa de niñas”. Y el niño dejó de jugar y le reprimió tan feo que hasta le dio ganas de llorar al niño.

Mi abuelita sabía decir que una mujer siempre tiene que ser una dama. Íntegra desde el pelo hasta la punta del dedo del pie. Tiene que ser perfecta. Hasta ahora me cuesta. Si un fin de semana no me arreglo, me siento mal. Tengo mellizos. Niño y niña. En los juegos

nunca tuve una separación y jugaban por igual. Como son solitos, desde chiquititos jugaron juntos. Mi hijo juega a las muñecas y mi hija juega a los carros. En la escuela, las niñas le aman a mi hijo. En los recreos mi hijo prefiere jugar con las niñas y no juega con los hombres. En la escuela me dicen que debería tener más amigos chicos, porque juega solo con las niñas.

El patriarcado penetra en cada capilar. Mi papi no era feminista. Pero tenía detalles. Me regalaba pistola, pelotas, carros. Había peleas tenaces con mi mami. Tengo una experiencia diferente. Mi hermano y yo tenemos 7 años de diferencia. Mi padre un hombre muy conservador. Mi hermano le pidió una muñeca y, tripas corazón, le dio. Él había pedido la muñeca para mí. Con mi hermano jugábamos juntos de todo. En mi infancia yo viví una igualdad. Salí al mundo y vi las diferencias.

En el siguiente testimonio se puede apreciar la división de roles. El hombre en la calle y la mujer en la casa. En la casa, cocinar, lavar, arreglar la casa. En la calle, “libertad”:

Con mi hermana, cuando éramos niñas, nos dividíamos el arreglo de la casa. Mi hermana arreglaba el piso de arriba y yo aseaba el piso de abajo. Mi hermano no hacía nada de nada. Mi hermano cogía y se iba, tenía plena libertad y no necesitaba pedir permiso. En cambio yo tres horas pidiendo permiso, preguntando con quién voy. Mi papi literalmente interrogaba a mis amigos. Pero cuando mi hermano tuvo que vivir fuera del país, le tocó a aprender cosas que nunca hizo, como cocinar, lavar, tender la cama.

Somos cuatro varones y una mujer. Papá y mamá criaron a los cuatro primeros hijos varones. Yo el primero. Luego vino la quinta, una mujer. Yo creo que mis padres nos educaron de manera semejante. Ella se incluía a jugar con nosotros a la pelota y a todos los juegos que se consideraban de hombres. Se fue cultivando una relación sin distinciones. Sin embargo, ella nos ha dicho que le ha costado relacionarse con varones. No sé por qué. Quizá porque luego ella estuvo en una escuela solo de mujeres. Cuando llegó a la universidad sufrió mucho. Puede ser que en casa todos los hombres le cuidamos más por mujer o por ser la más chiquita. Nosotros podíamos salir a la calle con absoluta libertad. Ella impensable.

Las familias marcan parte de la vida de una. En mi casa mi papá era una persona muy sensible, de izquierda y marxista. Mi madre era una persona conservadora pero con una familia de mujeres independientes. Mi padre la ternura, mi madre la autoridad. Mi padre escuchaba, mi madre imponía. Él siempre hablaba desde el respeto al otro, desde el amor. De esa mezcla es lógico que sea yo anarquista. Del lado de mi madre, todas las mujeres eran independientes. Salir al mundo y encontrarse con todas las desigualdades era bien fuerte. Mi abuela fue obligada a casarse cuando tenía 15 años. Ella me cuenta que no le dejaron ser niña y que casada jugaba con muñecas. Mi abuela no quiso lo mismo para sus hijas. Mi otra abuela trabajó siempre. Mi abuelo siempre le impulsó para que trabaje y les crio así a mi tía y a mi mamá. Yo creo que mi papi me cuida demasiado y fue porque sufrí un accidente. De ahí se quedó traumatado. A pesar de todo, mi madre sí es un poco machista en cosas súper simples. Por ejemplo, en el almuerzo a mi hermano y mi papá les toca el pe-

dazo de pollo más grande. Cuando mi mamá va a la casa de mi hermano, no va a visitarle, va a limpiar la casa.

Madres fuertes, padres dóciles; niñas que juegan con carros, niños que cocinan, demuestran que los roles en las sociedades patriarcales no son determinantes. Simplemente a los hombres y a las mujeres se les potencian unas posibilidades y se les castra en otras. No cabe duda que, en general, el disciplinamiento viene en primera instancia de los padres y madres, de los familiares y se refuerza o corrige con la educación, como veremos enseguida.

LA EDUCACIÓN FORMAL

La educación formal es un espacio de socialización y aprendizaje que comienza cada vez más temprano, con lo que se conoce ahora como prematernal, se pasa por la escuela y el colegio, y continúa hasta el posgrado universitario. Gran parte de la vida nos pasamos recibiendo información, patrones de comportamiento y roles de género. Igual que en la familia, los espacios educativos están cargados de símbolos, de mensajes implícitos, de enseñanzas directas, de disciplinamientos. Las personas adultas tienen un rol importante, desde la relación vertical y de autoridad, pero también los niños y niñas, desde relacionamientos horizontales. A continuación algunos testimonios que relatan vivencias de estos tiempos de educación formal:

En la escuela el trato es diferente entre niños y niñas. Aprender a defenderse físicamente es un reto enorme. Nunca me consideré un tipo que podía resolver los conflictos a golpes. Es más, me daba miedo enfrentarme a golpes. El Yépez, el duro de mi grado, cuando teníamos unos 10 años, no dejaba de quitarme mis bolas de vidrio (canicas) y de dar, con un salto espectacular, golpes con la nalga en mi cuello. Me sentía mal, buliado dirían ahora, pero no me sentía con la valentía para enfrentarme a golpes. De hecho, nunca me atreví. Pero sí me atreví a contarle a mi padre. Este pidió al rector una reunión para tratar mi caso. Le trajeron al Yépez y le pidieron no molestarme. Así prometió, pero su promesa la rompió en el primer recreo. Ahora, además de su rutina, decía a mis compañeros que yo era un “mariquita” que avisa al “papito” todo lo que le pasa. Hay, pues, que demostrar que se es valiente y atrevido. Hay que hacerse macho. Una buena oportunidad, aun cuando en el fondo no se quiera, sucede cuando te toca formar, tomar un trago o perder la virginidad.

En mi caso tengo tres hijos. Sin mucho bla bla, de madre, trabajadora y cuidadora, he intentado que mis hijos tengan respeto de lado y lado. En la comunidad me crié jugando con los hombres y también con las mujeres. Hay que aprender de todas las actividades. Pero pasa, como con mi última hija que, por esa falta de diferencia en la crianza, tiene más amigos que amigas. Entonces en la escuela me dicen que cómo permite que se lleven más con hombres. Y son las mismas madres que no permiten que los roles cambien.

El testimonio que viene a continuación refleja la difícil tarea de ser un hombre macho y una parte importante de su proceso de crecimiento y aceptación social. Se refleja una de las formas de comportamiento que hace que el encuentro con la otra media naranja sea muy difícil. La sociedad empuja y tolera la sexualidad e infidelidad de los hombres y, al mismo tiempo, frena y condena la misma conducta en las mujeres. El hombre que se va donde una prostituta es festejado por sus amigos. Entre mujeres es impensable:

A los 16 años, más o menos, ser virgen para un hombre es una vergüenza total. Estábamos en el recreo. La pregunta era inevitable algún rato. ¿Quién no es desvirgado (así decían al que no había tenido sexo)? De las doce personas, tres éramos vírgenes. La maquinaria machista se armó enseguida. Uno consigue el automóvil, otro el dinero y todos a la jornada heroica de hacer machos a los retrasados. Los nervios me mataban. En esa época las prostitutas estaban en la Av. Colón. Ella se subió. Le contaron la misión a la que íbamos y le pidieron tener comprensión. Los nervios no se me iban y no podía pensar en nada. El carro se ubicó donde ella escogió, un lugar aún hoy en día abandonado por la noche, atrás del Hotel Quito, por esa vía que conecta Guápulo con la González Suárez y con La Floresta. Primero, por cortesía masculina, los vírgenes. Entre los tres nos sorteamos. Me tocó el segundo turno. A lo lejos uno ve como el carro se mueve, sale el macho desvirgado, subiéndose la bragueta, con cara de satisfacción, como diciendo “qué rico”. Mi turno. La primera impresión que tuve fue un olor insoportable a pies sudados. Sentí náusea. La segunda fue la amabilidad y casi ternura de la prostituta. Me repetía: “hoy te vas a hacer hombre”. Yo nervioso. Tenía tanto miedo, tan poco deseo sexual, que lo último que me pasaba era tener una erección. Al miedo, el asco que tenía por el olor que me abrazaba, se juntó mi religiosidad. Como no sabía qué hacer, no se me ocurrió otra cosa que rezar a la Virgen Dolorosa. O sea, imposible tener una erección por más esfuerzos que hacía la señorita. Entonces, la Virgen seguramente, porque en esa época creía, me “iluminó”. Tengo una idea, le dije: yo digo que sí tuvimos sexo y le pagamos. A ella, que le parecía imposible en ese momento estimularme, le pareció buena idea, mejor para mí, dijo, uno menos. Salí del carro con ademán de subirme la bragueta, con cara de “qué rico” y con un alivio enorme, con más fe que antes a la virgen. La hazaña de esa noche acabó con la confesión de la señorita, días más tarde, de que uno de nosotros no se atrevió. Entre los tres nos culpamos a los otros, como cuando uno se tira un pedo y mira con mala cara a los de al lado. Había un cobarde y era imposible desenmascararse.

Y así pasó el colegio. Cada vez que alguien proponía ir a estudiar de noche, significaba ir a buscar prostitutas, empeñar relojes, hacer colectas, sumar aventuras. Las conversaciones sobre mujeres tenían dos tónicas, la pornográfica una, y el lado vinculado al amor cursi, con chicas de clase social semejante, recatadas, cultas, de las que uno busca para casarse.

En el colegio, solo mujeres, luego voy a la universidad, todos los profesores varones. Comienzo a percatarme de las diferencias que no sentí cuando niña. Las mujeres coquetas en su relación con los hombres. Los hombres mostrando su hombría en el fútbol, con los autos, con el trago. Los profesores diciendo que veníamos a la universidad a casarnos, la

creencia de que las mujeres éramos más estudiosas, el tener que soportar chistes machistas a cada rato y que si te quejabas eras una bruja feminista. ¡Qué pasado fue!

Se podría decir más, mucho más de este tiempo. Acá un par de estampas que salieron en las conversaciones. Qué decir de los textos escolares, los dibujos, las fiestas, la socialización en los recreos, el modelo que representan las personas que enseñan. Todo lleva al mismo punto: la mitad de una naranja no tiene que ver con la otra mitad. Entonces, en ese contexto, se producen los encuentros, como veremos.

LA PAREJA

¿Qué esperan los hombres de las mujeres y las mujeres de los hombres? ¿Son realmente los hombres de Marte y las mujeres de Venus o nos crían para que unos sean marcianos y otras venusianas? En el noviazgo las diferencias se atenúan o no se quiere ver lo obvio. En la convivencia las diferencias se tornan evidentes, al punto que se llega al trato como una flor fuera del matrimonio y a los celos y a la violencia como forma de control dentro del mismo. A pesar de la presión social, en lo cotidiano, las mujeres son autónomas, trabajan, forman familias sin hombres, exigen compartir roles, se desprenden de las expectativas de los padres, hablan y enfrentan. Acá algunas historias de los desencuentros entre las medias naranjas, y en esas relaciones las mujeres ocupan el peor lugar:

Mi bisabuela se casa con el principal partido del barrio, que era amable, guapo, caballero. Se casa con él y este comienza a controlarle. Permiso para todo. Gritada y maltratada todos los días. Una tarde le ataca con el cuchillo, ella se sale de Quito, se va corriendo al Ejido. Abrió la puerta y lo único que hizo fue correr. Se sube a un árbol y duerme ahí toda la noche. Toma la decisión de regresar a la casa. Al otro día se va a la casa de sus papás. En esa época, te casaste, te fuiste y te tocó. Lo usual era que te regresaban. Pero la familia de mi abuela, contrario a lo que solía suceder, le protegen y deciden no devolverle. Con esa experiencia, pasa el tiempo, esta misma bisabuela es cortejada por un militar. Tenía miedo a los hombres. Este militar, igual que el otro, parecía una maravilla. Se enamoraron. Le trataba como una flor. Pero se resistió a casarse. Tuvieron una hija, pero mi bisabuela se resistía a formar una familia. Un día cuando le dan el cambio a Otavalo, él insiste y le pide matrimonio. Se separan. Nunca dejó de estar pendiente de mi bisabuela y de su hija, que era mi abuelita. Padre ejemplar. Él se casó en Otavalo y tuvo hijos. Los hijos de él fueron como hermanos de mi abuelita. En pleno siglo XIX esto era inusual.

Vengo de una madre que trabajó toda la vida y también de una abuela autónoma. Desde muy pequeño me di cuenta que el mundo no es como viví en la casa. Los roles están tan marcados. Cuando comienzo a relacionarme, me sentía más identificado con las mujeres. Sin embargo, la sociedad te presiona para que te dividas en grupos. Algunas actividades son solo masculinas, otras femeninas y otras mixtas.

Mi marido ayuda. Siempre me ha ayudado, por ejemplo a planchar y a lavar. Sin embargo, a veces creo que sí tengo más peso en las tareas de mi casa. Me toca cocinar, ordenar la ropa, ordenar los cuartos. Yo estoy pendiente de los guaguas. Yo creo que el rol de mujer nunca cambia, cuando trabajas no paras en la casa y es más duro y rutinario.

No sé cuál de las anécdotas puedo escoger. Los hombres, lo que nos hace ser verdaderamente hombres, ha cambiado mucho menos que el ser mujer. Estamos mucho más atrapados con estereotipos y roles tradicionales mucho más antiguos. Se acepta que se podría no ser mujer. Pero ser hombre está con los estereotipos del siglo XIX. Me casé joven con una mujer feminista que me marcó a presión el feminismo en lo cotidiano. Sin embargo, a pesar de que intentaba romper con las diferencias odiosas en los roles, me di cuenta de que, haciendo casi nada, yo era un excelente padre. Las madres tenían que hacer poco para ser malas madres. Las exigencias a las madres son muchísimo más fuertes que a los padres.

Tengo suerte que mi marido no es machista. Nos conocimos en un aeropuerto. Él es extranjero. Nos intercambiamos correos y nunca perdimos contacto. Cuando volví de hacer mi posgrado, le dije “ven”. Mi familia es conservadora. A mi ñaña y a mí, a pesar de que mi papá es ginecólogo, nunca nos explicó nada de sexo. Él sabía decir que lo importante es ser feliz, no importa si solteras o casadas. Pero cuando vino mi novio decidimos vivir juntos y a mis padres no les gustó nada. Para mis papás fue súper difícil. Nos hicieron verde. Todos creían que iba a salir mal. Él no tenía trabajo y me ponían insegura. Pero eso decidí y dije me voy. En las comidas tenían actitud súper distante. Pero desde que me casé, cambiaron completamente su actitud. Mi marido es afro. Siento que hay trato diferente por eso, por afro y por extranjero y porque no es lo que esperaban de una pareja para mí.

En lo cotidiano, los hombres tienen dificultades para comunicar sus emociones. Cuestión de entrenamiento, en cambio, las mujeres pueden expresarlas. La situación no importa mucho, puede ser un baile, los celos, horas de trabajo, salidas con amigos, frustraciones, angustias. En unos casos, se tolera la diferencia; en otros, el divorcio se impone:

Creo que hay un sentimiento difícil de superar: los celos. Creo que mi esposa no es celosa. Estoy casado ya veinte años. Yo no expreso de primera mano... digamos no doy respuesta inmediata... qué diríamos... Me reconozco celoso de plano. Los eventos que me generan celos... cuál podría hacer... qué diré... El baile. La forma como reacciono no es inmediata. Cuando le veo bailar, desde mi esquema, espero que no se sobrepase. Sobrepasarse es bailar muy cerca de otra persona. Mi esposa baila muy bien y entonces más celo me da. Me molesto. Me refugio en mí mismo. Dejo de hablarle. Le castigo. En la relación inmediata cambio de actitud, me distancio. No me parece respuesta violenta, ni agresiva. Ella se da cuenta enseguida. Me cuesta superarlo. Cuando a ella le incomoda algo, ella habla, te lo dice ese rato, te expone su inconformidad. Yo la disimulo. Después de un tiempo, lo conversamos. Al final, con mucha dificultad acabo diciendo lo que sentí. Ella deja que yo tome la iniciativa para ir de a poco. Ella me escucha y si es de aclarar algo, lo aclaro. Cuando hago bromas, con un chico u hombre, no hay problema. Cuando es con una mujer, se molesta. Si la mujer se sonríe, le incomoda. Puede ser que ella lo interprete como coqueteo.

Enseguida me reclama por qué adopto la actitud. Yo aclaro y no tengo problema ese momento. Lo contrario, hablar cuando algo me molesta en la pareja, no puedo.

Tenía un novio militante marxista. No creíamos en el matrimonio y decidimos vivir juntos. Tenía veinte años cuando le conocí. A los veintitrés tuve mi hijo. Cuando éramos militantes mi compañero parecía un ser igualitario. Al inicio no salió el machismo, que estaba ocultado, hasta que él se va trabajar fuera de Quito. Un primer quiebre fue cuando decidimos casarnos el civil. Ese día me había ido a sacar la papeleta de votación. Se demoraron más de lo que era y llegué atrasada. Él estaba enternado y me dije quién es. Fue toda una solemnidad. El otro quiebre fue cuando mi hijo tenía dos años y decidimos casarnos el eclesiástico, por presión de nuestros padres. Me decían que era una puta si no me casaba y que le iba a dar mal ejemplo a mi hijo, que no sabía cómo podía dañar mi vida el vivir sin casarse con la bendición de dios. Un día le cuento a mi compañero y él me dice “entonces casémonos para darle gusto a tu madre” Buscamos curas de izquierda, y acabó casándome un cura cualquiera. Iba a ser un rito íntimo y alternativo. Mi pareja, sin matrimonio, no entraba a la casa de mi madre. Además era de origen obrero. Entró a la casa solo cuando falleció mi madre. Me decía mi madre que a qué clase de familia me metí. Bueno, en el matrimonio, a mi madre le interesaba la ceremonia y estaba convencida que una buena madre tenía que estar casada. A la familia de mi marido le importaba la fiesta, la ceremonia era secundaria. Me exigieron usar vestido blanco, que a pesar de que ya tenía vida pasada, significaba que era decente. Todos se organizaron para la boda: aros, comida, fiesta. Fue una presión tan fuerte que no fue un daremos gusto no más a tu mamá. Vestida de blanco, con bautizo de guagua, me casé. Mi madre siempre pensó que me iría mal. Y salió el machismo y me fue mal. Su profecía se cumplió. Él tenía un entorno que le preguntaban por la esposa y le decían que no hay que dejarle sola a la esposa. Regresaba del trabajo y decía “quién habrá venido en mi ausencia”. Los celos fueron fatales. Nos fuimos a Riobamba. Nos sostuvimos antes, cuando yo vivía en Quito y él en Otavalo, porque no teníamos rutina y estábamos separados. Cuando vivimos juntos sin separarnos fue un desastre. Los celos se incrementaron. Todo hombre, según él, estaba detrás de mí. Le salía la cosa jerárquica. Mi cargo era más alto que el de él y hasta de eso tenía celos. Mis ingresos eran más altos y él siempre descalificaba mi trabajo. Decía que yo trabajo en cosas de guaguas y que él trabajaba en el desarrollo del país, en cosas serias. Desvalorizaba mi trabajo. El trabajo social inútil y el trabajo productivo importante. Había mucha tensión en la casa. Discusiones sin fin. Un día yo le pedí hablar. Él me dijo que está tenso por el trabajo. También, de pronto, salió que la crianza del hijo era mi responsabilidad. Yo le decía que los dos trabajábamos y que era un problema de los dos. En lugar de cocinar juntos, con terceros resolvíamos, como comer afuera. Teníamos diferencias en la crianza. Él le gritaba y yo no. Yo pensaba que tenía otra mujer y le decía que solo tenía que decirme, pero no debíamos vivir de forma tan tensa. El problema supuestamente no iba por ahí. Me dice que deberíamos revisar literatura para orientar esto. Según él, no debíamos caer en cosas burguesas. Me contuve. Respiré y le dije que me dé la bibliografía. Hasta ahora espero la lista. Le insistía que hablemos porque vamos de mal en peor. Siempre decía que como Marx dijo, que como el Che dijo, que como Lenin dijo. Pero no hablábamos. Hasta cuando el control se intensificó e intentó darme un chirilazo. Hasta ahí llegamos. No fuimos la pareja alternativa que nos creímos un día.

LA SEPARACIÓN

Las medias naranjas se separan. No son medias naranjas que se acoplaron espontáneamente. En estos momentos se tornan más evidentes las diferencias y también los abismos. El rol de cuidado se intensifica en las mujeres, y a los hombres les cuesta ejercer. El control, la violencia, la incomunicación, la intervención de terceros insensibles como los jueces, la mezquindad, la venganza y las manipulaciones son parte otra vez de la cotidianidad.

La separación para mí es terrible por cualquier lado. Ahí te salen otras cosas que ni te imaginas. Los que nos separamos supuestamente somos los adultos. Mi error fue querer ser racional. Yo le dije que no necesité firmar nada para ser pareja o tener hijos, y que tampoco necesitaba papeles para separarme. Él me recordaba que juré en el altar fidelidad. Yo me declaré libre y separada. Pero te casaste, me repetía. Nunca me quiso dar el divorcio de mutuo acuerdo. A mí me valía el divorcio, con comunicarle me bastaba. Un día, después de algunos años, me dijo que quería arreglar lo del divorcio porque quería comprarse un departamento y que este iba a aparecer como parte de la sociedad conyugal. Ahí tuvimos que volver a la separación legal y a los papeles. Todo el divorcio, al igual que el matrimonio, es una humillación. El divorcio es tenaz. El juez dispone de tu vida como si fuéramos cosas, como bienes. Tal la pensión, tal los bienes. Cuando se arregló lo de los alimentos, el papá no quería pasar décimos y regateaba. Yo era “ella” y ya no tenía nombre. Él quiso definir lo que es la ley y cómo se aplicaba en nuestras vidas. Lo cierto es que tu vida en pareja acaba siendo una triste formalidad, te leen la sentencia, tus obligaciones y te despachan como cualquier trámite burocrático. Cuando firmamos el divorcio, salimos caminando hacia el parque de la Alameda. Al despedirnos, él me dijo que fue un momento impactante. ¡Esto fue 10 años después de habernos separado y él reflexionaba sobre la terminación del matrimonio y sobre la necesidad de conversar! ¡De pronto tenía conciencia de que nos estábamos separando!

Todo el problema comenzó cuando, hace un año y cuatro meses, pedí alimentos. Él pagaba la educación hasta que dejó de pagar. Un día me llamaron de la escuela y me dijeron que ya no podían recibirle porque adeudaba varios meses la pensión. Le llamé al papá y me dijo “paga vos”. Ahí contraté un abogado. Me tocó pagar casi 400 dólares mensuales. Él dijo que no le alcanza, que no tiene, que renunció al trabajo. Hemos probado que tiene un promedio de 600 mensuales en tarjetas de créditos, que tiene un departamento en Quito que arrienda, que sale del país. Él trabaja en un canal de TV. La realidad es que gana más de dos mil dólares, más comisiones, y más ingresos por subarrendamientos. Con eso la jueza le fijó la pensión de cuatrocientos dólares. Yo solo quería que se haga cargo de la educación. Mi afán no era sacarle dinero solo que cumpla con parte de su responsabilidad. Hasta antes de seguir el juicio, era el mejor amigo de mi hijo. Desde el juicio, se olvidó de su hijo y desapareció del planeta. Todo el juicio de alimentos es agotador. No quiere pagar. Miente. Ni con boleta de captura paga. El viernes tuve una audiencia y él intentó diferir los pagos. La jueza no aceptó. Tres días después, él manda un horrible panfleto a mi lugar de trabajo. El panfleto es anónimo pero sin duda es escrito por el papá de mi hijo. Dice que soy una

puta y hasta asesina. Me ofendió en el alma. Cuando comencé el juicio, recibía llamadas de gente que me amenazaba “deja de estar en pendejadas o vas a ver lo que te pasa”. No puse denuncia. Pensé que no iba a pasar nada. Me siento muy vulnerable. Él me ha amenazado de muerte, me ha acosado en mi lugar de trabajo, ha topado mi vida, de mi madre, de mi hijo. No quiero que me pase algo a mí. Voy a mi casa, manejando, y siento que me puede pasar algo en cualquier momento. Lloro no por mí, también por él. Cómo puede tener en su corazón la fuerza para hacer tanto daño. Tengo miedo de que me mate. Que me pase algo, no puedo evitar, pero sí puedo alertar. Quiero algo que me ampare y me auxilie. Quiero denunciar.

El matrimonio siempre fue de violencias cotidianas. Hace más de siete años que me divorcié. El único inmueble que teníamos era un vehículo que tenía deuda. Hice como siete denuncias, a veces me separaba pero siempre volvía. Volver era la peor de todo. Cuando nos divorciamos, acordamos que cuando se pague la deuda de un auto que compramos, se lo vendería y se repartiría por partes iguales entre él y yo. Volví con él a pesar del divorcio. Él me confesó algo, que me llegó al alma y me hizo parar la relación. Él se arrepentía de lo que estaba planeando, que me meterme presa. Él quería pasar el carro por todos los peajes, manejado por una mujer que tenía mi estilo. Planeaba vender el carro en Colombia e inculparte por el robo del auto. No sabía o no me había dado cuenta, o no quería darme cuenta del monstruo con el que me había casado y con el que estaba viviendo. Con un resentimiento y con un temor a mi integridad, me separé. A los cinco meses, él presentó una denuncia de robo de vehículo.

La relación con mi hijo estando separada de su padre fue terrible. Ahora están limando asperezas. Con cuatro cosas que él hace es padre maravilloso y yo con dos cosas mal que he hecho soy mala madre. El papá siempre le ha dicho que soy pobre por ser idealista. Él siempre se ha creído aterrizado, exitoso, viajero. Con el hijo la mamá fue la mala, por recordar las obligaciones cotidianas. El papá era el de los centros comerciales, de regalos, de viajes, de paseos, de ropas de marca, de comer fuera siempre, de ir al sauna, al cine. Esa parte era versus la mamá. Siempre, además, le indagaba si llegaban hombres a la casa. Siempre, yo me acuerdo, me llamaba por teléfono y me decía que estaba súper preocupado del hijo. Llegaba para hablar y preguntaba sobre cómo voy e indagaba mi vida. Nada de hablar sobre mi hijo. Al inicio, con mi típico carácter, le decía lo que es, que no andaba con nadie. Hasta que un día me di cuenta que no tengo por qué darle explicaciones de mi vida. Y lo mismo, me llamaba para hablar de mí, me decía que le han dicho que me han visto cogida de la mano de un hombre. Yo le dije que le han dicho mal, que a mí no me gusta coger de la mano sino que me gusta estar bien abrazada. Cuando le digan que estaba bien abrazada de alguien, esa soy yo. Él ya tenía pareja y seguía posesivo. La relación con el papá de mi hijo mejoró con el tiempo: tardó treinta años. Al principio él le ponía en el medio a mi hijo, le inculcaba que teníamos que estar los tres juntos para estar felices. Yo le decía que hay que aprender a ser felices sin los padres, que no siempre estamos y algún rato morimos. Ahora con mi hijo logramos hablar más, pero me da susto tratar el tema de las repercusiones en su vida de la separación. Siempre mi hijo fue la pieza de presión para regresar. Eso es terrible. El padre nunca tuvo una situación cotidiana con mi hijo hasta que, a los once años de edad, mi hijo decide ir a vivir con el papá. Yo le abracé, le dije que teníamos que hablar. Llamé al

papá para contarle la intención de mi hijo. Él dijo que cómo va a hacer, que él viaja mucho, que no tiene espacio, que no tiene tiempo. Le dije que teníamos que organizarnos como yo lo hice. Pasó un año y medio desde que mi hijo pidió vivir con él y no le daba respuesta. No quería hablar, pedía que yo resolviera este problema. Un día fueron a conversar sobre el tema. Cuando regresó, mi hijo dijo que no hablaron de nada importante. Nunca le dijo que no quería vivir con él. Nunca pudo decirle no. Al acabar sexto grado, como había decidido, se fue a instalar en la casa del papá. No fue capaz de decir “te vas”. El hijo le demandó al padre y aprendió a ser papá. Yo pasé a otro plano. Extrañar la ausencia de tu hijo chiquito es muy duro. Pero dejé de ser la bruja y pasé a ser la tierna y linda de fin de semana.

A los doce años mi hijo se fue a vivir con el papá. Vivió con el padre y con su abuela. Se matriculó en un colegio de provincia y siguió estudiando. Él estaba acaramelado en una relación y no mucho caso le hacía a mi hijo. A los cuatro meses quería volver a vivir conmigo. Tripas corazón y no le traje hasta que acabe el colegio, que era unos meses más. Un papá de fin de semana es diferente a un papá de todos los días. Se enteró, porque escuchó y no porque le contó, que su papá se iba a casar. Mi hijo no le perdonó que no le contara algo tan importante, al punto que no fue al matrimonio. Cuando volvió era otro hijo: cariñosísimo, valorando más a la mamá, respetando más a todos. Cuando le corrijo sabe que no es por mala. Está tranquilo, pero le afectó lo de su papá. A veces llora.

EL TRABAJO Y LO SOCIAL

El patriarcalismo es dual. Hombres y mujeres somos criados y educados de forma distinta. Hombres y mujeres tienen roles diferentes y son valorados de forma arbitraria. Otros espacios y momentos donde se proyectan y refuerzan los dualismos y los roles son las citas, la calle, el baile, los cafés, las conversaciones, el trabajo y la política. En esos momentos y espacios se puede apreciar la sospecha de las capacidades de las mujeres, el acento en la sexualidad de parte de unos, el rol de cuidado que acompaña a las mujeres:

Invité a un amigo a salir. El tipo creyó que estaba por poco invitándole a la cama. Yo solo quería conversar con él y pasar un rato. Él pensaba que era una lanzada y que seguro quería algo con él. El afecto amistoso se confunde. Hay un choque. Es súper fuerte después tener que estar aclarando cuando de pronto se te abalanza o te intenta chumar.

Trabajo en una empresa pública. Hay un porcentaje alto de hombres y con las pocas mujeres que estamos es complicado tener empatías entre nosotras. Mi jefa inmediata era una mujer. Me decía: veo que no te has maquillado. Yo le decía que me maquillaba poco. En Navidad me regaló un set de maquillaje. Como hay diversidad de clientes, no podemos ser un robot para que el cliente esté satisfecho, le decía yo. Mi jefe, por su lado, considera que lo técnico era solo para hombres. Una vez contrataron un sociólogo y a pesar que no sabía nada de una cuestión súper técnica, confió más en él que no sabía nada que en las mujeres que teníamos más experiencia. La empresa nos da un homenaje a las mujeres cada 8 de marzo. Es el día en que somos protagonistas. Nos llevan a un hotel carísimo. Las mujeres

bajan con joyas, peluqueadas, encopetadas, se compran vestidos para ese día. Si no van arregladas, las mismas mujeres te critican. En un ambiente así ¿cómo practicar la sororidad? En el hotel se arma una fiesta a lo grande, se pone reguetón y compran un millón de cajas de licor. Yo trabajo todo el año y es justo que la empresa me pague todo en el hotel con baile incluido, dicen mis compañeras. Hasta una vez que les discutí me dijeron: “no vendrás a poner el toque y arruinar el día”. Nos hemos metido en la cabeza que esos debemos hacer el 8 de marzo, día de la mujer.

Salir con personas del otro sexo no es espontáneo. Mi pareja no tiene rollo, pero ha sido un aprendizaje. El secreto está en contarle abiertamente y ganarte la confianza de él. Cuando le cuento todo, le estoy demostrando la confianza. Creo que eso funciona.

Los seres humanos somos profundamente afectivos. Vamos queriendo a la gente de distintas maneras y a cada rato. En nuestra sociedad hay estructuras de amor, de pareja, de familia preestablecidas. Por ejemplo, la sociedad nos obliga a ser monogámicas y a tener relaciones solo con el sexo opuesto. Si vamos a un espacio como la universidad es para conseguir un hombre. Casi todos los espacios que te ofrece la sociedad patriarcal son espacios de control social. También se controla el vestuario. Cuando te vistes y no les gusta, te dicen que te vistes como puta. La competencia entre mujeres es tenaz. Las mismas mujeres nos cuestionan cómo hablamos, con quién te llevas, con quién sales, con quién hablas. Si te declaras feminista, tus compañeros de partido te dicen “cuidado porque rompes la ideología de clase”.

Estamos conversando solo hombres. Llega una mujer y se modula muchísimo la conversación.

Mi trabajo ronda a través de la energética del cuerpo. El cuerpo del hombre y de la mujer depende de su historia y del contexto. En la energía corporal, objetos ajenos al cuerpo, como los aretes, pueden alterar o afectar la circulación de la energía. El cuerpo no necesita aretes y estos son impuestos culturalmente. La oreja es un microsistema de energía fractal, donde se refleja todo el cuerpo. Al perforar la oreja, al pintar el cabello y ponerles químicos, al quitar pelitos de la ceja, al teñir de colores los labios, al pintar con químicos los ojos, se incide en el estado de salud y también en los procesos de enfermedad. La salud es un proceso que se construye. Todas estas situaciones como coloración, depilación, perforación, tienen un costo energético.

Cuando eres mujer y haces política, asumes roles masculinos. Si no te paras fuerte, no te respetan. Cuando trabajas con hombres, es mucho más fuerte. Nos ha correspondido asumir roles masculinos. Hombre que sabe dónde ir, tiene clara la película; mujer que sabe lo que busca, arribista. No es el hecho de ser mujeres y ya. Tenemos tres mujeres que dirigen la asamblea nacional y se ha retrocedido en derechos. Yo hice trabajo barrial durante muchísimos años. Las mujeres son las que trabajan y los hombres son los que representan. Falta empoderamiento. Somos mujeres políticas, lideresas sociales, jefas de hogar. Tenemos un montón de cargas sobre nosotras. Cuando eres mujer, tienes que hacer el doble de méritos para que te reconozcan. A la mujer, principalmente las mujeres, le ven todas las costuras. Es una responsabilidad muy grande y creo que el movimiento de las mujeres está creciendo.

EL FEMINISMO, LAS FISURAS Y LOS RETOS

La cultura patriarcal está instalada, con todos sus tentáculos, en cada espacio de nuestras vidas y aparece imperceptible en cada momento. El movimiento que nos ha ayudado a reconocer este problema, a tener conciencia y a combatir el machismo se llama “feminismo”. Uno de los triunfos de la cultura patriarcal es haber eliminado el significado emancipador de esta palabra. Cuando doy clases sobre género y derecho, el primer día pido que alcen la mano las personas que se consideran feministas. Una persona que otra se atreven a alzar la mano. ¿Por qué no son feministas el resto de mujeres y los hombres? Las respuestas son varias: las feministas son unas locas, lesbianas, fracasadas, resentidas... ¿Cómo un movimiento que ha tenido tanta trascendencia pudo llegar a tener esta representación en las personas? Los testimonios que vienen a continuación reflejan las múltiples representaciones que existen hoy en día y la complejidad del problema: logros, estereotipos, estrategias, fines, sentimientos, resultados indeseados, frustraciones, requerimientos. Por un lado, quienes conocen y militan en el movimiento feminista. Por otro, quienes consideran que el feminismo es una “mala palabra” y que ha ocasionado divisiones y exclusiones. Esto nos debe llamar la atención para retomar el contenido emancipador del movimiento y aclarar confusiones:

No soy feminista. Ellas nos han opuesto a hombres y mujeres y nos han enfrentado. La práctica es lo importante, no los discursos.

Las nuevas relaciones, el movimiento GLBTI, el análisis de género, los feminismos cuestionan nuestras formas de relacionarnos. Podemos enamorarnos entre nosotras y con quién queramos. Creo que tenemos que aprender a hacer acuerdos con nuestras parejas y entre mujeres, acuerdos sororarios.

Para desarmar, hay que cotidianizar. Servir la comida por parte de los hombres no resuelve el problema, pero puede ser un primer paso. Hay que ponernos de acuerdo. Los hombres son importantes para desarmar el patriarcado. Los espacios deben ser compartidos y también protegidos. Si los hombres no pueden expresar sus emociones, no pueden, pero se aprende como todo en la vida. El hombre debe pensar qué es ser hombre. La constatación de la existencia de los roles reflejan que no hay igualdad y que las relaciones sociales están atravesadas por el poder.

El feminismo trata de que hay mujeres y que estamos rotas y separadas. Que estemos más mujeres. No tenemos que competir entre nosotras. El feminismo no nos pone en contra sino que trata de unirnos. Somos compañeras, no enemigas.

Estoy consciente de que hay diferencias y estas no son justificables. Soy solidario con la lucha feminista. Sin embargo, hay muchas mujeres que nos hacen sentir como enemigos. Siento que algunas mujeres nos excluyen sin justificación. Creo que los hombres somos fundamentales para cambiar esta sociedad. No somos enemigos. Ese es mi llamado. Siempre me dicen que necesito saber más feminismo, me acusan de ser machista y sin embargo me excluyen. Queremos ser parte y luchar en conjunto con mujeres.

Tenemos interiorizado el sistema patriarcal. Todo está dado para reproducir la visión masculina. Creo que siempre marca y es un reto vivir otra forma el rol que te impone la sociedad. Cuán difícil es trabajar dentro de la casa. A mí me tocó suplir la ausencia de padre y tuve que reproducir roles masculinos. Después de 16 años mi hijo decide ir a vivir con el papá, sin que le haya visto ni recibido ni cuidado, y se queda. Ahora reproduce toda la visión masculina. En qué parte de la vida me quedé yo. Toda la vida trabajando, dando, y te abandonan. Ese es el reto. Tenemos que reconocer que igual reproducimos mucho. Tenemos que tratar de cambiar. Nuestros hijos pasan por la escuela y por muchos espacios que son machistas. La formación en la casa no basta ni tampoco puro discurso.

Voy a hablar como mercadólogo. Yo veo que el feminismo es algo comercial. El 8 de marzo es como algo publicitario, que solo sirve para vender y para comprar, para consumir. También veo que en lo cotidiano, en los trabajos, las mujeres hacen la vida imposible a las mujeres. Y que las mujeres se portan mejor con los hombres. El feminismo solo se queda en un discurso.

La palabra, el constructo “diferencias” debe desaparecer. Debemos clamar igualdad. La igualdad hay que vivirla, hay que materializarla. El constructo de “esto para mayores, esto para mujeres, esto para niñas” tiene que desaparecer. Estamos en una situación en que podemos tomar el control.

No creo en ninguna feminista. En ninguna. Siempre vamos a hacer el mismo rol, seamos solteras, viudas o divorciadas. Tu creces con ese rol y yo siempre digo que lo que se hace costumbre se convierte una obligación: ser buenas mamás, ser buenas amas de casa, ser buenas esposas. La sociedad se impone y se ha impuesto siempre. Y ahora que vengan las feministas y digan que tiene que ser diferente es una estupidez.

Feminismo es una herramienta social importante. Nos da una perspectiva sobre la vida que nos permite ver este sistema jerarquizado. Se necesitan espacios para entender que hay mucho qué decir. Una vez hice una terapia psiconeural. Yo tenía un conflicto personal. Sentía que tenía ausencia de padre. Tuve papá pero no era como esperaba o como creía que tenía que ser. Lo cierto es que no puedo expresar sentimientos y al mismo tiempo, como hombres, tenemos bastante sensibilidad y requerimos expresar sentimientos. En esta situación, por el género, sabemos que debemos aprender a entendernos a nosotros mismos y también a comunicarnos con otros y otras.

El patriarcado está normalizado en la sociedad, generan roles que debemos cumplir y se nos excluye de muchos espacios. De mi mamá, una mujer muy conservadora de quien seguro aprendí el rol como mujer, que educó sola a cinco hijos, también aprendí a luchar cotidianamente. Considero que es importante detectar todas las formas de discriminación y luchar a diario. Hay que construir relaciones más amorosas, más afectivas y no hacer lo que nos ordena el sistema. Los feminismos pueden ser una filosofía de vida. El patriarcado ha creado patrones y también fisuras entre hombres y mujeres. La otra cara del patriarcado no es el feminismo. Hay feminismos que replantean las condiciones de una sociedad y otros que lo refuerzan. Es necesario repensarnos y pensar la institución. Hay que practicar el género en los pasillos, en las clases, en las casas.

¿Por qué no hay organizaciones de hombres así como de mujeres? La razón es que es muy difícil organizar grupos colectivos para abandonar privilegios. Abandonar esos privilegios es imposible sin la presión cerrada de las mujeres. Han cambiado más las mujeres que los hombres y nos llevan la delantera. Tenemos que aprender más de las mujeres que de los hombres.

¿Qué es ser feminista? Una tarea que debemos asumir hombres y mujeres. Se asume que hay un solo feminismo. Para hablar del feminismo, hay que hablar del lugar de enunciación. Tengo la dicha de trabajar en el mundo rural. Debemos construir feminismos no desde la academia. Una cosa son los libros y otra el día a día. Me parece vital desde el lugar donde estamos. No es lo mismo ser mujer como Cynthia Viteri que ser mujer en Sarayaku. Hay muchas opciones y muchas formas de entender el feminismo. Hay que asumir que hay feminismos que han contribuido a tener mayor distancia. Apuesto al ejercicio que han hecho muchas mujeres: no poner nombre sino deseos por delante. No le pongamos feminismos. Estábamos en un taller con las compañeras de Cotacachi y antes de entrar al taller una compañera le dice a la otra “no soy feminista”. El trabajo fue comentar qué nos molestaba. Por ejemplo, en el Comité de Padres en las tareas cotidianas están las mamás y dan la palabra solo a los papás. Hay un sistema que nos ha enseñado a competir entre nosotras. De ahí la sororidad. No somos contrarias, no somos enemigas. Debemos ser solidarias. Debemos aprender de nosotras. Después uno se decía será que somos feministas.

El feminismo no es único, es un conjunto de experiencias. Las jóvenes deben aprender a reconocer el legado y las luchas de nuestras ancestras. Ellas marcaron. Es fundamental un debate para el feminismo y desde el feminismo. Hay que entender y deconstruir el poder. Si el referente es el poder masculinizado, es difícil que podamos hacer una vida integral.

He aprendido que hombres y mujeres somos diversos. No hay per se hombre ni per se mujeres. Una de las cosas que me costó mucho es reconocer mi lado masculino y no aceptarlo. En ese desarmar cotidiano para ir construyendo relaciones, siempre me pregunto: desarmamos para armar o construir qué. Nosotros tenemos construido privilegios en muchos órdenes, no solo patriarcal, también de clase, de trabajo intelectual. Cuando tenemos sistemas de múltiples privilegios, los hombres tienen unos y las mujeres otros. Cómo desarmar esos privilegios cotidianamente. A veces se nos va la vida entera no en vivir sino en construir privilegios. Para mí una palabra que interpela mucho es renunciar. Uno tiene que hacer una apuesta por cambiar. En medio de un sistema que te demanda tener privilegios, salirse es la apuesta. Reconozcamos a todas las mujeres que han luchado hasta ahora. Somos herederas de muchas luchas. Cuando tenemos privilegios tenemos más responsabilidad para generar esas propuestas. Qué se espera de una academia. Esta universidad ha estado siempre propiciando diálogos con sectores sociales. Es hora de dialogar también sobre el género y nuestros privilegios. Es hora de renunciar.

EL DERECHO, EL GÉNERO Y LO COTIDIANO

Muchos textos se quedan en el camino y muchos más se podrían agregar. Hemos presentado algunas pinceladas sobre lo que somos y cómo nos llevamos con los seres más cercanos. ¿Cuál es la relación de estos pedazos de historias con el derecho? La

cultura se forma y se transforma en lo cotidiano. El derecho es una de las manifestaciones de la cultura. Unas veces expresa nuestra realidad y otras intenta transformarla. El código civil y las normas que regulan la familia, en su enunciación y mucho más en su aplicación, reflejan la realidad.¹ El derecho constitucional y las normas de los derechos humanos que constan además en los instrumentos internacionales, en cambio, prescriben lo que deberíamos ser.²

De los relatos, en unos casos con más intensidad que en otros, se desprende que el *dualismo* en los roles, en todos los espacios, es una constante.³ El dualismo se agrava además si se considera la carga valorativa que tiene la división. En unas sociedades hay división de roles pero no se valora negativamente. Se dice, por ejemplo, que en el mundo waorani hay distinciones de roles pero son igualmente valoradas.⁴ En nuestra sociedad (moderna tardía, capitalista, posindustrial, global, hegemónica, neoliberal) existen también roles pero estos están valorados de tal forma que unos son menospreciados y otros sobredimensionados. Se valoran positivamente los roles masculinos y negativamente los atribuidos a lo femenino. Cuando esto sucede, entonces la sociedad se jerarquiza y se instaura la dominación, hay ejercicios inadecuados de poder. Siempre que hay dominación, la consecuencia obvia es la discriminación, la exclusión, el apartheid, la violencia. Todos los testimonios nos hablan de diferencias en la crianza, en la educación formal, en la socialización, en las expectativas, en la pareja, en la separación, en la calle, en el trabajo. Las mujeres, de lejos, tienen más probabilidades de tener restricciones a sus derechos, de trabajar el doble, de ser víctimas de violencia, de estar más controladas, de ser menos libres, de tener menos posibilidades de expandir todas sus potencialidades.

Del lado masculino, si bien los hombres tenemos muchos privilegios, en particular en los espacios que se consideran públicos, también tenemos mucho que perder en una sociedad patriarcal. Hay un lado nuestro que está fatalmente reprimido: la sensibilidad, la emocionalidad, lo femenino, lo tierno, lo comunicativo, además al dedicarnos al espacio público de forma casi exclusiva, dejamos de construir los vínculos propios de los roles de cuidado, que se traducen en el afecto y el amor. Las sociedades pa-

-
1. Véase Margrit Eichler, “Cambios familiares: del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho: Ensayos críticos* (Quito: MJDH, 2009).
 2. Véase Alda Facio, “La Carta Magna de todas las mujeres”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*.
 3. Linda McDowell, “La definición del género”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho: Ensayos críticos*, 13.
 4. Laura Rival, *Hijos del sol, padres del jaguar. Los huaorani de ayer y hoy* (Quito: Abya-Yala, 1996), 156.

triarcales acaban condenando al hombre a la soledad. Además, sin cuestionarnos, los hombres asumimos un rol que nos empuja a ser violentos.⁵ Así que todos perdemos.

Volviendo a la paradoja de la media naranja, como se puede comprender en los testimonios, todas las personas quieren estar juntas, pero el patriarcalismo conspira para que estemos separados. Esta forma de generar expectativas de armonía, y al mismo tiempo de realizar prácticas de separación radical, lo que hace es fomentar una sociedad en la que a todos y todas nos va mal. Tenemos que cambiar nuestros valores y nuestras prácticas.

Para que podamos convivir entre hombres y mujeres tenemos que ser criados de forma distinta. Por ejemplo, ejercer el rol de cuidado será más difícil, si es que los hombres no jugamos con bebés peluches, aprendemos a arreglar la casita de muñecas, aprendemos la cocinita, nos enseñan a arreglar la casa y a cocinar, aprendemos a comunicar sentimientos. Lo mismo se puede predicar de las mujeres y su proceso de socialización: aprender a que pueden ser autónomas, a jugar fútbol, a tener carritos. En suma aprender a convivir, ser solidarios, compartir, cooperar, dialogar. Si esto sucede, posiblemente no buscaremos la media naranja, sino simplemente la realización personal, como en el cuento de la pieza perdida que encuentra a su gran “O”: un triángulo busca donde insertarse, su complemento; en sus búsquedas a veces calza pero no de forma perfecta y otras simplemente no cabe; hasta que un día un círculo le enseña que puede completarse en sí mismo y no buscar donde ensartarse. Aprende a rodar y a valorarse a sí mismo.⁶

Al ser el derecho una manifestación de poder, y al ser hechas las leyes por personas con visiones masculinas, todo acaba siendo un instrumento más para fortalecer el sistema patriarcal. El derecho es masculino.⁷ Esa visión, que la llevan al parlamento tanto hombres como mujeres, se la construye segundo a segundo, día a día, en la cotidianidad y en todos los espacios.

Algo que llama la atención en más de un testimonio es la percepción sobre el feminismo. Por un lado, mujeres que tienen conciencia de las diferencias y de la dominación rechazan al feminismo. Por otro, hombres que consideran que las personas feministas les excluyen de forma injustificada. Alguien en el taller mencionó: los feminismos son muchos y algunos han generado reacciones como estas. Uno de los triunfos del sistema patriarcal, insistimos, es haber convertido al feminismo –movimiento que

5. Javier Omar Ruiz, *Masculinidades posibles, otras formas de ser hombres* (Bogotá: Ediciones desde abajo, 2015), 14.

6. Shel Silverstein, *The Missing Piece Meets the Big O* (Nueva York: Harper Collins, 1984).

7. Frances Olsen, “El sexo del derecho”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho: Ensayos críticos*, 146.

tiene propuestas teóricas críticas y emancipatorias— en una palabra negativa. Hay feminismos liberales, diferencialistas, esencialistas, ecologistas, constructivistas, radicales, marxistas...⁸ No comparto todas las propuestas de algunos feminismos, como aquel que cree que las mujeres son mejores por naturaleza que los hombres y que si tuvieran poder traerán la paz, la armonía y la felicidad.

Badinter demuestra que las mujeres también han participado de hechos históricos violentos y que también son parte del sistema patriarcal.⁹ De todos modos reconozco que cualquier militancia feminista tiene mucho sentido porque reflejan luchas históricas, vidas de inconformidad y opresión, ganas de transformación, conciencia de sociedades opresivas y excluyentes. Por eso respeto y admiro a todas las militantes de cualquier feminismo. De mi lado, como afirmaron muchas personas en el taller, considero que hombres y mujeres tenemos mucho que perder en la sociedad patriarcal, tenemos muchas responsabilidades en esta sociedad, y también podemos todos y todas alterar esta cultura patriarcal. Si alguien está inconforme con la dominación y lucha por eliminarla, entonces es feminista.

Si el derecho es masculino y fortalece la sociedad patriarcal. Si la sociedad patriarcal se origina y se construye en lo cotidiano. Entonces, en este círculo vicioso, cambiando lo cotidiano, lo inmediato, se puede cambiar el derecho; y también cambiando el derecho se puede alterar la realidad.¹⁰ Insistimos: el problema del mundo en que vivimos es un problema de valores, principios y concepciones. Así como los ecologistas piden cambiar la forma de ver el mundo y la naturaleza, y todo lo que implica en lo cotidiano (patrones de conducta, alimenticios, de consumo), así el feminismo demanda cambiar las formas de valorar, de asignar, de experimentar los roles. Si lo importante, lo más importante y de lo que depende la sobrevivencia del ser humano, es lo reproductivo, el cuidado, la espiritualidad, los vínculos, el amor, el respeto, posiblemente la sociedad patriarcal, y el derecho que la sustenta, desaparecería y viviríamos un mundo más humano, menos doloroso, más inclusivo.

BIBLIOGRAFÍA

Auster, Paul, y J. M. Coetzee. *Aquí y ahora. Cartas 2008-2011*. Buenos Aires: Anagrama & Mondadori, 2012.

-
8. Para aclarar las distintas escuelas, véase Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al derecho”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, 113-21.
 9. Elizabeth Badinter, *Fausse route* (París: Odile Jacob, 2003).
 10. Véase Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, 195.

- Badinter, Elizabeth. *Fausse route*. París: Odile Jacob, 2003.
- Eichler, Margrit. “Cambios familiares: del moderado patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia”. En Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito: MJDH, 2009.
- Facio, Alda. “La Carta Magna de todas las mujeres”. En Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito: MJDH, 2009.
- . “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”. En Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito: MJDH, 2009.
- Jaramillo, Isabel Cristina. “La crítica feminista al derecho”. En Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito: MJDH, 2009.
- McDowell, Linda. “La definición del género”. En Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito: MJDH, 2009.
- Olsen, Frances. “El sexo del derecho”. En Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito: MJDH, 2009.
- Rival, Laura. *Hijos del sol, padres del jaguar. Los huaorani de ayer y hoy*. Quito: Abya-Yala, 1996.
- Ruiz, Javier Omar. *Masculinidades posibles, otras formas de ser hombres*. Bogotá: Ediciones desde abajo, 2015.

Fecha de recepción: 22 de marzo de 2017.
Fecha de aprobación: 18 de mayo de 2017.

Conflicto armado y feminismo de Estado: la incursión de la problemática de la guerra en la acción pública para las mujeres en Colombia

*Carolina Vergel Tovar**

RESUMEN

A partir de una mirada panorámica a la acción pública estatal colombiana relativa a las mujeres, el artículo pretende describir y analizar la forma en la cual la problemática de las mujeres víctimas del conflicto armado entra a hacer parte de las políticas públicas en el país. Además de llamar la atención sobre las dificultades para que dicha problemática fuera considerada un problema de interés público, este análisis permite apreciar procesos más amplios de orden institucional y jurídico. Y, más concretamente, aportar al estudio de fenómenos tales como la construcción de un “feminismo de Estado”, así como la adopción de una perspectiva de género dentro de las políticas de derechos humanos y de justicia transicional.

PALABRAS CLAVE: mujeres, conflicto armado, Estado, políticas públicas, Colombia.

ABSTRACT

Parting from a panoramic point of view on the Colombian state public policies on women issues, this paper aims to describe and analyze the process through which the problems of women victims of armed conflict became part of public policy in the country. The analysis is also focusing on identifying the difficulties that surrounded the emergence of this problem as a problem of public interest, and therefore allows to appreciate and discuss other processes of institutional and legal order. More specifically, the article looks forward to contribute to the study of the construction of a “State feminism”, and also to the discussion concerning the adoption of a gender perspective in human rights policies and transitional justice.

KEYWORDS: Women, armed conflict, State, public policy, Colombia.

FORO

* Docente investigadora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

INTRODUCCIÓN

Estas reflexiones hacen parte de una investigación doctoral más amplia acerca de los “Usos militantes e institucionales del derecho a propósito de la causa de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia”.¹ En líneas generales, dicha investigación buscaba entender el proceso para que la problemática del impacto de la guerra en la vida de las mujeres llegara a ser un asunto de interés público y, específicamente, de interés jurídico. Esta investigación está inscrita en un marco conceptual propio de la sociología del derecho y de los movimientos sociales, así como de los estudios feministas sobre el derecho y la justicia.

En este marco, hemos explorado la forma en la cual el Estado colombiano se planteó por primera vez la pregunta acerca de las mujeres en general y, más concretamente, sobre las mujeres víctimas del conflicto armado en su territorio.

Interesarse en la aparición o surgimiento de un problema o asunto de interés público² puede dar la idea de que es evidente el considerar el rol de la “acción pública”³ en dicho análisis. Sin embargo, la dimensión institucional ha sido un elemento a veces ausente en los llamados estudios socio-jurídicos, en especial en los Estados Unidos.⁴ Esta dimensión institucional implica considerar el rol del Estado y del derecho, según precisa el mismo García Villegas, no solo por acción sino por omisión.

En la investigación adelantada, el rol del Estado se presenta en principio como fundamentalmente indiferente ante la problemática de las mujeres víctimas del conflicto armado y que se manifiesta eventualmente a través de respuestas puntuales. En todo caso, esta cuestión no parece constituir un referencial de la acción pública.⁵

-
1. Investigación doctoral de orden cualitativo, a partir de un trabajo de campo desarrollado en Bogotá y Medellín, entre 2007 y 2011. Sesenta entrevistas semidirigidas con las personas más importantes y representativas de la causa de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia, ejercicios de observación etnográfica de espacios e iniciativas de activismo, así como de espacios judiciales, constituyen las principales fuentes de información, fuera del análisis documental.
 2. Joseph Gusfield, *La Culture des problèmes publics. L'alcool au volant: la production d'un ordre symbolique*, traducido por Daniel Cefaï (París: Économica: Coll. Études sociologiques, 2009), 354.
 3. Según las escuelas y enfoques, también puede ser entendida como sinónima de “gobernanza” y de “políticas públicas”. En todo caso, reenvía al esfuerzo de regulación política en las sociedades contemporáneas y más específicamente, a “la acción colectiva que participa en la creación de un orden social y político, en la dirección de la sociedad y en la regulación de sus tensiones, la integración de grupos sociales y en la resolución de conflictos”. P. Lascoumes y P. Legales, *Sociologie de l'action publique* (París: A. Colin Collection, 2012).
 4. Mauricio García Villegas, edit., *Sociología jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001), 418.
 5. “El ‘referencial de la política (...) consiste en un conjunto de requisitos que dan sentido a una agenda pública mediante la definición de criterios de selección y de los métodos de definición de sus objetivos”.

Esta relativa indiferencia se inscribe en una historia más bien compleja de la relación entre el feminismo y el Estado.⁶ A todo lo cual se suman las dificultades específicas del movimiento de mujeres colombiano para articular esfuerzos frente a las ventanas de oportunidad política y jurídica, incluyendo las reformas constitucionales.

Una última consideración conceptual nos parece relevante. Además de determinar los espacios o condiciones de posibilidad para la acción colectiva, considerar la dimensión o marco institucional permite integrar al análisis la cuestión de la responsabilidad del Estado de otra forma: según las tareas que él mismo se ha propuesto. En términos de Berengère Marques-Pereira, conforme a las formas de “responsabilidad pública”, es posible comprender de mejor manera las elecciones y justificaciones de los repertorios de acción del activismo.⁷

Es en esta perspectiva que nos parece importante identificar los obstáculos y las oportunidades relacionadas con la adopción de políticas públicas en resonancia con la problemática de las mujeres víctimas del conflicto armado,⁸ con el objetivo de analizar al mismo tiempo, lo que estas nos revelan acerca de las concepciones y consecuencias de la acción pública a propósito de la violencia, el género y las relaciones entre ellos.

Para desarrollar todos los aspectos mencionados, en un primer momento evocaremos muy brevemente los términos del activismo feminista en el momento de la reforma constitucional de 1991, así como sus efectos normativos concretos. En un segundo momento presentaremos las políticas públicas que nos parecen las más importantes para la causa analizada, especialmente aquellas que participan en la construcción de un “feminismo de Estado”.⁹ Retomamos la definición propuesta por Anne Revillard, para quien se trata de “la acción de las instancias gubernamentales encargadas formalmente de defender el estatus y los derechos de las mujeres”.¹⁰ Y en un tercer momento

Pierre Muller, “Référentiel”, en Laurie Boussaguet y otros, dir., *Dictionnaire des politiques publiques* (Paris: Presses de Sciences Po, 2010), 771.

6. Para una visión panorámica de diversas posiciones feministas sobre el Estado, ver Georgina Waylen, “Le genre, le féminisme et l’État: un survol”, en *Genre et Politique. Débats et perspectives* (Paris: Gallimard, 2000), 203-32, y 542.
7. Bérengère Marques-Pereira, “L’accès des femmes à l’espace public: du local au national, de l’international au transnational. L’exercice de la responsabilité publique et les rapports de genre en Amérique latine”, en *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* (s. l.: Coloquios, 2008), 4, 21-3.
8. Joyce Gelb y Vivien Hart, “Feminist Politics in a Hostile Environment: Obstacles and Opportunities”, en M. Giugni, D. McAdam y C. Tilly, edit., *How Social Movements Matter* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999), 149-81.
9. Amy Mazur, *Theorizing Feminist Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2002). Cfr. Jane Jenson y Éléonore Lépinard, “Penser le genre en science politique. Vers une typologie des usages du concept”, *Revue française de science politique*, vol. 59 (2009): 183-201.
10. Anne Revillard, “Entre arène judiciaire et arène législative. Les stratégies juridiques des mouvements féministes au Canada”, en Jacques Commaille y Martine Kaluszynski, dir., *La fonction politique de la justice* (Paris: La Découverte, 2007), 145-63.

presentaremos algunos hechos y reflexiones sobre las primeras políticas públicas que se refieren específicamente a las víctimas del conflicto armado.

LAS PRIORIDADES FEMINISTAS ANTE LA OPORTUNIDAD DE REFORMAR LA CONSTITUCIÓN

El movimiento de mujeres colombiano ha participado activamente de los proyectos de reforma constitucional en la historia reciente. Antes de la reforma de 1991, tuvo lugar un primer proceso participativo, convocado por el gobierno Barco en 1988.¹¹ Dicho proceso ha sido objeto de análisis específicos.¹² En cuanto a la participación de las mujeres, un primer proyecto, elaborado por diecisiete (17) organizaciones, fue presentado al Congreso en ese mismo año. Un segundo proyecto fue propuesto a la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) de 1990 y dio lugar a la creación de un colectivo llamado “La mesa mujer y constituyente”. Ahora bien, en el momento de organizar las listas de candidaturas de mujeres para la ANC, las tensiones entre quienes preferían una lista independiente, y aquellas que proponían adherir a la lista de un partido político con tendencia de izquierda o de las guerrillas recién desmovilizadas,¹³ terminaron por dividir al movimiento. El precio de dichas divisiones resultó muy caro porque finalmente ninguna de las candidatas resultó electa.¹⁴

Más que una manifestación de las tensiones entre feministas autónomas y aquellas cercanas a los partidos políticos (como normalmente son esquematizadas incluso en las entrevistas), la cuestión difícil fueron los apoyos potenciales de la causa de las mujeres en el seno de la ANC. Como en otros países de América Latina, la reunión

11. El proyecto fue presentado ante la Comisión III de la Asamblea el 10 de marzo de 1988.

12. Ver por ejemplo Beatriz Quintero, “Las Mujeres Colombianas y la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, Participación e Impactos”, en *Seminario Internacional: Reformas Constitucionales y Equidad de Género* (Santa Cruz de la Sierra: CEPAL/Unidad Mujer y Desarrollo, 2005).

13. “Las primeras desmovilizaciones en Colombia se dieron durante los años noventa cuando nueve grupos guerrilleros se desmovilizaron, dejando a 4.817 individuos acogidos al programa que el gobierno de ese entonces diseñó a través de la Oficina Nacional de Reinserción. Estos grupos fueron el M-19, el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT), el Ejército Popular de Liberación (EPL), el Movimiento Quintín Lame (MAQL), el Comando Ernesto Rojas (CER), la Corriente de Renovación Socialista (CRS), las Milicias Populares de Medellín (MPM), y el Frente Francisco Garnica y el MIR-COAR”, Verdad Abierta, “Desarme y desmovilización”, publicado el 21/08/2008. Disponible en <<http://www.verdadabierta.com/component/content/article/44-procesos-judiciales-justicia-y-paz/137-desmovilizacion-y-desarme->>.

14. María Emma Wills, *Inclusión sin representación. La irrupción política de las mujeres en Colombia 1970-2000* (Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2007), 398. Julieta Lemaitre Ripoll, *El derecho como conjuro* (Bogotá: Uniandes/Siglo del Hombre Editores, 2009), 425.

de la iglesia católica, la izquierda, y los partidos políticos tradicionales, constituyeron un obstáculo de envergadura para el posicionamiento de los intereses de las mujeres.¹⁵ Según nos explicó una activista que participó del *lobbying* ante la ANC,¹⁶ los partidos de izquierda, en especial aquellos recientemente creados por guerrilleros desmovilizados,¹⁷ expresaron su imposibilidad para apoyar las reivindicaciones de las mujeres que pudieran exponerlos a conflictos con la iglesia, siendo esta una de sus principales aliadas para la agenda normativa de paz.¹⁸

Ahora bien, si se observan los proyectos propuestos por el movimiento de mujeres, así como las normas finalmente adoptadas, y que las mismas activistas presentan como logros de su incidencia, el conflicto armado no figura dentro de las mismas (ver cuadro 1, *infra*). Fuera de la mención a la objeción de conciencia, agregada al final de la elaboración del proyecto de 1988, no hay mención alguna relativa al conflicto armado. El contenido de los proyectos muestra el lugar prioritario de los derechos sexuales y reproductivos en la agenda feminista del momento, el interés por integrarlos en el derecho positivo, y más concretamente, el reconocimiento de su status constitucional.¹⁹ Cuestión particularmente importante teniendo en cuenta su naturaleza compleja, que implica libertades y derechos sociales.²⁰ Las problemáticas de la violencia y de la participación política son finalmente minoritarias y hay solo una referencia al tema de la exclusión.²¹

-
15. Elena Garcés y Adriana Marulanda, “Women in Colombia: ‘you forge your path as you walk’”, en Janet Mancini Billson y Carolyn Fluehr-Lobban, edit., *Female Well-Being. Toward a Global Theory of Social Change* (s. l.: Zed Books, 2005), 133-58.
 16. Empleamos el término *lobbying* en sentido amplio, para denotar las acciones de las activistas de la causa como un “grupo de interés” y por lo mismo, que busca “influnciar los poderes públicos en un sentido favorable a sus intereses”, así como ante “otros grupos o la opinión pública en general”. Sabine Saurugger, “Groupe d’intérêt”, en *Dictionnaire des politiques publiques* (s. l.: Presses de Sciences Po, 2010), 309-16.
 17. Hasta el momento existía la Unión Patriótica (partido político de izquierda creado, entre otras fuerzas, por desmovilizados de las FARC-EP) y víctima del asesinato selectivo de miles de sus integrantes desde la década de los 80. En el marco de la desmovilización, buena parte de la guerrilla del M-19 conformó el partido político Alianza Democrática M-19. Desmovilizados del EPL, del PRT y del Quintín Lame conformaron otro movimiento político. Estas tres iniciativas políticas fueron las que lograrían representación en la Asamblea Nacional Constituyente. Ver al respecto: Héctor Alonso Moreno Parra, “La Constituyente: un acuerdo político para la paz”, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*. Ed. No. 00255, Semana del 20 al 26 de mayo de 2011. Disponible en <<http://viva.org.co/cajavirtual/svc0255/articulo06.html>>.
 18. Mauricio Romero, “Movilizaciones por la paz, cooperación y sociedad civil en Colombia”, en Mauricio Archila, y Mauricio Pardo, edit., *Movimientos sociales, Estado y democracia en Colombia* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/Centro de Estudios Sociales/ICANH, 2001), 405-40, 548.
 19. D. Lochak llama a este momento el de “consolidación jurídica”. Danièle Lochak, *Les droits de l’Homme. Que sais-je?* (París: La Découverte, 2009), 37-8.
 20. Es el caso de la protección de la maternidad, entendida por D. Lochak como “derecho acreencia”. *Ibid.*, 41-3.
 21. Para un balance crítico ver Cristina Motta y otras, edit., *Observatorio legal de la mujer: el legado de la Constitución* (Bogotá: Universidad de los Andes/Facultad de Derecho/Centro de Investigaciones Socio-jurídicas CIJUS, 1998). Otros análisis celebran la secularización de las relaciones de género, cfr. Wills, *Inclusión sin representación*, 249.

Cuadro 1
Comparación de los proyectos y logros en materia
de reforma constitucional del movimiento de mujeres en Colombia

22 23 24

Proyecto - 1988 (17 organizaciones de mujeres) ²²	Proyecto de 1991 - "Mesa mujer y constituyente" ²³	Logros ²⁴ - Texto constitucional aprobado en 1991
<p>Los puntos centrales eran:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ El lenguaje incluyente. ▪ Principio amplio de no discriminación. ▪ La reproducción humana como un derecho y una responsabilidad. Opción libre de maternidad. ▪ Crianza de hijo/as: responsabilidad compartida. ▪ Toda estructura familiar debe ser sinónimo de una acción voluntaria, del respeto, la solidaridad y de la igualdad de derechos y responsabilidades. ▪ Exigencia de servicios públicos que aseguren la posibilidad de crianza en igualdad de condiciones. ▪ Reconocimiento de la función social del trabajo doméstico tanto en la dimensión productiva como reproductiva. <p>En un encuentro posterior, llamado el "Abrazo amoroso por la vida", realizado entre el 13 y el 15 de octubre de 1990, que buscó extender el consenso en torno al proyecto, se agrega la petición de suprimir el servicio militar obligatorio.</p>	<p>Las propuestas de las mujeres pueden resumirse y clasificarse a partir de las temáticas siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Propuestas de principios para el preámbulo: <ul style="list-style-type: none"> • Soberanía popular. • La separación entre la iglesia y el Estado. • La participación ciudadana. • La autodeterminación. ▪ Propuesta del uso del lenguaje incluyente. ▪ La prohibición de todas las formas de exclusión y discriminación. ▪ La reproducción humana como un derecho y una responsabilidad. ▪ El derecho de las mujeres a decidir libremente sobre la maternidad. ▪ La definición de la familia. ▪ Protección de la maternidad. ▪ La violencia doméstica y la violencia sexual. ▪ La posibilidad de acciones positivas. ▪ Participación igualitaria en los espacios de decisión. ▪ La libertad de conciencia y la objeción de conciencia. ▪ Reglamentación del trabajo doméstico. <p>La mayor parte de las propuestas se fundaron en la ley 51 de 1981 (de ratificación de la CEDAW).</p>	<p>Los artículos 40, 42 y 43 consagraron los derechos de las mujeres. En ellos se reconoce:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ La garantía de no ser sometida a ninguna forma de discriminación. ▪ Ayuda y protección especial durante el embarazo y la etapa posparto. ▪ El apoyo estatal a la mujer cabeza de hogar. ▪ La libertad de fundar una familia por vínculos jurídicos o naturales. ▪ La protección integral de la familia por parte del Estado y la sociedad. Para ello, se abre la posibilidad de determinar legalmente el carácter inembargable del patrimonio familiar y la participación igualitaria en la propiedad familiar. Se consagra el carácter invulnerable del honor, la dignidad y la intimidad familiares. ▪ La igualdad de derechos y obligaciones en la vida marital. ▪ La facultad de sancionar legalmente toda forma de violencia intrafamiliar. ▪ El derecho de la pareja a decidir libremente el número de hijo/as. ▪ La posibilidad de divorciarse según las leyes civiles. ▪ La participación en condiciones de igualdad en los cargos públicos.

Fuente: elaboración propia.

22. Wills, *Inclusión sin representación*, 219-20.

23. Beatriz Quintero, "Las Mujeres Colombianas y la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Participación e Impactos".

24. Olga Amparo Sánchez, "Vindicaciones feministas por una vida libre de violencias para las mujeres", capítulo II (extracto), en *Las Violencias contra las mujeres en una sociedad en guerra* (Bogotá: s. e.: 2008), 4.

Luego de presentar algunos elementos del contexto en el que surgió, así como los términos generales del marco constitucional colombiano relativo los derechos de las mujeres, resulta pertinente conocer los que consideramos algunos de los rasgos fundamentales del proceso de formación del “feminismo de Estado” en Colombia.

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS CONCEBIDAS PARA LAS MUJERES

En tanto instrumento de la acción gubernamental en Colombia, las políticas públicas no se ocuparon de las problemáticas relativas a las mujeres de forma específica antes de la década de 1980.²⁵ Al contrario de las tendencias de los países llamados “desarrollados”, estas políticas comenzaron abordando problemáticas a partir de un ángulo que tenía en cuenta factores sociales como la pobreza. Las cuestiones relativas a la igualdad o a los derechos sexuales y reproductivos, centrales en la agenda del feminismo de la segunda ola (incluyendo el caso colombiano), no son objeto de políticas públicas específicas sino en la década siguiente (ver cuadro 2, *infra*).

Esta inversión en el orden histórico, que caracterizó de hecho la mayor parte de los procesos de institucionalización de la cuestión de género en América Latina, refleja la influencia de políticas internacionales, dentro de las cuales la causa de las mujeres estaba al servicio de una agenda más amplia: la del “desarrollo”.²⁶ De hecho, las mujeres campesinas fueron pieza fundamental de los esfuerzos regionales por contener la influencia de la revolución cubana y de los movimientos políticos de izquierda. En resumen, se buscó integrarlas a la economía de mercado, para reforzar el enfoque capitalista en la economía rural, sin cuestionar su lugar en la familia. Magdalena León describe todo este proceso, inaugurado por la “década de la mujer” de Naciones Unidas en 1975, y hasta la década de los 90, como el paso de la “neutralidad” con respecto al género, a la “distensión” de las políticas públicas en la materia.²⁷

25. Sobre las primeras políticas públicas en Colombia, ver Rafael Garrido Lopera, “Currie, Lauchlin”, en Camilo Calderón, edit., *Gran Enciclopedia de Colombia*, vol. 10 y 11, *Biografías* (Bogotá: Círculo de Lectores, 1991). Disponible en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/personalidades_internacionales>. (Consultado el 14/09/16).

26. Magdalena León y Carmen Diana Deere, “Introducción: Hacia una síntesis de la época”, en *La mujer y la política agraria en América Latina* (Bogotá: Siglo XXI editores/Asociación Colombiana para el Estudio de la Población, 1986), 11-26.

27. Magdalena León, “El género en la política pública de América Latina: neutralidad y distensión”, *Análisis Político*, No. 20 (1993): 39-52.

Cuadro 2
Principales políticas públicas
a favor de las mujeres / Autoridad responsable

1984	Política de la mujer rural (Doc. CONPES 2109, Ministerio de Agricultura).
1992	Política integral para las mujeres (Doc. CONPES 2626, Consejería Presidencial para la Juventud, la Mujer y la Familia).
1992	La política de salud para las mujeres, mujeres por la salud (Resolución 1531 de 1992, Ministerio de Salud).
1994	Políticas para el Desarrollo de la Mujer Rural (Conpes social, Consejería Presidencial para la Juventud, la Mujer y la Familia).
1994	Política de igualdad y participación de las mujeres (CONPES 2726, Departamento Nacional de Planeación).
1997	Seguimiento y ajustes a la política de 1994 (CONPES 2941, Departamento Nacional de Planeación).
2003	Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva (Ministerio de Protección Social).
2003	Política Nacional de Mujeres Constructoras de Paz y Desarrollo (Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer).

Fuente: elaboración propia.

Según un análisis muy esquemático de esta serie de políticas, es posible identificar dos grandes momentos: el primero, de reformas legislativas desarticuladas, que se extiende hasta la década de 1980, cuando una política específica para las mujeres es puesta en marcha. El segundo momento comienza con la creación de autoridades propias de un feminismo de Estado, aspecto que expondremos en detalle en el presente análisis.

Antes de ello, cabe agregar que el primer momento reúne políticas puntuales que no buscan repensar el lugar de las mujeres en términos globales. En contraste, ese será un objetivo asignado a las autoridades específicas en la materia. Sin embargo, ese proceso de institucionalización no ha asegurado hasta el momento una transversalización sistemática de la causa de las mujeres y de una perspectiva de género de las políticas públicas en Colombia. El proceso tampoco ha sido lineal y ciertas conquistas institucionales han conocido retrocesos, incluso hasta hoy.

EL “FEMINISMO DE ESTADO” TOMA FORMA

En América Latina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos comienza a recomendar la creación de instituciones a favor de las mujeres a partir de los años

60.²⁸ En Colombia, es en 1990 que se crea la Consejería Presidencial para la Juventud, la Mujer y la Familia, primera autoridad responsable de las políticas públicas para esas diferentes poblaciones, así como de la elaboración de informes para las Naciones Unidas. Dicha Consejería depende directamente de la Presidencia de la República, y más concretamente, de la “Primera Dama” (la esposa del Presidente), con un presupuesto y una estructura específicas.²⁹ Las fuentes de financiación fueron el presupuesto nacional y la cooperación internacional (especialmente los fondos del PNUD y de la Agencia de Cooperación Alemana, GTZ).³⁰

Con la creación de esta Consejería se lanzó el programa “Mujer prioridad nacional”, que buscaba poner en marcha una serie de medidas de ayuda legal a las mujeres, vía las Comisarías de Familia,³¹ apoyar esfuerzos de formación para las mujeres cabeza de familia, medidas de protección social y la institucionalización de la cuestión de “la mujer” en los niveles departamental y local. En el marco de este último objetivo, la Consejería promovió la creación de “oficinas técnicas de la mujer” en diferentes instituciones (ejemplo: en el Ministerio de Agricultura o en los gobiernos departamentales). El programa es considerado por ciertos análisis como un esfuerzo exitoso,³² especialmente porque dio lugar a la concepción de la primera política pública integral para las mujeres en 1992 (ver cuadro 2, *supra*). Otro aspecto resaltado es la participación de la Consejería en las conferencias internacionales organizadas por Naciones Unidas, especialmente del Cairo (1994) y Beijing (1995).

Con la puesta en marcha de esta Consejería y de esta política, el margen de acción para las feministas, según las estructuras de oportunidad política y jurídica³³ se acrecienta. Al tiempo, las tensiones relativas a la cuestión de la institucionalización se vuelven más visibles. Según el estudio de María Emma Wills, las estrategias adelantadas por las feministas colombianas al respecto pueden clasificarse a partir de dos tendencias: aquellas que privilegian el trabajo directo con las mujeres, y aquellas que

28. Margarita María Peláez Mejía y Luz Stella Rodas Rojas, *La política de género en el Estado colombiano: un camino de conquistas sociales* (Medellín: Universidad de Antioquia, 2002), 384.

29. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1878 de 1990. *Diario Oficial*. Año CXXVII. No. 39506, 17 de agosto de 1990, 2.

30. Peláez Mejía y Rodas Rojas, *La política de género en el Estado colombiano: un camino de conquistas sociales*, 86-7.

31. Procuraduría General de la Nación, “Comisarías de Familia. Línea de Base Nacional”, *Procurando la Equidad*, No. 6, *Vigilancia superior a la garantía de los derechos desde la perspectiva de género* (Bogotá: LEGIS, 2011), 88.

32. Peláez Mejía y Rodas Rojas, *La política de género en el Estado colombiano: un camino de conquistas sociales*, 85.

33. Revillard, “Entre arène judiciaire et arène législative. Les stratégies juridiques des mouvements féministes au Canada”.

optan más bien por incidir en las autoridades públicas. Según este mismo análisis, las últimas son “expresiones feministas que evolucionan hacia una política más activa frente a las instituciones y al derecho”.³⁴ Norma Villarreal también da cuenta de esas distinciones y clasifica las acciones de las feministas a partir de dos enfoques: el de la “influencia” y el de la “resistencia”.³⁵ Esta división es además avalada por algunas activistas en entrevista.³⁶

Siguiendo el análisis de B. Marques-Pereira acerca de la estructuración de la agenda y la puesta en marcha de políticas públicas en América Latina, así como de su efectividad,³⁷ encontramos dichas divisiones demasiado esquemáticas, en tanto no reflejan la complejidad de las interacciones entre activistas, sus organizaciones y el Estado. Para empezar porque “las redes de ONG nacionales y transnacionales en América Latina desarrollan no solamente una actividad de vigilancia del aparato estatal, sino también una actividad de elaboración de la normatividad social y de reflexión acerca de la inclusión y la exclusión social y política en materia de relaciones de género”.³⁸ En este proceso, las formas de participación pueden ser múltiples y no se limitan únicamente a trabajar directamente con los poderes públicos. Estas consideraciones permiten inscribir las iniciativas de las feministas colombianas en dinámicas más amplias, y sobre todo, de trascender una visión binaria de la relación entre activismo y poderes públicos.

Ahora bien, aunque son múltiples las activistas que han trabajado con el Estado (y de hecho, como se verá, varias de las consejeras presidenciales en la materia vienen del activismo), las condiciones de la participación dentro de las autoridades públicas, o más concretamente, el hecho de convertirse en una “femócrata”, entendida como “las feministas que trabajan para mejorar las políticas y los servicios a favor de las mujeres, en el seno de la burocracia gubernamental”,³⁹ no es una elección que se traduzca automáticamente en un refuerzo de su capital militante.

Ese fue exactamente el caso en el momento de la creación de la Dirección Nacional para la Equidad de la Mujer (DINEM),⁴⁰ promovida por una senadora del Partido

34. Wills, *Inclusión sin representación. La irrupción política de las mujeres en Colombia 1970-2000*, 248.

35. Norma Villarreal Méndez, “1991-2008. Las mujeres colombianas entre el estado social de derecho y el conflicto armado”, *Anuario de Hojas de Warmi*, No. 14 (2009): 26.

36. Notas de terreno.

37. Bérengère Marques-Pereira, Petra Meier y David Paternotte, dir., *Au-delà et en deça de l'État. Le genre entre dynamiques transnationales et multi-niveaux* (Louvain-la-Neuve: Bruylant-Academia, 2010), 203.

38. *Ibid.*

39. L. Hancock, edit., “Women’s policy interests in the market state”, en *Women, Public Policy and the State* (South Yarra: Macmillan Education, 1999).

40. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1440 de 1995. *Diario Oficial*. Año CXXXI. No. 41983, 31 de agosto de 1995, 1.

Liberal Colombiano, con el apoyo de otro grupo de mujeres parlamentarias. La nueva institución detenta un estatus más importante a nivel administrativo que la Consejería que la precedió, así como recursos financieros fijos, determinados por la Ley Orgánica del Presupuesto Nacional.⁴¹ Una reconocida activista, directora de la ONG denominada Casa de la Mujer, es nombrada como su directora (1996-1998).

Una de las prioridades de la política de la DINEM fue aumentar los espacios de participación para las mujeres, en especial de las mujeres de los sectores populares y marginalizados. Gracias a este objetivo y al apoyo financiero, iniciativas como la Ruta Pacífica de las Mujeres pudieron ver la luz.⁴² Se trata de un aspecto importante en la medida que muestra que uno de los ejemplos más estudiados del activismo “de la resistencia” es en realidad resultado de una política gubernamental.

En términos más globales, la política por la “Equidad y la Participación de las Mujeres”, promovida por la DINEM, incorpora tres elementos nuevos a los principios de la acción pública que vale la pena resaltar. El primero es la integración explícita de la “perspectiva de género”. Efectivamente, si el término no reemplaza completamente la mención a “la mujer”, siempre en singular, como en los programas y políticas precedentes, esta variación conceptual muestra una adecuación del lenguaje a los discursos de los encuentros y programas internacionales sobre el tema. Un segundo elemento importante es el objetivo de instaurar un enfoque transversal, bajo la idea de que la DINEM coordinara las propuestas a integrar en los diferentes programas de todas las otras autoridades públicas. El tercer elemento a subrayar es el recurso a los “derechos de las mujeres” para definir tanto la subordinación como la discriminación. Estos tres elementos son inscritos por ciertos análisis dentro de la “tercera ola” del feminismo.⁴³

Dentro del mismo gobierno, el de Ernesto Samper (1994-1998), empieza a gestarse otra institución del feminismo de Estado, gracias a una dinámica similar a aquella detrás de la creación de la DINEM. La iniciativa es de Cecilia López, mujer dedicada a la política y perteneciente al partido liberal, autora del estudio que sirvió de base para la concepción de la Política pública antes mencionada, quien fue nombrada en principio Ministra y luego directora del Departamento Nacional de Planeación (DNP). Es en el seno de este departamento de formulación de políticas públicas que se funda el “Consejo de género”. La cohabitación de estas dos entidades ha sido estudiada por M. E. Wills, y puede resumirse como el choque entre los enfoques “bottom-up”⁴⁴ de

41. Wills, *Inclusión sin representación. La irrupción política de las mujeres en Colombia 1970-2000*, 217.

42. *Ibid.*, 235.

43. Bérengère Marques-Pereira y Roland Pfefferkorn, “Genre, politiques sociales et citoyenneté: enjeux et recompositions Introduction”, *Cahiers du Genre*, No. 2 (2011): 5-19.

44. Nelly del Carmen Suárez, “Políticas de mujer rural en Colombia. Una aproximación analítica desde la perspectiva de género”, *Agronomía*, vol. 13, No. 2 (2005): 77-93.

la DINEM y “up-to-down” del Consejo de género del DNP, los cuales terminaron por anularse mutuamente.⁴⁵ En todo caso, la importancia otorgada a la causa de las mujeres y el impulso propio de las acciones de la DINEM y del Consejo de género del DNP, dieron lugar a una intensa actividad en el Congreso de la República para la aprobación de reformas legales importantes para las mujeres.

Hasta el momento en que adelantamos nuestro trabajo de campo, la última política general referida a las mujeres fue propuesta por el gobierno de Andrés Pastrana, del partido conservador (1998-2002). Esta política estaba enmarcada dentro de una reforma que transforma la DINEM en la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer (CPEM),⁴⁶ estructura que se mantiene hasta el día de hoy.⁴⁷ Este cambio implica un retroceso en términos de autonomía presupuestal y de margen de acción dentro del gobierno.

Sin embargo, dentro de la política propuesta por esta nueva Consejería, la problemática de “la mujer y el conflicto armado” figura como una línea de trabajo independiente.⁴⁸ En su diagnóstico sobre la “situación general de las mujeres en Colombia”, se encuentra un acápite específico sobre la cuestión, que llama la atención sobre tres grupos de mujeres en particular: las mujeres desplazadas por la violencia, las líderes de organizaciones, y las mujeres “reinsertadas” a la vida civil.⁴⁹

El balance elaborado por la CPEM también señala la ausencia de cifras diferenciadas por sexo en las estadísticas de violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, denuncia el carácter invisible de esas violencias y se apoya en la “Declaración y el Programa de Acción de Viena”, aprobado en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de 1993, para exigir una respuesta prioritaria a las mismas.

Dentro de este marco, la política pública propone buscar recursos de la cooperación internacional para la población desplazada por la violencia, al mismo tiempo que busca asegurar un tratamiento prioritario a las víctimas de violencia sexual y de las

45. Wills, *Inclusión sin representación. La irrupción política de las mujeres en Colombia 1970-2000*, 218-20.

46. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1182 de 1999. *Diario Oficial*, No. 43626, 29 de junio de 1999.

47. De hecho, la siguiente política integral de mujer y género será propuesta por el actual gobierno de Juan Manuel Santos, en 2010.

48. A partir de este periodo, en particular desde el año 2000, Colombia asiste a un recrudecimiento de las acciones armadas propias del conflicto, que conocerá un pico estadístico entre los años 2003 y 2008. Ver al respecto: C. A. Prieto, C. Rocha e I. Marín, “Seis tesis sobre la evolución reciente del conflicto armado en Colombia”. Fundación Ideas para la Paz, 23 de septiembre de 2014. Disponible en <<http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1053>>.

49. DINEM. Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, “Informe de gestión. Agosto 1998-octubre 1999” (Bogotá, diciembre de 1999), 72.

personas que viven en las zonas de conflicto. La política propone también la realización de investigaciones para esclarecer las violaciones a los Derechos Humanos (DH) y al Derecho Internacional Humanitario (DIH) en donde las víctimas son mujeres.

El balance de estas iniciativas se resume en el marcado interés por la cuestión del desplazamiento forzado: las recomendaciones de la DINEM son finalmente incluidas en el documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) sobre desplazamiento. Se organizó un “Encuentro Nacional de mujeres en situación de desplazamiento”, coordinado por la Red Nacional de Mujeres. Y la “perspectiva de género”, entendida como las acciones específicas a favor de las mujeres, es incorporada al proyecto piloto de un programa de ayuda a la población desplazada a nivel departamental.⁵⁰

Según dos reconocidas activistas que trabajaron en la CPEM,⁵¹ si bien se promovieron iniciativas importantes para la causa de las mujeres, esta experiencia fue en cierto sentido decepcionante, en razón de la falta de voluntad política por parte del gobierno para apoyar estos temas como una prioridad. Habría que agregar además que su participación les resultó costosa en su calidad de activistas, en la medida que fue percibida por otras feministas como una legitimación, al menos implícita, del cierre de la DINEM, y en términos más amplios, a la pérdida de importancia de las políticas a favor de las mujeres, mientras que la política militarista (el “Plan Colombia”), ganaba terreno.

Esta tensa disyuntiva entre el activismo, de un lado, y la oportunidad concreta de ocupar un cargo en la “femocracia”, del otro, se reactualiza cada vez, independientemente de las particularidades de las trayectorias de las feministas, pero también de las particularidades del gobierno al que se sumen. Según el análisis de M. E. Wills, esto se explica en razón de las tensiones internas del movimiento social de mujeres colombiano, en especial en términos de clase. Estas tensiones se explicarían por la distancia entre las percepciones y las experiencias de las feministas “profesionales” (que pertenecen al ámbito urbano), en contraste con las otras activistas, pertenecientes a otros ámbitos,⁵² principalmente populares y campesinos.

A nuestro juicio, las dificultades de articular el aceptar un puesto de poder y el activismo reflejan más bien un doble obstáculo al que se enfrentan las feministas colombianas. Esto reenvía a ciertas de las condiciones propuestas por Anne Revillard y Laure Bereni para considerar el rol de ciertas “femócratas” como un rol exitoso. Se-

50. *Ibid.*, 53-4.

51. Entrevista realizada en *Sisma Mujer*. Bogotá, julio de 2010. Entrevista realizada en su casa, Bogotá, junio de 2008.

52. Wills, *Inclusión sin representación. La irrupción política de las mujeres en Colombia 1970-2000*, 211-2.

gún ellas, a partir de los estudios sobre el feminismo de Estado, es posible cuestionar la distinción entre “insiders” y “outsiders”.⁵³ Para comenzar, porque existen “feministas defendiendo la causa de las mujeres en los escalones más altos del Estado que pueden haber tenido un estatus de “outsider” (en la medida que) la exclusión del sistema político no depende enteramente de la función del puesto que se ocupe”.⁵⁴ Y, según ellas todavía, “bien que se trabaje dentro y por el Estado, (las feministas) han podido cuestionar (a veces de manera radical) la estructura desigual de las relaciones de género, incluyendo aquellas que se encarnan en los discursos y prácticas del Estado”.⁵⁵

Volviendo al caso colombiano, nos parece que las activistas feministas se han encontrado siempre en medio de una tensión difícil de superar, que ha convertido su estatus en doblemente problemático. De una parte, está la tensión con respecto a las otras activistas, en donde la calidad de *outsider* con respecto al sistema político es automáticamente cuestionada, por el simple hecho de aceptar un cargo público. De otra parte, en razón de la falta de apoyo por parte del movimiento, por lo cual, ese mismo estatus de *outsider* termina por ser demasiado pesado para que ellas puedan vehicular cuestionamientos a los discursos y prácticas estatales de manera más directa y eficaz.

De esta forma, ellas representan una amalgama entre los estatus de *outsider* e *insider*, pero sin beneficiarse de las ventajas de ninguno de los dos. Al final de cuentas, la desconfianza con respecto al Estado se impone, visto como un Leviathan que ningún capital activista puede relativizar.

Curiosamente, si los gobiernos de Pastrana y, enseguida, los de Uribe comparten y aseguran la continuidad de la política militar del “Plan Colombia”, los enfoques sobre el conflicto armado, y por consiguiente, sobre las víctimas del conflicto, no son los mismos. Sucede lo mismo con el feminismo de Estado. Los gobiernos Uribe no modifican la estructura de la CPEM, pero la política hacia las mujeres le da un lugar marginal a la problemática de las mujeres víctimas de conflicto armado, a pesar de su nombre, en principio prometedor: “Mujeres Constructoras de Paz y Desarrollo”.⁵⁶ Es la “mujer empresaria” quien le interesa al gobierno, según un comentario recurrente en las entrevistas con las activistas, quienes critican un referencial que encuentran

53. En especial ver M. F. Katzenstein, *Faithful and fearless. Moving feminist protest inside the church and military* (Princeton: Princeton University Press, 1998). Citada por Laure Bereni y Anne Revillard, “Un mouvement social paradigmatique?, Ce que le mouvement des femmes fait à la sociologie des mouvements sociaux”, *Sociétés contemporaines*, No. 85 (2012): 17-41.

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*

56. Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, “Mujeres constructoras de paz y desarrollo. Una política nacional orientada a la paz, la equidad y la igualdad de oportunidades” (Bogotá: Presidencia de la República. Colombia, 2009), 100.

desenfocado frente a la situación crítica de mujeres que exigirían una atención prioritaria por parte del Estado.

Entre las áreas programáticas” de esta política figura la de “violencias contra las mujeres”, dentro de la cual está la violencia doméstica, familiar, conyugal y sexual (todas las cuales son agrupadas finalmente bajo la noción de “violencia de género”), y la violencia “a causa del desplazamiento forzado”, pero –hecho curioso– no se hace ninguna mención explícita al conflicto armado, desligando completamente las migraciones forzadas del contexto.⁵⁷ Conviene sin embargo precisar que la omisión de la noción de “conflicto armado” es característica de todo el período Uribe. Efectivamente, la “fórmula de estilo” de los discursos del Presidente de la República y del gobierno en general impone que no se hable de la confrontación armada, mucho menos de una guerra, para hablar de “violencia” y de “terrorismo”.⁵⁸ Entonces, más que una ruptura con respecto al feminismo de Estado, es con respecto al conflicto armado que hay un punto de quiebre importante.

No obstante, en lo relativo a la política para las mujeres es importante hacer tres anotaciones. La primera se refiere a la ausencia total de activistas feministas involucradas con la problemática de las mujeres víctimas del conflicto como colaboradoras de la CPEM. No hay *insiders*. La segunda, es la reducción de la comprensión de la violencia a la dimensión doméstica, incluyendo aquella relativa a la problemática del desplazamiento forzado. Finalmente, las Resoluciones del Consejo de Seguridad en la materia y los programas de cooperación internacional para apoyar su puesta en marcha son los instrumentos que parecen forzar al gobierno a hablar expresamente de la problemática, por lo menos en la política dirigida a las mujeres. Esto se limita sin embargo a estudios de factibilidad⁵⁹ o a estudios en los cuales el enfoque a partir de la violencia doméstica es central.⁶⁰

De esta forma, la violencia doméstica adquiere un estatus político, al mismo tiempo que la cuestión del conflicto armado se disuelve en la dimensión “privada”, en lo

57. *Ibid.*, 42-51.

58. Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, “Observaciones del Estado colombiano al Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Colombia, 2007”, en *Programa Presidencial para los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario*. Disponible en <<http://historico.derechoshumanos.gov.co/Prensa/Comunicados/2008/Paginas/070305a.aspx>>. (Consultado el 14/09/16).

59. Ministerio de Relaciones Exteriores. Seminario “Mujeres, Paz y Seguridad: implementación en Colombia de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas” (Bogotá: Palacio de San Carlos, 2009).

60. Presidencia de la República, “Violencia de género y conflicto armado. Informe de interventoría de un proyecto de investigación” (Bogotá, 2003), 72.

que constituye un ejemplo de eso que Susan Moller Okin describe como “la negligencia del género y la perpetuación acrítica de una dicotomía público/doméstico”.⁶¹

En todo caso, la tensión a propósito de la cuestión del conflicto armado durante los gobiernos, Uribe plantea también ciertas iniciativas legislativas.

LAS INICIATIVAS DENTRO Y EN TORNO AL PODER LEGISLATIVO

El Congreso de la República también fue puesto al servicio de la causa de las mujeres por la DINEM. Mientras duraron sus actividades (1996-1999), esta dirección promovió una serie importante de proyectos de ley, algunos convertidos en ley. En esta coyuntura, el Colectivo de Mujeres de Bogotá estuvo muy implicado en la adopción de una de las más importantes, la ley 294 de 1996 “para prevenir, remediar y castigar las violencias en las familias”. Esta ley hace eco a la ratificación de la Convención Interamericana Belém do Pará sobre la violencia contra las mujeres (otra conquista legislativa de este período), pero como bien lo indica el título, limitando la comprensión de las violencias al ámbito familiar.

Es en el año 2000 –cuando fue creada la CPEM– que son adoptadas dos nuevas reformas legales promovidas por las feministas. A pesar de las tensiones y de la relación ambivalente de las activistas frente al ejercicio del poder, el movimiento social de mujeres colombiano se movilizó fuertemente para garantizar la presencia de las mujeres en el seno de los poderes públicos. Este objetivo se materializa con la ley 581 de 2000 (la Ley de Cuotas), según la cual, el 30% de los puestos de dirección de los distintos poderes públicos deben estar ocupados por mujeres. Todo el proceso, debates parlamentarios y el alcance de esta ley son todavía objeto de controversias porque su ejecución deja mucho que desear.

Es a propósito de este proyecto que se consolidó la “Bancada de mujeres” del Congreso (grupo de senadoras y de representantes a la Cámara),⁶² bajo la forma de una “Comisión accidental para el Trabajo por la Equidad de Género, los Derechos Sociales, Políticos, Laborales y la Salud Mental, Sexual y Reproductiva de las Mujeres”.⁶³

61. Susan Moller Okin, “Le genre, le public et le privé”, en T.-H. Ballmer-Cao, V. Mottier y L. Sgier, edit., *Genre et politique. Débats et perspectives* (París: Gallimard-Folio, s. a.), 345-96.

62. Wills, *Inclusión sin representación. La irrupción política de las mujeres en Colombia 1970-2000*, 223.

63. Integrada por todas las mujeres parlamentarias, independientemente de su partido. Se fundamenta en el art. 66 del Reglamento del Congreso, el cual autoriza a las directivas de cada cámara a crear comisiones accidentales.

La ley 1257 de 2008 (por el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias) es presentada por este grupo como una de sus realizaciones.

Esta ley inscribe la cuestión de las violencias dentro del marco de la protección a los derechos humanos de las mujeres, así como una forma de discriminación, a través de una definición que retoma más ampliamente los términos de la Convención Belém do Pará que la precedente. Esto implica un principio de responsabilidad diferente para el Estado, aspecto que fue objeto de tensiones importantes con el gobierno Uribe. Pero fue la mención al “conflicto armado” la que se expuso a la oposición más radical de la parte del poder Ejecutivo. Finalmente, una fórmula un tanto ambigua fue adoptada: el artículo 9 de la ley declara que el gobierno nacional “adoptará las medidas para investigar o sancionar los miembros de la Policía, de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas de seguridad y de otras fuerzas que cometan actos de violencia contra las niñas y mujeres que se encuentren en situación de conflicto por la presencia de actores armados” (Las cursivas me pertenecen). Una mención especial fue incluida con respecto a las mujeres “en situación de desplazamiento” (art. 9.7).

Así las cosas, la inscripción de la violencia de las mujeres en la lógica propia de los derechos humanos implica una politización parcial de la misma. Sin reconocer expresamente la existencia de actores armados ilegales, ni establecer un lazo claro entre el contexto de conflicto armado y las violencias contra mujeres y niñas, igual compromete al Estado a esclarecer y sancionar dichas conductas.

LAS POLÍTICAS DE AYUDA A LAS “VÍCTIMAS”

La historia del surgimiento de la causa de las mujeres víctimas del conflicto armado se inscribe también dentro de la historia de las políticas públicas. En ese marco, las políticas específicas para las víctimas del conflicto armado son concebidas por primera vez durante la década de 1990.

Pero, a pesar de que sea posible ubicar esta primera mención legal, es más difícil trazar una historia lineal de las normas y políticas que conciernen a “las personas afectadas por el conflicto armado”, para retomar los términos utilizados en las discusiones que constituyeron los primeros balbuceos políticos en la materia.

Para analizar este tema, identificamos tres líneas institucionales diferentes en las cuales se hace referencia de alguna manera a poblaciones afectadas por el conflicto armado. Más que una división de un universo presupuesto de “víctimas”, estas tres líneas ponen de manifiesto respuestas institucionales poco articuladas. Las víctimas no forman un objeto unificado, a pesar de tener un origen común. Al contrario, las diferentes líneas de respuesta institucional distribuyen los efectos del conflicto por poblaciones afectadas conforme a una lógica más bien de orden coyuntural.

Una primera línea la constituyen las políticas que asumen la cuestión a partir de un enfoque asistencial o de urgencia. La segunda, concierne las políticas de DH y DIH.⁶⁴ A partir de una descripción muy puntual de algunos de los aspectos más relevantes de cada una de esas líneas, haremos un paralelo entre sus lógicas, las cuales difieren sensiblemente de unas a otras.

Como trataremos de mostrar, esta comparación pone de manifiesto una cuestión transversal en la evolución de este tipo de políticas en Colombia, cuestión que se plantea en razón de la prolongación del conflicto armado y del aumento de las víctimas, a veces de forma exponencial. En efecto, estas circunstancias interpelan las lógicas que determinan las respuestas institucionales a partir de un registro propio a las situaciones de excepción y, por eso mismo, de orden temporal o pasajero, como las políticas para situaciones catastróficas. Estas mismas circunstancias plantean un cuestionamiento similar con respecto a las políticas que, en contraste, han decidido integrar la problemática de las víctimas a las políticas sociales, como si se tratara de una forma de marginalidad entre otras.

Al mismo tiempo, la cuestión de las víctimas interpela la responsabilidad de los actores armados, incluyendo al Estado, y por eso, implica una tensión con respecto a las políticas en el momento en el que una parte de las prioridades se concentra en la solución negociada del conflicto armado. En esta misma línea, la cuestión de las víctimas se convierte en una pregunta molesta, cuando se trata de evaluar el respeto a los DH y el DIH. Finalmente, esta cuestión plantea la dificultad para manejar los múltiples efectos de las violencias, que no son los mismos para todas las víctimas. Como la guerra no golpea de la misma manera, hay lugar entonces a preguntarse si conviene homogenizar todas las víctimas bajo esa categoría general o no, y si se justifica hacer eventualmente distinciones.

LAS POLÍTICAS DE AYUDA A LAS POBLACIONES

AFECTADAS POR LAS ACCIONES ARMADAS:

EL ENFOQUE ASISTENCIAL

Los primeros esfuerzos institucionales frente a los daños ocasionados por las acciones armadas hacen parte de políticas concebidas para la atención de urgencias y desastres. Además de formalizar el margen de acción de la Cruz Roja Internacional,

64. Habría una tercera línea que reúne las políticas concebidas para una población específica, generalmente (aunque no de manera sistemática), según el tipo de violencia sufrida, especialmente para la población desplazada, que por razones de espacio no desarrollaremos en el presente escrito.

el “Sistema Nacional de Prevención y Atención de Desastres”,⁶⁵ creado en 1988, fue encargado de ayudar a las poblaciones de los municipios asolados por las confrontaciones armadas, así como por los primeros desplazamientos masivos de población.

En 1993 nace el Plan Nacional de Rehabilitación (PNR).⁶⁶ Se trata de un programa especial de la Presidencia de la República, parte de una política de “paz y normalización de las zonas afectadas por los desequilibrios del desarrollo, una débil presencia institucional y los conflictos sociales”. El PNR se propone operar a partir de tres estrategias inspiradas de las políticas del Estado central luego de la reforma constitucional de 1991: la promoción de la participación comunitaria, de la descentralización y del desarrollo rural. Se trata también de una política que se focaliza exclusivamente en las zonas rurales. Los “remedios” son concebidos en función de las necesidades territoriales y se materializan en forma de inversiones, infraestructura, y con la puesta en marcha de programas de creación de puestos de trabajo o de créditos agrícolas.

En 1994, el PNR es fusionado posteriormente con otras instituciones, cuando se crea la Red de Solidaridad Social (RSS).⁶⁷ Con un espíritu similar al del PNR, pero concebida también pensando en las zonas urbanas, uno de los objetivos principales de la RSS fue concebir, financiar y administrar los programas de ayuda a “los sectores más pobres de la población colombiana”, en materia de trabajo, educación, alimentación, seguridad social, deporte, recreación, cultura e integración de comunidades marginales (art. 2).

La determinación y delimitación de esas poblaciones “pobres”, potencialmente beneficiarias, considera causas ligadas a la violencia, así como aspectos económicos, sociales, situaciones de discapacidad, la edad y el sexo, como “la infancia, la juventud, la vejez, la mujer y la familia (sic)” (art. 3.2). La ley prevé expresamente la ayuda a la población desplazada, así como a los grupos rebeldes o las milicias políticas urbanas que se hayan reinsertado a la vida civil, poniendo en pie de igualdad a las poblaciones de víctimas civiles y a las personas desmovilizadas (art. 3.12).

A pesar de que la ley considere los aspectos distintivos entre los eventuales beneficiarios, las medidas de ayuda se caracterizan todas por un enfoque no individualizado, bajo la forma de inversiones globales en el marco de las políticas sociales del

65. Congreso de la República de Colombia. Ley 46 de 1988. *Diario Oficial*, No. 38559, Santafé de Bogotá, 2 de noviembre de 1988.

66. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2707 de 1993. *Diario Oficial*, No. 41159, Cartagena de Indias, 30 de diciembre de 1993.

67. Congreso de la República de Colombia. Ley 368 de 1997. *Diario Oficial*, Año CXXXIII, No. 43037, Santafé de Bogotá, 8 de abril de 1997.

gobierno. Este enfoque será modificado posteriormente con la puesta en marcha de una política especial para la población desplazada por la violencia.

Otros cambios importantes dentro de esta lógica de asistencia tienen lugar con la ley 418 de 1997. Para comenzar, por primera vez, la cuestión de la ayuda a las víctimas es incluida en una ley relativa a las condiciones de negociaciones de paz y de las políticas de desmovilización, desarme y rehabilitación (DDR). Es de resaltar que la cuestión es definida en la ley como una problemática de protección de los derechos y libertades. Finalmente, la protección y ayuda a las víctimas son aspectos considerados a propósito de su participación en los procesos penales. Es en este marco que la definición de “víctima” se vuelve esencial: “aquellas personas de la población civil que sufren perjuicios en su vida, grave deterioro en su integridad personal y/o bienes, por razón de actos que se susciten en el marco del conflicto armado interno, tales como atentados terroristas, combates, ataques y masacres entre otros” (art. 15).

La ley impone también el registro de las víctimas. Esta tarea es una responsabilidad de los comités locales para la prevención y apoyo en caso de desastres, asimilando una vez más los registros de las políticas de emergencia con las de ayuda social. Este registro es centralizado por la RSS, quien decide finalmente quiénes son beneficiarios de la ayuda, otorgada en virtud de un principio de solidaridad social. Esta ayuda debe ser entregada por la misma RSS en un término no superior a un año luego de los hechos que hayan causado el daño.

Se impone hacer algunas observaciones. Para empezar, esta ley adopta los criterios de generales de la responsabilidad civil en materia de indemnización de perjuicios, en donde la prueba de un daño cierto es esencial. Se trata, en principio, de un enfoque individual, que considera los daños sufridos caso por caso. Si bien no se habla de “reparación”, la forma en la que se concreta la ayuda humanitaria implica beneficios también de orden individual. Otro aspecto a destacar es la posibilidad de ser reconocido como beneficiario cuando se ha sufrido un perjuicio a causa de actos violentos “cometidos por motivos políticos o ideológicos”, una medida que amplía la consideración de los actos violentos más allá de los hechos estrictamente ligados a las confrontaciones armadas y por consiguiente, más cercanos a la lógica protectora de los DH.

Finalmente, la ley crea el “Programa de Protección a Víctimas, Testigos, Intervinientes en el Proceso y Funcionarios de la Fiscalía”, dentro de las medidas para asegurar la eficacia de la justicia. Las personas potencialmente beneficiarias deben ser protegidas para recibir una asistencia social.

Esta ley fue concebida en principio para ser aplicada de manera temporal y, más precisamente, durante los cuatro años del gobierno de turno. Sus términos se explican esencialmente por la esperanza del éxito de la política de diálogos de paz del momento. Su validez será prolongada y será sujeta a reformas hasta la adopción de la nueva política del gobierno Uribe (enmarcada en la ley de “justicia y paz”).

En términos institucionales, la RSS fue finalmente reemplazada por la Agencia Presidencial para la Acción social y la Cooperación Internacional,⁶⁸ más conocida como “Acción Social”. Esta institución cambiará completamente la definición de los términos y los objetivos de las políticas públicas relativas a las víctimas. Además de centralizar los recursos de las ayudas internacionales que dependen de la Presidencia de la República, esta agencia inscribe los programas de ayuda social y de ayuda humanitaria en el marco de las políticas del “Plan Colombia”. De esta manera, la recepción de los beneficios de los programas sociales para las poblaciones más desfavorecidas depende de su participación en los programas del gobierno, especialmente el de “Familias en acción” y “Familias guardabosques”.

El primero es un programa de ayuda a la escolarización por hogar y de ayuda alimentaria, el segundo un programa de colaboración financiera con familias que ayuden en la erradicación de cultivos ilícitos. El enfoque “familiarista” de los programas es más que evidente. Constituyen además un ejemplo de *condicional cash transfers* (prestaciones sociales condicionadas), uno de los instrumentos privilegiados de las políticas sociales en América Latina, según el análisis de J. Jenson, en los cuales “el pago de prestaciones sociales a los más pobres está efectivamente condicionado al compromiso de las madres a velar por un tratamiento médico y la escolarización de sus hijos”.⁶⁹

La puesta en marcha de “Acción Social” conduce también a la creación de un sistema de reparación administrativa. La noción de “víctima” se ve así modificada. En contraste, el conflicto armado desaparece, a pesar de que se mencionen los mismos eventos violentos que en la ley anterior.

La reparación administrativa, atribuida a título “solidario”, tiene lugar en los casos en los cuales “una persona muere o sufre una invalidez permanente por pérdida de alguna de sus extremidades”. Se fija un monto en salarios mínimos legales. Los trámites se hacen directamente ante “Acción Social”, a condición de presentar todas las pruebas. A pesar de ser de carácter administrativo, este trámite se inspira en el régimen probatorio de la responsabilidad civil.

Luego de este sobrevuelo acerca de las políticas públicas con enfoque asistencial, es evidente que la población objetivo es por definición aquella que se considera como la más vulnerable. La cuestión de las víctimas gana progresivamente un lugar particular que se volverá central. Esta cuestión se impone en todo caso más en virtud de la cercanía de las nociones de ayuda humanitaria y ayuda de emergencia, sobre todo

68. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2467. *Diario Oficial*, 45976, 21 de julio de 2005.

69. Jane Jenson, “Politiques publiques et investissement social: quelles conséquences pour la citoyenneté sociale des femmes?”, *Cahiers du Genre*, No. 2 (2011): 21-43.

por el hecho de la concepción de las políticas como medidas de orden temporal, ya sea subordinadas a políticas sociales más amplias, o dependientes de las políticas de negociación de paz que buscan resolver así el conflicto.

Por otra parte, la adopción de un enfoque más jurídico de los prejuicios nos parece otro proceso que debe resaltarse. A pesar de que el elemento de la reparación es introducido como una figura de orden administrativo, se estructura a partir de elementos del derecho de la responsabilidad en donde la individualización y la prueba del perjuicio son esenciales. Este enfoque jurídico implica también el establecimiento de criterios de responsabilidad que deben determinar, al menos, el patrimonio obligado a pagar las eventuales reparaciones.

En materia de reconocimiento y protección a las mujeres, los efectos de estos últimos cambios institucionales pueden resumirse así: de un régimen de consideración del género como una situación de vulnerabilidad *in abstracto*, pasamos a un régimen en donde hay que probar el impacto de la guerra por el hecho de ser mujer.

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS POLÍTICAS DE DH Y DIH

Dar cuenta, por lo menos panorámica, de las instituciones y políticas en materia de DH y DIH excede los límites de la presente reflexión. Por eso nos limitamos a recoger los aspectos de nuestro análisis que nos parecen los más relevantes para continuar con el paralelo propuesto.

Para efectos de sintetizar el análisis, identificamos cuatro tipos de políticas.⁷⁰ Estas se estructuran esencialmente en torno a dos criterios: en consideración de violaciones específicas a los DH, o teniendo en cuenta la identificación de una población afectada por el conflicto armado de una forma particular. El primer criterio delimita las políticas a favor de la población desplazada por la violencia, contra el reclutamiento de menores y a favor de las personas víctimas de las minas antipersonales respectivamente. El segundo criterio concierne las medidas dirigidas a las familias de las perso-

70. Aunque el corpus documental analizado es más amplio, presentamos aquí las referencias básicas al respecto: “Plan de Acción para la prevención y atención del desplazamiento forzado”, propuesto en el Documento Conpes 3057, aprobado en noviembre de 1999 y complementado en 2001 por el Conpes 3115 de ese mismo año; la ley 387 de 1997, que crea el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (SNAIPD), el “Programa Especializado y Modalidades para la Atención a Niños, Niñas y Adolescentes que se Desvinculan de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley”, regulado por la Resolución No. 6020, 30/12/2010; el “Programa Presidencial para la Acción Integral contra Minas”, definido por la ley 759 de 2002 y reglamentado por el Decreto 2150 de 2007; finalmente, la ley 782 de 2002 de regulación de los programas de Desmovilización, Desarme y Reintegración (DDR) de combatientes.

nas desmovilizadas, así como la población desmovilizada directamente, considerada a veces como víctimas.

Nos parece que no es necesario entrar en mucho detalle acerca de la puesta en marcha de cada una de estas políticas para resaltar la multiplicidad de nociones de “víctima”, así como la variedad de regímenes jurídicos, de eventuales beneficios y sobre todo, de criterios tenidos en cuenta para cada uno de los casos. En resumen, al pasar revista a cada una de estas políticas se constata la explosión o fragmentación de la categoría de víctima.

Finalmente, esta multiplicidad de respuestas institucionales muestra una construcción que delimita quién puede ser visto o considerado como víctima y en razón de cuáles efectos, pero de una forma coyuntural y parcial. Esto puede explicarse por la evolución del conflicto armado, de las reivindicaciones sociales, de las presiones y de las prioridades de las agendas internacionales de cooperación (la lista de factores incluso podría prolongarse). En todo caso, conforme a nuestro análisis, lo que nos importa subrayar es el mensaje difundido en el espacio público de opinión legítima.

En este sentido, identificamos tres aspectos que resuenan luego de la presentación de todas estas políticas:

- Un primer aspecto es la lógica reactiva que caracteriza las políticas de cara a las víctimas. Dentro de estas políticas no se ve un esfuerzo por construir una visión de conjunto del conflicto armado y de sus repercusiones, más bien se trata de tentativas para remediar sus efectos. Es en este marco que la cuestión de la “perspectiva de género” se plantea. Si ciertas leyes han previsto disposiciones específicas para las mujeres, no hay una reflexión fundadora relativa al peso de las desigualdades de género en los diferentes procesos de victimización.
- Al mismo tiempo, la suma de las diferentes respuestas estatales no permite construir al final de cuentas una noción de víctima más universal. Esta sectorización constituye un segundo aspecto importante a señalar, pues no refleja una organización específica de la acción pública, sino que formaliza estatus jurídicos diferentes entre personas implicadas en el conflicto armado en donde los criterios de justificación no son muy claros. Estas distinciones no corresponden a criterios “clásicos” como el de distinción entre civil y combatiente por ejemplo.
- En contraste, estos criterios invitan a construir “identidades” específicas de las víctimas, tercer aspecto que queremos subrayar. Y por este hecho, tanto del lado de los funcionarios, tanto del de las activistas, se habla de personas “desplazadas”, “secuestradas”, “reclutadas”, etc. Esas distinciones además generan eventualmente una competencia entre los diversos tipos de víctimas. Y entre los llamados “pobres históricos” y las víctimas del conflicto armado.

CONCLUSIÓN

El análisis propuesto pone de manifiesto la aparición tardía de la problemática de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia, tanto en los esfuerzos activistas feministas, pero sobre todo, en la acción pública. Dicho de otra forma, en un país determinado y estructurado en función o como consecuencia de las dinámicas de guerra, especialmente en los últimos 60 años, las preocupaciones de resorte institucional que integran la problemática pueden situarse en la segunda mitad de la década de 1990. Y, dentro de este panorama, el espacio menos protagónico al respecto lo constituye el feminismo de Estado.

Estas consideraciones, además de mostrar las dificultades propias de la incidencia feminista en la esfera de la acción pública, y en general para que la problemática se inscribiera en la agenda estatal, permite poner de presente las deficiencias de los primeros esfuerzos institucionales por asumir las consecuencias de la guerra para la vida de las mujeres.

Más concretamente, y como reflexión de cierre, encontramos que, aun cuando la problemática fue finalmente acogida en la acción pública, en todos los procesos, normativos e institucionales, no hubo una construcción de una visión de conjunto del conflicto armado ni de las desigualdades de género en los diferentes procesos de victimización, todo lo cual evidencia el desafío que han representado las complejidades del conflicto armado, en consonancia con la dimensión de género, tanto para el activismo como para la acción pública en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

- Garcés, Elena, y Adriana Marulanda. "Women in Colombia: 'you forge your path as you walk'". En Janet Mancini Billson y Carolyn Fluehr-Lobban, edit., *Female Well-Being. Toward a Global Theory of Social Change*. s. l.: Zed Books, 2005.
- García Villegas, Mauricio, edit. *Sociología jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- Garrido Lopera, Rafael. "Currie, Lauchlin". En Camilo Calderón, edit., *Gran Enciclopedia de Colombia*, vol. 10 y 11. Bogotá: Círculo de Lectores, 1991. Disponible en <http://www.banrepultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/personalidades_internacionales>.
- Gelb, Joyce, y Vivien Hart. "Feminist Politics in a Hostile Environment: Obstacles and Opportunities". En M. Giugni, D. McAdam y C. Tilly, edit., *How Social Movements Matter*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999.
- Gusfield, Joseph. *La Culture des problèmes publics. L'alcool au volant: la production d'un ordre symbolique*, traducido por Daniel Cefaï. París: Économica: Coll. Études sociologiques, 2009.

- Hancock, L., edit. "Women's policy interests in the market state". En *Women, Public Policy and the State*. South Yarra: Macmillan Education, 1999.
- Jenson, Jane. "Politiques publiques et investissement social: quelles conséquences pour la citoyenneté sociale des femmes?". *Cahiers du Genre*, No. 2 (2011).
- Jenson Jane, y Éléonore Lépinard. "Penser le genre en science politique. Vers une typologie des usages du concept". *Revue française de science politique*, vol. 59 (2009).
- Katzenstein, M. F. *Faithful and Fearless. Moving Feminist Protest inside the Church and Military*. Princeton: Princeton University Press, 1998. Citada por Laure Bereni y Anne Revillard, "Un mouvement social paradigmatique?, Ce que le mouvement des femmes fait à la sociologie des mouvements sociaux". *Sociétés contemporaines*, No. 85 (2012).
- Lascoumes, P., y P. Legales. *Sociologie de l'action publique*. París: A. Colin Collection, 2012.
- Lemaitre Ripoll, Julieta. *El derecho como conjuro*. Bogotá: Uniandes/Siglo del Hombre Editores, 2009.
- León, Magdalena. "El género en la política pública de América Latina: neutralidad y distensión". *Análisis Político*, No. 20 (1993).
- León, Magdalena, y Carmen Diana Deere. "Introducción: Hacia una síntesis de la época". En *La mujer y la política agraria en América Latina*. Bogotá: Siglo XXI Editores/Asociación Colombiana para el Estudio de la Población, 1986.
- Lochak, Danièle. *Les droits de l'Homme. Que sais-je?* París: La Découverte, 2009.
- Marques-Pereira, Bérengère. "L'accès des femmes à l'espace public: du local au national, de l'international au transnational. L'exercice de la responsabilité publique et les rapports de genre en Amérique latine". En *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. s. l.: Coloquios, 2008.
- Marques-Pereira, Bérengère, y Roland Pfefferkorn. "Genre, politiques sociales et citoyenneté: enjeux et recompositions Introduction". *Cahiers du Genre*, No. 2 (2011).
- Marques-Pereira, Bérengère, Petra Meier y David Paternotte, dir. *Au-delà et en deça de l'État. Le genre entre dynamiques transnationales et multi-niveaux*. Louvain-la-Neuve: Bruylant-Academia, 2010.
- Mazur, Amy. *Theorizing Feminist Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Moller Okin, Susan. "Le genre, le public et le privé". En T.-H. Ballmer-Cao, V. Mottier y L. Sgier, edit., *Genre et politique. Débats et perspectives*. París: Gallimard-Folio, s. a.
- Moreno Parra, Héctor Alonso. "La Constituyente: un acuerdo político para la paz". *Semanario Virtual Caja de Herramientas*. Ed. No. 00255, Semana del 20 al 26 de mayo de 2011. Disponible en <<http://viva.org.co/cajavirtual/svc0255/articulo06.html>>.
- Motta, Cristina, y otras, edit. *Observatorio legal de la mujer: el legado de la Constitución*. Bogotá: Universidad de los Andes/Facultad de Derecho/Centro de Investigaciones Socio-jurídicas CIJUS, 1998.
- Muller, Pierre. "Référentiel". En Laurie Boussaguet y otros, dir., *Dictionnaire des politiques publiques*. París: Presses de Sciences Po, 2010.
- Peláez Mejía, Margarita María, y Luz Stella Rodas Rojas. *La política de género en el Estado colombiano: un camino de conquistas sociales*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2002.

- Prieto, C. A., C. Rocha e I. Marín, “Seis tesis sobre la evolución reciente del conflicto armado en Colombia”. Fundación Ideas para la Paz, 23 de septiembre de 2014. Disponible en <<http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1053>>.
- Quintero, Beatriz. “Las Mujeres Colombianas y la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, Participación e Impactos”. En *Seminario Internacional: Reformas Constitucionales y Equidad de Género*. Santa Cruz de la Sierra: CEPAL/Unidad Mujer y Desarrollo, 2005.
- Revillard, Anne. “Entre arène judiciaire et arène législative. Les stratégies juridiques des mouvements féministes au Canada”. En Jacques Commaille y Martine Kaluszynski, dir., *La fonction politique de la justice*. París: La Découverte, 2007.
- Romero, Mauricio. “Movilizaciones por la paz, cooperación y sociedad civil en Colombia”. En Mauricio Archila y Mauricio Pardo, edit., *Movimientos sociales, Estado y democracia en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/Centro de Estudios Sociales/ICANH, 2001.
- Sánchez, Olga Amparo. “Vindicaciones feministas por una vida libre de violencias para las mujeres”, Capítulo II (extracto). En *Las Violencias contra las mujeres en una sociedad en guerra*. Bogotá: s. e.: 2008.
- Saurugger, Sabine. “Groupe d’intérêt”. En *Dictionnaire des politiques publiques*. s. l.: Presses de Sciences Po, 2010.
- Suárez, Nelly del Carmen. “Políticas de mujer rural en Colombia. Una aproximación analítica desde la perspectiva de género”. En *Agronomía*, vol. 13, No. 2 (2005).
- Verdad Abierta. “Desarme y desmovilización”, publicado el 21/08/2008. Disponible en <<http://www.verdadabierta.com/component/content/article/44-procesos-judiciales-justicia-y-paz/137-desmovilizacion-y-desarme->>.
- Villarreal Méndez, Norma. “1991-2008. Las mujeres colombianas entre el estado social de derecho y el conflicto armado”. *Anuario de Hojas de Warmi*, No. 14 (2009).
- Waylen, Georgina. “Le genre, le féminisme et l’État: un survol”. En *Genre et Politique. Débats et perspectives*. París: Gallimard, 2000.
- Wills, María Emma. *Inclusión sin representación. La irrupción política de las mujeres en Colombia 1970-2000*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2007.

OTROS

- Congreso de la República de Colombia. Ley 46 de 1988. *Diario Oficial*, No. 38559, Santafé de Bogotá, 2 de noviembre de 1988. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2707 de 1993. *Diario Oficial*, No. 41159, Cartagena de Indias, 30 de diciembre de 1993.
- . Ley 368 de 1997. *Diario Oficial*, Año CXXXIII, No. 43037, Santafé de Bogotá, 8 de abril de 1997.
- Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer. “Mujeres constructoras de paz y desarrollo. Una política nacional orientada a la paz, la equidad y la igualdad de oportunidades”. Bogotá: Presidencia de la República. Colombia, 2009.

Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. “Observaciones del Estado colombiano al Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Colombia, 2007”. En *Programa Presidencial para los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario*. Disponible en <<http://historico.derechoshumanos.gov.co/Prensa/Comunicados/2008/Paginas/070305a.aspx>>.

Departamento Administrativo de la Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1182 de 1999. *Diario Oficial*, No. 43626, 29 de junio de 1999.

DINEM. Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer. “Informe de gestión. Agosto 1998-octubre 1999”. Bogotá, diciembre de 1999.

Ministerio de Relaciones Exteriores. Seminario “Mujeres, Paz y Seguridad: implementación en Colombia de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas”. Bogotá: Palacio de San Carlos, 2009.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1440 de 1995. *Diario Oficial*. Año CXXXI. No. 41983, 31 de agosto de 1995.

---. Decreto 1878 de 1990. *Diario Oficial*. Año CXXVII. No. 39506, 17 de agosto de 1990.

---. Decreto 2467 de 2005. *Diario Oficial*, 45976, 21 de julio de 2005.

Presidencia de la República. “Violencia de género y conflicto armado. Informe de interventoría de un proyecto de investigación”. Bogotá, 2003.

Procuraduría General de la Nación. “Comisarías de Familia. Línea de Base Nacional”. *Procurando la Equidad*, No. 6, *Vigilancia superior a la garantía de los derechos desde la perspectiva de género*. Bogotá: LEGIS, 2011.

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2016.

Fecha de aprobación: 4 de marzo de 2017.

Implicaciones de la criminalización del aborto en Ecuador

Elsa Guerra Rodríguez*

El aborto libre como *opción de las mujeres*, ha venido siendo un recurso para dignificar la vida humana. El aborto libre como *opción de las mujeres*, es un recurso fundamental, entre otros, para recrear la maternidad, banalizada como trabajo propiamente animal, “descualificado”, a la vez que sometida a normas de crianza autoritaria. No es solo un asunto de derechos individuales de las mujeres, sino los que es imposible apoyar el desarrollo pleno de una vida humana, sino también de derechos comunes; es un recurso necesario para la gestión de una vida digna en la diversidad.

Andrea Aguirre

RESUMEN

El artículo evidencia el carácter ineficaz y anacrónico de la penalización del aborto, ya que, además de generar graves violaciones a los derechos de las mujeres, ha provocado que los índices de morbilidad femenina continúen creciendo, y que los núcleos familiares, la sociedad y el Estado sean los afectados. Adicionalmente, visibiliza la manera en que la criminalización de la interrupción del embarazo se configura en un dispositivo de control del cuerpo femenino y de exigencia de la observancia de un contrato reproductivo impuesto por el sistema patriarcal. Finalmente, plantea algunas alternativas frente a la necesidad de reducir los índices alarmantes del aborto clandestino en Ecuador, y de la demanda feminista de reconocimiento de las mujeres como sujetos plenos y capaces de autodeterminarse en el campo reproductivo.

PALABRAS CLAVE: criminalización del aborto, mujeres, género, interseccionalidad, derechos constitucionales, feminismos, patriarcado.

ABSTRACT

The article demonstrates the ineffective and anachronistic nature of the criminalization of abortion, since in addition to generating serious violations of women's rights, it has caused that the female morbidity and mortality rates continue growing,

* Docente de planta de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

and that the family nucleus, society and the State are the affected. Additionally, it makes visible the way in which the criminalization of the interruption of pregnancy is configured as a device for the control of the female body and the requirement of the observance of a reproductive contract imposed by the patriarchal system. Finally, it raises some alternatives to the need to reduce the alarming rates of clandestine abortion in Ecuador, and the feminist demand for recognition of women as full subjects capable of self-determination in the reproductive field.

KEYWORDS: criminalization of abortion, women, gender, intersectionality, constitutional rights, feminism, patriarchy.

FORO

INTRODUCCIÓN

Resulta paradójico que, mientras el marco constitucional ecuatoriano mediante varios de sus enunciados normativos prohíbe algunas de las formas de opresión y discriminación, la vigencia de normas infraconstitucionales, como la penalización de la interrupción del embarazo, se instituye en uno de los mecanismos que restringe de forma irrazonable el ejercicio de los derechos de las mujeres diversas.

En este sentido, el presente artículo busca evidenciar el carácter anacrónico de la penalización del aborto y la necesidad de bosquejar nuevas alternativas que, además de replantear esta realidad social ecuatoriana, cristalicen la posibilidad de consolidar una mirada transformadora del derecho y de la sociedad, que observe a la mujer como un fin en sí misma.

Para cumplir con este objetivo, este documento se divide en tres subtemas. El primero analizará la incidencia del aborto clandestino e inseguro en Ecuador como un problema de salud pública que afecta la integridad personal y vida de las mujeres que deciden abortar, la sociedad y el Estado; el segundo evidenciará la forma en que estas afectaciones provocadas por la penalización de la interrupción del embarazo se traducen en la afectación de un sinnúmero de derechos constitucionales y humanos y la forma cómo su tipificación no cumple eficazmente con la protección de la potencial vida del no nato; y el tercero examinará las implicancias simbólicas articuladas de la manera en que la criminalización del aborto voluntario constituye una herramienta patriarcal para instrumentalizar el cuerpo de las mujeres diversas.

IMPLICANCIAS OBJETIVAS Y SIMBÓLICAS DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO EN ECUADOR

LAS AFECTADAS POR LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO Y SU PRÁCTICA CLANDESTINA: LAS MUJERES DIVERSAS, LA SOCIEDAD Y EL ESTADO

El aborto es la segunda práctica ginecológica más habitual. En América Latina su incidencia es alarmante. Por ejemplo, en Brasil, se ejecutan un millón de interrupciones de embarazos anualmente. En Perú de cada 7 mujeres 1 aborta.¹

En la realidad ecuatoriana, la práctica del aborto clandestino e inseguro es aún más grave. Según CLACAI, Ecuador es el país donde se practican con mayor frecuencia abortos en Latinoamérica.² Alrededor de 95.000 mujeres interrumpen sus embarazos anualmente. Frente a este índice, el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) ha indicado que cada año se realizan 200 abortos legales,³ circunstancia que implica que el resto de abortos se practica de forma oculta y, consecuentemente, con un alto grado de peligrosidad para la protección de la integridad personal y vida de las mujeres.⁴

Estos índices como efecto de la criminalización del aborto voluntario han generado afectaciones graves e irreparables en la vida e integridad de las mujeres, en los núcleos familiares, en la sociedad y en el mismo Estado.

-
1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Audiencia temática: criminalización del aborto en Sudamérica*, 15 de marzo de 2006.
 2. Colectivo Político Luna Creciente, *Estado de arte de derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres en el Ecuador* (Quito: Fondo de Cooperación al Desarrollo de Solidaridad Socialista Belga, 2013), 28-9.
 3. Sara Larrea, *Diagnóstico de la situación de la promoción, oferta y demanda de la anticoncepción de emergencia en Loja, Guayas, Pichincha, Esmeraldas y Chimborazo* (Quito: Fundación Desafío y Coordinadora Juvenil por la Equidad de Género, 2010), 15.
 4. El Código Orgánico Integral Penal señala: “Artículo 149. Aborto consentido. La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Artículo 150. Aborto no punible. El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos: 1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental”.

Respecto a la vida e integridad femenina, cabe mencionar que las mujeres conminadas por diversas motivaciones recurren a la práctica de abortos clandestinos, circunstancia que en la mayoría de los casos genera afectaciones a su vida e integridad personal. Frente a la mortalidad materna, la Organización Mundial de la Salud ha señalado que el 13% de las muertes maternas a nivel mundial se producen por causa de abortos en condiciones inseguras. En Latinoamérica y el Caribe, alrededor de 5.000 mujeres fallecen por esta práctica en circunstancias de clandestinidad.⁵ Según ENDEMAIN, el aborto en Ecuador es la segunda causa de muertes maternas, provocadas en su mayoría por hemorragias.⁶

En el caso de la integridad de la mujer, esta sufre afectaciones físicas y psicológicas, siendo la interrupción del embarazo la primera causa de morbilidad materna en Ecuador. Esta afirmación implica que un alto porcentaje de mujeres se someten a tratamientos de prorrogada duración para su recuperación, y otro grupo soporta daños permanentes por esta práctica en circunstancias inseguras.⁷

Además de las afectaciones físicas, se evidencian *daños psico-emocionales* generados por el proceso de culpa que se agudizan a partir del rechazo social como medida de sanción moral impuesta en sociedades patriarcales como la ecuatoriana:

En el caso de la Maternidad Isidro Ayora de la ciudad de Quito, por ejemplo, se reportó que a pesar de que existen mecanismos más eficaces, económicos, menos dolorosos y sencillos para retirar restos ovulares en caso de abortos incompletos, como la Aspiración Manual Endouterina (AMEU), todavía se ejecutan los legrados tradicionales, cuyo procedimiento es más complejo, doloroso y requiere mayor tiempo de recuperación. Esta condición permite entrever la forma en que el personal hospitalario reprime física y moralmente el comportamiento de la mujer al decidir abortar, situación que se reproduce en otros centros hospitalarios del Ecuador.⁸

Finalmente, además de ser víctimas de aislamiento y prejuicio como un mecanismo de castigo, las mujeres recurren en algunos casos al suicidio como forma de huir de este proceso de exclusión y muerte social.⁹

-
5. Coordinadora Política Juvenil por la Equidad de Género, *¡De eso no se habla!* (Quito: CPJ), 13.
 6. Virginia Gómez de la Torre, "Derechos económicos, sociales y culturales. La salud de las mujeres al 2010 en el Ecuador", en *Informe Derechos Humanos Ecuador 2009-2010* (Quito: Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2011), 118.
 7. Ver sobre las afectaciones físicas de las mujeres provocadas por la práctica del aborto clandestino en Aníbal Faúndes y José Barzelatto, *El drama del aborto. En busca de consensos* (Buenos Aires: Paidós, 2011).
 8. Elsa Guerra, "La constitucionalidad del aborto voluntario en Ecuador" (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013), 32. Ver María Rosa Cevallos, *El temor encarnado* (Quito: FLACSO Ecuador, 2012).
 9. Ver Virginia Gómez y Marta López, *Decisiones Cotidianas* (Quito: Fundación Desafío/Hivos, 2011), 53.

En el caso de las afectaciones en los núcleos familiares y en la sociedad por la ilegalidad del aborto, cabe mencionar que el menoscabo a la vida e integridad femenina, a causa de una interrupción del embarazo practicada en circunstancias inadecuadas, también produce efectos negativos en la familia y en la sociedad. Esta afirmación tiene asidero en el rol fundamental que cumplen las mujeres tanto dentro como fuera del hogar, no solo por su capacidad reproductiva sino productiva. Según CLADEM, “las estadísticas nacionales muestran que las mujeres tienen [...] mayor carga global de trabajo que los hombres (9 horas), dedican 20 horas más en promedio por semana al trabajo doméstico y son responsables del 75% del tiempo dedicado al cuidado de niños-as”.¹⁰

Estas cifras evidencian el papel que desempeñan las mujeres, sobre todo en países como Ecuador donde todavía existe un impacto de la división de roles de género, circunstancia que implica que, además de la carga laboral que cumplen fuera de casa, son el eje angular del cuidado de los niños, de las tareas domésticas, entre otras actividades.¹¹

Respecto a las secuelas del aborto clandestino frente al Estado, en Ecuador, a inicios del año 2000, “los egresos hospitalarios del país por aborto representaron el 4%, ocupando el primer lugar de la morbilidad femenina, excluyendo la atención de los partos. En 2008, la situación no varió en términos porcentuales, representando el 3,6%”.¹² Por lo tanto, además de la pérdida de fuerza de trabajo dentro y/o fuera de la esfera privada del hogar, el Estado gasta en la recuperación de las afectaciones que viven las mujeres que interrumpieron su embarazo en circunstancias clandestinas e inseguras.

Finalmente, se evidencia una *condición de interseccionalidad*¹³ en el caso del aborto clandestino, por cuanto su ilegalidad aqueja con distinta intensidad a las mujeres de acuerdo a sus diversas subjetividades, rasgos distintivos y condiciones de vida

10. Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), investigación 2009.

11. Además se calcula que se ha perdido un aproximado de 1'800.000 años de la vida productiva de las mujeres a causa del aborto clandestino a nivel mundial, de los cuales el 98% pertenecen a las mujeres que residen en Estados subdesarrollados. Henry Espinoza y Lizbeth López, “Aborto inseguro en América Latina y el Caribe: definición del problema y su prevención”, *Gaceta Médica de México*, vol. 139, suplemento 1 (julio-agosto 2003): 12. Disponible en <<http://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2003/gms031c.pdf>>.

12. De la Torre, “Derechos económicos, sociales y culturales. La salud de las mujeres al 2010 en el Ecuador”, 118.

13. Ver la explicación de este concepto en Alejandra de Lama Ayma, *Discriminación múltiple I* (Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona/Organización de las Naciones Unidas/Comité de la CEDAW), Recomendación No. 28.

específicas en un tiempo y espacio determinado.¹⁴ Por ejemplo, el aborto efectuado en clínicas y con acompañamiento médico se ha convertido en un negocio rentable para cierta parte del mercado, e inaccesible para las mujeres pobres, constituyéndose este hecho social en un problema de clase.

Esta circunstancia ha obligado a que las mujeres de condiciones económicas limitadas históricamente busquen otras alternativas para interrumpir su embarazo, tales como el uso de alambres, sondas, palillos, detergentes, vinagre, raíces, ácidos, dosis inadecuadas de pastillas anticonceptivas, entre otros métodos.¹⁵

Respecto a las adolescentes, estas reciben con especial incidencia los efectos de la penalización del aborto consentido, ya que sufren una restricción a su autodeterminación atada a un doble proceso de imposición, primero, por parte del carácter adultocéntrico de la sociedad que, al observar a la juventud como un grupo asexualizado e incapaz de decidir sobre su cuerpo de forma responsable, limita el acceso efectivo al uso de métodos anticonceptivos,¹⁶ y, segundo, frente a una cultura patriarcal que apoyada en la penalización del aborto voluntario ha provocado que “de las hospitalizaciones por abortos clandestinos, entre el 10 y el 21% [sean] adolescentes”,¹⁷ y que 1 de cada 10 muertes maternas sea una adolescente.¹⁸

Adicionalmente, esta imposición ha logrado que un alto porcentaje de embarazos no deseados pertenezca a la población de niñas y adolescentes:

Según un estudio de la Organización Mundial de la Salud (OMS), [...] cada año se producen en el mundo 2 millones de partos de niñas menores de 15 años. De acuerdo a este estudio, América Latina y el Caribe es la única región donde los partos de niñas de menos de 15 años aumentaron, y se prevé que sigan aumentando al menos hasta el 2030. De acuerdo

14. En el caso de las mujeres indígenas y afroecuatorianas, el aparato estatal debería, generando un proceso de respeto a la cosmovisión de estos pueblos y a la decisión clara de la mujer frente a la intervención o no del Estado, asegurar el acceso a una atención médica oportuna que posibilite, por un lado, el uso de métodos anticonceptivos que es casi nulo (cinco veces menor que en la población mestiza), y viabilice la protección de la vida y salud de las mujeres antes, en el proceso y después de la interrupción de un embarazo. Ver Encuesta Demográfica y de Salud Materna e Infantil del Ecuador ENDEMAIN, 2004, 31.

15. Tomas Frejka, Lucille Atkin y Olga Toro, *Programa de investigación para la prevención del aborto inducido en condiciones riesgosas y sus consecuencias adversas en América Latina y el Caribe* (México: The Population Council, 1989), 18. Ver Radhira Coomaraswamy, “Informe de la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Buenos Aires (2001): 365.

16. Ver Plan V, “Plan Familia Ecuador o un retroceso de cien años”, *Plan V*, 14 de marzo de 2015.

17. Coordinadora Política Juvenil por la Equidad de Género, *¡De eso no se habla!*, 14.

18. Ministerio de Salud Pública, *Plan Nacional de Reducción Acelerada de la Mortalidad Materna y Neonatal*, septiembre de 2008, 20.

a este Organismo, en América Latina entre el 20% (una de cada 5 mujeres) y el 9% de las entrevistadas declaró haber sufrido abuso sexual en la infancia.¹⁹

Estos datos, además de demostrar al aborto clandestino como un hecho social cuya práctica es recurrente por encima de su criminalización, permite entrever la penalización de la interrupción del embarazo como aquella parte del derecho anacrónico que se construye sin mirar ni comprender la realidad, circunstancia que perjudica de forma significativa a las mujeres, a la sociedad y al Estado.

LA CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO RESTRINGE IRRAZONABLEMENTE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y HUMANOS DE LAS MUJERES

La Constitución ecuatoriana de 2008 incluye importantes avances respecto a la tutela de las mujeres diversas. Esta condición abarca la ampliación del contenido de varios derechos, y la garantía constitucional de la plena exigibilidad y justiciabilidad de los mismos, así como la obligatoriedad del establecimiento de medidas judiciales que tutelen a las mujeres y reparen integralmente sus derechos desde un enfoque de género e intercultural.²⁰

Paralelamente, se instituye en una obligación de las instituciones públicas y privadas al observar las disposiciones contenidas en el derecho internacional de derechos humanos²¹ que salvaguarden y garanticen la igualdad de género en la materialización de los derechos de las mujeres de cara al principio *pro persona*.²²

Paradójicamente, aunque se resaltan estos destacados progresos en el campo jurídico, todas las afectaciones antes descritas provocadas por la penalización del aborto generan serias restricciones al ejercicio de los derechos constitucionales y humanos de las mujeres diversas, entre los que se destacan: el derecho a la vida, al libre de-

19. Inter-American Commission of Women, *Informe hemisférico sobre violencia sexual y embarazo infantil en los Estados Parte de la Convención de Belém do Pará* (Washington D. C.: OEA, 2016), 11.

20. A pesar de los avances normativos antes señalados, cierto contenido de la Constitución ecuatoriana de 2008 todavía responde a planteamientos estereotipados marcados por el patriarcado y otros sistemas de dominación. Por ejemplo, la imposibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan adoptar a un niño o niña, o puedan contraer matrimonio, son una muestra del carácter discriminatorio y patriarcal que todavía se encuentra enraizado en sociedades como la ecuatoriana.

21. Ver Danilo Caicedo, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución”, *FORO: Revista de Derecho*, No. 12, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ Corporación Editora Nacional (2009).

22. Ver Ximena Medellín, *Principio Pro persona* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013).

sarrollo de la personalidad, a la salud, a la autonomía reproductiva, al principio de igualdad, la prohibición de discriminación, vida digna, intimidad, integridad personal, así como al principio de dignidad humana.

En el caso de la tutela a la salud, la Constitución ecuatoriana ha ampliado su contenido para observar este derecho desde su carácter integral, no solo desde su ámbito curativo sino preventivo, correlacionando particularmente su efectividad con la protección a la vida e integridad personal, y enfocando gran parte de su ejercicio en la cristalización de los derechos sexuales y reproductivos.

A pesar de este marco constitucional de protección, la penalización del aborto consentido restringe el acceso a una atención médica oportuna, y, en consecuencia, al ejercicio del derecho a una salud reproductiva. Por ello los organismos internacionales de protección de los derechos humanos han recomendado a los Estados que penalizan el aborto de forma total o parcial reformular su normativa con la finalidad de asegurar el acceso a la salud a las mujeres, mediante un servicio médico óptimo, y precautelar la cristalización de los derechos humanos. Además, han recalcado que la despenalización constituiría una forma de frenar los altos índices de abortos clandestinos e inseguros.²³

Respecto al derecho a la vida e integridad personal de las mujeres, tanto la Constitución ecuatoriana como el derecho internacional de derechos humanos prohíben toda acción u omisión que cause afectaciones en la integridad física, psíquica y emocional de las personas; sin embargo, la penalización del aborto articulada al carácter moral de la sociedad patriarcal genera una vulneración irrazonable de este derecho, que provoca en numerosas ocasiones un menoscabo al derecho a la vida de las mujeres.

En el Caso *Llantoy Huamán vs. Perú*, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas fue claro en aseverar que “el derecho a la vida no puede entenderse de manera restrictiva, sino que de hecho requiere que los Estados adopten medidas positivas para su protección, incluyendo las medidas necesarias para evitar que las mujeres recurran a abortos clandestinos que pongan en peligro su salud y su vida especialmente cuando se trata de mujeres pobres”.²⁴

En este mismo contexto, este Comité estableció que la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes involucra, además del sufrimiento físico, aquel

23. El Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017 afirma que “en el caso de la tasa de mortalidad materna [...] no se ha logrado impactar en este indicador, que ha oscilado entre 48,5 y 69,7 entre 2001 y 2010”. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo del Ecuador, *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017* (Quito: SEN-PLADES), 137.

24. Organización de las Naciones Unidas, Dictamen del Comité de Derechos Humanos No. 1153/2003, 85 Período de Sesiones, 17 de noviembre de 2005.

articulado a connotaciones emocionales, condición que implica que las manifestaciones de rechazo social y el sentimiento de culpa a causa de la ilegalidad de la interrupción voluntaria del embarazo transgreden la integridad psíquica y moral, provocando una especie de tortura y autoflagelación.²⁵

Frente a este escenario, es necesario resaltar que la normativa constitucional e internacional permitiría derogar la penalización del aborto voluntario,²⁶ que, articulada a los estereotipos marcados por el patriarcado, es contraria, entre otros derechos, al ejercicio de los derechos reproductivos, y a los estándares de protección de los derechos humanos de las mujeres como se procede a demostrar.

En el primer caso, la Constitución ecuatoriana estipula, como parte de los derechos reproductivos, la posibilidad de decidir cuándo y cuántos hijos tener.²⁷ Este reconocimiento constitucional tiene consonancia con los estándares del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo, así como con la Recomendación de la Organización Panamericana de la Salud que resalta, como parte de la materialización de una salud sexual y reproductiva, la posibilidad de que “las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuando y con qué frecuencia”.²⁸ El ejercicio de este derecho, articulado a la cristalización de la igualdad material y el principio de dignidad humana, podría generar, como lo señala Ferrajoli, un derecho sexuado o “*derecho-poder* por así decir *constituyente*, de tipo pre- o meta-jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina”,²⁹ que permita asegurar a las mujeres el acceso a una interrupción del embarazo en condiciones adecuadas.

En segundo lugar, a pesar de que la potencial vida del no nato es considerada como un fin legítimo de protección estatal, su estándar de resguardo se ha reducido frente al amparo de los derechos de las mujeres en el caso de la interrupción del embarazo.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de efectuar una interpretación histórica y sistemática de los antecedentes y trabajos preparatorios de la normativa del Sistema Interamericano, ha sostenido que ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño o la Declaración Universal de

25. *Ibíd.*

26. Es necesario aclarar que la despenalización no genera automáticamente una legalización de esta práctica.

27. Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial*, No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 66.

28. Organización Panamericana de la Salud, *Salud en las Américas 2007*, vol. I, *Regional* (Washington D. C.: OPS, 2007), 151.

29. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 2a. ed. (Madrid: Trotta, 1999), 85.

los Derechos Humanos le otorgan el estatus de persona al embrión;³⁰ por lo tanto, “las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida”.³¹ Es decir que, aunque el producto de la concepción requiere una protección objetiva estatal, no es considerado una persona y, por lo tanto, no se le ha otorgado la capacidad plena de exigibilidad y justiciabilidad de derechos como sucede con la mujer haya o no interrumpido su embarazo.

Además, la Corte cuestiona la posibilidad de entender “el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”,³² como sucede en el caso de la penalización del aborto, ya que esta tipificación provoca la restricción del ejercicio pleno de varios derechos constitucionales y humanos de las mujeres y genera graves afectaciones. Finalmente, este órgano reconoce que la protección a la vida del no nato debe ser gradual, y debe incrementarse de acuerdo al grado de viabilidad del no nacido. Esta interpretación incide en el peso que en la mayoría de países latinoamericanos se le ha otorgado tradicionalmente a la tutela de los derechos de las mujeres frente a la potencial vida del no nato, así como evidencia la necesidad de buscar nuevas alternativas que replanteen las consecuencias jurídicas y sociales del aborto clandestino e inseguro, tales como su despenalización, la legalización del mismo de acuerdo a leyes de plazo como han surgido en varios países, entre otras opciones.³³

Finalmente, si bien la penalización de la interrupción voluntaria de la gestación ha sido generada con la finalidad de evitar cualquier menoscabo a la vida potencial desde la concepción, comprendido como un bien jurídico protegido por el Estado,³⁴ la realidad del aborto clandestino evidencia su clara ineficacia frente al cumplimiento de esta obligación objetiva del aparato estatal, por cuanto el promedio anual de crecimiento de interrupciones de embarazo en el país en el período de 1998 a 2008 fue del 7%.³⁵

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

31. *Ibid.*, párrafo 253.

32. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 75.

33. En países como Cuba, México y Uruguay se ha reconocido la necesidad de legalizar el aborto voluntario dentro de las 12 primeras semanas de gestación, como mecanismo de solución de un conflicto que requiere ser visibilizado y resuelto, constituyéndose en un proceso rupturista en América Latina, que replantea la forma de analizar los derechos de libertad de la mujer respecto a su cuerpo, desarrollo, dignidad y su relación con el nonato.

34. Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial*, No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 45.

35. De la Torre, “Derechos económicos, sociales y culturales. La salud de las mujeres al 2010 en el Ecuador”, 118. Cabe mencionar que el Tribunal Constitucional alemán en una de sus sentencias si bien declaró inconstitucional la legalización del aborto, sugirió a su poder legislativo que busque otros mecanismos

Este dato reafirma lo señalado por Ramiro Ávila, quien sostiene que la tipificación del aborto como delito “ni es práctica porque no protege la vida intrauterina, ni es ética porque causa millones de muertes”.³⁶

Sin embargo, además de que esta práctica se ha acrecentado, dicha criminalización legal está acompañada de una penalización social, que genera una especie de muerte social para aquellas mujeres que han interrumpido su embarazo “sin razón justificada” desde un enfoque meramente patriarcal, incrementando los niveles de violencia contra ellas.

Consecuentemente, el Estado debería derogar la penalización de la interrupción del embarazo por cuanto es un impedimento para actuar de forma efectiva en la protección de los derechos constitucionales y bienes jurídicos, todos menoscabados por la criminalización de esta práctica, e indagar nuevos horizontes que permitan replantear la gravedad de este hecho social.

LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO ES UNA FORMA DE INSTRUMENTALIZAR EL CUERPO DE LAS MUJERES DIVERSAS

La criminalización de la interrupción del embarazo, además de permitir la violación de varios derechos constitucionales y humanos, también debe ser observada como una muestra del uso patriarcal del derecho para atar el cuerpo de las mujeres.

Sin duda, el patriarcado ha impuesto de acuerdo a la diferenciación sexual, comportamientos de lo masculino y femenino a hombres y mujeres, hegemonizando el primero sobre el segundo, estableciendo procesos de relegación y discriminación para lo femenino,³⁷ y generando distintos dispositivos de control, a quienes se apartan de este orden binario.³⁸

para proteger la vida del no nacido alejado de la penalización de la interrupción del embarazo. Ver Rafael Domingo, “El aborto en Alemania: (Observaciones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 28.5.1993)”, *Cuadernos de Bioética* (1994): 213.

36. Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho: Ensayos críticos* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 190.
37. Lo femenino debe ser entendido como la categoría que engloba a todas aquellas personas que han adquirido comportamientos o generolectos de lo femenino, y que en la mayoría de los casos se reflejan en las características de las mujeres como elementos impuestos por el patriarcado, a partir de los cuales se generan procesos de opresión a quienes se muestren subversivos o subversivas a dicho mandato.
38. Judith Salgado, *Manual de formación en género y derechos humanos* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2013).

A partir de este vínculo de poder se han creado varios mecanismos de control e instrumentalización de las mujeres, entre ellos, el establecimiento de una dicotomía entre lo productivo-reproductivo,³⁹ instaurando una división manifiesta de roles entre los géneros, condición que aseguró la construcción de un Estado y sociedad androcéntrica que excluía, explotaba y coartaba la autonomía de las mujeres y dotaba de exacerbado poder a la mayoría de hombres.

En este contexto, la exitosa estrategia del patriarcado ha sido interiorizarse en las relaciones sociales públicas, privadas, y socioestatales, de tal manera que ha naturalizado las distintas formas de relegación y violencia contra las mujeres, como parte del “pacto social”.

Ahora bien, para evidenciar las relaciones asimétricas de poder entre los géneros, es necesario, como bien lo describe Joan Scott, analizar las tensiones creadas entre hombres y mujeres desde la dinámica simbólica, institucional, subjetiva y normativa, así como a partir de otras manifestaciones que aseguran la relegación de lo femenino.⁴⁰

Respecto al campo normativo, es evidente que el derecho no ha sido neutral, ya que se ha constituido un dispositivo de dominación y exclusión,⁴¹ mediante el uso de diversos mecanismos tales como el androcentrismo, sobre generalización, dicotomismo sexual, sobre especificación, insensibilidad al género, doble parámetro, entre otros,⁴² provocando que históricamente varias de las normas y su interpretación patriarcal invisibilicen lo femenino en el derecho, institucionalicen lo permitido y prohibido para las mujeres desde el pensamiento masculino, consoliden jurídicamente la división de roles sexuales y reproductivos para las mujeres, normalicen la doble o triple explotación de lo femenino frente a lo masculino dominante basada en su supuesta inferioridad, etcétera.⁴³

En este sentido, si bien varios de los feminismos reconocen la incidencia del patriarcado y sexismo en el derecho, han establecido diferentes estrategias para erradi-

39. Catherine MacKinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado* (Madrid: Cátedra, 1995), 23-4.

40. Joan Scott, “El género una categoría útil para el análisis histórico”, en Marta Lamas, comp., *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual* (México: UNAM, 2003), 265-302.

41. La frase “no neutralidad del derecho” busca evidenciar la función ideológica del derecho ya que, más allá de la perspectiva formalista de sus fundamentos, impone mecanismos de opresión, subordinación y explotación para ciertos grupos humanos. Ver Katharine Bartlett, “Métodos jurídicos feministas”, en Marisol Fernández y Félix Morales, coord., *Métodos feministas en el Derecho* (Lima: Palestra, 2011), 19-116.

42. Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”.

43. Estas normas pueden excluir a las mujeres, como sucedió en los inicios de nuestra República ecuatoriana cuando no se reconocía a la mujer como ciudadana y por lo tanto como sujeto de derechos; pueden instrumentalizar a la mujer, cuando el Estado no reconoce el trabajo del hogar como trabajo productivo y remunerado, o en el caso de la tipificación del aborto voluntario como delito en Ecuador y en otros países de América Latina.

carlo y cristalizar los derechos de las mujeres diversas.⁴⁴ En el caso de la autodeterminación reproductiva, se puede constatar que a lo largo de la historia han emergido corrientes feministas amplias y divergentes, entre las que se destacan por lo menos dos posiciones. La primera reivindica el reconocimiento por parte del Estado de facultades o derechos que permitan la tutela de este, en la cristalización de los derechos de libertad reproductiva de las mujeres, sobre todo como una necesidad emergente de aquellas personas que por su condición socioeconómica no pueden asegurar el ejercicio de estos derechos con sus propios recursos; y la segunda niega la posibilidad de que el Estado intervenga en el ejercicio de la autodeterminación reproductiva, ya que permitir su actuación involucraría aceptar una posible instrumentalización femenina y control estatal que históricamente ha servido de herramienta patriarcal.⁴⁵

En este sentido, la penalización del aborto constituye una muestra clara del *uso arbitrario del derecho* para controlar el cuerpo de las mujeres, por cuanto es una forma de castigar el incumplimiento de un contrato sexual y reproductivo que determina maniobras biopolíticas, métodos discursivos y simbólicos que atan el comportamiento de las mujeres a los objetivos de la reproducción⁴⁶ y/o a los fines ideológicos del patriarcado y el capitalismo, que pretenden categorizar a la identidad de la mujer con su potencial capacidad de ser madre, y a partir de ese rol exigen a esta cumplir con el proceso de reproducción de estos sistemas.

Ahora bien, cabe destacar que históricamente el no nato no siempre ha sido el bien jurídico protegido para penalizar el aborto; más bien han sido otros los fines que han encubierto el control de la autodeterminación sexual y reproductiva de las mujeres a lo largo de la historia.

Por ejemplo, “a pesar de que inicialmente en la época romana no se reconoció al aborto voluntario como un crimen, con posterioridad cuando la mujer casada de forma voluntaria interrumpía su embarazo se consideraba como delito por la afectación al marido sobre su derecho de descendencia”.⁴⁷ Finalmente, en Latinoamérica en el siglo XIX todavía se reconocía al *aborto honoris causa* como un atenuante o justificativo

44. Judith Salgado organiza a los Feminismos, a partir de los siguientes tipos: Feminismo de la igualdad, Feminismo liberales clásicos, Feminismo liberales sociales, Feminismo socialista, y Feminismo radical. Judith Salgado, “Aportes al debate sobre igualdad desde el feminismo”, *Revista Aportes Andinos*, No. 9. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (2004): 2.

45. Ver Catherine MacKinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado*.

46. María Rosa Cevallos, *El temor encarnado* (Quito: FLACSO Ecuador, 2012), 20. Ver además, Tamar Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo, sexualidad* (Madrid: Trotta, 2003).

47. Guerra, “La constitucionalidad del aborto voluntario en Ecuador”, 334.

de la interrupción de la gestación siempre que busque proteger la reputación y honor de la mujer y/o de su familia.⁴⁸

Estos argumentos demuestran que el discurso del paradigma garantista de los derechos queda obsoleto frente a una realidad que evidencia la vigencia del patriarcado como parte de las relaciones sociales, donde el derecho no es neutral, y más bien es parte de una estructura de dominación de lo femenino y de las mujeres diversas.

Más aún cuando en la actualidad el patriarcado continúa expresándose como fuente de dominación mediante procesos penales irregulares que criminalizan a mujeres por supuestos abortos,⁴⁹ y sin observar un enfoque de género, se violenta varias normas del debido proceso, se persigue y vulnera su dignidad.⁵⁰

CONSIDERACIONES FINALES

Es urgente vislumbrar otras medidas que logren tutelar la vida de las mujeres que, en su diversidad, decidan interrumpir sus embarazos, tomando en cuenta los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, los límites al ejercicio de los derechos y las demandas reales de la sociedad, resaltando que no existen dispositivos de anticoncepción que aseguren la prevención efectiva de embarazos, circunstancia que visibiliza la complejidad de erradicar la práctica del aborto.

Gran parte de los feminismos y grupos sociales abogan, como alternativa eficaz a esta tipificación penal, la posibilidad real del acceso a un aborto seguro y gratuito, sobre todo para aquellas mujeres que por sus particulares condiciones no poseen recursos para utilizar métodos adecuados con un apoyo médico efectivo. Además insisten en que esta política debe ser encaminada mediante un proceso deliberativo que escuche las necesidades diversas de las mujeres. Sin embargo, cabe mencionar que el acceso a una interrupción del embarazo en condiciones apropiadas abre la posibilidad al Estado de intervenir nuevamente en el cuerpo femenino; por ello, es necesario bus-

48. Violeta Bermúdez, *La regulación jurídica del aborto en América Latina y el Caribe. Estudio comparativo* (Lima: CLADEM, 1998), 21-6.

49. Diego Bravo y Marcel Bonilla, “74 mujeres fueron enjuiciadas por abortar los dos últimos años”, *El Comercio*, Actualidad, 25 de enero de 2016. Fecha de consulta: 12-01-2017. Disponible en <<http://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-mujeres-juicios-aborto-carcel.html>>.

50. A contracorriente, las teorías feministas rescatan la connotación de la dignidad de las mujeres en el caso de la despenalización e inclusive legalización de la interrupción voluntaria del embarazo, por cuanto busca empoderar a las mujeres diversas como fines en sí mismas y no como un instrumento “o mero receptáculo”, cuestionando la posibilidad de que, sacrificando su autodeterminación, se cumplan propósitos extraños a su voluntad, articulados a fines demográficos, o intereses del hombre o del Estado. Ver Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006.

car mecanismos que aseguren su participación razonable, acorde a la especial realidad de las mujeres y bajo una perspectiva de género.

Esta tarea debe estar acompañada por un proceso de despenalización social que deconstruya roles y estereotipos, y observe a las mujeres como personas con capacidad plena de gobernar sus cuerpos y proyectos de vida articulados a la reproducción,⁵¹ erradicando todo mecanismo de subordinación e instrumentalización.

Por otro lado, es indispensable recabar el aporte significativo de otros países que han legalizado la práctica de la interrupción del embarazo de acuerdo al grado de viabilidad del no nato, y que, además de reducir los índices de afectaciones a la vida e integridad de las mujeres por interrupciones clandestinas del embarazo, han logrado sembrar un amplio sentido de autodeterminación responsable del cuerpo, condición que ha permitido que se disminuya el índice de abortos.⁵²

Finalmente, la lucha por replantear un derecho con rostro patriarcal evidenciado en normativas como la penalización del aborto, se enmarca en una batalla con un trasfondo más amplio y estructural, la equidad social. Por lo tanto, el reconocimiento y respeto a las diferencias y la promoción de garantías y de acciones afirmativas a estos grupos excluidos y explotados constituyen un paso hacia la dura tarea de consolidar una sociedad más justa, que respete los diversos proyectos de vida en dignidad, y que, mirando la realidad, construya un derecho emancipador y transformador.

BIBLIOGRAFÍA

- Bartlett, Katharine. “Métodos jurídicos feministas”. En Marisol Fernández y Félix Morales coord., *Métodos feministas en el Derecho*. Lima: Palestra, 2011.
- Bermúdez, Violeta. *La regulación jurídica del aborto en América Latina y el Caribe. Estudio comparativo*. Lima: CLADEM, 1998.
- Bravo, Diego, y Marcel Bonilla. “74 mujeres fueron enjuiciadas por abortar los dos últimos años”. *El Comercio*, Actualidad, 25 de enero de 2016. Fecha de consulta: 12-01-2017. Disponible en <<http://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-mujeres-juicios-aborto-carcel.html>>.

51. Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, 99.

52. A manera de ejemplo, en Argentina, país que criminaliza la interrupción de la gestación, se presenta 1 aborto por cada recién nacido. En Suecia, Estado que ha legalizado la interrupción del embarazo, existe 1 aborto por cada 5 recién nacidos. Mario Sebastiani, “El aborto en condiciones de riesgo en un contexto legal restrictivo y según una visión de la Salud Pública”, en Marcela Aszkenazi, comp., *Clausuras y aperturas. Debates sobre el aborto* (Buenos Aires: Espacio Editorial, 2007), 12.

- Caicedo, Danilo, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución”. *FORO: Revista de Derecho*, No. 12, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional (2009).
- Carrara, Francisco. *Programa de Derecho criminal*, t. III, 3a. ed. Bogotá: Temis, 1991.
- Cevallos, María Rosa. *El temor encarnado*. Quito: FLACSO Ecuador, 2012.
- Colectivo Político Luna Creciente. *Estado de arte de derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres en el Ecuador*. Quito: Fondo de Cooperación al Desarrollo de Solidaridad Socialista Belga, 2013.
- Coomaraswamy, Radhira. “Informe de la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias”. *Revista Argentina de Derechos Humanos*. Buenos Aires (2001).
- Coordinadora Política Juvenil por la Equidad de Género. *¿De eso no se habla!* Quito: CPJ.
- De Lama Ayma, Alejandra. *Discriminación múltiple I*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Domingo, Rafael. “El aborto en Alemania: (Observaciones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 28.5.1993)”. *Cuadernos de Bioética* (1994).
- Espinoza, Henry, y Lizbeth López. “Aborto inseguro en América Latina y el Caribe: definición del problema y su prevención”. *Gaceta Médica de México*, vol. 139, suplemento 1 (julio-agosto 2003). Disponible en <<http://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2003/gms031c.pdf>>.
- Facio, Alda. “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”. En Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho: Ensayos críticos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Faúndes, Aníbal, y José Barzelatto. *El drama del aborto. En busca de consensos*. Buenos Aires: Paidós, 2011.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 2a. ed. Madrid: Trotta, 1999.
- Frejka, Tomas, Lucille Atkin y Olga Toro. *Programa de investigación para la prevención del aborto inducido en condiciones riesgosas y sus consecuencias adversas en América Latina y el Caribe*. México: The Population Council, 1989.
- Friedman, Daniel. *Análisis jurídico de la despenalización del aborto en el Ecuador en casos de violación*. Tesis de doctorado en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Internacional SEK, Quito, 2005.
- Gómez de la Torre, Virginia. “Derechos económicos, sociales y culturales. La salud de las mujeres al 2010 en el Ecuador”. En *Informe Derechos Humanos Ecuador 2009-2010*. Quito: Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2011.
- Gómez, Virginia, y Marta López. *Decisiones cotidianas*. Quito: Fundación Desafío/Hivos, 2011.
- Guerra, Elsa. “La constitucionalidad del aborto voluntario en Ecuador”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013.

- Inter-American Commission of Women. *Informe hemisférico sobre violencia sexual y embarazo infantil en los Estados Parte de la Convención de Belém do Pará*. Washington D. C.: OEA, 2016.
- Larrea, Sara. *Diagnóstico de la situación de la promoción, oferta y demanda de la anticoncepción de emergencia en Loja, Guayas, Pichincha, Esmeraldas y Chimborazo*. Quito: Fundación Desafío y Coordinadora Juvenil por la Equidad de Género, 2010.
- MacKinnon, Catherine. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995.
- Medellín, Ximena. *Principio Pro persona*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación/ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013.
- Ministerio de Salud Pública. *Plan Nacional de Reducción Acelerada de la Mortalidad Materna y Neonatal*. Septiembre de 2008.
- Pitch, Tamar. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo, sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003.
- Plan V. “Plan Familia Ecuador o un retroceso de cien años”. *Plan V*, 14 de marzo de 2015.
- Salgado, Judith. “Aportes al debate sobre igualdad desde el feminismo”. *Revista Aportes Andinos*, No. 9. Universidad Andina Simón Bolívar (2004).
- . *Manual de formación en género y derechos humanos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2013.
- Scott, Joan. “El género una categoría útil para el análisis histórico”. En Marta Lamas, comp., *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*. México: UNAM, 2003.
- Sebastiani, Mario. “El aborto en condiciones de riesgo en un contexto legal restrictivo y según una visión de la Salud Pública”. En Marcela Aszkenazi, comp., *Clausuras y aperturas. Debates sobre el aborto*. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2007.

OTROS

- Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Audiencia temática: criminalización del aborto en Sudamérica*, 15 de marzo de 2006.
- Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM). *Investigación 2009*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento*, No. 180, 10 de febrero de 2014.
- . *Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial*, No. 449, 20 de octubre de 2008.
- Encuesta Demográfica y de Salud Materna e Infantil del Ecuador ENDEMAIN. 2004.

Organización de las Naciones Unidas. Comité de la CEDAW. Recomendación No. 28.

---. Dictamen del Comité de Derechos Humanos, No. 11 53/2003, 85 Período de Sesiones, 17 de noviembre de 2005.

Organización Panamericana de la Salud. *Salud en las Américas 2007*, vol. I, *Regional*. Washington D. C.: OPS, 2007.

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo del Ecuador. *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*. Quito: SENPLADES.

Fecha de recepción: 17 de mayo de 2017.
Fecha de aprobación: 14 de septiembre de 2017.

El espejismo laico del Ecuador. Los debates constituyentes sobre el aborto, la adopción homosexual y el nombre de Dios en el preámbulo de la Constitución*

Marjorie Gabriela Espinoza Plúa**

RESUMEN

La Constitución ecuatoriana describe el Estado como un Estado Laico. Sin embargo, durante la Asamblea Constituyente de 2007, tres temas pusieron dicha caracterización en aprietos: el derecho a la vida desde la concepción, el matrimonio homosexual, y la inclusión de Dios en el preámbulo de la Constitución. Este texto reconstruye la narrativa de esos debates y demuestra cómo la religión moldeó la conversación e impactó en los textos finalmente aprobados. A la luz de esta descripción se observará que la laicidad estatal en el Ecuador funciona más como un espejismo que como un catalizador para construir una democracia liberal.

PALABRAS CLAVE: Asamblea constituyente, estado laico, aborto, matrimonio homosexual, Dios, moral religiosa.

ABSTRACT

The Ecuadorian Constitution characterizes the State as a Lay State. However, during the Constituent Assembly of 2007 three topics challenged the idea of consecrating Ecuador as a Lay State: the right to life from conception, homosexual marriage and the inclusion of God in the preamble of the Constitution. This paper reconstructs the narrative of those debates and shows how religion shaped the conversation and impacted the provisions that were finally adopted. In light of this description, it is possible to observe that state secularism in Ecuador functions more as a mirage than as a catalyst to build a liberal democracy.

KEYWORDS: Constituent Assembly, secular state, abortion, gay marriage, God, religious morality.

FORO

* Una versión extendida de este texto fue publicada en la revista *Precedente*, vol. 4 (Cali: Universidad ICE-CI, 2014), bajo el título “La Constitución de Montecristi y sus legados religiosos”. Agradezco a la revista *Precedente* por permitir la difusión de esta versión abreviada.

** Candidata a doctora, Universidad de los Andes, Bogotá. Investigadora asociada de la Universidad de Yale. Maestría en Derecho, Universidad de Yale (L.M’16).

Las normas constitucionales que adoptó la Asamblea Constituyente ecuatoriana del año 2008 protegen la vida desde la concepción, prohíben el matrimonio homosexual e incluyen el nombre de Dios en el preámbulo. Reconstruir los debates y narrar la historia de su discusión y aprobación permitirá determinar que su incorporación al texto constitucional buscó satisfacer pretensiones religiosas.

Así, el objetivo de este texto es demostrar las tensiones que consagra la Constitución de Montecristi y que se oponen a la idea de laicidad estatal.¹ En este sentido, este documento no busca formular una teoría jurídica que explique dichas tensiones, no se trata de un texto normativo. Su objetivo es más limitado, más simple: describir, desde una perspectiva histórica, los debates al interior de la Asamblea Constituyente, entender quiénes fueron sus mayores proponentes, y explicar el impacto que tuvo la religión en los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, así como en los derechos de las personas sexualmente diversas. Sin embargo, para entender las posiciones religiosas y liberales, analizaré brevemente el trasfondo teórico sobre laicismo.

Enseguida, para ilustrar estas contradicciones y cuestionar el carácter laico del Estado, describiré el contexto en el que nació la idea de una Constituyente, así como el escenario sobre el que se desarrolló la aprobación de los textos constitucionales. Después, desarrollaré en tres partes las razones que sostienen la crítica al alcance del Estado laico. Por un lado, el manejo político que se dio a estos temas tan pronto como se instaló la Asamblea Constituyente permitirá observar la temprana adopción de decisiones a favor de las demandas religiosas. Por otro lado, la reconstrucción de los debates en el seno de la Asamblea Constituyente relativos a los temas de derecho a la vida desde la concepción, matrimonio homosexual y la inclusión de Dios en el preámbulo de la Constitución dejará ver cómo su discusión se apoyó en argumentos de carácter estrictamente religiosos. Posteriormente, un análisis de la posición religiosa del entonces presidente del Ecuador, quien, durante la Asamblea Constituyente y posteriormente durante la elaboración del Código Penal, manifestó públicamente sus propias convicciones religiosas como razones para no despenalizar el aborto y permitir el matrimonio homosexual, develará cómo ese mismo sesgo se adoptó finalmente en la Constitución. Por último se plantearán unas breves conclusiones.

Con el fin de analizar cómo el debate y la aprobación de los artículos relativos a los temas polémicos señalados *supra* contradicen la caracterización del Estado como uno

1. El tema de la “laicidad” será explorado desde la idea básica del Estado laico como separado de cualquier tipo de pretensión confesional y por tanto no será abordado desde su análisis teórico. Para un análisis en profundidad de esta naturaleza, ver Jürgen Habermas, “¿Qué significa una sociedad postsecular?”, en *¡Ay Europa!* (Madrid: Trota, 2009); Martha Nussbaum, *Las mujeres y el desarrollo humano* (Barcelona: Herder, 2012).

laico me he apoyado en las siguientes fuentes primarias: 1. las actas de las plenarios de la Asamblea Constituyente que transcriben las discusiones, las propuestas y las posiciones de cada asambleísta; 2. las actas de las mesas constituyentes encargadas de redactar los artículos para la aprobación en el Pleno de la Asamblea y que dejan ver cómo se van cambiando los artículos propuestos; 3. las propuestas de normas constitucionales, en torno a los temas señalados, por parte de grupos católicos y evangélicos, y que fueron conocidos por las mesas constituyentes encargadas de elaborar los artículos sobre estos temas; 4. noticias de la prensa escrita que recogen, en este contexto, los debates y posiciones que se generaron durante la Constituyente. Para este efecto, se buscaron las noticias cubiertas y generadas por los periódicos de mayor circulación nacional: *El Comercio* y *El Universo*.

El análisis de los documentos señalados, así como las noticias de prensa, siguieron una metodología de investigación histórica crítica.² En esa medida, se busca revelar las tensiones que se generaron en la Asamblea Constituyente y en la sociedad civil de cara a constituir un Estado laico y reconocer a su vez demandas de carácter religiosas. De este modo, las fuentes primarias utilizadas, tanto las directas –las actas de la Asamblea constituyente–, como las indirectas –las noticias de prensa– darán cuenta de los argumentos que sirvieron de base para prohibir el aborto, el matrimonio homosexual e incluir en el preámbulo de la Constitución el nombre de Dios. La aproximación a estas fuentes ha sido contextualizada con los diálogos sociales que se produjeron alrededor de los temas señalados y de los que da cuenta la prensa y los colectivos que llevaron sus demandas hasta Montecristi. Pero también se han contextualizado dentro del marco amplio de transformación política del país que se intentó implementar desde la Revolución Liberal de 1897.

Por último, es importante anotar que el tema de la “laicidad” será analizado desde el punto de vista de los asambleístas constituyentes que demandaban el respeto a este

2. Se adoptará un método crítico en el sentido expuesto por Marc Bloch. Ver Marc Bloch, “La crítica”, en *Apología para la historia o el oficio de historiador* (México: Fondo de Cultura Económica, 2001). Por ello, asumiendo que las fuentes “hablan” solo cuando se les sabe interrogar, este texto se teje alrededor de las siguientes preguntas: ¿Qué tensiones revelan las discusiones en el Pleno y en las noticias de prensa? ¿Quiénes son los actores que participan de este debate? ¿Quién tuvo mayor influencia en la formulación final de los artículos? ¿Qué ideologías soportaron los argumentos esbozados por los asambleístas? ¿Por qué, finalmente, se llegó a las soluciones adoptadas? Del mismo modo, entendiendo la labor reconstructiva del historiador de acuerdo con Edward Carr, intentaré dar cuenta de los debates más relevantes sobre el aborto, Dios y el matrimonio homosexual, el papel que la prensa jugó a la hora de posicionar estos temas, la influencia y el interés político del presidente Correa, así como las posiciones más radicales de la Iglesia católica en estos aspectos. Ver Edward H. Carr, *¿Qué es la historia?* (Barcelona: Ariel, 1984). En últimas, la metodología adoptada, siguiendo a Antoine Prost, consistirá, por tanto, en problematizar esos debates así como las soluciones adoptadas. Ver Antoine Prost, “Las técnicas de la crítica, en *Doce lecciones sobre la historia* (Madrid: Cátedra, 2001).

paradigma. Por tanto, y considerando que la presente investigación busca privilegiar el matiz histórico de los debates alrededor de las tensiones por la búsqueda de consagrar un Estado laico, serán las mismas concepciones de laicidad de los asambleístas las que sirvan de hilo argumentativo para ilustrar ese concepto. Las posturas que se dieron a favor de la inclusión de este concepto y de su defensa, como se verá, son abordadas desde la idea básica del Estado laico como separado de cualquier tipo de pretensión confesional.

A pesar de que este ensayo no pretende explorar el punto de vista teórico sobre el Estado laico,³ es menester situar el lugar donde teóricamente se ubican las posturas que se describirán a lo largo de este trabajo. Por ello, a continuación se realiza una breve reconstrucción de los debates teóricos sobre laicismo como fundamento de los estados constitucionales, y se identifica la postura teórica que sostuvo la discusión en el seno de la Asamblea Constituyente.

EL LAICISMO CLÁSICO COMO TRASFONDO DE LAS POSICIONES SECULARES DE LOS ASAMBLEÍSTAS CONSTITUYENTES

Todo poder político, aún a partir de la total positivización del Derecho, admite justificaciones normativas; justificaciones que además son siempre ideológicas. En esta medida, este ensayo parte desde la idea de que incluso una justificación secular del poder es también ideológica, como ideológico resulta la inclusión de un punto de vista religioso en la construcción del Estado.

En este marco, y asumiendo la demanda de la laicización de los estados occidentales como parte de los elementos centrales del arquetipo de Estado de Derecho diseñado en Europa a finales del siglo XVIII, resulta, sin embargo, “indiscutible que los ordenamientos liberales dependen de la solidaridad de sus ciudadanos, cuyas fuentes podrían agotarse por completo si se produjera una secularización desencaminada de la sociedad”.⁴ Esto sin embargo no supone que, en el contexto de una sociedad pluralista, los principios religiosos adquieran algún tipo de preponderancia, pero sí supone que los valores religiosos forman parte innegable de culturas políticas que dan a luz sus propias constituciones.

3. Para un análisis teórico del laicismo ver Martha Nussbaum, *Las mujeres y el desarrollo humano*.

4. Jürgen Habermas, *Una tarde de discusión entre Habermas y Ratzinger* (s. l.: Academia Católica de Baviera, 2004), 1.

En efecto, si se atiende a una construcción cultural de la Constitución, entonces se podría decir que una Constitución responde a una “suma de actitudes y de ideas, de experiencias subjetivas, escala de valores y expectativas subjetivas y de las correspondientes acciones objetivas tanto al nivel personal como del ciudadano...”,⁵ en donde la religión de un pueblo es parte de esa escala de valores, de la percepción del mundo e inclusive de una parte del trasfondo de la vida. Si así se encuadra el problema, ¿entonces desde qué punto de vista se demanda la no injerencia de la religión en el diseño constitucional y en el actuar estatal? ¿Qué se entiende por laicismo? En las sociedades postseculares, ¿cuáles son las premisas normativas que debe imponer el Estado liberal a sus ciudadanos religiosos y no creyentes?

La tradición del derecho racional construye una justificación no religiosa y post-metafísica de los fundamentos normativos del Estado constitucional. Para ello, en el camino de la positivización del Derecho, renuncia a las doctrinas clásicas y religiosas que aportaba el derecho natural.⁶ Sin esa justificación sacra, en un primer momento, se confunden los argumentos morales y religiosos como pretensiones de validez (legitimidad) de un Estado. Desde aquí se podría pensar que la fundamentación del derecho y el poder requieren de una justificación ideológicamente neutral en tanto lo moral se asocia con lo religioso. No obstante, en este ensayo, como se verá más adelante, se adscribe un punto de vista desde el cual puede existir una fundamentación moral del derecho que sea autónoma del punto de vista católico (o religioso en general) en tanto se distingue una moral crítica de una moral religiosa.

En todo caso, el debate sobre la laicidad del Estado adquiere relevancia en tanto que, aceptando una justificación normativa del Estado y el derecho, se entiende, al mismo tiempo, que una sociedad plural implica una diversidad de valores y percepciones del mundo dentro de una misma sociedad, que, sin embargo, en el caso ecuatoriano es mayormente católica. La tendencia laicista, considerada como un paradigma de las sociedades modernas, entraña la separación de los dogmas religiosos en la fundamentación del Estado y de las normas jurídicas que rigen la conducta de los individuos en una sociedad.⁷ Desde aquí, el laicismo puede entenderse en dos vertientes. Por un lado, la vertiente que denominaré ‘laica clásica’ según la cual las manifestaciones religiosas pertenecen al fuero personal, a la conciencia individual y por tanto no pueden constituir las causas o el fundamento del accionar público del ciudadano y, menos aún, del Estado; y, por otro lado, la vertiente que llamaré ‘laica-tolerante’, di-

5. Peter Habermas, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* (Madrid: Tecnos, 2000), 37.

6. Para una reconstrucción detallada de la profanación del Derecho y de los elementos legitimatorios del poder estatal ver Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Madrid: Trota, 2010), capítulos I y III.

7. Para un debate a profundidad ver Habermas, ¿Qué significa una sociedad postsecular?

señada en Estados Unidos, según la cual existe una tolerancia de las manifestaciones públicas de las creencias religiosas.⁸

En la presente investigación, y de conformidad con las opiniones de los assembleístas constituyentes ecuatorianos que bregaban por la separación de las concepciones religiosas en el diseño de la Constitución y del quehacer estatal, las discusiones sobre los temas que aquí se investigan –el aborto, matrimonio homosexual, e inclusión de Dios en la Constitución– se inscriben en la concepción ‘laica clásica’ en virtud de la cual se demanda un principio inflexible de neutralidad respecto de las creencias religiosas en la fundamentación de todo el ordenamiento jurídico y en la construcción y dinámicas de la esfera pública. En esta se excluye, por tanto, cualquier ‘particularismo’ y se atiende a convicciones que tengan una aspiración generalizable, es decir, que tengan posibilidad de ser argumentadas de forma racional y por tanto que puedan ser aceptables y comprensibles universalmente.

En este esquema tradicional de interpretación del laicismo se inscriben los debates que a continuación se presentan. Implícito en ellos está la idea liberal de la privatización de la creencia religiosa y la división tajante de la esfera pública y privada. Esta tendencia laicista, o, como Habermas la denomina, “fundamentalismo de la Ilustración”, sostiene pues que “la religión [...] tiene que retirarse del ámbito público de la política al espacio privado porque, desde un punto de vista cognitivo, es una ‘figura del espíritu’ históricamente superada...”⁹

Con este enfoque laicista se describirán los debates sobre los tres temas indicados, al tiempo que se privilegiará el punto de vista de los assembleístas sobre sus propias concepciones de laicismo y de la neutralidad estatal. De ellos se desprende un concepto muy cercano al que teóricamente se ha expuesto.¹⁰ Estas posiciones liberales clásicas tienen, sin embargo, como punto de contrapartida las posiciones conservadoras de los assembleístas que bregaban por la inclusión de sus intereses en la Constitución a partir de justificaciones netamente religiosas. Si a las razones religiosas se les oponía la total laicidad, a la laicidad se le oponía directamente la palabra de Dios plasmada en la biblia. Veamos.

8. Para un análisis de esta postura, ver Alexis de Toqueville, *La democracia en América* (Madrid: Trotta, 2010); y Ronald Dworkin, *Religion without God* (Cambridge/London: Harvard University Press, 2013).

9. *Ibíd.*, 77.

10. El punto de vista laico y laicista, que algunos autores han expuesto como distintos, en tanto el primero supone un reconocimiento al papel positivo que las creencias pueden jugar en la esfera pública, y el segundo, una visión extrema secularista, son en esta investigación tratados de forma indistinta.

LA PUESTA EN ESCENA Y LOS PERSONAJES PRINCIPALES

MACROCONTEXTO: LAS IDEAS DE ELOY ALFARO Y LA REVOLUCIÓN LIBERAL

La Revolución Liberal en el Ecuador se dio en 1895 y fue liderada por el general Eloy Alfaro, oriundo de la provincia de Manabí, cantón Montecristi, lugar en donde ciento cincuenta (150) años más tarde se instaló la Asamblea Constituyente, que dio origen a la Constitución vigente.

A través de una agenda liberal, Alfaro llevó a cabo una revolución radical que pretendía transformar al país. Para ello emprendió una reforma política y social que, entre otras, incluyó la separación radical de la iglesia y el Estado. Con este propósito no solo buscó alejar de los asuntos públicos cualquier tendencia confesional sino que incluso emprendió campañas anticlericales: expulsó a los miembros de la Compañía de Jesús y a todo fraile extranjero que hubiera participado en los intentos de derrocar a su Gobierno, nacionalizó las propiedades del clero, suprimió varios conventos y monasterios, impuso la enseñanza laica y obligatoria, y expropió las propiedades agrícolas de la Iglesia que se encontraban abandonadas o que no habían sido suficientemente trabajadas.¹¹ Tal era su posición del papel del Estado y de la Iglesia: la autoridad civil y la eclesiástica deben ser independientes, la Iglesia debe reducir su rol en el control de la moralidad y de la educación. Para permitir la implantación de estos profundos cambios también promovió el diseño y la promulgación de la Constitución de 1906 en la que concretó sus principios liberales. De modo que, en vez de consagrar una religión o iglesia oficial, no solo no hizo alusión alguna a Dios, sino que además estableció que la enseñanza pública fuera esencialmente seglar y laica.¹² Vale la pena señalar que hasta entonces las constituciones mantenían la misma base de redacción y estructura en la cuestión religiosa.

La Constitución de 1897, precedente a la de 1906, señalaba: “Art. 12. La Religión de la República es la católica, apostólica, romana, con exclusión de todo culto contrario a la moral. Los Poderes públicos están obligados a protegerla y hacerla respetar”.

-
11. Tales acciones correspondían al programa ideológico que Alfaro esbozó en su “Decálogo Liberal” y que lo publicó en el periódico *El Pichincha*, de 1895. Ver Ángel Emilio Hidalgo, “Una interpretación de la Hoguera Bárbara: Quito, 28 de enero de 1912”, *Procesos: Revista ecuatoriana de historia*, Quito (2012).
 12. “Artículo 16. La enseñanza es libre, sin más restricciones que las señaladas en las leyes respectivas; pero la enseñanza oficial y la costeada por las Municipalidades, son esencialmente seglares y laicas”. Constitución del Ecuador. Promulgado el 23 de diciembre de 1906.

CONTEXTO HISTÓRICO RECIENTE: RAFAEL CORREA Y LA CONSTITUYENTE DE MONTECRISTI DETRÁS DE LA HUELLA DE ALFARO

Muchos años más tarde, entra en la escena política del Ecuador Rafael Correa. Apoderado de un discurso revolucionario que pretendía transformar las bases sociales, políticas y económicas de un país que atravesaba una grave crisis institucional, gana las elecciones presidenciales en el año 2007.

Correa nació en Guayaquil, en el seno de una familia de clase media. Mientras estudiaba en la Universidad Católica de Guayaquil, se involucró en el quehacer de grupos cristianos, puntualmente con los salesianos, con quienes trabajó un año como misionero en una de las parroquias más pobres de los páramos de la Sierra Central de Ecuador, donde aprendió kichwa.¹³ Su discurso se caracterizó por la evocación frecuentemente a las ideas de Eloy Alfaro y a su revolución radical, ideas que se han convertido en referente y fundamento de la puesta en práctica del programa de gobierno denominado “Revolución Ciudadana”. Las constantes alusiones a las ideas revolucionarias de Alfaro se constituyeron como fundamentos para legitimar los procesos revolucionarios de la agenda de Correa, de modo que su primer acto de gobierno fue llamar a una consulta ciudadana para decidir sobre la realización de una Asamblea Constituyente con el fin de elaborar una nueva Constitución.¹⁴

Así, el 30 de noviembre de 2007 se instaló la Asamblea Constituyente en la ciudad de Montecristi. Para ese efecto se construyó un centro de convenciones llamado precisamente Ciudad Alfaro. En la inauguración de Ciudad Alfaro y en el inicio de las actividades constituyentes, evocando la inspiración de Eloy Alfaro, Correa señaló enfáticamente: “tenemos la certeza que el camino emprendido por la Revolución Ciudadana es un camino de vindicación de la huella del general Alfaro”.¹⁵

Tras ocho meses de trabajo en la Asamblea, y con el proyecto de Constitución finalizado, Correa volvió a invocar el nombre de Alfaro: “Esta Constitución, a diferencia de la del 98, ha sido trabajada bajo el amparo, la inspiración, la espada del espíritu

13. Rickard Lalander y Pablo Ospina Peralta, “Movimiento indígena y revolución ciudadana en Ecuador”, *Cuestiones Políticas*, vol. 28, No. 48 (2012): 13-50.

14. La pregunta fue en este tenor: ¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?

15. Presidencia de la República. Discurso del presidente Rafael Correa en la recepción de los restos del general Eloy Alfaro a Montecristi. Montecristi, 30 de noviembre de 2007.

libertario de Eloy Alfaro Delgado”.¹⁶ El 20 de octubre de 2008, mediante referéndum, Ecuador aprobó su nueva Constitución, la Constitución de “Montecristi”.

LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE, PERSONAJES Y DEBATES ESENCIALES

La Asamblea Constituyente estuvo integrada por ciento treinta (130) asambleístas de los cuales ochenta (80) eran del partido de gobierno denominado, en ese entonces, Acuerdo País (AP). Además, por primera vez en la historia, la Asamblea se integró por un 36,41% de mujeres, algo jamás visto en Ecuador.

Acuerdo País, bloque de mayoría, estaba integrado a su vez por varios movimientos políticos que compartían objetivos comunes con la agenda de la Revolución Ciudadana. Sin embargo, pronto se comenzaron a develar tensiones ideológicas al interior del bloque; cuestión que se hizo evidente a la hora de tratar los temas objeto de esta investigación: el aborto, el matrimonio homosexual, y la inclusión de Dios en el preámbulo de la Constitución. La discusión sobre esos temas adquirió una relevancia y notoriedad nunca antes vista en el país.¹⁷ De hecho, el aborto fue el tema de mayor cobertura mediática.

De un estudio realizado sobre los temas que más cubrió la prensa se obtuvo que:

de 597 formatos periodísticos; el 44%, con 260 formatos exclusivamente fueron de aborto, mientras que, 337 informaciones, equivalentes al 56%, cubrieron las otras 6 categorías de análisis: Tipos de familias, (unión de hecho entre personas del mismo sexo); Estado laico (Dios en la Constitución); Salud y derechos de las mujeres (género, placer sexual, derechos reproductivos y sexuales, educación sexual).¹⁸

En este escenario, nació una división irreconciliable en el seno de Acuerdo País. Por un lado, asambleístas feministas y defensoras de los derechos de las mujeres: María Paula Romo, Betty Amores, Rosana Alvarado, Tania Hermida, María Soledad Vela, Gina Godoy y María Augusta Calle. Por el otro lado, el entonces presidente de la República, Rafael Correa, y los asambleístas Rolando Panchana, Rosana Queirolo y Diana Acosta. Estas dos últimas asambleístas terminaron por abandonar el bloque

16. Presidencia de la República del Ecuador. Intervención del presidente de la República, Rafael Correa en la ceremonia de clausura de la Asamblea Nacional Constituyente. Montecristi, 25 de julio de 2008.

17. Ver Paula Castello Starkoff, “Despenalización del aborto y nuevo proyecto constitucional: un tema polémico”, *Íconos: Revista de Ciencias Sociales*, Quito (2008): 22.

18. Elizabeth Herrera y Paulina Ponce, *Mujeres a media tinta ¿Cómo trató la prensa escrita ecuatoriana los derechos de las mujeres durante la Asamblea Constituyente?* (Quito: CONAMU, 2008), 44.

oficialista y se alinearon con las facciones conservadoras de la Asamblea Constituyente representadas por el Partido Renovador Institucional Acción Nacional (PRIAN), el Partido Sociedad Patriótica (PSP) y el Partido Social Cristiano (PSC). Desde aquí nació un grupo de mujeres asambleístas que, acompañadas por la Iglesia católica y evangélicas, se abanderaron de la posición “pro vida” y defendieron el derecho a la vida desde la concepción –sin excepciones–, la prohibición del matrimonio o unión homosexual, y la evocación a Dios en la Constitución. Estas mujeres eran: Anabel Azin y Gissel Rosado (PRIAN); Cristina Reyes y María Cristina Kronfle (PSC). También fueron apoyadas por asambleístas evangélicos y conservadores: César Rohón, Andrés Pavón, Julio Logroño, Valerio Estacio y César Grefa.

Cada posición así enfrentada contaba con el soporte y movilización de organizaciones de la sociedad civil. En este sentido, podríamos ilustrar el escenario así enfrentado entre una posición a la que se llamará “progresista” y otra “conservadora”. La primera estaba conformada por las asambleístas mencionadas, por la coalición política “Movimiento de Mujeres del Ecuador”, y por el extinto Consejo Nacional de Mujeres (CONAMU). Conjuntamente, formularon una agenda temática que refrendaba el derecho a la vida en términos generales –explícitamente no abordaba el tema del aborto–; se refería al matrimonio de manera genérica sin mencionar a la unión entre un hombre y una mujer; y consagraba un artículo para la definición de lo que significa un Estado Laico.¹⁹

En el segundo, se encontraban los grupos conservadores que buscaron que los principios religiosos fueran el modelo de vida y fundamenten los principios del Estado. Junto a las asambleístas indicadas, se unieron a las cúpulas de la Iglesia católica: el presidente de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana, Antonio Arreguì, seguidor del Opus Dei, y el pastor evangélico Francisco Loor. Estos grupos religiosos también hicieron propuestas de textos constitucionales²⁰ e incluso establecieron una comisión

19. Su propuesta de articulado respecto del Estado laico fue la siguiente: “Art. XX. El Ecuador se proclama como Estado laico. Ninguna religión es o puede ser la del Estado. Se establece la separación entre Estado e Iglesia como esferas autónomas, el Estado no debe auspiciar, proteger, financiar ni favorecer a una religión en particular. Sus decisiones no pueden ser justificadas en determinado dogma creencia religiosa. Tampoco le corresponde desarrollar acciones contra ninguna expresión religiosa”. En relación con el matrimonio proponía: Art. XX. La unión estable y monogámica de dos personas libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio o casamiento, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, sociedad conyugal y derecho de sucesión”. Este documento fue entregado en el Pleno de la Asamblea el día 8 de marzo a propósito del día de la mujer. Archivo Asamblea Nacional. Asamblea Constituyente. Actas del Pleno. Acta No. 025. 7 de marzo de 2008.

20. Sus propuestas alrededor de la vida humana y la familia fueron las siguientes: “La vida humana es inviolable desde el momento mismo de su concepción hasta su muerte natural”. “De la protección a la familia. - El Estado reconoce y protege a la familia conformada por un hombre y una mujer, como célula fundamental

de seguimiento para ayudar consultivamente a las mesas constituyentes en temas relativos a la persona, la vida, la familia, la libertad (religiosa y educativa) y la justicia social.²¹

Queda así enmarcado el debate constitucional, con sus protagonistas y temas de (des)encuentro.

MANEJO POLÍTICO DE LA RELIGIÓN

El derecho a la vida desde la concepción, el matrimonio homosexual y la inclusión de Dios en la Constitución fueron objeto de debate desde el inicio de la Asamblea Constituyente. Cuando el tema se comenzó a posicionar en la agenda de los grupos pro-vida y los asambleístas afines a estas ideas, Acuerdo País intentó evadir los temas por considerarlos como “no constitucionales”, pretendiendo que la discusión no ocasionara un debate que podría ser contraproducente para aprobar la Constitución.

Algunas agrupaciones de mujeres advertían, sin embargo, que “la Asamblea no puede dejar a un lado este debate por miedo a que haya una campaña por el no en el referéndum aprobatorio”.²² En esto coincidían tanto los grupos pro derechos de las mujeres, y los grupos pro-vida y las cúpulas religiosas quienes organizaron varias marchas para que estos temas fueran tratados en la Constitución.²³

El momento decisivo que obligó a la Asamblea a dar una respuesta a estas pretensiones fue la participación de las asambleístas oficialistas Rosana Queirolo y Diana Acosta en la marcha realizada en homenaje al Día del Niño por Nacer. También apoyaron y participaron de esta marcha otras asambleístas de oposición: Cristina Reyes, Anabella Azín, Giselle Rosado. Esta fue una de las varias marchas y acciones que se llevaron a cabo, y que, hasta el final de la Asamblea Constituyente, les permitió recoger ochocientas mil (800.000) firmas para que no se permita la despenalización del aborto, ni el matrimonio entre personas del mismo sexo, y para que conste el nombre de Dios en la Constitución.²⁴

de la sociedad [...]. Archivo de la Asamblea Nacional. Asamblea Constituyente. Propuesta de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana. Mesa 3. Caja 5. Folder 58. Dispositivo 5. 14 de abril de 2008.

21. “El Gobierno no quiere correr riesgos en el referéndum”, *El Comercio*, Redacción Política, 6 de abril de 2008.

22. “La Asamblea Constituyente sí debatirá temas polémicos”, *El Comercio*, 27 de abril de 2008.

23. “Propuesta: los cristianos en contra del aborto”, *El Comercio*, 26 de marzo de 2008.

24. *Ibíd.*

Este hecho fue el inicio del fin de la adhesión de Queirolo y Acosta al partido de Acuerdo País, lo que reveló tensiones al interior del bloque y obligó al partido oficialista a pronunciarse sobre estos temas.

EL COMUNICADO RELIGIOSO DE ACUERDO PAÍS

Las marchas emprendidas por los assembleístas señaladas despertaron el rechazo de varios miembros de su agrupación, pero también lograron el apoyo del entonces presidente de la República, quien había señalado que si la Constitución permitía el aborto él mismo votaría NO.²⁵ En medio de estas tensiones, Correa convocó a su bloque a una reunión en Montecristi para determinar la manera de encauzar estos temas polémicos de tal forma que no fueran motivo de una campaña para votar NO en el referendo aprobatorio. De la reunión que Correa mantuvo con sus assembleístas se publicó un comunicado a la ciudadanía que señalaba:

COMUNICADO ACUERDO PAIS:

El bloque de Acuerdo País aclara a la ciudadanía:

1. El respeto absoluto e irrestricto a todas las convicciones y creencias del pueblo ecuatoriano.
2. El carácter laico del Estado como garantía de libertad e independencia de la organización de la sociedad frente a las convicciones religiosas.
3. El preámbulo de la Constitución incorporará de manera ecuménica el nombre de Dios y las diversas formas de religiosidad, espiritualidad y creencias de los ecuatorianos.
4. La nueva Constitución garantizará la vida. Y la reconocerá y protegerá en todas sus etapas, incluidos el cuidado y la protección desde la concepción.
5. El matrimonio se mantendrá como la unión de un hombre y una mujer.²⁶

Como se ve, aunque el comunicado reconocía que se respetarían las convicciones y creencias del pueblo ecuatoriano, el Bloque de Acuerdo País aceptaba, sin embargo, la incorporación del nombre de Dios en la Constitución, la garantía de la vida desde la concepción y el matrimonio entre hombre y mujer, prohibiendo que esta institución se extienda a parejas del mismo sexo. El comunicado reveló entonces una tensión importante: el deseo de reconocer derechos en el marco de un Estado laico, pero también un límite a dicho reconocimiento: las creencias religiosas.

25. “Dios, aborto y matrimonio homosexual no deben ir en la Constitución, según Cordero”, *El Comercio*, 26 de marzo de 2008.

26. “Asamblea aprueba cinco primeros artículos de la nueva Constitución”, *El Comercio*, 1 de abril de 2008.

A pesar de que el comunicado daba razón a las assembleístas Queirolo y Acosta, y por tanto a las pretensiones de las iglesias en cuestión, dichas assembleístas se desafiliaron de Acuerdo País pues no se aseguraba la vida desde la protección *sin excepciones*, y porque no se prohibía expresamente la unión libre entre homosexuales.

El comunicado suscitó una serie de cuestionamientos. En lo relativo al aborto, el Movimiento Nacional de Mujeres, así como grupos GLBT, denunciaron este acuerdo al abrir la posibilidad de desconocer el aborto terapéutico,²⁷ y por evidenciar “el poder de las religiones en el Ecuador”.²⁸ Los columnistas de prensa también rechazaron el acuerdo y tildaron a Correa de conservador y retardatario:

El gobierno del presidente Correa pasará a la historia como uno de los más conservadores y retardatarios del período democrático que se inició en 1979 [...] Esta semana, el bloque oficialista de la Asamblea decidió, sin mayor debate, incluir el nombre de Dios en la Constitución, prohibir el matrimonio homosexual y el derecho al aborto. [...] La inclusión de Dios en la Constitución es un error que pudiera romper uno de los puntales sobre los cuales se ha construido la democracia liberal: el secularismo. ¿Conclusión? El Gobierno no quiere cambiar este país. Solo quiere ganar las elecciones y mantenerse en el poder.²⁹

El debate se volvió a encender a la hora de debatir y aprobar los artículos relativos a esos temas. Recuérdese que, hasta ese momento, todo fue un manejo político pues la discusión aún no se había trasladado al Pleno de la Asamblea Constituyente, de manera que, cuando los assembleístas comenzaron a debatir los artículos relativos al derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, la discusión se reavivó y las assembleístas que apoyaban los derechos de las mujeres buscaron maneras de evitar que la ‘promesa’ de la garantía de protección a la vida desde la concepción signifique un impedimento para acceder al aborto terapéutico. Estos debates serán tratados en el apartado cuarto de este trabajo.

LA CARTA INFILTRADA: SESGO RELIGIOSO Y CÁLCULOS ELECTORALES

La confrontación entre el bloque mayoritario y los assembleístas conservadores de oposición se hizo más fuerte cuando en el marco de la discusión de los artículos sobre derechos civiles, que incluían el derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, se filtró una carta que el secretario particular del presidente Correa envió

27. “Las organizaciones de mujeres rechazaron posición de A. País”, *El Comercio*, 2 de abril de 2008.

28. *Ibíd.*

29. Gonzalo Maldonado Albán, “Conservador y retardatario”. *El Comercio*, 6 de abril de 2004.

al coordinador de Acuerdo País, Galo Borja, con copia al entonces presidente de la Asamblea Constituyente, Fernando Cordero, en la que se revela el temor por el rechazo de la Iglesia Católica al proyecto constitucional. La carta fue leída en el Pleno de la Asamblea por Pablo Lucio Paredes y también fue publicado en la prensa:

Estimado Galo: como recordarás, aquel desagradable e indignante día en que se fueron del bloque la Queirolo y la Acosta, resolvimos tres cosas, que inclusive constaron por escrito: 1. Que se garantice el derecho a la vida desde la concepción (recuerda que la pelea con las ahora desleales opositoras es que querían que se incluya “sin excepciones”, lo cual no aceptamos). 2. Que se incluya el nombre de Dios en la Constitución. 3. Que se deje el tema de los derechos de los gays para normas secundarias, y no elevarlo a norma constitucional. *En lo que respecta al primer punto, que es fundamental para que no tengamos el rechazo oficial de la Iglesia*, la Mesa 1 cambió la redacción —contrariando lo que habíamos acordado— y puso, con respecto a los derechos de los niños, lo siguiente: “El Estado les asegurará la protección y cuidado desde la concepción”. Cuando lo que habíamos convenido era: “El Estado garantizará la vida desde la concepción”. Por lo que el Presidente se siente una vez engañado cuando lo que convenimos no se cumple. [...] *Este tema es FUNDAMENTAL para que no tengamos a la Iglesia pidiendo el No en el referéndum*, como ya lo insinuó en todos los púlpitos del país el domingo pasado y que sería políticamente desastroso [...] Alexis Mera Giler [las cursivas me pertenecen].³⁰

El mismo asambleísta finalmente señaló: “en esta carta no se dice que se quiere defender el principio ese porque se cree en el principio, sino que el tema es para que la Iglesia católica no se enoje y para que eso no afecte el referéndum”.³¹ La carta demostraba que los temas eran relevantes por razones electorales y evidenció la enorme influencia de la iglesia católica en la política ecuatoriana, contradiciendo el carácter laico del Estado.

DEBATES CONSTITUYENTES: LEVANTANDO EL VELO DE LOS ARGUMENTOS CONSERVADORES

Alrededor de los temas planteados se originaron posiciones enfrentadas, circunstancia que se dio tanto en el seno del bloque mayoritario de la Asamblea Constituyente, y con este y grupos de oposición que eran minoritarios y conservadores. Estos últimos, apoyados por la iglesia católica y evangélica, buscaron que se incluyera, con precisión, el derecho a la vida desde la concepción de modo que no se permitiera bajo

30. “Mujeres denuncian injerencia de asesor de Correa en Asamblea”, *El Universo*, 5 de julio de 2008.

31. Actas del Pleno, Acta No. 77, 155.

ninguna circunstancia el aborto; el matrimonio y la unión libre como institución que cobije solo a parejas de distinto sexo y que se incluya a Dios en la Constitución. La defensa de estos tres asuntos se fundamentó, sobre todo, en argumentos morales religiosos.

En este texto se asume que existen diferencias entre moralidad religiosa, como una ética individual, y moralidad crítica o moralidad racional, con la que es posible argumentar racionalmente en decisiones que atañen a toda la comunidad. La primera tiene que ver con argumentos teológicos cuya base son dogmas de fe que, por lo mismo, no se cuestionan pues no tienen fundamentos que puedan explicarse racionalmente; se asumen acríticamente. La segunda tiene que ver con una posición cognotivista de la moral³² que, por tanto, puede ser justificada a través de pretensiones de validez que sean aceptadas libremente por *todos* los participantes en discursos racionales.³³

Tal como se observará, solo marginalmente algunos asambleístas aportaron con explicaciones no religiosas puntualmente a la hora de defender la vida desde la concepción. En otras palabras, bien se podría esperar que las discusiones en contra del matrimonio homosexual o en contra del aborto puedan articularse mediante argumentos morales racionales,³⁴ sin embargo, ese no fue el caso en los debates en la Asamblea.

Los argumentos de carácter religioso esgrimidos por los asambleístas podrían clasificarse en tres tipos, más el argumento jurídico:

- a) El mito de la mayoría católica: este se esbozó como uno de los principales argumentos a la hora no solo de incluir el nombre de Dios sino de prohibir cualquier artículo que habilitara la posibilidad del aborto o del matrimonio o unión homosexual. Este razonamiento indica que la mayor parte de la población ecuatoriana es católica, y por tanto los valores católicos, como la sacralidad de la vida, de la familia, del matrimonio y la centralidad de Dios, deben ser considerados en la Constitución. Un argumento de esta naturaleza supone la imposición de un tipo de moral que se considera mayoritaria: la moral católica. El contraargumento sería el carácter laico del Estado, y por tanto el respeto a la libertad de conciencia y a toda manifestación religiosa y/ o filosófica.

32. Ver I. Kant, *Crítica de la razón práctica* (Madrid: Espasa-Calpe, 1981). También Ronald Dworkin, *Moral Freedom's law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge: Harvard University Press, 1996).

33. Jürgen Habermas, "Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica", en *Aclaraciones a la ética del discurso* (Madrid: Trotta, 2000).

34. Ver Richard Posner, *Against Constitutional Theory* (New York: University Law Review, 1998). Ver también Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 602, 2003 (opinión del Juez Antonin Scalia).

- b) La Biblia como fuente de Derecho: este argumento fue igualmente utilizado en los tres temas señalados, pero sobre todo en lo que concierne a la invocación de Dios en la Constitución y a la prohibición del aborto. A partir de este razonamiento se hacen afirmaciones tales como que solo Dios tiene la potestad sobre la vida, y que como tal la vida es un don divino. Al utilizar estos argumentos los asambleístas leían versículos de la Biblia y en esa medida pretendían dotar de normatividad jurídica los mandatos religiosos de la Biblia.
- c) Falacia naturalista: este razonamiento fue muy utilizado a la hora de argumentar en contra del matrimonio o unión libre homosexual, y a favor de la prohibición absoluta del aborto. Para ese efecto, basaban sus argumentos prescriptivos: el matrimonio debe ser solo entre un hombre y una mujer, basándose en razonamientos descriptivos: hombre y mujer pueden procrear. El salto argumentativo de uno (lo normativo) a otro (lo descriptivo) viene acompañado por un “así lo quiso Dios”.
- d) Argumento jurídico: estos razonamientos, aunque marginales, aludían a derechos consagrados en los instrumentos internacionales y a su supremacía en el derecho interno.

Por su parte, los grupos que no apoyaban la inclusión en el texto constitucional del derecho a la vida desde la concepción, que querían reconocer el matrimonio o la unión libre para cualquier tipo de parejas, y que se negaban a incluir el nombre de Dios en la Constitución, eran asambleístas progresista de izquierda, miembros del bloque mayoritario,³⁵ y que para sostener esas posiciones aludían al carácter laico del Estado. Este principio les servía para demostrar que los derechos debían ser concebidos y ejercidos sin la mediación de interpretaciones religiosas. Por eso, en varias ocasiones solicitaron que se explicitara una definición del carácter laico del Estado.

A continuación, se ilustrarán los argumentos con los debates e intervenciones que se dieron en el pleno de la Asamblea y en las mesas constituyentes al abordar estos temas. Para el efecto, el siguiente estudio se realizará de acuerdo a esa división temática.

EL DERECHO A LA VIDA Y LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS: “EL CAMINO PARA EL ABORTO”

A propósito de la redacción y aprobación de los derechos civiles, el tema sobre el aborto comenzó a tratarse en el seno del Pleno de la Asamblea Constituyente. Los gru-

35. La posición de ese grupo en torno a estos temas coincidía con otros asambleístas de izquierda no aliados al oficialismo como Martha Roldós y León Roldós.

pos feministas o progresistas abogaban porque en esta sección se consagre el derecho a la vida como tradicionalmente ha constado en todas las constituciones desde 1896 con la fórmula siguiente: “se reconoce el derecho a la vida. No hay pena de muerte”. Por su lado los asambleístas conservadores pedían que el derecho a la vida fuera escrito de esta manera: “Derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural”; es decir, en términos exactos a los propuestos por la Conferencia Episcopal Ecuatoriana.

El Informe de Mayoría³⁶ de la mesa 1 encargada de desarrollar el articulado sobre derechos civiles mantuvo la redacción del derecho a la vida en iguales términos que las constituciones que le antecedieron. También incluyó la garantía a la vida desde la concepción en la sección de los derechos de la niñez y la adolescencia, como la Constitución de 1998. Pero aquí había un cambio: la Constitución de 1998 reconocía expresamente el derecho a la vida desde la concepción; la propuesta de la Mesa 1, en cambio, decía: “El Estado les asegurará y garantizará la protección y cuidado desde la concepción”.³⁷

Los asambleístas conservadores protestaron pues consideraban que el derecho a la vida así redactado era incompleto y no protegía la vida desde la concepción. Leonardo Viteri, Cristina Reyes y Rosana Queirolo propusieron que el artículo fuera redactado en estos términos: “El derecho a la vida, la vida humana sin excepciones es inviolable desde el momento mismo de su concepción hasta la muerte natural”.³⁸ Con algunas variaciones en la forma, ese mismo artículo fue apoyado por varios asambleístas.³⁹

36. En el que señalaban: “La Mesa No. 1 ha realizado un proceso amplio de reflexión colectivo con la ciudadanía a fin de recopilar los criterios y aspiraciones que deberán estar presentes en la nueva Constitución. Con este propósito, se ha recibido más de 160 vistas de una amplia gama de representantes de varios sectores de la población, quienes han concurrido a presentar propuestas y sugerencias para incluir nuevos derechos o ampliar y ratificar los ya reconocidos en la Constitución de 1998. Además, vía internet, se recibieron más de 120 propuestas en la Mesa. También se realizaron 6 mesas itinerantes que contaron con una amplia convocatoria y que tuvieron la finalidad de promover la participación de la ciudadanía, recopilar propuestas y realizar debates interactivos sobre diversos temas de trascendencia para enriquecer los textos a ser elaborados por las y los asambleístas. Por otra parte, se ha tenido en cuenta los estándares internacionales establecidos en diversos tratados de derechos humanos que han sido ratificados por el Ecuador y que constituyeron puntos de referencia respecto a los contenidos mínimos que debían tener los derechos. [...]”. Archivo Asamblea Nacional. Asamblea Constituyente. Actas del Pleno. Acta No. 050, del 12 de mayo de 2008.

37. Archivo de la Asamblea Nacional. Asamblea Constituyente. Mesa 1. Acta No. 44-08. Caja 2. Folder 17. Dispositivo 8.

38. *Ibid.*, 64.

39. La Mesa 1 recibió después del segundo debate varias propuestas tales como: “La vida se garantiza y se protege desde la concepción hasta la muerte natural. De Rory Regalado”. “La inviolabilidad de la vida en todas sus etapas, desde la concepción hasta la muerte natural. No hay pena de muerte. De Rosa Queirolo”. “Inviolabilidad de la vida, desde la concepción hasta la muerte natural. No hay pena de muerte. De Mario

Las justificaciones para que así fuera se dieron a través de los tipos de argumentos señalados *supra*.

Así, por ejemplo, Gisel Rosado indicaba que los articulados propuestos por la Mesa 1 atentaban contra sus principios éticos, morales y religiosos, y agregaba el argumento del mito de la mayoría católica: “nos estamos olvidando de lo fundamental. El noventa y nueve por ciento de los que estamos aquí tenemos una creencia, creemos en Dios, y en esta Constitución lo están demostrando”.⁴⁰ Diana Acosta aludía, igualmente, al clamor de la “ciudadanía”, del pueblo católico de quien se sentía representante:

Soy defensora de los derechos de las mujeres pero eso no quiere decir que una mujer tiene derecho a decidir sobre una vida que no le pertenece. Las mujeres tenemos derecho a cortarnos el pelo, a pintarnos el pelo, hacerse las cirugías que quieran. No aceptamos, yo no admito, muchos colegas aquí no admitimos, la ciudadanía no admite, evangélicos, católicos, cristianos y muchos ciudadanos no admitimos que se diga que se respeta el cuidado y la protección desde la concepción.⁴¹

César Rohón, haciendo uso del argumento de la Biblia como fuente de Derecho confesaba que, después de investigar sobre el tema de la concepción desde la vida, encontró en ese texto su fundamento:

Me fui a un libro que todos conocemos, pero que muy pocos lo lee, que es, la Sagrada Escritura, la Biblia, y me encontré con un versículo que me parece maravilloso, es el salmo ciento treinta y nueve, el versículo tres, y dice así, ‘Porque tu formaste mis entrañas, tu me hiciste en el vientre de mi madre’. Qué maravilloso. Y encontré en las escrituras, la respuesta que andaba buscando hace mucho tiempo, del fundamento principal, para poner en la Carta Fundamental de nuestra Nación, el derecho a la vida desde la concepción. Y aquí está la respuesta. Maravilloso, ese el Dios grande y poderoso que tenemos que nos da la vida, que desde la entrañas de nuestra madre nos vio y nos engendró. Qué maravilloso, qué maravilloso, poder compartir eso aquí esta mañana.⁴²

Pero también se encontró en la lectura de las actas el intento de las asambleístas conservadoras por alejar el debate de argumentos religiosos; sin embargo, a la hora de fundamentar la importancia de la protección a la vida desde la concepción, sus argumentos les llevaban a invocar a Dios como el dador de la vida; así lo apuntaba la asambleísta Queirolo:

Játiva Reyes”. En Archivo de la Asamblea Nacional. Asamblea Constituyente. Mesa 1. Acta No. 037. Caja 3. Folder 3. Dispositivo 7. 27 de mayo de 2008.

40. Acta del Pleno, Acta No. 050, 77.

41. *Ibid.*, 22.

42. *Ibid.*, 56-7.

Aquí no se tratan de temas religiosos, se trata de hablar científicamente. Los médicos ginecólogos de la FLACSO, ya lo determinaron, este es un tema científicamente comprobado. Sí, aunque no lo quieran aceptar, la vida existe desde el momento mismo de la concepción, cuando Dios decidió que nosotros vengamos al mundo.⁴³

En contraposición, Rosana Alvarado pedía que el tratamiento de estos temas se desprendiera de conceptos religiosos y proponía la defensa de la vida de las mujeres:

La vida de las mujeres entonces no puede estar supeditada a la concepción dogmática y religiosa que propone la defensa de una vida que podría significar la muerte de las mujeres [...] Nos defendemos desde la convicción que significa reconocer que el Estado ha vivido sin reconocer los derechos de las mujeres, ha vivido violentando sistemáticamente los derechos de las mujeres bajo el paraguas del dogma religioso, bajo el paraguas de que la religión puede y está por encima de la decisión, de la decisión bien fundamentada integrada y ética que sí tenemos las mujeres.⁴⁴

El aborto y la protección a la vida desde la concepción fue nuevamente motivo de debate al momento de discutir el articulado sobre derechos sexuales y reproductivos. El Informe de Mayoría de la Mesa 1 buscó separar y explicitar dichos derechos con el fin de romper el paradigma del ejercicio sexualidad femenina (derechos sexuales) ligada a la maternidad (derechos reproductivos).⁴⁵ El articulado propuesto reconocía esos derechos en este tenor:

Derechos sexuales: toda persona tiene derecho a tomar decisiones libres e informadas y responsables sobre su sexualidad y vida sexual, incluida la identidad sexual, de género y la orientación sexual. El Estado sancionará todo acto de violencia sexual, prostitución forzada y esclavitud sexual o cualquier otra forma o expresión que atente contra los derechos sexuales.

Derechos reproductivos: toda persona tiene derecho a tomar decisiones libres, responsables e informados sobre su salud y vida reproductiva, y a decidir cuándo y cuántos hijos, hijas tener y cada qué tiempo⁴⁶ (las cursivas me pertenecen).

María Soledad Vela, participante de la Mesa 1, enfatizó el aporte del articulado propuesto reiterando que la separación de los derechos reproductivos de los sexuales busca desvincular “la reproducción de la sexualidad, liberando a la mujer de su

43. Actas del Pleno, Acta 050A, 12.

44. Actas del Pleno, Acta No. 050, 112.

45. *Ibid.*, 35-6.

46. *Ibid.*, 37.

imagen, exclusivamente, reproductora [...]”.⁴⁷ Al dotar de autonomía a los derechos reproductivos, se busca que las decisiones sobre reproducción se produzcan sin interferencias en un marco de respeto sobre si tener o no hijas o hijos así como el número e intervalo de los mismos.

La división de esos derechos fue vista, sin embargo, por los grupos conservadores como una puerta para el aborto; así lo señalaba la asambleísta Cristina Reyes: “a través de la introducción de esto, de los conceptos de los derechos sexuales y reproductivos realmente hay aquí una confusión, no entiende como una verdadera planificación familiar sino una velada introducción de prácticas asesinas como es el aborto”.⁴⁸

En este contexto, Mario Játiva sacó su biblia y utilizándola como fuente de autoridad normativa leyó sus proverbios para indicar cómo los derechos sexuales y reproductivos constituían la puerta a una degradación moral por la que seríamos castigados por Dios:

‘Hay caminos que al hombre le parecen rectos, pero su fin es camino de muerte’. Realmente estamos tocando un tema que es extremadamente delicado [...]de acuerdo como está la propuesta planteada, realmente se está promoviendo de alguna manera el aborto, el libertinaje sexual, la destrucción del núcleo familiar entre hombre y mujer [...] está dirigida hacia la pérdida de valores, desgraciadamente, y hacia una degradación moral. Finalmente expreso que Dios pone autoridades, pero así también las quita y existen dos tipos de gobiernos, para bendición de un país o para maldición y si pasa tal como está esta propuesta, será para lo último: la ira de Dios caerá sobre aquellos que detienen la verdad por la injusticia y esto será hasta la cuarta generación [...] Las naciones han desaparecido de la faz de la tierra naciones enteras, acuérdense de Babilonia, de Sodoma, por la degradación moral...⁴⁹

Los argumentos sobre la sacralidad de la vida, en oposición a los derechos sexuales y reproductivos, fueron abundantes. Los asambleístas conservadores ensalzaban la labor de la mujer pero, en nombre de Dios, advertían que “la capacidad que ustedes tienen de traer al mundo una nueva vida, no les da la facultad de decidir cuándo o de decidir cuántos, porque solamente Dios sabe cuándo y cuántos hijos se podrá tener...”.⁵⁰ De este modo, algunos asambleístas hicieron propuestas para limitar el artículo de los derechos sexuales y reproductivos a la moral y a las buenas costumbres, o que se elimine la frase “cuántos y cuándo”, o que se elimine totalmente el artículo.⁵¹

47. *Ibid.*, 54-5.

48. *Ibid.*, 69.

49. Acta del Pleno, Acta No. 050A, 6.

50. Acta del Pleno, Acta No. 064, 98.

51. Archivo de la Asamblea Nacional. Actas del Pleno. Acta No. 037. 27 de mayo de 2008. Las propuestas la hicieron, respectivamente, los asambleístas Rory Delgado, Oswaldo Orrala y Alfredo Ortiz.

En consecuencia, a pesar de que para satisfacer las pretensiones religiosas Acuerdo País se comprometió a respetar la vida desde la concepción, algunos asambleístas observaban que se irrespetaba el acuerdo por dos motivos: primero, porque los derechos reproductivos tal como estaban planteados permitirían que la mujer pueda abortar; segundo, por no ser especificado claramente el *derecho* a la vida desde la concepción, por no hacer “caso a Dios”. Así lo señalaba Valerio Estacio:

Yo me atrevo a citar [...] el versículo dieciséis “mi embrión, dice, vio Jehová”. Es decir que aquí está hablando de que, desde que se produce [...] la penetración de ese embrión, tiene vida. Por lo tanto, dice: “mi embrión vieron tus ojos”. [...] Y cuando tocamos, señor Presidente y señores asambleístas, el tema de la vida, es un tema muy complicado, cada uno lo mira desde su punto de vista... Pero he aquí el problema. El hombre, cada día no quiere hacer caso de lo que Dios ha establecido.⁵²

El texto que se aprobó finalmente reconoce el derecho a la vida tal como constaba en la Constitución de 1998, así: “El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte”.⁵³ Y en la sección de la niñez y adolescencia se buscó respetar el acuerdo adquirido por Acuerdo País a los creyentes católicos y cristianos y se aprobó el siguiente artículo: “El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.⁵⁴ Los derechos sexuales y reproductivos mantuvieron el contenido originalmente propuesto por la Mesa 1.

INCLUSIÓN DE DIOS EN LA CONSTITUCIÓN:

CLAMOR INELUDIBLE DE UNA SOCIEDAD RELIGIOSA

Junto con el tema del aborto y el matrimonio homosexual, la inclusión de Dios en el preámbulo de la Constitución ocasionó también un debate en el Pleno de la Asamblea. El argumento de los grupos conservadores se basaba en lo que se ha denominado el “mito de la nación católica”. Por su parte, los grupos progresistas rechazaban la inclusión de Dios e insistían, en cambio, en especificar la característica laica del Estado, cuestión que les servía para evitar la prohibición absoluta del aborto y detener los argumentos religiosos que apuntaban a ese fin.

En este apartado se analizarán tres cuestiones: 1. las propuestas tendientes a definir el carácter laico del Estado; 2. el uso de la laicidad para defender los derechos de las

52. Actas del Pleno, Acta No. 064, 81.

53. Constitución del Ecuador. Artículo 66, numeral 1. Promulgada el 20 de octubre de 2008.

54. *Ibíd.*, artículo 45.

mujeres en contra de dogmas religiosos; y 3. la actuación de las iglesias católicas y evangélicas en la defensa política de sus agendas religiosas.

Carácter laico del Estado y Dios en el Preámbulo

La discusión acerca de la laicidad como característica del Estado fue labor de la Mesa 3. La mesa aprobó por consenso su inclusión,⁵⁵ de modo que el artículo 1 de la Constitución señala que el Ecuador es un Estado laico. Este fue un tema que no ocasionó mayor discusión al interior del Pleno, pues todos estaban de acuerdo con caracterizar al Estado en ese sentido. Sin embargo, este consenso debía ser discutido en el marco del compromiso adquirido por Acuerdo País de incluir el nombre de Dios en la Constitución.

Así, algunas intervenciones dejaban ver claramente su disposición de incluir el nombre de Dios por su propia fe: “Yo sí creo que el nombre de Dios debe ir en la Constitución porque soy un hombre creyente [...]”.⁵⁶ En nombre de la mayoría del pueblo, veían que la inclusión de Dios respondería a esas pretensiones:

Nuestro pueblo ecuatoriano, en su mayoría es creyente y creo que no debemos defraudarlo en este sentido. La Biblia expresa que ‘bienaventurada aquella nación cuyo Dios es el creador y la nación que honra a Dios, el creador, será bendecida’ [...] vivimos en una nación que estamos expuesta a catástrofes naturales y por la gracia de Dios, todavía, nuestro pueblo ecuatoriano está de pie...⁵⁷

Estas intervenciones tenían como fin indicar que todo aquel que invocara el nombre de Dios estará a salvo. Para Rolando Panchana, el artículo debía ser redactado “respetando las creencias en Dios de amplios sectores de la población”,⁵⁸ pues, argumentando el mito de la mayoría católica, indicaba que “esa frase es la que debería estar (en la Constitución) porque eso refleja lo que piensa el 90% de la población ecuatoriana”.⁵⁹ Al contrario, Tania Hermida consideraba que la mención a Dios, tal como se planteó en los acuerdos de Acuerdo País, deber ser ecuménica, y por tanto mencionar a Dios, pero también “todas las formas de espiritualidad y religiosidad ecuatorianos”.⁶⁰

55. La Constitución de 1998 no señalaba nada acerca del carácter laico del Estado.

56. Asambleísta Rafael Esteves. Archivo de la Asamblea Nacional. Asamblea Constituyente. Actas del Pleno. Acta No. 088. 16 de julio de 2008, 5.

57. *Ibíd.*, 9.

58. “La invocación a Dios trae polémica”, *El Comercio*, 17 de julio de 2008.

59. *Ibíd.*

60. Acta del Pleno, Acta No. 088, 11.

Pronto, sin embargo, otros asambleístas que insistían al inicio de la instalación de la Asamblea en que se tomara en cuenta el nombre de Dios, se negaron a incluirlo por dos razones. Primero, porque tomar en cuenta el nombre de Dios había sido producto de un manejo político. Segundo, porque no consideraban “cristiano” incluir a Dios en una Constitución que no estaba apegada a los valores que Cristo enseñó. Señalaba el asambleísta Leonardo Viteri: “Ocho meses ignoraron el nombre de Dios, ocho meses, y ahora a última hora, por conveniencia, [...] ahora sí quieren poner el nombre de Dios”;⁶¹ en otras palabras, se denunciaba la invocación a Dios solo con el fin de que se apruebe la Constitución.⁶²

Finalmente, se aprobó el Preámbulo invocando el nombre de Dios, pero también el de la Pacha Mama, y señalando el respeto a todas las formas de espiritualidad. Esto provocó el rechazo de asambleístas religiosos que, como Julio Logroño, rechazaban que además de Dios se invocara a otras “divinidades”.⁶³

Laicidad y dogmas religiosos

El Movimiento Nacional de Mujeres, con el respaldo de sesenta asambleístas, buscó posicionar la inclusión y definición del Estado como laico. Incorporar este principio era vital en sus agendas para permitir que el ejercicio de los derechos de las mujeres no se encuentre permeado por concepciones religiosas, como efectivamente sucedió. De esta manera varias asambleístas solicitaron que se dedicara un artículo de la Constitución a la definición del carácter laico del Estado y con ella concluir la revolución iniciada por Eloy Alfaro.⁶⁴

Así, Eloy Alfaro y el laicismo fueron los aliados más importantes para hilar argumentos a fin de defender el aborto terapéutico. Martha Roldós señalaba: “cuando estamos hablando el aborto terapéutico debería ser un asunto de conciencia, una decisión personal y no una imposición del Estado... Estamos en un Estado laico, estamos en un Estado laico en la cuna de Alfaro”.⁶⁵ La trascendencia del reconocimiento de

61. Archivo de la Asamblea Nacional. Asamblea Constituyente. Actas del Pleno. Acta No. 095. 24 de julio de 2008, 13.

62. En este sentido también se pronunciaron los asambleístas Andrés Pavón, César Rohón y Julio Logroño. *Ibid.*, 15-6.

63. Julio Logroño indicaba: “No se puede mezclar en un solo inciso el nombre de Dios con otras formas de religiosidad y espiritualidad”, *ibid.*, 28.

64. Asambleísta María Paula Romo. Archivo de la Asamblea Nacional. Asamblea Constituyente. Actas del Pleno. Acta No. 60. 7 de junio, 42. El Quinche es un santuario y un lugar de peregrinación muy importante en el Ecuador.

65. Acta del Pleno, Acta No. 50, 162.

este principio se hacía evidente en las discusiones en la Asamblea al observar que el argumento religioso servía para oponerse a los derechos de las mujeres. Tania Hermita advertía, en este sentido, cómo las mujeres siempre han sido un problema para la religión y recreaba su posición de este modo:

El debate de hoy es uno de los más importantes de esta Asamblea, [...] porque estamos ratificándonos como un Estado laico. En este sentido, quisiera recordarle a esta sala, que las mujeres siempre hemos sido un problema para las religiones. Si hoy me he puesto este velo, es para recordar de manera simbólica, que esta costumbre [...] también ha sido y es una costumbre de la religión católica y la tradición judeo-cristina de la que somos herederos, pero a cuyo culto no estamos obligados. Dice la historia del pueblo corinto que al aceptar con buena voluntad la costumbre de usar un velo en la cabeza era un privilegio honorable que indicaba que una mujer ocupaba un lugar de respeto en la comunidad, porque pertenecía a alguien y tenía derecho a pedir sostén protección de aquel bajo cuya autoridad vivía; era una señal de que era casada y también una demostración de pudor. ...Yo me quito el velo, entonces, señor Presidente, para celebrar que estamos escribiendo una Constitución de ciudadanos y ciudadanas libres, que podemos optar entre usar el velo o no usarlos, y donde ser una mujer no supone que optar entre ser la Virgen María o María Magdalena.⁶⁶

Los debates constitucionales en torno al Estado laico entonces adquirirían una importancia significativa. Su incorporación no solo suponía que la inclusión del nombre de Dios, o cualquier otra deidad como la Pacha Mama, en la Constitución contradijera la laicidad como principio que separa los mandatos o dogmas religiosos del quehacer del Estado, sino que suponía el desarrollo de leyes y la implementación de políticas públicas en materia de salud y educación sexual sin el paraguas de la moral católica.

El Estado laico y su significado sirvieron, no obstante, solo para contradecir los argumentos conservadores en las discusiones del Pleno. Aunque se caracterizó al Estado como laico, la propuesta para incluir un artículo con su definición no solo no fue aceptado, sino que las pretensiones religiosas finalmente triunfaron: la Constitución protege la vida desde la concepción, prohíbe el matrimonio homosexual e incluye a Dios en su preámbulo. Estos artículos, tal como se observa, auspician y protegen posiciones religiosas.

La iglesia y sus hojas dominicales de catecismo político

Las iglesias católicas y evangélicas unieron fuerzas para oponerse al proyecto político. Junto con las assembleístas Queirolo, Acosta, Azín y Rosado, entre otras, or-

66. Actas del Pleno, Acta No. 60, 80-1.

ganizaron múltiples marchas y también misas “campales” a fin de que sus feligreses voten *no* en el referendo aprobatorio. Para evitar críticas a su intervención política, se justificaban indicando que “No nos corresponde como obispos asumir una actitud política. Nos corresponde, en cambio, iluminar las conciencias de los católicos con la doctrina del Evangelio para que tomen una decisión”.⁶⁷

Así, con la idea de iluminar las conciencias de los católicos y evangélicos las iglesias informaban el acontecer político de la Constituyente a través de las hojas dominicales y desde sus púlpitos.⁶⁸ El objetivo fue inducir a los feligreses a votar NO en el proyecto de la Constitución señalando que la prohibición del aborto, del matrimonio homosexual y la inclusión de Dios en la Constitución eran puntos innegociables. Arregui señalaba: “vamos a pedir a toda conciencia cristiana que tome nota de las incompatibilidades no negociables de esta Constitución con nuestra fe”.⁶⁹ Para el efecto advertía que la Conferencia Episcopal Ecuatoriana no iniciará una campaña por el no en el referéndum aprobatorio, pero que iniciará “una gran catequesis” para informar a los feligreses el carácter irrenunciable de estos temas.⁷⁰

De este modo, las iglesias se constituyeron en importantes actores políticos, tal como el gobierno lo había previsto y lo había querido evitar. A pocos días del referendo aprobatorio, se celebraron misas en las que los párrocos se refirieron específicamente a estos asuntos “innegociables”. En una de sus misas, el párroco Federico Gallardo manifestaba: “Me duele que comparen a mi Dios con la deidad de la tierra (Pacha Mama), creada por los hombres, implantada por los indígenas del Perú... Hoy más que nunca acerquémonos al señor Jesús a tomar de su pan, para que, fortalecidos, no tengamos miedo”.⁷¹ Otras iglesias fueron más lejos: el folleto dominical de ‘Nuestra Iglesia’, publicó en su portada un “Di no a la Constitución abortista”, y se analizaban los artículos del proyecto de Constitución.⁷²

La iglesia evangélica apoyó los puntos no negociables de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana, y en una unión sin precedentes entre ambas iglesias, siete mil centrales evangélicas respaldaron los pronunciamientos de Arregui, quien afirmó: “Ha sido frecuente la tensión y los roces entre las iglesias evangélicas y católicas. Hoy, con gozo descubro que prima el común patrimonio cristiano para pronunciamos en defensa de

67. “A. Barrera acusa a la Conferencia Episcopal de tener ‘vínculos con la derecha’”, *El Comercio*, 29 de julio de 2008.

68. “Iglesias informan a sus fieles acontecer político”, *El Universo*, 9 de junio de 2008.

69. “La iglesia pone reparos al proyecto”, *El Comercio*, 29 de julio de 2008.

70. “El anuncio de la Iglesia atiza la polémica”, *El Comercio*, 30 de julio de 2008.

71. *Ibid.*

72. *Ibid.*

la familia, de la vida, de la paz y de la unidad del país”.⁷³ De este modo, los evangélicos, que se consideran un 20% de la población, se sumaron a la iglesia católica en su oposición al proyecto constitucional.⁷⁴

Las iglesias se constituyeron como sujetos políticos que, aprovechando los púlpitos, insistieron en la defensa de la vida, de la familia y el respeto a Dios. Lo hicieron con argumentos parecidos a los utilizados por los assembleístas en la Constituyente: con razonamientos religiosos. Aquello confirmaba la necesidad que mostraban los assembleístas progresistas de definir qué es un Estado laico, cuestión que tampoco fue aprobada.

MATRIMONIO Y UNIÓN LIBRE: INSTITUCIÓN EXCLUSIVA DE PAREJAS DE DISTINTO SEXO

Los debates sobre el matrimonio y/o la unión libre de parejas del mismo sexo también fueron temas polémicos al que los grupos conservadores se oponían a través de razonamientos falaces naturalistas; es decir, argumentos descriptivos que se convierten en argumentos prescriptivos. A partir de esta falacia, se dice que, dado que únicamente los hombres y las mujeres pueden procrear cuando interactúan sexualmente, entonces es *bueno* que las parejas sean únicamente heterosexuales. En otras palabras, hay una derivación del *ser* a lo que *debe ser*, que no se sigue: la valoración de la procreación como *bueno* conduce a una visión de “antinatural” a las relaciones sexuales que no pueden procrear, o sea una valoración *mala*. Este juicio de valor corresponde, pues, a concepciones religiosas.

La discusión sobre este tema inició desde el debate acerca de los derechos sexuales que, tal como se señaló, reconocía el derecho a tomar decisiones sobre la orientación sexual. Así, Andrés Pavón señalaba que los derechos sexuales son una ‘atrocidad’ pues estos solo se pueden comprender en las relaciones de hombres con mujeres: “no podemos dar facultad a otro tipo de vinculación de hombre con hombre o mujer con mujer. [...] yo estoy en contra de que se quiera dar ese tipo de aperturas en esta nueva Carta Política, porque eso es completamente contra la naturaleza humana. La naturaleza humana es la unión de un hombre con una mujer y nada más”.⁷⁵ Entendida entonces como una circunstancia antinatural, Valerio Estacio recreaba esta opción como una pelea entre el bien y el mal y la posibilidad de curar a los homosexuales y regresarlos a su estado normal:

73. “La Iglesia suma apoyo”, *El Comercio*, 23 de agosto de 2008.

74. “Evangélicos rechazan proyecto de Constitución por abortista”, *El Comercio*, 10 de septiembre de 2008.

75. Actas del Acta, Acta No. 064, 98.

También aquí hablamos de reconocer derechos a los que han cambiado su estado natural, amamos a los homosexuales [...] la Iglesia Cristiana ha ofrecido cinco mil centros de cambio y de transformación al homosexual... hay cosas que el hombre natural no entiende, son fuerzas demoníacas que al hombre lo hacen cambiar su sentido normal.⁷⁶

El tratamiento del matrimonio y la unión libre se dio en los debates relativos a la familia. El primer informe de mayoría hacía alusión a la unión libre entre parejas, sin aludir a su sexo. En cambio, el informe de minoría reconocía la unión libre solo entre un hombre y una mujer y agregaba el siguiente artículo: “Las parejas del mismo sexo podrán exigir derechos patrimoniales y sucesorios, previa declaración juramentada sobre el lazo de unión”.⁷⁷

La posibilidad de que las parejas homosexuales puedan constituirse en familia también era un temor grande entre los conservadores, quienes veían estas circunstancias como una forma de libertinaje y un peligro para la sociedad. Así lo decía Pablo Lucio Paredes: “Hay que proteger, creo y estoy convencido, a los menores en el caso de adopciones de parejas homosexuales...”.⁷⁸ En todo caso, se reconoció la unión libre de cualquier pareja, pero se prohibió expresamente la adopción por parte de parejas del mismo sexo.

Posteriormente, la Mesa 1 incluyó en el articulado el concepto de matrimonio señalando que: “El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges”.⁷⁹ Como se advierte, hasta aquí las parejas homoafectivas podrían haber optado por el matrimonio. Esto causó intervenciones que rechazaban tal posibilidad a través de argumentos religiosos que apuntaban otra vez a precautelar el matrimonio y la familia como institución natural, divina. Queirolo enfatizaba:

La familia es una institución natural y con eso no se juega, los que no crean en Dios, los que no crean en la familia son un grupo minúsculo, mayúsculo en esta Asamblea pero no en el país, con esta institución sagrada no se debe jugar [...] existe un solo tipo de familia formada por la unión de un hombre y una mujer [...] La familia es la célula básica de la sociedad desde siempre, esta idea ha pasado a ser un lugar común, no discutido en ninguna cultura, tiempo o lugar, y siempre ha estado constituida por la unión entre un hombre y una

76. Actas del Pleno, Acta No. 050, 154-5.

77. Actas del Pleno, Acta No. 077, 145

78. Actas del Pleno, Acta No. 050, 128.

79. Archivo de la Asamblea Nacional. Asamblea Constituyente. Mesa 1. Acta No. 47-08. Caja 2. Folder 17. Dispositivo 10. 11 de julio de 2008.

mujer cuyo principal objetivo es la procreación para la permanencia de la sociedad, *si el objetivo no es procrear, no son familia...*⁸⁰

En la votación definitiva, en medio del caos y el desorden por la votación final de todos los artículos, se propuso una reconsideración sobre el artículo del matrimonio a fin de apoyar a la familia del Ecuador entre un hombre y una mujer,⁸¹ y se propuso la inclusión del matrimonio como la unión entre hombre y mujer. La reconsideración fue aceptada y la mayoría de asambleístas votó positivamente. Este es el texto que se aprobó en el referendo:

El matrimonio es la unión monogámica entre hombre y mujer [...] La unión estable y monogámica entre dos parejas libre de vínculo matrimonial [...] generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.⁸²

LA FE PRESIDENCIAL

En relación con estos temas, el presidente intervino en la Constituyente en dos momentos. Primero indicando que, en el caso de que la Constitución permitiera el aborto, él personalmente votaría que no.⁸³ En esta medida apoyó a Queirolo y Acosta a quienes indicó que como creyente estaría de acuerdo con sus criterios.⁸⁴ En un segundo momento, y a fin de serenar las aguas en Acuerdo País, el presidente reunió a todos sus asambleístas quienes, presididos por la fe presidencial, redactaron el Comunicado señalado *supra* en la que Acuerdo País garantizaba que la Constitución respetaría la vida desde la concepción, prohibiría el matrimonio homosexual y se incluiría el nombre de Dios en la Constitución.

De este *comunicado* se derivaron consecuencias (in)esperadas. En el mes de octubre de 2013, el presidente hizo manifiesta su oposición a la despenalización del aborto y al matrimonio homosexual. Ocurrió durante la discusión que se mantenía en la Asamblea Nacional durante la elaboración de un nuevo Código Penal. La asambleísta Paola Pabón, de Alianza País, propuso un proyecto de ley en el que se despenalizaba

80. Archivo de la Asamblea Nacional. Asamblea Constituyente. Actas del Pleno. Acta No. 086. 15 de julio de 2008, 97.

81. Archivo de la Asamblea Nacional. Asamblea Constituyente. Actas del Pleno. Acta No. 089, 17 de julio de 2008, 44.

82. Constitución del Ecuador, artículos 67 y 68.

83. “Dios, aborto y matrimonio homosexual no deben ir en la Constitución, según Cordero”, *El Comercio*.

84. “El Presidente respalda a Queirolo y a Diana Acosta”, *El Comercio*, 1 de abril de 2008.

el aborto en el caso de violación.⁸⁵ A la vez solicitó que esta propuesta fuera votada de manera individual y no como bancada. La moción fue apoyada por Soledad Buendía y Gina Godoy (exconstituyente).

El proyecto causó la irritación del presidente Correa, quien, en una entrevista al canal de televisión Oromar, amenazó con renunciar a su cargo si se mantenía la moción de que se despenalice el aborto. Considerando que el presidente tiene poder de veto, agregó: “yo jamás aprobaré la despenalización del aborto más allá de lo que consta en las actuales leyes”.⁸⁶ A partir de estas declaraciones, Paola Pabón retiró su proyecto para que no hubiera una ruptura al interior del bloque. Días después, el presidente pidió que se sancione a las asambleístas por haber violado el Código de Ética al haber mocionado que cada asambleísta vote individualmente y por haber violado los acuerdos relativos a la no despenalización del aborto; acuerdos que se deducen de los compromisos adquiridos por Alianza País en la Constituyente. Se sancionó a Paola Pabón, Gina Godoy y Soledad Buendía con un mes de inhabilitación por la ruptura de acuerdos.⁸⁷

En relación al matrimonio homosexual, el presidente tuvo otra vez la ocasión de manifestar su desacuerdo con este tema al proponer un proyecto de ley que planteaba cambiar en la cédula de identidad la categoría “sexo” por “género”. A partir de este cambio se observó la posibilidad de que parejas con identidad de género distinta a la de su sexo puedan contraer matrimonio. Correa se negó a esta posibilidad y, en una entrevista concedida a RTS sobre este tema, el entrevistador le dijo al Presidente: “yo creía que usted era más liberal”,⁸⁸ a lo que Correa respondió:

Yo soy muy progresista en la parte económico y social, pero bastante conservador en cuestiones morales y no es que pretendo mis principios, mis valores personales transmitirlos al país aunque tengo todo el derecho y porque nunca los he ocultado y el país ha votado por mí, por la persona, por sus creencias, etc., [...] yo sí creo que la familia es el fundamento de la sociedad y como la estrategia era cambiar sexo por identidad de género y luego como mi identidad de género es ser mujer entonces “hombre mujer” no rompo la Constitución y hay matrimonio gay y yo lo he dicho claramente no estoy de acuerdo con esa postura.⁸⁹

85. De acuerdo al artículo 150 del Código Penal Integral, el Ecuador permite el aborto terapéutico en caso de peligro a la salud de la madre, siempre que no hayan otros medios disponibles, y en el caso de la violación a una mujer con discapacidad mental.

86. *Ibíd.*

87. “Rafael Correa dice que Alianza País sancionó la indisciplina y no pensar distinto”, *El Comercio*, 29 de octubre de 2013.

88. RTS. Entrevista a Rafael Correa. Disponible en <<http://www.youtube.com/watch?v=IYJG8LSmVGo>>.

89. *Ibíd.*

La posición del presidente ha merecido un titular muy decidor en la prensa internacional: “La izquierda beata de América Latina”⁹⁰ para denominar la ideología de presidentes identificados con la izquierda, pero que, a la hora de tratar temas como el aborto o el establecimiento del matrimonio gay, “sus posiciones tienden al conservatismo, y el mensaje religioso es incorporado cada vez con mayor frecuencia en sus discursos político y en su argumentación”.⁹¹ La definición es coherente con la etiqueta que se ha dado el propio presidente como un ‘humanista, católico y de izquierda’. Su posición se encuentra reflejada en los artículos de la Constitución tratados en este trabajo y que revelan su fundamentación y origen en dogmas religiosos.

CONCLUSIONES

La Constitución del Ecuador, aprobada en 2008, caracteriza al Estado como *laico*. Sin embargo, esa caracterización es tan solo formal pues el reconocimiento constitucional a la protección a la vida desde la concepción, la prohibición del matrimonio homosexual y la inclusión de Dios en su preámbulo están marcados por una cruz: su inclusión en texto constitucional responde a dogmas religiosos. Para probar esta hipótesis, la presente investigación analizó tres razones que dan cuenta de la enorme influencia que la religión tiene todavía en el Ecuador, motivo que impediría pensar que el Estado es efectivamente laico, y que, por tanto, no promueve ni favorece ninguna tendencia religiosa.

En la primera parte del trabajo se explicitó el fundamento de la instalación de la Asamblea Constituyente de 2008: iniciar un proceso revolucionario que siguiera las huellas de Eloy Alfaro, líder de la Revolución liberal ecuatoriana acaecida en 1897. La consecuencia natural de seguir el pensamiento de Alfaro debió haber sido concluir con el proceso laicización del Estado que él inició por primera vez en la historia del Ecuador. No obstante, las tres razones que se desarrollan en este trabajo pretendieron demostrar que el intento por constituir un Estado laico fue fallido. Con el fin de estudiar las razones que sustentan esta hipótesis, el trabajo se sirvió de los debates constituyentes acaecidos en el Pleno de la Asamblea Constituyente, así como en las mesas encargadas de desarrollar los artículos correspondientes. También se utilizaron noticias de la prensa que recogían las intervenciones de los asambleístas, pero también de actores importantes en este debate: el presidente de la República, las iglesias católicas y evangélicas y el Movimiento Nacional de Mujeres.

90. “La izquierda beata de América Latina”, *El País*, 26 de octubre de 2013.

91. *Ibid.*

El manejo político que se dio a estos temas reveló que en el Ecuador todavía se deben satisfacer pretensiones religiosas para lograr legitimidad política y asegurar resultados electorales. Tal como se demostró, para Acuerdo País, el partido político de gobierno, era importante asegurar los votos de los creyentes, razón por la que concretaron un acuerdo que buscaba que estos votaran positivamente en el referendo aprobatorio de la Constitución. Así, se privilegiaron las visiones eclesiales en detrimento de un Estado neutro religiosamente que permita el ejercicio de los derechos sin el prisma de la moralidad católica.

El análisis de los debates constituyentes también demostró que los argumentos que sostenían las facciones conservadoras para prohibir el aborto, el matrimonio homosexual e incluir la a Dios en el preámbulo fueron esencialmente razonamientos religiosos que desconocían la pretensión laica del Estado. Los argumentos religiosos que frecuentemente se utilizaron fueron de tres tipos: 1. El mito de la mayoría católica, en virtud del cual el llamado religioso del pueblo cristiano era ineludible; 2. La Biblia como fuente de Derecho, a partir del cual los artículos constitucionales debían respetar la voluntad divina; 3. El argumento falaz naturalista que vuelve inmorales ciertas conductas que no se corresponden con la realidad tal como es. Fueron estos argumentos los que finalmente se impusieron a la hora de solucionar los conflictos que se produjeron alrededor de estos temas entre los grupos conservadores y los grupos progresistas de la Asamblea Constituyente.

Por último, la tercera razón que se expone para dudar del Estado laico en el Ecuador es la misma posición del presidente del Ecuador que, reconociéndose como un humanista de izquierda católico, ha manifestado públicamente que durante su gobierno no se despenalizará el aborto y tampoco se dará paso al matrimonio homosexual. El motivo de esta oposición, tal como ha manifestado, es su fe católica, fe que se impone al pretendido carácter laico del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Bloch, Marc. “La crítica”. En *Apología para la historia o el oficio de historiador*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Carr, Edward H. *¿Qué es la historia?* Barcelona: Ariel, 1984.
- Carta de Eloy Alfaro dirigida a Ángel T. Barrera, su secretario privado. En *Historia del ferrocarril de Guayaquil a Quito. Páginas de verdad escritas por el General Eloy Alfaro, gestor de la magna obra*. Quito: Ministerio de Cultura, 2008.
- Castello Starkoff, Paula. “Despenalización del aborto y nuevo proyecto constitucional: un tema polémico”. *Íconos: Revista de Ciencias Sociales*. Quito (2008).
- Dworkin, Ronald. *Moral Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

- . *Religion without God*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2013.
- Haberle, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.
- Habermas, Jürgen. “Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica”. En *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta, 2000.
- . “¿Qué significa una sociedad postsecular?”. En *¡Ay Europa!* Madrid: Trotta, 2009.
- . *Una tarde de discusión entre Habermas y Ratzinger*. s. l.: Academia Católica de Baviera, 2004.
- Herrera, Elizabeth, y Paulina Ponce. *Mujeres a media tinta ¿Cómo trató la prensa escrita ecuatoriana los derechos de las mujeres durante la Asamblea Constituyente?* Quito: CONAMU, 2008.
- Hidalgo, Ángel Emilio. “Una interpretación de la Hoguera Bárbara: Quito, 28 de enero de 1912”. *Procesos: Revista ecuatoriana de historia*. Quito (2012).
- Lalander, Rickard, y Pablo Ospina Peralta. “Movimiento indígena y revolución ciudadana en Ecuador”. *Cuestiones Políticas*, vol. 28, No. 48 (2012).
- Muñoz, Juan Pablo. “Movimientos sociales y procesos constituyentes. El caso de Ecuador 2008”. s. l.: Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza, 2008. Disponible en <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-451.html>.
- Posner, Richard. *Against Constitutional Theory*. New York: University Law Review, 1998.
- Prost, Antoine. “Las técnicas de la crítica”. En *Doce lecciones sobre la historia*. Madrid: Cátedra, 2001.

OTROS

Archivo de la Asamblea Nacional. Asamblea Constituyente. Actas del Pleno de la Asamblea

- Acta No. 009. 12 de diciembre de 2007.
- Acta No. 050. 12 de mayo de 2008.
- Acta No. 050 A. 16 de mayo de 2008.
- Acta No. 079. 8 de julio de 2008.
- Actas del Pleno. Acta No. 037. 27 de mayo de 2008.
- Actas del Pleno. Acta No. 060. 7 de junio de 2008.
- Actas del Pleno. Acta No. 064. 18 de junio de 2008.
- Actas del Pleno. Acta No. 077. 5 de julio de 2008.
- Actas del Pleno. Acta No. 086. 15 de julio de 2008.
- Actas del Pleno. Acta No. 088. 16 de julio de 2008.
- Actas del Pleno. Acta No. 089. 17 de julio de 2008.
- Actas del Pleno. Acta No. 095. 24 de julio de 2008.

Actas y documentos de las mesas constituyentes

- Asamblea Constituyente. Propuesta de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana. Mesa 3. Caja 5. Folder 58. Dispositivo 5. 14 de abril de 2008.
- Asamblea Constituyente. Propuesta del Mandato de Pueblos Indígenas y Evangélica de Kichwas de la Costa. Mesa 3. Caja 5. Folder 19. Dispositivo 6. 9 de mayo de 2008.
- Asamblea Constituyente. Carta de Ministra Caroline Chang a Presidente Correa. Mesa 3. Caja 3. Folder 19. Dispositivo 6. 29 de mayo de 2008.
- Asamblea Constituyente. Mesa 1. Acta No. 45-08. Caja 2. Folder 17. Dispositivo 9. 27 de junio.
- Asamblea Constituyente. Mesa 1. Acta No. 037. Caja 2. Folder 3. Dispositivo 7. 27 de mayo de 2008.
- Asamblea Constituyente. Mesa 1. Acta No. 44-08. Caja 2. Folder 17. Dispositivo 8. 20 de junio de 2008.

Prensa

Diario El Comercio

- “A. Barrera acusa a la Conferencia Episcopal de tener ‘vínculos con la derecha’”. 29 de julio de 2008.
- “Asamblea aprueba cinco primeros artículos de la nueva Constitución”. 1 de abril de 2008.
- “Dios, aborto y matrimonio homosexual no deben ir en la Constitución, según Cordero”. 26 de marzo de 2008.
- “El aborto, el nombre de Dios... dividen al bloque de A. País”. 28 de marzo de 2008.
- “El anuncio de la Iglesia atiza la polémica”. 30 de julio de 2008.
- “El preámbulo del proyecto para nueva Constitución sí invoca a Dios”. 24 de julio de 2008.
- “El Presidente respalda a Queirolo y a Diana Acosta”. 1 de abril de 2008.
- “Evangélicos rechazan proyecto de Constitución por abortista”. 10 de septiembre de 2008.
- “El tema del aborto preocupa políticamente al Gobierno”. 5 de julio de 2008.
- Gonzalo Maldonado Albán. “Conservador y retardatario”. 6 de abril de 2004.
- “La Asamblea Constituyente sí debatirá temas polémicos”. 27 de abril de 2008.
- “La iglesia pone reparos al proyecto”. 29 de julio de 2008.
- “La Iglesia se divide frente al ‘no’”. 4 de abril de 2008.
- “La Iglesia suma apoyo”. 23 de agosto de 2008.
- “La invocación a Dios trae polémica”. 17 de julio de 2008.
- “Las organizaciones de mujeres rechazaron posición de A. País”. 2 de abril de 2004.
- “Las organizaciones de mujeres rechazaron posición de A. País”. 2 de abril de 2008.

“Paola Pabón retira el proyecto sobre aborto tras amenaza de renuncia de Rafael Correa”. 11 de octubre de 2013.

“Propuesta: los cristianos en contra del aborto”. 26 de marzo de 2008.

“Rafael Correa dice que Alianza País sancionó la indisciplina y no pensar distinto”. 29 de octubre de 2013.

Redacción Política. “La Asamblea Constituyente sí debatirá temas polémicos”. 27 de marzo de 2008.

“1000000 firmas contra el aborto”. 25 de marzo de 2008.

Diario El Universo

“Iglesias informan a sus fieles acontecer político”. 9 de junio de 2008.

“Mujeres denuncian injerencia de asesor de Correa en Asamblea”. 5 de julio de 2008.

Diario El País

“La izquierda beata de América Latina”. 26 de octubre de 2013.

Presidencia de la República

Discurso del Presidente Rafael Correa en la recepción de los restos del General Eloy Alfaro a Montecristi. Montecristi. 30 de noviembre de 2007.

Intervención del Presidente de la República, Rafael Correa en la ceremonia de clausura de la Asamblea Nacional Constituyente. Montecristi. 25 de julio de 2008.

Oromar

Entrevista a Presidente Rafael Correa. Disponible en <<http://www.youtube.com/watch?v=WmrrP1PBwGc>>.

RTS

Entrevista a Rafael Correa. Disponible en <<http://www.youtube.com/watch?v=IYJG8LSmVGo>>.

Fecha de recepción: 4 de septiembre de 2017.

Fecha de aprobación: 14 de enero de 2018.

Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador. Realidad jurídica y social* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013).

Pablo Andrés Alarcón Peña*

Con el transcurso del tiempo, hasta llegar a la noción de un constitucionalismo contemporáneo, para algunos neoconstitucionalismo, para otros nuevo constitucionalismo latinoamericano, democrático, entre otras conceptualizaciones,¹ lo único claro es que los componentes tradicionales de evaluación del derecho, marcados cada uno de ellos por la influencia predominante de una escuela de pensamiento jurídico determinada, empiezan a tornarse interdependientes desde el momento en que se reconoce a la Constitución como una auténtica norma. Esta normatividad de la Constitución, erigida sobre la base de su aplica-

ción directa e inmediata por y ante cualquier autoridad pública o particular, se traduce en que reglas, valores y principios constitucionales sean de obligatorio cumplimiento, sin perjuicio de su ámbito o grado de aplicación. En el caso del constitucionalismo ecuatoriano, a partir de una lectura integral del texto constitucional, se podrá concluir que la investigación y el papel del jurista respecto al derecho ya no puede seguir limitada a la evaluación del derecho desde la vigencia de las normas, sino que debe concentrar principalmente su atención en componentes *ius* naturalistas e incluso realistas como son las dimensiones de justicia, validez –una vigencia sometida a contenidos axiológicos– y a la eficacia.²

Es conocido por todos también que la Constitución 2008, en cuanto a la parte dogmática se refiere, es sumamente ambiciosa en la positivización de una serie de derechos y garantías constitucionales. Este gran avance, en relación a Constituciones antecesoras, no debió y no debe ser el punto de llegada de esta arremetida garantista. Todo lo contrario, fue apenas el punto de inicio de ese necesario cambio revolucionario que tanto ameritaba nuestro sistema jurídico. La sociedad y la cultura jurídica

* Docente contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; profesor de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y de la Universidad de Cuenca.

1. Cfr. Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012). Ramiro Ávila, *El Neoconstitucionalismo andino* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Huaponi, 2016).
2. Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría general del Derecho* (Bogotá: Temis, 1999), 21-54. En el caso de la eficacia conceptualizada por Bobbio, esta tiene relación con el grado de cumplimiento del derecho, es decir, con la dimensión sociológica de las normas. A diferencia de esta conceptualización, los autores Storini y Navas asimilan el concepto de eficacia definido por Bobbio, con efectividad, 51. Véase también al respecto, Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil* (Madrid: Trotta, 1999), 15-35.

no cambian automáticamente a partir de la sola emisión y vigencia de una norma, esto sería incurrir en una falacia de tipo normativista. Lo esencial, en el marco de un constitucionalismo que incluso ha sido calificado por muchos como “democrático”, se sustenta principalmente en evaluar su eficacia, es decir, cómo la Constitución y sus componentes, más allá de ser ambiciosos y garantistas desde su redacción, están generando un efecto en la práctica. Es esta la verdadera responsabilidad investigativa que recae sobre los juristas; no podemos, bajo ninguna circunstancia, continuar conformándonos con un análisis mecánico, descriptivo, deductivo, incluso adulator del contenido de las normas. Lo esencial será evaluar desde la dimensión sociológica la forma cómo ese derecho formalmente positivizado está funcionando en la sociedad.

Esta breve introducción resulta imprescindible para destacar la importancia de la obra de los profesores Claudia Storini y Marco Navas; investigación que, vale la pena recalcar, fue auspiciada por la Corte Constitucional del Ecuador en una muestra de la necesaria conexión que debe existir entre la academia y el Estado, si lo que nos preocupa a todos es la eficacia o efectividad –en palabras de los autores– del diseño normativo constitucional. A diferencia de estudios tradicionales, donde se recurre a un análisis meramente descriptivo de la normativa constitucional o legal, en esta investigación se recurre a una metodología novedosa: a partir de un análisis de casos –de 833 sentencias de primera y segunda instancia, emitidas en materia de acciones de protección en las capitales de las provincias de Guayas y Azuay, durante el período comprendido entre noviembre de 2008 y septiembre de 2011–, se evidencian los principales problemas que aquejaban y aun aquejan a la acción de protección desde la dimensión jurisprudencial. Sumado a ello, lo más importante, en nuestro criterio, es que los autores no se limitan a la identificación de aquellos problemas, sino que, a partir de ellos, construyen planteamientos críticos tendientes a erradicar, o al menos atenuar, su impacto en los derechos de las personas que hacen uso de la garantía.

Este tipo de metodología, sin duda, resulta acorde con aquella postura que defiende el componente democrático de la Constitución, y nos da una perspectiva ampliada del concepto de derecho y su interdependencia con otras ramas como lo es la sociología. Los autores, desde la dimensión sociológica del derecho, plasmada en la jurisprudencia constitucional, evalúan la eficacia, efectividad y eficiencia de la acción de protección de derechos constitucionales. Desde el punto de vista cuantitativo, la obra muestra resultados relacionados con el tiempo que tarda la emisión de una sentencia en el marco de una garantía “teórica y normativamente sumaria y expedita”; y, lo más importante, desde el punto de vista cualitativo, evalúa la calidad argumentativa de los jueces constitucionales y la forma en que resuelven y reparan las violaciones a derechos constitucionales declaradas en sus fallos.

En cuanto a la deficiente labor hermenéutico-constitucional, los autores advierten que esta podría obedecer a causas vinculadas al diseño estructural del sistema de ad-

ministración de justicia constitucional, pues, en la praxis, los jueces que conocen de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales, como es el caso de la acción de protección, son jueces que originalmente forman parte de la justicia ordinaria, y que, cuando conocen de estas garantías, pasan a formar parte temporalmente del sistema de administración de justicia constitucional.³ Esto, si bien denotaba en su inicio la clara intención del constituyente de consolidar la noción de “jueces constitucionales” independientemente de la rama de sus competencias originales, ha dado lugar a la congestión procesal de las judicaturas y, lo más grave, que muchos procesos de justicia ordinaria, producto del carácter sumario y preferente de una garantía jurisdiccional, queden relegados y su decisión suspenda en el tiempo hasta concluir con la tramitación y sustanciación de estas garantías. Adicionalmente, los autores también muestran su preocupación en torno a los términos y procedimiento establecidos en las prescripciones normativas que regulan a la garantía, pues en su criterio –con el que coincidimos– estos no resultan acordes a la praxis o realidad judicial.

Finalmente, en el marco de los problemas de tipo cualitativo que se identificaron a partir de la muestra seleccionada, los autores evidencian una predominancia del método de interpretación exegético, criterio hermenéutico que se ha traducido mayoritariamente en la aplicación mecánica de las causales previstas en los entonces vigentes artículos 40 numeral 3 y 42 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC).⁴ De esta manera, se sacrificaba la tutela judicial efectiva de las personas, concretamente en la dimensión de acceso, pues las demandas eran inadmitidas, mediante auto y de manera sucinta, sin un análisis del objeto central de la acción de protección, me refiero a la vulneración o no de derechos constitucionales. Los resultados de la investigación también muestran que muchas de las acciones eran inadmitidas por el tipo de acto contra el cual se presentaba la garantía, es decir, bastaba con que sea un acto administrativo para que se concluya, producto de una interpretación aislada del artículo 173 de la Constitución, que existe otra vía jurisdiccional.

Todos estos problemas, originados en nuestro criterio en una deficiente técnica legislativa de parte de la Asamblea Nacional en la redacción de los artículos correspondientes a la acción de protección, sumado a la cultura jurídica legalista predominante en los juristas, trajo como consecuencia no solo que se lesione el derecho a la tutela judicial efectiva en la dimensión de acceso, sino que, a su vez, en virtud de la aplica-

3. Cfr. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-10-PJO-CC.

4. Estos artículos serían interpretados condicionadamente por parte de la Corte Constitucional en la sentencia No. 102-13-SEP-CC.

ción exegética de presupuestos legales, se restrinja el objeto y alcance de la acción de protección prevista en el artículo 88 de la Constitución.

Compartimos plenamente la postura de los autores, quienes evidencian la necesidad de una capacitación constante a las judicaturas y salas del país que conocen de garantías jurisdiccionales. No obstante, ahondamos en esa crítica propositiva en que esta capacitación debió llevarse adelante al día siguiente de la emisión y vigencia de la Constitución de 2008; quizás habríamos podido advertir a tiempo estos problemas y evitar así las vulneraciones que ya se han consumado durante este tiempo en los derechos constitucionales de las personas. La falta de capacitación ha generado que hasta ahora, –tal como lo advierten los autores a la fecha de conclusión de la investigación– se sigan sustanciando acciones de protección con presupuestos propios de la extinta acción de amparo, es decir, en clara violación a la seguridad jurídica y debido proceso de las personas. Concomitante con lo dicho, resulta lógico, como en efecto se muestra en los resultados de la investigación, que no existan avances en torno a la materialización de la reparación integral, pues fueron pocos los casos que eran admitidos a trámite y que concluían en una sentencia constitucional. Resulta penoso, por decir lo menos, que luego de casi nueve años de la existencia formal de la acción de protección debamos aún concentrar nuestro análisis en ámbitos de tipo procesal constitucional, y no en el ámbito material de protección de la garantía, esto es, cómo los jueces están tutelando los distintos derechos garantizados en la Constitución.

Por otra parte, debemos mencionar que algunos de los problemas identificados por los profesores Storini y Navas, particularmente aquellos que se generaron a partir del análisis cualitativo, fueron posteriormente tratados por el máximo órgano de justicia constitucional del país. Fue así que en la sentencia No. 102-13-SEP-CC, decisión emitida dentro de una acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional, a partir de la problemática fáctica y normativa que presentaba el caso en cuestión, en ejercicio de sus competencias de intérprete auténtico de la Constitución,⁵ realizó una interpretación condicionada y conforme de los presupuestos previstos en los artículos 40 y 42 de la LOGJCC.

En dicha sentencia, la Corte diferenció claramente cuándo y de qué manera podrían ser invocadas las causales constantes en los artículos antes aludidos. Así, estableció con carácter vinculante de tipo vertical que únicamente aquellos presupuestos de forma pueden ser invocados y resueltos mediante auto y de manera sucinta, a diferencia de aquellos presupuestos de improcedencia, cuya invocación requiere estar precedida de un análisis argumentativo razonable, lógico y comprensible. Este análisis, claro

5. Constitución de la República del Ecuador. Artículos 436, numerales 1 y 6.

está, deberá plasmarse en una sentencia y no mediante auto. Entre estos presupuestos interpretados condicionalmente, se encuentran aquellos previstos en los artículos 40 números 3 y 42 número 4 de la LOGJCC. De la misma forma, la Corte dejó en claro en esta decisión que la sola existencia de otras vías no acredita que estas sean eficaces y adecuadas, razón por la cual, acorde a la naturaleza informal de la acción de protección reconocida en la Constitución, la carga de la prueba relacionada a la demostración de existencia formal y material de otra vía recae sobre el juzgador y no sobre el accionante.

Este criterio de la Corte, que evidenció algunos de los problemas advertidos en su momento por los autores Storini y Navas en su investigación, marcó un antes y un después tanto en la sustanciación de acciones de protección como en las investigaciones de tipo sociológico que deben realizarse en adelante a partir de la jurisprudencia de los jueces constitucionales. Decimos esto porque, a partir de esta decisión, los jueces que conocen de acciones de protección deben asumir su rol de jueces garantes de la Constitución e interpretar y argumentar siempre de manera activa y acorde a los contenidos sustanciales o axiológicos reconocidos en la Carta Fundamental.⁶

Lo dicho evidencia no solo de que la coordinación y trabajo conjunto entre la academia y las instituciones estatales es posible, sino que es imprescindible, pues, como mencionamos al inicio, existe un objetivo común: la tutela efectiva de los derechos de las personas. Como podrá concluir el lector a partir de estas pocas líneas, la obra resulta ser un instrumento académico de consulta obligatoria, fundamentalmente para criticarlo propositivamente; ahí radica la riqueza de la academia y desde ahí se generan los mayores aportes para el conocimiento. Que esta obra incentive a estudiantes de derecho a impulsar y replicar investigaciones similares en las que desde lo sociológico se emprenda un análisis crítico del derecho formalmente positivizado. Será la única manera de alcanzar un derecho que sea reflejo de nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Ávila, Ramiro. *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Huapuni, 2016.

Bobbio, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Bogotá: Temis, 1999.

6. Más adelante, este criterio jurisprudencial sería ratificado en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en casos análogos. Cfr. Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 0192-14-SEP-CC; 0187-14-SEP-CC; 0169-14-SEP-CC; 0166-14-SEP-CC; 0109-14-SEP-CC; 0102-14-SEP-CC; 0076-14-SEP-CC; 0072-14-SEP-CC; 0063-14-SEP-CC; 0240-15-SEP-CC; 0222-15-SEP-CC; 0170-15-SEP-CC; 0174-15-SEP-CC; 0149-15-SEP-CC; 0145-15-SEP-CC; 0112-15-SEP-CC; 0093-15-SEP-CC; 0049-15-SEP-CC; 0053-16-SEP-CC; 0037-16-SEP-CC; 0034-16-SEP-CC; 001-16-PJO-CC; 022-17-SEP-CC; 0018-17-SEP-CC, entre otros.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau, edit. *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

FUENTES NORMATIVAS

Constitución de la República del Ecuador.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-10-PJO-CC.

---. Sentencia No. 0192-14-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0187-14-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0169-14-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0166-14-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0109-14-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0102-14-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0076-14-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0072-14-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0063-14-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0240-15-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0222-15-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0170-15-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0174-15-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0149-15-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0145-15-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0112-15-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0093-15-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0049-15-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0053-16-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0037-16-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0034-16-SEP-CC.

---. Sentencia No. 001-16-PJO-CC.

---. Sentencia No. 022-17-SEP-CC.

---. Sentencia No. 0018-17-SEP-CC.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador. Realidad jurídica y social* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013).

*Krystian Complak**

El estudio científico de las así llamadas garantías jurisdiccionales que permiten la tutela de los derechos constitucionales es uno de los temas más importantes del derecho constitucional contemporáneo, y, sin embargo, no resulta una cuestión sobre la cual puedan encontrarse análisis que abarquen aspectos cuantitativos y cualitativos, como sí resulta el que es objeto de la presente reseña publicado bajo el nombre de *La acción de protección en Ecuador. Realidad jurídica y social*.

Lo que salta a la vista cuando uno se adentra en la lectura del libro reseñado son la precisión, la rigurosidad y la minuciosidad por cada detalle o aspecto estudiados. Baste familiarizarse con las dos oraciones insertadas bajo 1.3.6¹ de su libro para darse cuenta de la manera de escribir de los profesores Claudia Storini y Marco Navas Alvear. Es un libro bien estructurado. Está dividido en dos grandes capítulos, con las materias bien repartidas. El primero se llama “Planteamiento general y precisiones metodológicas” y el segundo lleva por epígrafe “Tutela judicial efectiva y acción de protección”.

En el primer capítulo los autores problematizan acerca de la índole del nuevo Estado plasmado en la Constitución ecuatoriana de 2008, así como los rasgos más relevantes de la acción de protección incorporada en su texto. Terminan esta parte con una exposición acerca de la recopilación de los fallos, y un detenido análisis de la selección de estos efectuada en juzgados de las provincias del Guayas y del Azuay.

Es ocioso destacar que los autores explican magistralmente en este primer capítulo –con una abundancia de opiniones y enfoques– las nociones de eficacia, eficiencia y sobre todo efectividad, esta última en el sentido de realización integral de la acción de protección a través del proceso en orden a tutelar los derechos vulnerados; sin hablar de otros parámetros cuantitativos y cualitativos. Pertrechado así con las herramientas de análisis, el lector recibe un nuevo regalo espiritual al leer el segundo capítulo también redactado con la gran inquietud de investigadores científicos.

En el segundo capítulo, los autores evalúan:

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Wrocław.

1. Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador. Realidad jurídica y social* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 64.

el grado del cumplimiento, por parte de la acción de protección, de su objetivo, esto es, el amparo eficaz y efectivo de los derechos garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos que no estén amparados por las acciones de habeas corpus, acceso a la información pública, habeas data, o bien que, por la naturaleza del caso no se procesen por medio de las acciones por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.²

Resaltaría, en esta parte, las encomiables inquisiciones sobre, verbigracia: la celeridad del proceso, el derecho a no sufrir indefensiones, la motivación de los fallos y en particular, la reparación integral estos.

A pesar de llegar a las conclusiones no demasiado alentadoras en cuanto a la internalización por parte de los operadores jurídicos de las novedades introducidas por la Constitución de Montecristi, estas pueden servir, sin duda, de puntos de partida para un perfeccionamiento del sistema de justicia constitucional ecuatoriano, especialmente en lo que toca al poder judicial que tiene competencias constitucionales. En esto radica la riqueza principal del libro reseñado. En todo caso, parecería que este acervo se quedará, desgraciadamente, por un largo tiempo como un punto de referencia obligado para todos los reformadores de la justicia en Ecuador y la región latinoamericana.

La labor de emprender mejoras en este dominio es inmensa. Ojalá que las luces oportunas encendidas por los autores iluminen todo este camino hacia consolidar una organización política muy novedosa desde la óptica del derecho comparado, denominada Estado constitucional de derechos y justicia.

Para terminar desearía referirme a tres facetas formales del libro de Claudia Storini y de Marco Navas Alvear. En primer lugar, aprecio muy positivamente los gráficos, tablas y encuadrados que acompañan al texto en muchos lugares. Entre este material demostrativo, destacaría los parámetros de análisis cualitativo del cuadro en la página 76. Juntados con los tres criterios de medición de la tutela referidos ya, constituyen una especie de guía para un lector. Luego, con miras a mejorar esta valiosa obra, aconsejaría en su nueva edición evitar la repetición en las páginas 21-24 y 140-142 del mismo fragmento.

Por último, pero no menos importante, la bibliografía es destacable ya que no se presenta apenas como un listado alfabético de todas las publicaciones utilizadas en el trabajo, sino que se hace una relación bien ordenada, según sus temas puntuales que se convierte en una guía temática para quien procure profundizar en temas como estos.

2. *Ibid.*, 81.

Análisis de la sentencia: Fernández Ortega vs. México: género, clase y etnicidad

*Adriana Rodríguez Caguana**

RESUMEN

El presente trabajo estudiará la sentencia del caso Fernández Ortega contra México, dictado en agosto de 2010 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) desde las intersecciones de clase, género y etnicidad. El caso Fernández trata sobre la violación sexual que sufrió Inés Fernández, indígena del pueblo Tlapaneco/Me'phaa, por parte de miembros del ejército mexicano en el Estado de Guerrero. Este caso constituye un precedente en la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Sin embargo, la Corte IDH no alcanzó a realizar una relación compleja, propia de la interseccionalidad, y se inclinó a entender el caso desde un enfoque de género –considerando solo los instrumentos internacionales de protección de los derechos de las mujeres, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer–, dejando relegada la construcción identitaria indígena y sus derechos colectivos. La sentencia nos invita a preguntarnos: ¿es suficiente la teoría de género para entender una violación de los derechos humanos de las mujeres indígenas?

PALABRAS CLAVE: género, etnia, lengua, mujeres indígenas, derechos humanos.

ABSTRACT

This paper shall analyze the judgment from Fernández Ortega vs. México state by the Interamerican Court for Human Rights in August 2010. The study is carried from an integral perspective that includes factors of class, language, gender, and ethnicity that exist in the social anthropology. The Fernandez case involved a sexual rape that the victim had suffered by soldiers. The victim is an indigenous woman from the Tlapaneco/Me'phaa people. This case is very important for the jurisprudence of the Interamerican Court for Human Rights. We presume, however that the Court did not understand the complex relationship between class, language, gender and ethnicity. Finally it favoured only gender perspective, sidelining all other items. Is the Gender Theory sufficient to explain sexual rape and the human rights of indigenous women?

KEYWORDS: gender, ethnicity, language, indigenous women, Human Rights.

FORO

* Docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

INTRODUCCIÓN

Las violaciones de los derechos humanos de las mujeres indígenas necesitan ser estudiadas dentro de la intersección¹ de clase, género y etnicidad, puesto que la no inclusión de cualquiera de las mencionadas perspectivas imposibilitaría la comprensión integral de la complejidad jurídica. En este sentido, el caso *Fernández vs. México* sentenciado por la Corte IDH² se presenta como una oportunidad para entender la violación de los derechos humanos desde una dimensión sociocultural y política. Hay que destacar que en el momento de los hechos la víctima no hablaba español, no había asistido a una educación formal que le permitiera el aprendizaje del idioma oficial, tampoco contaba con control médico –menos aún el ginecológico–, pertenecía a una organización política del pueblo indígena. Si bien la Corte IDH creó un precedente judicial, no pudo superar el análisis parcializado inclinándose por un enfoque de género liberal con cierta sensibilidad para entender la condición identitaria de indígena. Esto es visible porque, además, no se mencionaron en la sentencia ni el Convenio 169,³ ni la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.⁴

El análisis partirá de cuatro categorías que son parte del desarrollo teórico respecto de los derechos humanos de las mujeres indígenas desde el feminismo interseccional. Los puntos que se tomarán como guía para el análisis son los siguientes:

1. La cuestión de género y etnicidad, el contexto de mujeres indígenas sin educación formal y la violación sexual como parte de la historia colonial que han sufrido las mujeres indígenas por parte del “hombre blanco”.
2. La cuestión de la educación y la lengua. Una lengua que a lo largo del proceso se verá como desprestigiada y carente de todo valor, incluso burocrático, afectando principalmente a las mujeres indígenas Tlapaneco/Me’phaa.

1. La interseccionalidad es un término feminista desarrollado por la académica estadounidense Kimberlé Williams Crenshaw en sus estudios sobre Teoría Crítica de la Raza. El enfoque de interseccionalidad trata de entender cómo el derecho entiende las múltiples discriminaciones cuando se produce simultáneamente. De esta forma, cuestiona que los casos sean entendidos solo desde una dimensión individual sin entender los otros factores de opresión de las mujeres, como la clase, la etnia y la raza.

2. Corte IDH, Sentencia *Fernández vs. México*, Serie C, No. 224. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 30 de agosto de 2010. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 15 de mayo de 2011.

3. Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. (Entrada en vigor: 5 de septiembre de 1991).

4. Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. (Adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007 durante la sesión 61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas).

Al finalizar el artículo se tratará de dar algunos indicios para entender los supuestos teóricos con los que suponemos la Corte Interamericana consideró al momento de entender el caso, desde una perspectiva de género liberal.

LAS MUJERES INDÍGENAS DEL PUEBLO TLAPANECO/ME'PHAA

El Estado de Guerrero en México es uno de los más pobres del país; posee múltiples dificultades para asegurar a su población derechos sociales básicos, como educación, salud y acceso a la justicia. Dentro de los grupos más afectados por la pobreza se encuentran los pueblos indígenas y, dentro de estos, las mujeres. La mayoría de la población indígena no cuenta con un adecuado servicio de salud y existe un ginecólogo para cada 4.132 mujeres en edad fértil. El 55,7% de las muertes de mujeres en hospitales ocurren durante el embarazo, el parto o el puerperio.⁵ La población indígena tlapanecos (me'phaa) llega a los 119.291, es decir, el 26% de la población indígena en Guerrero.

El analfabetismo en los pueblos indígenas en México llega al 50,5%, siendo las mujeres las más afectadas. El 18% de la población mayor de 15 años es analfabeta, un 60% de este total siendo mujeres,⁶ y es el segundo Estado con mayor índice de analfabetismo femenino.

Con estos antecedentes, se evidencia que las violaciones de las mujeres indígenas se produjeron en un contexto de transgresión de los derechos económicos y sociales por parte del Estado de México. Además, el país vive uno de los períodos más violentos de las últimas décadas por el surgimiento de grupos armados provenientes del narcotráfico, un contexto de violencia donde los pueblos indígenas son los más afectados. Inés Fernández denunció la violación sexual ante las autoridades correspondientes; sin embargo, la Procuraduría General de Justicia del Estado de Guerrero declinó su competencia a favor de la Procuraduría General de Justicia Militar, porque los acusados eran parte del ejército mexicano, y la Constitución permitía una jurisdicción militar.

Por otro lado, las pruebas que fueron tomadas por los peritos médicos fueron extraviadas, hecho que entorpeció el proceso de la causa, además Inés no contaba con un intérprete de su lengua materna, lo cual dificultó la denuncia ante la fiscalía y la coherencia de los argumentos.

5. Instituto Nacional de Estadística y Geografía de México 2006.

6. Instituto Nacional de Estadística y Geografía de México 2010.

LA VIOLACIÓN SEXUAL HACIA LAS MUJERES INDÍGENAS COMO UN ARMA DE GUERRA

La violación sexual ha sido entendida por la Corte IDH como una experiencia traumática que tiene severas consecuencias; causa gran daño físico y psicológico, deja a la víctima humillada física y emocionalmente. Este delito se asemeja a la tortura por el sufrimiento físico, psíquico y moral agudo. En el presente caso, la Corte IDH volvió a tratar la violación sexual como una práctica de tortura, concluyendo que el Estado violó los derechos de integridad personal, dignidad y vida privada, consagrados en el artículo 5.2, 11.1, 11.2, de la Convención Americana,⁷ en relación al artículo 1 de la misma Convención; y 1,2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Tortura,⁸ así como el deber establecido en el artículo 7 a) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.⁹ Sin embargo, y a pesar de haber ratificado el estándar de la violación sexual como tortura, la Corte IDH se resistió a hacer un análisis más minucioso sobre el alcance sociocultural, histórico y político de la violación sexual como una práctica sistemática colonial y poscolonial contra las mujeres indígenas.

La violación sexual ha sido considerada, en varios estudios en contextos de conflicto armado, como un arma de guerra por parte de las organizaciones de mujeres indígenas. Esta práctica se puede encontrar desde la conquista y colonización hasta la situación actual de las mujeres indígenas en todo el mundo, lo cual nos demuestra que la colonialidad¹⁰ sigue siendo un tema de actualidad. Un ejemplo de esto es el informe presentado por la Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC,¹¹ ante la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para

-
7. Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, en vigencia desde el 18 de julio de 1978.
 8. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia. Fecha: 12/09/85). Entrada en vigor: 02/28/87.
 9. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belén Do Para. (Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el Vigésimo Cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General).
 10. La Colonialidad es una teoría desarrollada por Aníbal Quijano y los estudios latinoamericanos poscoloniales o decoloniales que estudia cómo en el capitalismo latinoamericano persiste la imposición colonial de una clasificación racial/étnica de la población del mundo.
 11. Informe: Mujeres indígenas, víctimas invisibles del conflicto armado en Colombia (2011). Informe presentado a la señora Margoth Wallström, Representante Especial del Secretario General para Violencia Sexual en el marco de los conflictos armados. En su visita a Colombia, Bogotá, 16 de mayo de 2012. Disponible en <<http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/downloads/2012/05/informe-violencia-sexual-mujeres-ind%C3%ADgenas-Colombia.pdf>>.

Violencia Sexual en el Marco de Conflictos Armados. En dicho informe se detalla la crítica situación de tortura sexual de las mujeres indígenas, especialmente de niñas entre 12 y 13 años de edad, en medio del conflicto. La violación sexual se presenta así como un arma de guerra para intimidar a las comunidades. Además, las denuncias no son tomadas en cuenta, no están cuantificadas, no están estudiadas y carecen de importancia social.

El hecho de la indiferencia social e institucional de las violaciones a las mujeres indígenas muestra una naturalización y se constituye como una práctica racista. Tanto las violaciones que se producen en Colombia como en México –o en cualquier país Latinoamericano– parten de la misma problemática donde el racismo colonial hace que la condición del ser indígena y mujer sea más vulnerables a la violencia; además, en ambos casos –Colombia y México– las autoridades tienen como práctica extraviar las muestras periciales, así como la indiferencia en el proceso judicial, lo que lleva a la impunidad de los casos. En Colombia, la ONIC no conoce de sentencias ejecutadas por violaciones sexuales perpetradas hacia mujeres y niñas indígenas. Las escasas denuncias se pueden explicar desde varias dimensiones; por un lado, el miedo a las represalias hace que las mujeres no denuncien los abusos, y, por otro, la indiferencia y la naturalización lleva a las víctimas al silencio y a la desconfianza institucional. Esta característica se repite en otros lugares del mundo en el que existe un contexto de violencia sistemática, siendo la sexualidad de las mujeres indígenas sometida a la tortura. Al mismo tiempo siembra pánico y terror en las comunidades y sus organizaciones políticas. De esta forma, la agresión sexual no solo afecta a las mujeres individualmente, sino que perjudica directamente a toda la comunidad en su dignidad de pueblos.

Por otro lado, es cierto que existe un alcance muy limitado dentro de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en cuanto a los contenidos de los derechos específicos de las mujeres indígenas; únicamente el artículo 22.2 dice: “los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación”. No obstante esta limitación normativa, existen estudios históricos, antropológicos y documentos recientes que permiten entender la particularidad de los casos en mención. Otro punto que destacar es la violación del derecho a la integridad personal relativo al trato que recibió la señora Fernández en el proceso penal desde la dificultad del idioma hasta la pérdida de las pruebas. La Corte IDH aceptó el allanamiento de México, pero se inhibió de pronunciarse sobre cómo la ausencia de una justicia multilingüe afecta especialmente a las mujeres indígenas que no han sido escolarizadas. Incluso desde una perspectiva positivista, la Corte IDH pudo haberse pronunciado por el artículo 7.1 (derecho a la integridad), 13.2 (Intérpretes en la cuestión administrativa) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La ausencia de una justicia intercultural y multilingüe, en zonas donde existe una proporción demográfica considerable de indígenas, demuestra la poca consideración y desvalorización de las lenguas ancestrales, lo que significa también una desvalorización cultural y un impedimento para el acceso a la justicia. Esto corrobora la inexistencia de trabajadores públicos indígenas, lo que responde a una evidente discriminación lingüística en un país que tiene cerca de 68 lenguas originarias. En la misma línea de reflexión podemos observar que la falta de acceso a la educación intercultural bilingüe afecta especialmente a las mujeres indígenas del Estado de Guerrero. Las mujeres suelen ser vistas como las “portadoras de la cultura” o “guardianas de la cultura y de la lengua” sin que exista una real necesidad de su escolarización. El bilingüismo es un derecho de los pueblos indígenas para hacer efectiva la interculturalidad. Sobre este punto la Corte IDH reconoció la violación del acceso a la justicia en condiciones de no discriminación y la falta de protección judicial –artículo 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, y el artículo 7.b de la Convención Americana–; sin embargo, no hizo mención de cómo el analfabetismo afectó especialmente a la señora Fernández en su condición de indígena y la falta de sensibilidad del sistema judicial en no tener un intérprete. De esta forma, podemos concluir que la vulneración de las garantías judiciales, especialmente el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, está insoslayablemente ligada a los derechos lingüísticos, como el uso de intérpretes y traductores de lenguas indígenas en los procesos judiciales.

EL DERECHO DE ASOCIACIÓN DE LAS MUJERES INDÍGENAS

Los representantes de la víctima reclamaron para que la Corte IDH conociera y se pronunciara respecto al derecho a la organización contemplado en el artículo 16 (libertad de asociación en la Convención Americana) porque Inés pertenecía a la Organización Independiente de los Pueblos Mixtecos y Tlapanecos (en adelante OIPMT, organización antecedente de OPIM) desde el año 2000. Las actividades de Inés se encaminaban a mejorar las condiciones de vida de las mujeres de la comunidad, además, su padre había sido un dirigente indígena que fue presuntamente asesinado en situaciones sospechosas. Esta condición de mujer indígena-dirigente era un tema clave en el proceso puesto que la violación sexual pudo haber tenido otros propósitos como la intimidación a las mujeres que hacen dirigencia en la organización.

Es inexplicable la razón por la cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (instancia que interpone el caso a la Corte IDH) no introdujo en primera instancia el derecho a la libertad de asociación dentro de la demanda. A pesar de esto, la Corte IDH pudo haber conocido el caso, porque la condición de dirigente social en la comunidad la hacía más vulnerable; además, la condición de dirigente estaba directa-

mente relacionada con la demanda inicial aunque no estuviera señalada expresamente. El pronunciamiento positivo por parte de la Corte IDH hubiera potenciado la relación entre género e indianidad de la víctima; además, hubiera podido pronunciarse en torno al artículo 35 de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en cuanto al derecho de organización de los pueblos indígenas.

Por otro lado, la Corte IDH tuvo una hermenéutica formalista cuando también se abstuvo de conocer sobre la muerte del hermano de la víctima, Lorenzo Fernández Ortega, quien fue presuntamente asesinado cuando el caso de Fernández estaba tratándose ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La única motivación fue que el caso “no era parte del objeto de la Litis”. Desde una perspectiva de interseccionalidad, ambas situaciones son parte de la problemática jurídica, porque la violación ocurrió dentro de un contexto sistemático de violencia hacia los pueblos indígenas.

Una muestra de esta falta de perspectiva integral lo dio el juez *ad hoc* Alejandro Carlos Espinoza, quien en su voto concurrente fue claro en expresar que la violación sexual no se produjo como un “arma de guerra” –parafraseando al informe de Colombia– ni como una forma de atemorización por parte del Estado a las comunidades indígenas:

6. Debe destacarse que si bien quedó debidamente demostrada la negligencia y falta de resultados a cargo de la procuración de justicia por parte del Estado mexicano, en los diversos fueros constitucionales de carácter competencial en materia penal que se involucraron en la investigación de los hechos, aun como coadyuvantes, también debe indicarse que no se trata de una violación sistémica como instrumento de atemorización dolosa por parte del Estado mexicano respecto de las poblaciones indígenas de la región, particularmente de las mujeres.
7. La demanda como marco litigioso del proceso no excluye la posibilidad para la presentación de pruebas supervinientes previas al dictado de la sentencia, lo que hay que distinguir muy puntualmente de los hechos que no son objeto de litis, no obstante presenten algún tipo de relación con el caso, de modo que la demanda o escrito inicial fija la Litis.

LOS LÍMITES DEL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA SENTENCIA FERNÁNDEZ

El concepto “género” es uno de los grandes aportes del feminismo contemporáneo occidental. Sin embargo, el término ha sido tomado por el feminismo para universalizar los valores construidos por la cultura occidental, alejados de otros feminismos que se construyen en contextos de diversidad lingüística, cultural y religiosa, conocidos como “Feminismo de la diferencia”. En otras palabras, cuando hablamos de feminismo o “género” solemos pensar en un movimiento histórico que permitió consolidar el

derecho al voto de las mujeres, y de un movimiento actual, que ha puesto en debate el derecho a decidir sobre nuestros cuerpos, especialmente nuestros úteros sometidos a la decisión del Estado heteropatriarcal capitalista. Pareciera como si el feminismo contemporáneo se agotara en estas raíces liberales, que son legítimas, pero no universales. Las mujeres no-occidentales reclaman la construcción de otro tipo de derechos. En la perspectiva del sur global ha emergido un feminismo anticolonial y antirracista de las mujeres afrodescendientes, quienes han tomado la dirección.

Para Stolcke¹² la categoría género no puede estar separado de otras, como el de clase o etnia, puesto que existen diferencias sociales, culturales y económicas que deben ser tomadas en cuenta en sociedades diversas; la diferencia social y cultural determinará mayor o menor grado de vulnerabilidad; en otras palabras, una mujer blanca, occidental y privilegiada económicamente es menos vulnerable socialmente que la mujer india-negra y pobre. El problema de concebir al “género” desde una perspectiva liberal, aislado de la condición de clase y origen cultural, tiene como efecto una interpretación sesgada por las luchas civiles y políticas de las mujeres occidentales sin que se produzca una elaboración teórica más profunda sobre los derechos de género desde la indianidad.

Estos problemas se hacen visibles cuando hay casos de violaciones de derechos humanos de las mujeres indígenas, y se complica más cuando los perpetradores de los abusos son agentes del Estado. En la práctica se ha demostrado que los discursos se superponen y el juez tiende a optar por los derechos individuales en lugar de los derechos colectivos. En el caso Fernández, la Corte IDH se inclinó por una interpretación de vulneración de los derechos individuales con un cierto interés por entender las dimensiones de la indianidad, pero nada más. Los instrumentos utilizados para sancionar el caso fueron tomados de las reivindicaciones de los derechos a la luz de concepto género liberal.

La falta de esta perspectiva, tiene un origen también teórico de los fundamentos de los derechos, puesto que cuando se superponen discursos como el de los derechos individuales (como el género) y los colectivos (identidades indígenas), las cortes apuestan por aquellos que han sido considerados como los “auténticos” derechos, los individuales. En definitiva, esto muestra la tensión permanente entre el discurso liberal, tradicionalmente individualista frente al discurso desarrollado por los derechos colectivos de los pueblos indígenas. La sentencia Fernández vs. México confirma que

12. Verena Stolcke, “¿Es el sexo para el género lo que la raza para la etnicidad... y la naturaleza para la sociedad?”, *Política y Cultura*, No. 14, Universidad Autónoma Metropolitana/Xochimilco Distrito Federal (2000).

se puede sancionar un caso de violación a los derechos de la mujer desde una perspectiva liberal.

Esta limitación hizo que la Corte IDH no pudiera pronunciarse por otros sucesos que evidentemente eran parte de la complejidad del caso, como el presunto asesinato del hermano y del padre de la víctima, así como los derechos políticos comunitarios de la mujer-dirigente indígena. Fijar la litis desde una motivación formalista obstaculizó el análisis complejo del caso y limitó la posibilidad de construir estándares más firmes para los derechos de las mujeres indígenas. La Corte IDH sentenció al Estado mexicano a que sancione a los culpables, otorgue becas de estudio a las mujeres y contrate traductores en las instituciones públicas. Estas reparaciones no cuestionan la discriminación y el racismo, tanto de los perpetradores de las violaciones como de las instituciones públicas indiferentes.

Es pertinente lo señalado por Sieder y Sierra¹³ a través de la investigación *Acceso a la justicia para las mujeres indígenas en América Latina*, donde concluyen que no puede concretarse una perspectiva de género sin los derechos colectivos, puesto que la aplicación por sí sola de dicha perspectiva es limitada y no alcanza a cubrir las necesidades reales de las mujeres indígenas. En este sentido, las autoras concuerdan que solo en la medida en que se respeten los derechos colectivos de los pueblos indígenas se podrá garantizar el cumplimiento de los derechos de las mujeres indígenas a la justicia y a su identidad cultural.

El analfabetismo de Inés, la falta de servicios de salud, la violación sexual, la indiferencia institucional por la denuncia, la pérdida de las pruebas médicas, la falta de traductor, la condición de dirigente indígena y el asesinato del padre y del hermano son hechos que no corresponden a un solo caso, sino que se repiten en los contextos de violencia sistémica donde los cuerpos de las mujeres indígenas son torturados por su condición étnica. La violación sexual como arma de guerra tampoco es nueva. No existe un solo período desde la conquista-colonización hasta en la actualidad en el que las mujeres indígenas hayan vivido sin el constante miedo a ser víctimas de violencia. Si revisamos la historia en la región, especialmente de las mujeres dirigentes, no es difícil encontrarse con relatos que detallan los abusos perpetrados por los hombres blancos y mestizos, hechos que fueron naturalizados por toda la sociedad que legitimaba las relaciones de explotación clasistas y raciales. Terminó este análisis con una frase de Sieder y Sierra que invita al debate entre quienes nos consideramos feminis-

13. Rachel Sieder y María Teresa Sierra, “Acceso a la justicia para las mujeres indígenas de América Latina”. Este artículo se preparó como un documento de trabajo para el informe de UNIFEM Progress of the World’s Women-Access to Justice. Financiado por el Norwegian Research Council (Proyecto No. 199745/S50), 2011.

tas: “Las mujeres indígenas no están sujetas a la violencia física y sexual debido a su género, sino debido a su etnicidad, su clase social y a su historia”.

BIBLIOGRAFÍA

ONIC, Organización Nacional Indígena de Colombia. “Mujeres indígenas, víctimas invisibles del conflicto armado en Colombia”. Informe presentado a la señora Margoth Wallström Representante Especial del Secretario General para Violencia Sexual en el marco de los conflictos armados. En su visita a Colombia, Bogotá, 16 de mayo de 2012. Disponible en <<http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/downloads/2012/05/informe-violencia-sexual-mujeres-ind%C3%ADgenas-Colombia.pdf>>.

Sieder, Rachel, y María Teresa Sierra. “Acceso a la justicia para las mujeres indígenas de América Latina”. Este artículo se preparó como un documento de trabajo para el informe de UNIFEM Progress of the World’s Women-Access to Justice. Financiado por el Norwegian Research Council (Proyecto No. 199745/S50), 2011.

Sipaz, Servicio Internacional para la Paz. <www.sipaz.org>, visitado por última vez el 15 de julio de 2012.

Stolcke, Verena. “¿Es el sexo para el género lo que la raza para la etnicidad... y la naturaleza para la sociedad?”. *Política y cultura*, No. 14. Universidad Autónoma Metropolitana/Xochimilco Distrito Federal (2000).

OTROS

CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia del 30 de agosto de 2010.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la tortura. Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, y entrada en vigor el 28 de febrero de 1987.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma en Brasil el 9 de junio de 1994, y entrada en vigor el 5 de marzo de 1995.

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Adoptada el 13 de diciembre de 2007.

Fecha de recepción: 18 de septiembre de 2017.

Fecha de aprobación: 12 de enero de 2018.

Interpretación judicial y tutela efectiva del derecho a la identidad: análisis de la sentencia No. 133-17-SEP-CC de la Corte Constitucional de Ecuador

*Diego Jadán Heredia**

RESUMEN

Este trabajo analiza la sentencia No. 133-17-SEP-CC dentro de una acción extraordinaria de protección que conoció la Corte Constitucional ecuatoriana sobre la vulneración de los derechos fundamentales de una persona transexual masculina, por parte de la Dirección Nacional del Registro Civil al impedir su cambio de sexo de femenino a masculino en su inscripción de nacimiento. Para ello se divide el examen a partir de los tres problemas jurídicos que la Corte determina, relacionados con el derecho a la tutela judicial efectiva, el deber de motivación de las sentencias y el derecho a la identidad personal. Además, se propone en este trabajo que el derecho a la libertad se lo lea a la luz de la tradición republicana, esto es, como no dominación, que ayudaría a abordar casos como el presente desde una visión más amplia y crítica sobre el papel del Estado en el respeto de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: derecho a la tutela judicial efectiva, motivación, derecho a la identidad, libertad como no dominación.

ABSTRACT

This paper analyzes the sentence No. 133-17-SEP-CC that the Ecuadorian Constitutional Court knew about the violation of the fundamental rights of a male transsexual person, by the National Direction of the Civil Registry, because this institution prevented his gender change from female to male in his birth registration. The analyzes is divided based on the three legal problems that the Court determines, related to the right to effective judicial protection, the duty to motivate judgments and the right to personal identity. In addition, this paper proposes that the right to freedom be read from the republican tradition, that is, as non-domination, which

* Candidato a máster en Filosofía Moderna, Universidad de Sevilla.

would help to address cases such as the present from a broader and critical view on the role of the State in the respect of fundamental rights.

KEYWORDS: right to effective judicial protection, duty to motivate judgments, right to personal identity, freedom as non-domination.

FORO

INTRODUCCIÓN

Una vida digna implica que todas las personas tengan la posibilidad de plantearse un proyecto vital, tener condiciones materiales para procurarlo y hacerlo con la confianza de que no serán tratados con arbitrariedad. Sin libertad, en tanto exista el riesgo de que las personas sean dominadas por otras o por el Estado, ni igualdad, en tanto se excluya a las personas en la toma de decisiones públicas, no es posible garantizar la dignidad humana. Aunque el riesgo de ver afectada su dignidad lo tienen la mayoría de las personas, existen grupos humanos que han sido históricamente discriminados, como las personas sexo-género diversas. Ciertos casos no agotan su valor en las particularidades fácticas o normativas, sino que sirven para ilustrar una habitual forma de actuar por parte de servidores públicos y operadores de justicia.

Este es el caso de la sentencia que origina este artículo, porque su texto tiene dos importantes características: la primera que desarrolla, especialmente como *obiter dicta*, el contenido del derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad; y, segundo, por lo limitado de su parte resolutive que seguramente se explique por la falta de celeridad de la Corte al decidir el caso luego de cinco años de haber sido admitida, y por ciertos errores procesales y conceptuales. Este artículo se centrará en la segunda de las características pues tiene el propósito de motivar un debate jurídico serio respecto al papel que cumple la Corte Constitucional para garantizar efectivamente los derechos fundamentales.

BC,¹ una persona transexual masculina, inició en 2011 el procedimiento para el cambio de nombre y sexo en su partida de nacimiento ante el Registro Civil de la provincia de Manabí. Aunque pudo modificar lo primero –el nombre de femenino a masculino– y obtener la Resolución administrativa No. 1754-2011-DPRCICM-DJ en la que se disponía la rectificación de la inscripción, la Dirección Nacional de la misma institución se lo negó. La justificación: la existencia de una norma –el art. 89– dentro

1. En este análisis se utilizarán solamente las iniciales del actor, pues no es relevante su identificación plena para comprender el caso.

de la entonces vigente Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación,² que establecía un proceso judicial específico para tal solicitud. Esta norma no atendía a casos como el de BC.

Ante esta imposibilidad, y con el patrocinio de la Defensoría del Pueblo, BC planteó una acción de protección en contra de la Dirección Nacional del Registro Civil con la finalidad de que se reconozca la violación de sus derechos fundamentales y que se repare el daño causado, es decir, que mediante sentencia se ordene a la institución el cambio de sexo de femenino a masculino, determinante para la vida del actor.

En primera instancia, el actor obtuvo sentencia favorable, que fue impugnada por el Registro Civil y la Procuraduría General del Estado. El fallo recurrido fue revocado en segunda instancia por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichicha. La Corte argumentó, entre otras cosas, que existe una vía idónea y eficaz para el cambio de sexo de femenino a masculino en la partida de nacimiento del interesado—esto es, el art. 89 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación— y que, por lo tanto, la vía constitucional no era la adecuada. En este estado de cosas, se presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia del tribunal *a quo* para que sea la Corte Constitucional, como máxima intérprete de la Carta Magna, la que decida si en ella se violaron los derechos del recurrente.

La decisión de este caso fue emitida el 10 de mayo de 2017 por la Corte Constitucional y dispone a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación que margine en la inscripción de nacimiento de BC su cambio de sexo. Este trabajo académico analiza la sentencia en cinco partes; cuatro corresponden al examen de los problemas jurídicos que aborda y a la resolución; y la última propone una reflexión de la interpretación judicial de la libertad desde la tradición republicana clásica porque amplía la base conceptual de este derecho y con ello la posibilidad de proteger a los grupos sociales más desaventajados en sus relaciones con el Estado.

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La Corte Constitucional determina que el primer problema jurídico en relación con los hechos del caso es si “la sentencia objeto de la presente acción extraordinaria de protección vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República”. Este derecho de protección se establece en la Constitución del siguiente modo:

2. El 4 de febrero de 2016 se publicó en el *Registro Oficial*, No. 684, la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, que reemplazó la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Luego, la Corte estudia el contenido e implicaciones de este derecho a partir de tres elementos: el acceso a la justicia; el desarrollo del proceso en estricto cumplimiento de la Constitución y la ley y en un tiempo razonable; y la ejecución de la sentencia.³ La Corte considera que el primer elemento –acceso a la justicia– no fue vulnerado porque las partes procesales pudieron presentar las acciones y recursos establecidos en la Constitución y la ley, y fueron citados y notificados legalmente. Respecto al desarrollo del proceso en un tiempo razonable, la Corte concluye que: “no obstante haber determinado que la acción de protección referida fue atendida en un plazo razonable concluye que el componente objeto de análisis no fue observado, puesto que la conducta de la autoridad jurisdiccional, en lo que respecta a la decisión adoptada inobservó lo establecido en la Constitución”.

La redacción confusa de la parte transcrita no es casual, se explica por el error conceptual del que se parte. No se sostiene en este trabajo que no haya habido vulneración de la tutela judicial efectiva, sino que las razones expresadas en la sentencia no son las adecuadas. Dice la Corte que el desarrollo del proceso no afectó a las partes “en virtud [de] que las partes estuvieron en contacto directo con la autoridad jurisdiccional a cargo de la sustanciación y resolución de la garantía jurisdiccional”; sin embargo, “esta Corte Constitucional no observa que las autoridades jurisdiccionales hayan realizado un análisis coherente con la premisa planteada respecto a si ha tenido lugar o no una vulneración de derechos”.

Quiere decir la Corte que no se observa en la sentencia objetada “un análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos”, confundiendo el desarrollo del proceso apegado al ordenamiento jurídico, como elemento de la tutela judicial, con el deber de motivación de las decisiones jurisdiccionales, parte del debido proceso que, aunque tienen estrecha relación, es preciso analizarlas separadamente. Empero, más criticable es su análisis del plazo razonable. Este elemento se refiere a que los procesos judiciales deben ser decididos sin dilaciones injustificadas. La vaguedad del término ha motivado que se desarrolle jurisprudencialmente; así, la misma Corte Constitucional cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para determinar que lo que debe observarse para saber cuándo se ha violado el plazo razonable es la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la

3. Corte Constitucional de Ecuador, sentencia No. 050-15-SEP-CC, caso No. 1887-12-EP.

conducta de las autoridades jurisdiccionales y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada.⁴

No obstante, la Corte primero confunde la *complejidad del asunto* con la *complejidad de la acción* ya que no se refiere a si los hechos del caso, las circunstancias que llevaron a BC a presentar una acción constitucional (problemas fácticos), o las normas en cuestión (problemas normativos) son más o menos complejas, sino a cómo se sustancia una acción de protección. Esto es importante porque la Corte podría haber aclarado si los hechos del caso (un cambio en la partida de nacimiento de un ciudadano que ejerce su libertad y su derecho a la autodeterminación) constituyen o no un caso difícil, si existían o no razones para que el caso tenga que esperar seis años para su resolución final.⁵

Luego, al estudiar la conducta de las autoridades jurisdiccionales, la Corte nuevamente sostiene que “los operadores de justicia observaron los principios que rigen la administración de justicia [...] los cuales se materializaron con la convocatoria y posterior realización de la correspondiente audiencia pública”; pero no se detiene en algo determinante en la situación de vulneración de derechos de BC, que es la falta de diligencia del juez de primera instancia para hacer que se ejecute integralmente su sentencia.

La acción de protección No. 17453-2011-0925 fue aceptada por el Juzgado Tercero de Tránsito de Pichincha que, mediante sentencia de 21 de diciembre de 2011, ordenó que la Dirección General de Registro Civil proceda con los cambios establecidos en la Resolución Administrativa No. 1754-2011-DPRCICM-DJ del 24 de agosto de 2011, en la que dispuso la rectificación de la inscripción de nacimiento de BC, en el sentido de que la persona inscrita es de sexo masculino.

La Constitución de la República, al desarrollar las disposiciones comunes a todas las garantías jurisdiccionales, establece en el artículo 86 que: “Los procesos judiciales solo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar...”. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece en el art. 21 la obligación de que el juez emplee todos los

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Furlán y familiares vs. Argentina, sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 149 y 150.

5. Para un estudio profundo al respecto, véase Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación* (Madrid: Palestra, 2016); Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1978). Según MacCormick, un caso difícil puede darse cuando hay problemas en la premisa normativa o premisa mayor (de interpretación y de relevancia) y problemas en la premisa fáctica o premisa menor (de prueba y de calificación).

medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia. Más adelante, en el art. 24 dice que la interposición del recurso de apelación no suspende la ejecución de la sentencia, cuando el apelante fuere la persona o entidad accionada.

En efecto, la Corte Constitucional elude analizar que la omisión del juez de primera instancia de tomar todas las medidas necesarias para cumplir con su sentencia provocó que el accionante espere seis años hasta que este órgano tome la decisión. El pasar por alto esta circunstancia es la razón por la que la Corte no considera que hubo afectación de la persona involucrada en el proceso; así, el estado continuado de vulneración de los derechos de BC queda sin mencionarse y, por tanto, no se toma en cuenta para determinar la reparación que merecía. Se podría pensar que no mencionar siquiera esta circunstancia se debía también a que la propia Corte Constitucional demoró seis años en emitir esta sentencia desde el 15 de febrero de 2012 hasta el 10 de mayo de 2017.

Por estas razones, el análisis de la Corte sobre la posible vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva del accionante es ambiguo, circunstancia que afecta a la parte resolutive de la sentencia como se verá más adelante en este trabajo.

DEBER DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

La Corte Constitucional construye el segundo problema jurídico en relación con el deber de motivación de las resoluciones establecido en la Carta Magna, como sigue:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Llama la atención que la Corte analice el deber de motivación de la sentencia No. 17453-2011-0925 del Juzgado Tercero de Tránsito de Pichincha, que no fue objeto de la acción extraordinaria de protección y no de la decisión de segunda instancia que sí lo fue. La Corte se fundamenta en el principio *iura novit curia* —el juez conoce el derecho— y cita una decisión anterior en la que sostuvo que “para evitar una dilación innecesaria dentro de la tramitación del caso en examen, estima necesario pronunciarse también respecto de si existió una vulneración a los derechos constitucionales alegados por el accionante dentro del proceso de instancia y apelación”.⁶

6. Corte Constitucional de Ecuador, sentencia No. 175-15-SEP-CC, caso No. 1865-12-SEP-CC.

Esta consideración es problemática por lo menos por dos razones. La primera, el *iura novit curia* es un principio procesal contemplado en la misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que lo define como la posibilidad por parte del juez de aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, lo cual es absolutamente necesario toda vez que las partes procesales, aun siendo patrocinadas por profesionales del derecho, no necesariamente conocen o consideran todas las normas jurídicas que pueden relacionarse a los hechos concretos, por tanto les corresponde a los jueces que conocen o deben conocer a profundidad el ordenamiento jurídico identificar esas normas y aplicarlas de ser el caso. Las partes dan los hechos, los jueces el derecho.

Pero este principio procesal coexiste con otros principios procesales y, en este caso, el principio de congruencia o conocido en una de sus variantes como *ne eat extra petita partium* que prohíbe al juez extender el pronunciamiento a cuestiones no sometidas a su decisión. Devis Echandía, define al principio de congruencia de este modo:

[Es] el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes [...] o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado [...] para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas.⁷

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se han establecido esas facultades especiales, con la excepción que la misma Constitución establece cuando le da competencia a la Corte Constitucional de declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas,⁸ pero este no es el caso; eso sí, y esta es la segunda razón, la Corte ha decidido que lo puede hacer, aunque tampoco exista una línea jurisprudencial que así lo haya desarrollado. Es más, en una decisión anterior este órgano sostuvo lo siguiente:

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 426 de la Constitución consagra el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). Este principio consiste en que el juez constitucional, a partir de la activación de una garantía jurisdiccional, está facultado para fundamentar su fallo en disposiciones constitucionales “aunque las partes no las invoquen expresamente”.

7. Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997), 536.

8. El art. 436, num. 3 de la Constitución establece la atribución de la Corte Constitucional de “declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”.

Bajo este principio, la Corte procederá a analizar los hechos descritos en las demandas y probados en la sustanciación de esta acción, respecto de la inaplicación de la amnistía dictada por la Asamblea Constituyente, así como sobre la violación a la garantía del *non reformateo in peius*.⁹

Es decir, la misma Corte en casos anteriores limitó el principio a la aplicación de normas que no hayan invocado las partes; ahora, curiosamente, considera que ese principio le permite juzgar una sentencia que no fue cuestionada cayendo de esta manera en lo que se conoce en derecho procesal como sentencia incongruente por exceso de poder.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia suele iluminar los caminos de la interpretación jurídica, por eso el desarrollo de estos dos principios (*iura novit curia* y congruencia) es pertinente para mostrar el error que contiene la sentencia analizada:

El principio *iura novit curia*, es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador [...] Este principio, solo alcanza a la aplicación del derecho correspondiente a determinada situación fáctica, lo cual no habilita a los jueces a efectuar interpretaciones más allá de lo probado por las partes, pues debe tenerse en cuenta que también deben respetar el principio de congruencia, es decir, no existe facultad alguna a la que pueda recurrir el juez para variar los términos y el objeto de un proceso constitucional. [...] El mencionado principio [*iura novit curia*] cobra vital importancia en los procesos que se llevan ante la jurisdicción constitucional, como lo es la acción de tutela, pues el carácter informal de esta busca la prevalencia del derecho sustancial.¹⁰

La consecuencia práctica de que la Corte ecuatoriana haya analizado el deber de motivación de la sentencia de primera instancia y no la de segunda instancia es que, existiendo razones para demostrar que la segunda viola esta garantía del debido proceso, no se lo menciona ni se llama la atención sobre ello. Aun en estas circunstancias, luego de señalar esta incongruencia se procede a revisar de qué forma responde la Corte Constitucional al segundo problema jurídico.

El deber de motivación de una sentencia es de complejo análisis porque tiene como finalidad cuidar que no exista arbitrariedad en la decisión y que esta se caracterice por una justificación racional expresada mediante un razonamiento lógico, coherente y comprensible. La sentencia en análisis desarrolla cada uno de los parámetros de una debida motivación del fallo de primera instancia, el No. 17453-2011-0925 del

9. Corte Constitucional de Ecuador, sentencia No. 010-09-SEP-CC, casos No. 0125-09-EP y 0171-09-EP.

10. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T.851/10, de 28 de octubre de 2010.

Juzgado Tercero de Tránsito de Pichincha. Este trabajo se detendrá solamente en el parámetro de razonabilidad por ser determinante en el caso en examen.

Al abordar la razonabilidad, la Corte concluye que el fallo es razonable porque identificó de manera clara y precisa las fuentes del derecho. Sin embargo, aunque en efecto la razonabilidad se relaciona con esas fuentes, no se agota en ellas, de hecho, limitar la razonabilidad de una decisión judicial a la cita de fuentes resulta cercano al formalismo jurídico que la Constitución de 2008 pretende superar. Se relaciona, eso sí, con la argumentación jurídica que la Corte limita al elemento lógico de la motivación. Es preciso comprender que la noción de razonabilidad implica que la sentencia sea ontológica y axiológicamente buena y que procure tener, como se conoce doctrinariamente, un alto grado de adhesión por parte del auditorio jurídico universal.

El Tribunal Constitucional español ha indagado en las distintas nociones de la razonabilidad al distinguir entre lo razonado y lo razonable.¹¹ Una motivación razonada o razonable cumple con funciones trascendentales como posibilitar el control de las sentencias, lograr el convencimiento de las partes procesales y de la opinión pública respecto de la corrección y justicia del fallo —a través de la aplicación del Derecho vigente, libre de toda arbitrariedad, con la vinculación del juez al imperio de la Constitución y al sistema de fuentes— y, por último, con el ejercicio efectivo de los recursos.¹² El mismo Tribunal ha dado un sentido adicional a la razonabilidad de una sentencia, entendiéndolo como “lo adecuado a los valores constitucionales”, así “la razonabilidad no es un puro sinónimo de la corrección hermenéutica, sino también, además de ello, existencia de adecuación a los valores que la Constitución incorpora”.¹³

Por lo tanto, el análisis que realiza la Corte debía considerar que más bien la sentencia de primera instancia abunda en razones plausibles para aceptar la acción de protección que no fueron tomadas en cuenta en la decisión de segunda instancia. Es decir, el caso de BC trasciende la obligación de jueces de constatar la cita de las fuentes del derecho porque se relaciona con el cuestionamiento a una práctica ya habitual en algunas instituciones públicas de crear deliberadamente obstáculos a los ciudadanos para materializar sus proyectos de vida y el libre desarrollo de la personalidad pasando por alto los derechos consagrados en la Constitución y el desarrollo de la jurisprudencia internacional.

11. Ha sido usual en la jurisprudencia española que lo razonable entienda como lo justificado, lo no arbitrario en relación con el principio de igualdad y se aplica, por ejemplo, cuando revisamos el plazo *razonable* para decidir un caso.

12. Tribunal Constitucional de España, sentencia No. STC 55/1987.

13. Tribunal Constitucional de España, sentencia No. STC 161/1989.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD E IDENTIDAD PERSONAL

BC no obtuvo el cambio de sexo en su inscripción de nacimiento por parte de la Dirección General de Registro Civil pese a contar, primero, con una resolución administrativa de la Dirección Provincial de Manabí de la misma institución y, luego, con una sentencia de primera instancia de la acción de protección que dispuso tal cambio. La Corte Constitucional sostiene que esta actuación u omisión vulneró el derecho al libre desarrollo de la personalidad e identidad personal de BC. La Carta Magna establece, como parte de los derechos de libertad, “el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”. Asimismo, la Carta manda que se garantice a todas las personas el derecho a la identidad personal que incluye conservar, desarrollar y fortalecer sus características materiales e inmateriales.

La sentencia en estudio dedica varias páginas al desarrollo del contenido de estos derechos fundamentales, lo que es una contribución importante a la jurisprudencia ecuatoriana que, de esta forma, se pone a tono con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de estados vecinos. Así, para motivar la respuesta al problema jurídico, parte del concepto de dignidad humana y sostiene que “el desarrollo de la personalidad implica la posibilidad de manifestar y preservar libremente, aquellos elementos físicos y psíquicos inherentes a cada persona, los cuales, lo individualizan y permiten ser quien es acorde a su voluntad”. Por supuesto, la Corte liga la eficacia de estos derechos con las condiciones materiales que debe asegurar el Estado para poder ejercerlo.

La Corte considera que parte de la reparación del daño causado a BC es procurar que hechos como el ocurrido no vuelvan a pasar; por eso, aunque el caso trata de la indebida aplicación de la derogada Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulaación, este órgano analiza que la Ley que reemplazó a aquella¹⁴ avanza en la regulación del derecho a la identidad, pero no suficientemente. En efecto, la actual regulación posibilita que las personas mayores de edad puedan, por una sola vez, modificar el género en su cédula; sin embargo, el registro de la inscripción de nacimiento restringe la posibilidad de realizar el cambio de sexo a casos de error y por medio de sentencia judicial. Esto implica, primero que se mantienen los obstáculos para que las personas transexuales como BC puedan autodeterminarse; y, segundo, que el Estado continúa

14. El 4 de febrero de 2016 se publicó en el *Registro Oficial*, No. 684 la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

con una concepción sexual binaria masculino/femenino, lo que invisibiliza también a otras identidades sexo-genéricas como las personas intersexuales.¹⁵

Sobre esta base y en respeto del principio democrático, la Corte dispone a la Asamblea Nacional que “regule de forma adecuada la facultad de cambio del dato ‘sexo’ en la cédula de identidad de aquellas personas que se identifiquen como transexuales”. En este trabajo no se profundiza en el examen del contenido del derecho a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, sobre cuyo análisis la sentencia abunda en detalles importantes. Se propone, en cambio, explorar la singular concepción de libertad como no dominación que defiende el republicanismo, con el objetivo de contribuir a la reflexión de los límites que las normas y las decisiones administrativas y judiciales imponen de manera injusta a las personas para el pleno ejercicio de su derecho a la auto determinación y al libre desarrollo de la personalidad, en materia de identidad.

LA LIBERTAD COMO NO DOMINACIÓN

Un rasgo del Estado ecuatoriano es que se organiza en forma de república, según reza el primer artículo de la Constitución; sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha desarrollado el contenido de esta característica y es llamativo porque si se indaga en sus implicaciones resulta que el republicanismo tiene íntima relación con la forma en la que se concibe la libertad y eso se refleja en el diseño de las instituciones, la creación de normas y las obligaciones ciudadanas.

La libertad desde la tradición republicana clásica es entendida como *no dominación* y exige que nadie sea capaz de interferir arbitrariamente en las elecciones personales de cada ciudadano. Se trata de superar la concepción dicotómica de la libertad que ha caracterizado al último tiempo, esto es, la libertad en sentido positivo y negativo.¹⁶

El atractivo mayor de la libertad como no dominación viene del hecho de que su maximización exige la promoción de tres beneficios que la mera maximización de la no interferencia

15. En países como Australia, India y Nueva Zelanda el registro de nacimiento de una persona ya no se limita a masculino o femenino, sino que se ha creado una tercera opción que tiene por finalidad incluir a las personas intersexuales, invisibilizadas históricamente.

16. Fue el filósofo Isaiah Berlin quien, siguiendo una tradición de finales del siglo XVIII, describió la libertad en estos dos sentidos; la negativa entraña la ausencia de interferencia y la positiva implica que las mismas personas tomen parte activa en el control y dominio de sí mismos; véase Isaiah Berlin, *Dos conceptos de libertad y otros escritos* (Madrid: Alianza, 2010).

podría pasar por alto: la ausencia de incertidumbre, la ausencia de necesidad de deferencia estratégica frente a los poderosos y la ausencia de subordinación social a otros.¹⁷

Este ideal desarrollado desde la filosofía política no se queda en un concepto abstracto, ilumina la forma en que debe organizarse y actuar El estado; cómo evitar que las leyes, por ejemplo, permitan el *dominium* de los poderosos sobre el pueblo; o cómo disminuir la posibilidad de que los servidores públicos tomen decisiones arbitrarias, aun considerando que es inevitable el ámbito de discrecionalidad que tienen los agentes estatales en el momento de aplicar las normas jurídicas.

En ese sentido, la relación entre la libertad como no dominación de raíz republicana y los estudios de género se ha estrechado en las últimas décadas. Aunque el feminismo surge en el seno del liberalismo, especialmente desde los años de 1960 se ha buscado desafiar la hegemonía liberal de su concepto y las bases teóricas las han encontrado en el republicanismo. Así, por ejemplo, es posible defender la necesidad de cuotas para garantizar la participación efectiva de los grupos históricamente discriminados en la toma de decisiones públicas; o la creación de vías institucionales expeditas para cuestionar decisiones arbitrarias y obtener una resolución oportuna.

En definitiva, concebir a la libertad más allá de la mera no interferencia permite mirar las relaciones de poder existentes entre individuos o grupos, y el papel que juegan las instituciones o el diseño normativo en mantener esas relaciones, “sufro dominación, en la medida en que tengo un amo; disfruto de no-interferencia, en la medida en que el amo no consigue interferir”.¹⁸

La ventaja de analizar el caso de BC desde el republicanismo y la libertad como no dominación es mostrar la vulnerabilidad de todos los ciudadanos frente al Estado; riesgo que aumenta por la pertenencia a un grupo sistemáticamente maltratado. Este enfoque nos permite, además, diferenciar entre la moral privada y la moral pública, esto es, sobre qué aspectos de la vida cada individuo tiene completa libertad de decisión sin que deban intervenir ni el estado, ni otros individuos, ni instituciones, por caso, religiosas.

El caso de BC ilustra las interferencias que sufrió para poder decidir sobre su propia vida, sobre su libre desarrollo de la personalidad como sostiene la Corte. El republicanismo, a diferencia del *liberalismo*, promueve el autogobierno colectivo, no se limita a dejar que las personas se planteen un proyecto de vida, impone la obligación al estado de proveer condiciones materiales para que se puedan cumplir. A diferencia del *comunitarismo*, no pone en riesgo la autonomía individual, protege la moral pri-

17. Philip Pettit, *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno* (Barcelona: Paidós, 2017), 353.

18. *Ibid.*, 42.

vada y las decisiones individuales para que cada persona pueda efectivamente decidir sobre su vida. Un Estado republicano no es indiferente al dolor provocado por actos arbitrarios.

Motivar la sentencia de la Corte Constitucional desde el republicanismo habría ayudado a identificar las interferencias arbitrarias de las que fue víctima el actor (tanto las normativas, como las institucionales); así como señalar las omisiones ilegítimas en las que ha incurrido el Estado en su obligación de garantizar los derechos de BC y, por qué no, de todas las personas sexo-género diversas.

SOBRE LAS (IN)DECISIONES DE LA CORTE PARA REPARAR EL DAÑO

Llama la atención que la Corte Constitucional, en el momento de resolver y solucionar el caso, no considera la arbitrariedad que sufrió el actor en la reparación integral de los daños causados. Se debe recordar que BC esperó seis años para obtener el cambio de sexo en la inscripción de su nacimiento, es decir, la modificación de un dato en un archivo que, sin embargo, fue determinante a la hora de ejercer sus derechos fundamentales y esto por responsabilidad tanto de la Dirección Nacional del Registro Civil como de los jueces de primera y segunda instancia.

La sentencia en estudio deja sin efecto los fallos de primera y segunda instancia; dispone a la Asamblea Nacional que reforme la ley; y, en relación con el actor, su reparación se limita a disponer el cambio de sexo en la inscripción de su nacimiento, decisión ineludible pero a todas luces insuficiente. El daño moral a BC, considerando las mismas razones expuestas por la Corte, ¿no merecía reparación? ¿La Corte Constitucional no debía hacer valer su posición de garante de la supremacía de la Constitución? ¿De qué forma este órgano asegura que hechos como este no volverán a ocurrir?

Es cierto que es importante que la Corte disponga al Legislativo la adopción de disposiciones legales necesarias “para regular el procedimiento de cambio de sexo de personas transexuales”, pues argumenta muy bien las potenciales violaciones a derechos fundamentales que puede provocar la regulación legal actual; no obstante, es evidente que el daño ocasionado a BC y que, de hecho, han sufrido otras personas en el pasado, no es solamente por la falta de normas jurídicas; es, también, por el desinterés de los servidores públicos de dar respuesta a una necesidad humana tan básica como la protección de la identidad y el libre desarrollo de la personalidad. En seis años un ciudadano no pudo realizar un trámite ante una institución pública, incertidumbre que no mereció reparación integral. Y esta es la mayor debilidad de la sentencia.

CONCLUSIONES

Este trabajo académico ha analizado críticamente la sentencia No. 133-17-SEP-CC de la Corte Constitucional ecuatoriana dentro de una acción extraordinaria de protección que versa sobre la violación de derechos de una persona transexual masculina, por parte de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y la Dirección Nacional del Registro Civil, específicamente: a la tutela judicial efectiva, al deber de motivación de las resoluciones, al libre desarrollo de la personalidad e identidad personal,

En relación con la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional examina su vulneración a partir de la consideración de cuatro elementos: acceso a la justicia, desarrollo del proceso en estricto cumplimiento de la Constitución y la ley y en un tiempo razonable y la ejecución de la sentencia. Se ha mostrado en este artículo que por la ambigüedad de la redacción no se concluye que se ha violado tal derecho porque el caso demoró seis años en decidirse desde su inicio, ni por no haberse ejecutado la sentencia de primera instancia, ni por el perjuicio causado al actor en todo ese tiempo, sino porque los jueces de la segunda instancia no habrían realizado un análisis coherente “respecto a si ha tenido lugar o no una vulneración de derechos”.

El deber de motivación de las resoluciones como parte del derecho al debido proceso fue examinado por la Corte de manera problemática. Este órgano se fundamenta en el principio procesal *iura novit curia*; el juez conoce el derecho, para justificar el control constitucional no del fallo objeto de la acción extraordinaria sino del fallo de primera instancia, transgrediendo de esta forma otro principio procesal, el de congruencia que limita el ámbito de decisión de los jueces.

Con todo, la Corte aplica este principio a la sentencia No. 17453-2011-0925 del Juzgado Tercero de Tránsito de Pichincha, identificando sus elementos constituyentes. Como se analizó *supra*, la discrepancia en este punto es sobre la noción de razonabilidad que la Corte considera que no se vulneró, porque limita su concepto a la identificación en la sentencia de las fuentes del derecho. Se ha mostrado en este artículo que una motivación razonada o razonable no es un mero sinónimo de corrección hermenéutica, sino también su adecuación a los valores constitucionales.

Una parte destacable del fallo analizado es el desarrollo del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad personal, específicamente, en relación con la diversidad sexual. Marca un hito al tomar en serio esos derechos y dar luces a otros operadores de justicia sobre las obligaciones estatales para garantizarlos. Estos conceptos se habrían fortalecido, como se sostuvo en este trabajo, si es que se estudiaban los hechos del caso a partir de la noción de libertad como no dominación defendida desde el republicanismo, porque serviría de base para cuestionar todo trato arbitrario que afecta especial pero no únicamente, a los grupos más desaventajados.

Por último, las decisiones de la Corte merecen ser comentadas por lo que no dicen más que por lo que dicen. El arduo trabajo argumentativo que caracteriza a la sentencia –pese a las discrepancias que se han anotado– pierde fuerza cuando se llega a la conclusión que reconoce el daño ocasionado al actor por su identidad sexual y de género, pero reduce la reparación al cambio de sexo en la inscripción de nacimiento. Esto es clave, pero el problema es más profundo porque no expresa la necesidad del enfoque de género y de derechos humanos en el desempeño de actividades de los servidores públicos ni se expresa la intolerancia con los actos arbitrarios que vulneran derechos fundamentales. En definitiva, la reparación no es integral y se pierde la oportunidad de crear estándares y precedentes para llamar la atención tanto a los servidores públicos en general como a los operadores de justicia por su indiferencia ante el dolor ajeno.

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación*. Madrid: Palestra, 2016.
- Berlin, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza, 2010.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.
- MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- Pettit, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós, 2017.

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 050-15-SEP-CC, caso No. 1887-12-EP.
 ---. Sentencia No. 010-09-SEP-CC, casos No. 0125-09-EP y 0171-09-EP.
 ---. Sentencia No. 175-15-SEP-CC, caso No. 1865-12-SEP-CC.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T.851/10, de 28 de octubre de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Furlán y familiares vs. Argentina, del 31 de agosto de 2012.
- Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. STC 55/1987.
 ---. Sentencia No. STC 161/1989.

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2017.
 Fecha de aprobación: 14 de diciembre de 2017.

Colaboradores

Pablo Alarcón Peña: ecuatoriano, abogado, Universidad San Francisco de Quito; diploma superior en Derecho Constitucional, y magíster con distinción académica en Derecho, mención Derecho Constitucional; doctor en Derecho con distinción académica, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Docente contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y Universidad de Cuenca. *<paralconpe@gmail.com>*.

Ramiro Ávila Santamaría: ecuatoriano, abogado, y doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Master of Laws, Columbia Law School; máster en Sociología del Derecho, y doctor en Sociología del Derecho, Universidad del País Vasco. Director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *<ramiro.avila@uasb.edu.ec>*.

Krystian Complak: polaco, doctor en Derecho. Catedrático de Derecho, Universidad de Wrocław. Profesor honorario, Universidad de San Martín de Porres. Consultor extranjero permanente ante las universidades de Kazajstán para cursos de doctorado. Vicepresidente de la Asociación Polaca de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Científico de la Academia Internationale de Droit Constitutionnel en Túnez (Tunisia). *<krystian.complak@uwr.edu.pl>*.

Marjorie Gabriela Espinoza Plúa: ecuatoriana, abogada, Universidad San Francisco de Quito; máster en Derecho, mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; candidata a doctora, Universidad de los Andes, Bogotá. Investigadora asociada de la Universidad de Yale; maestría en Derecho, Universidad de Yale (LL.M'16). Autora del libro *¿Galantería o acoso sexual callejero?* y del texto "Dicotomía y jerarquía: una causa para la penalización del aborto", *Umbral*, vol. 2. *<marjorie.espinozaplúa@yale.edu>*.

Susy Garbay Mancheno: ecuatoriana, abogada, y doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; diploma superior en Derecho Constitucional, y magíster en Derechos Humanos y Democracia en América Latina, mención Políticas Públicas, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Docente titular de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, y docente de los Programas de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar. *<susygarbay@yahoo.com>*.

- Elsa Guerra Rodríguez:** ecuatoriana, abogada, Universidad Central del Ecuador; máster en Derecho, mención Derecho Constitucional, y candidata a doctora en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Docente de planta de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Sus campos de investigación son el género y el derecho constitucional. <elsa.guerra@uasb.edu.ec>.
- Diego Jadán Heredia:** ecuatoriano, abogado, Universidad de Cuenca; máster en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; máster (c) en Filosofía Moderna, Universidad de Sevilla. Ha sido docente de Filosofía del Derecho, Historia del Derecho y Conceptos de Democracia y Género en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca. <diegojadan@hotmail.com>.
- Adriana Rodríguez Caguana:** ecuatoriana, abogada, Universidad de Guayaquil; máster en Derechos Humanos, Universidad Nacional de la Plata; doctora en Derecho Internacional, Universidad de Buenos Aires. Docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. <adriana.rodriguez@uasb.edu.ec>.
- Judith Salgado Álvarez:** ecuatoriana, abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; diploma superior en Ciencias Sociales, mención en Derechos Humanos y Seguridad Democrática, FLACSO; magister en Estudios Latinoamericanos, mención en Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. <salgadojudi@hotmail.com>.
- Elisa Sierra Hernáiz:** española, licenciada en Derecho, Universidad de Zaragoza; doctora en Derecho, Universidad Pública de Navarra; titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; directora del Máster de Prevención de Riesgos Laborales, y secretaria del Departamento de Derecho Privado, Universidad Pública de Navarra. <elisa@unavarra.es>.
- Carolina Vergel Tovar:** colombiana, abogada, Universidad Externado de Colombia; máster en Teoría y Análisis del Derecho, y doctora, Universidad de Paris Ouest Nanterre y de la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales. Sus temas de investigación giran en torno a la sociología del derecho y a las relaciones entre los estudios sobre el género y el derecho. Actualmente es docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. <carolina.vergel@uexternado.edu.co>.

Normas para colaboradores

1. La revista *FORO* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, publicará únicamente trabajos inéditos, o una versión actualizada de artículos previamente publicados, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *FORO* declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. *FORO* edita resultados de artículos de investigación, estudios, experiencias, reseñas y análisis de sentencias.
4. El artículo debe ser remitido a la siguiente dirección electrónica:
<revista.foro@uasb.edu.ec>.
5. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
 - Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño núm. 12, en una sola cara, interlineado simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
 - Extensión máxima:
 - ◆ Artículos: 15 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalentes a 8.000 palabras aproximadamente.
 - ◆ Análisis de sentencia: 10 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalentes a 6.000 palabras aproximadamente.
 - ◆ Recensiones: 4 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalente a 3.000 palabras.
 - El título del trabajo deberá ser conciso pero informativo, en castellano en primera línea y en inglés. Se aceptan como máximo dos líneas (40 caracteres con espacios).
 - Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha, debajo del título.

- Cada trabajo debe estar acompañado de un resumen de hasta 150 palabras en idioma castellano, donde se describirá de forma concisa el objetivo de la investigación, su contenido y las principales conclusiones.
 - Cada trabajo deberá contener un abstract en idioma inglés de 100 a 150 palabras. Para su elaboración no se admite el empleo de traductores automáticos.
 - Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave (descriptores) que establezcan los temas centrales del artículo, igualmente en ambos idiomas.
 - El autor enviará una reseña de hasta 50 palabras en las que destacará su vinculación académica, publicaciones más importantes y cargo actual. Indicará además su correo electrónico personal.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. Estilo, citas y referencias: se usará el manual de estilo Chicago, a manera de ejemplo:
- Nombre y apellido del autor, *Título de la obra* (Ciudad: Casa editorial, año), número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía* (Valencia: Tiran lo Blanch, 1995), 206.
 - En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, 206.
 - Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.
 - Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la Revista (*en cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar (año de publicación): página o páginas citadas. Así: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, *Foro: Revista de Derecho*, No. 1 (2003): 85-121.
 - Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor. *Título de la obra*, tomo o volumen, número de edición. Ciudad: Casa editorial, año de publicación. No irán numerados y se relacionarán por orden alfabético; por ejemplo: Viciano, Javier. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
 - Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

- Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc. deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.
- Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

Proceso editorial

FORO acusa recepción de los trabajos enviados por los autores/as y da cuenta periódica del proceso de aceptación/rechazo, así como, en caso de aceptación, del proceso de edición.

1. Los autores podrán remitir manuscritos para su evaluación sin fecha predeterminada, se dará preferencia a los trabajos que se ajusten al eje temático de la convocatoria.
2. En el período máximo de 15 días, a partir de la fecha de recepción, los autores recibirán notificación de recepción, indicando si se acepta preliminarmente el trabajo para su evaluación. Los manuscritos serán evaluados a través del sistema de doble ciego (*peer review*).
3. A la vista de los informes de los evaluadores, se decidirá la aceptación, aceptación con modificaciones, o rechazo de los artículos para su publicación. En caso de aceptación con modificaciones, el autor tendrá un plazo máximo de 15 días para entregar la versión final de su manuscrito.
4. En el caso de juicios dispares, el trabajo será remitido a un tercer evaluador.
5. No existe comunicación directa entre los evaluadores ciegos entre sí, ni entre estos y el autor del trabajo. La comunicación entre los actores está mediada por la coordinadora editorial.
6. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.
7. El plazo de evaluación de trabajos es de 30 días como máximo.
8. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que puedan realizar las correcciones o réplicas que correspondan.
9. Una vez editado el número, los autores de artículos recibirán tres ejemplares de la publicación, autores de recensión un ejemplar, y autores de análisis de sentencia un ejemplar.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador *25 años*

RECTOR

Jaime Breilh Paz y Miño

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

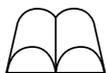
Ramiro Ávila Santamaría

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <ramiro.avila@uasb.edu.ec>, <revista.foro@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

SUSCRIPCIÓN ANUAL
(dos números)

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12

<ventas@cenlibrosecuador.org> • <www.cenlibrosecuador.org>

Precio: US \$ 33,60

	Flete	Precio suscripción
Ecuador	US \$ 6,04	US \$ 39,64
América	US \$ 59,40	US \$ 93,00
Europa	US \$ 61,60	US \$ 95,20
Resto del mundo	US \$ 64,00	US \$ 97,60

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>

José Chalco Salgado, *Principio democrático y la facultad reglamentaria del presidente de la república*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2017.

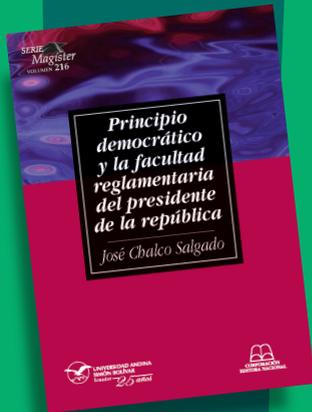
El principio democrático, en la actualidad, tiene que ser el elemento más importante y a rescatar en la configuración de un Estado constitucional y democrático. Así se revaloriza el papel de la participación social y la edificación de gobiernos respetuosos de la diversidad política. No se puede entender la nula sintonía entre el poder político y las minorías que no gobiernan, pues desatender a esta realidad sería fraguar un poder que fácilmente puede alterar y menoscabar los derechos y libertades de la población y, entonces, estaría cercano un gobierno autoritario.

Este libro analiza el problema presentado y entrega soluciones para el respeto al principio democrático por parte del Poder Ejecutivo.

Jorge Touma Endara, *El procedimiento abreviado: entre la eficacia judicial y el derecho a la no autoinculpación*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2017.

La crisis del sistema penal y el retardo en la sustanciación de juicios impulsó a que paulatinamente se brinde preferencia a todo mecanismo dirigido a obtener una solución expedita a los conflictos penales. En este sentido, el procedimiento abreviado se consolidó como la fórmula procesal que genera una vertiginosa resolución de causas penales, especialmente cuando se califica la situación de flagrancia. Si bien el procesado, gracias a su confesión, obtiene una disminución de la pena fruto del acuerdo con el fiscal, y este último queda exento de producir prueba en un juicio oral, público y contradictorio, no es menos cierto que en la aplicación del procedimiento abreviado se produce una tensión entre el principio de eficacia judicial y el derecho fundamental a la no autoinculpación.

El propósito de esta obra es evidenciar esa tensión desde una perspectiva teórica y práctica.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR

Ecuador

25 años



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

