

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

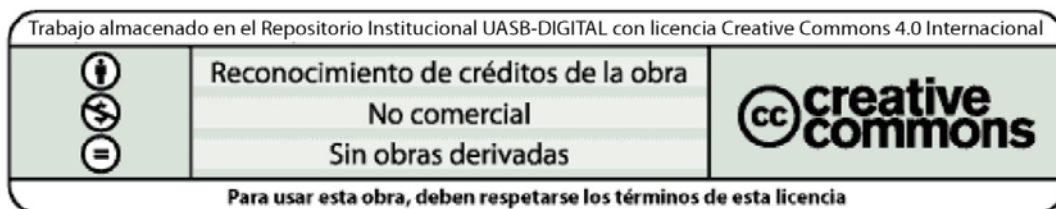
Maestría Profesional en Derecho Constitucional

La penalización del aborto en casos de violación ocurrida a mujeres sin discapacidad mental, ¿Colisión de derechos?, un análisis desde el Derecho Comparado

Mileidy Sayenska Capurro Tapia

Tutora: Lina Parra Cortés

Quito, 2019



Cláusula de Cesión de Derecho de Publicación de Tesis

Yo, Mileidy Sayenska Capurro Tapia, autora de la tesis de maestría intitulada: *La penalización del aborto en casos de violación a ocurrida a mujeres sin discapacidad mental, ¿Colisión de Derechos?, un análisis desde el Derecho Comparado*, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir unos de los requisitos previos para la obtención del título de Master Mención Derecho Constitucional, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local e internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 1 de marzo de 2019

Firma.....

Resumen

Teniendo en consideración la positivización de *la vida* como un bien constitucionalmente protegido; el presente trabajo investigativo en el primer capítulo realiza una aproximación teórica al Derecho como discurso con el propósito de identificar si la construcción de los presupuestos normativos, sobre *el aborto no punitivo*, es un procedimiento neutral en la construcción de diferencias sexuales. En el segundo capítulo, a partir de la interpretación feminista de los textos jurídicos sobre *el aborto no punitivo* se identificará en la configuración de la norma contenida en el artículo 150 del Código Orgánico Penal Integral (COIP), realizada por las/los Asambleístas, la existencia de manifestaciones sexistas que sustenta la desprotección de los derechos constitucionales de las mujeres víctimas de violencia sexual que no padecen discapacidad mental; identificando además otras formas concretas de discriminación.

El análisis propuesto permitirá constatar la falta de correspondencia del artículo 150 del COIP numeral 2 con el marco constitucional ecuatoriano y los principales estándares internacionales de protección; y evidenciar los efectos atroces que están produciendo de forma concreta en la infancia ecuatoriana, quienes habiendo sido víctimas de violencia sexual han sido forzadas a cumplir a ultranza un embarazo aún a costa de sus propias vidas, limitándose así de hecho y de derecho su protección.

Agradecimientos

Mostrar gratitud para mí es una forma de reconocer cuánto *las vidas de otras personas han* enriquecido la mía. Agradezco a mi familia el regalo cotidiano del amor; a mis amigos/as la pasión por la *vida*; a Lina la sororidad *vital* que he sentido aun cuando hay distancia; *y a ella*, quien miraba con dolor a sus hijos que al mismo tiempo eran sus hermanos, y no sabía cómo reconstruir su *vida*; sin ella todo este esfuerzo no hubiera sido posible.

Tabla de Contenidos

Introducción	11
Capítulo uno.....	13
El Derecho como discurso.....	13
1.1 Aproximación teórica del discurso jurídico	
1.2 El discurso jurídico y su manifestación a través del lenguaje.....	16
1.3 El patriarcado en el discurso jurídico del Derecho	18
1.4 Reproducción del sistema patriarcal en el discurso jurídico	21
1.5 El Control Constitucional como discurso mediador: Análisis desde el derecho comparado	26
Capítulo dos	33
Propuesta metodológica para la interpretación de los textos jurídicos sobre la penalización del aborto	33
2.1 Interpretación de los textos y discursos de penalización: descripción de la metodología.....	33
2.2 Paso uno: Toma de conciencia de la subordinación del género femenino ...	37
2.3 Paso dos: Identificación de la subordinación de la mujer	46
2.4 Paso tres: Identificación de la mujer que en forma invisible o visible es parte del texto.....	56
2.5 Paso cuarto: Identificación de la mujer que sirve de sustento al texto a través del discurso de prohibición	67
2.6 Paso quinto: Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de y los efectos en los otros componentes del fenómeno legal.....	68
2.7 Paso sexto: ampliación y profundización de la toma de conciencia.....	79
Conclusiones y Recomendaciones	89
Bibliografía.....	90

Introducción

“Desde el momento en que algunos estándares de moralidad han adquirido la condición jurídica en las Constituciones, la tarea determinar lo que el Derecho *dice* no puede ser concebida como una actividad totalmente científica u objetiva, ya que pueden entrar en juego las opiniones o las consideraciones morales.”¹ Así, habría que reconocer que la regulación del *aborto* como delito en el Código Orgánico Penal Ecuatoriano, se estructura en discursos/creencias que *prima facie* dan al embrión/feto la categoría de persona con derecho a la vida.

Con este razonamiento, no existe colisión entre los derechos del feto/embrión y las mujeres; y sí bien, es constitucionalmente relevante dar contenido a las interrogantes *¿es el derecho a la vida un derecho absoluto?*; o *¿existe colisión de derechos entre el que está por nacer y el de las mujeres a decidir cuándo y cuántos hijos/as tener?*; para el presente trabajo investigativo es relevante identificar *¿cuál es el origen discursivo de creencias que impiden que la sola manifestación de la voluntad de las mujeres sea admisible en determinadas circunstancias como por ejemplo, en la toma de la decisión de ser madre o no?*; y sí la colisión de derechos evidente que gira en torno a la calidad de persona del embrión/feto no únicamente se centra entre el derecho a la vida de éste y la voluntad de la madre; sino más bien, entre vida desde la concepción y *vida digna*, si entendemos *vida* más allá de la mera existencia.

En ese sentido, el capítulo uno, en el presente trabajo de investigación, se centra más bien en el *derecho como discurso* entendiendo al discurso como la representación de un imaginario colectivo, con el propósito de identificar los atributos que se asignan a las mujeres y *¿cómo el discurso jurídico construye diferencias entre mujeres cuando se introduce la variable discapacidad mental?*

en el capítulo dos, a través de la teoría feminista se describirá cómo los discursos transmiten y reproducen manifestaciones sexistas y cómo estas estructuras discursivas generan desigualdad, y perpetúan relaciones de dominio entre sexos y la medida en que éstas estructuras discursivas introducen en la producción del texto legal una distinción desproporcionada entre las

¹ Santiago Sastre Ariza, “La ciencia jurídica ante el Neoconstitucionalismo”, en M. Carbonell (editor), 252. Lectura facilitada en la Maestría de Derecho Constitucional por el Dr. Marco Navas Alvear, 2014

mujeres víctimas de violación cuando se incluye la variable *discapacidad mental* como eximente de responsabilidad penal en la práctica del aborto.

En este capítulo se identificará: a) cómo se vinculan los discursos de subordinación de las mujeres en la producción de las normas; b) la potencialidad que tiene el discurso jurídico del Derecho como una herramienta válida de transformación social a través de las sentencias de las Cortes Constitucionales de España, y Colombia que versan sobre la *despenalización del aborto* y finalmente; c) se evidenciará la necesidad de interpretar las normas desde un enfoque de derechos y feminista para lo cual es de vital importancia que métodos de interpretación como el planteado por Alda Facio o por Katharine T. Bartlett sean tomados en consideración por los/las intérpretes como métodos de interpretación válidos y esto “debido a que sin un entendimiento de los métodos feministas, las demandas feministas en el Derecho no serán percibidas como legítimas o correctas.”² Finalmente, mediante un ejercicio comparativo, en este trabajo investigativo, se concluirá que el Derecho, como discurso, tiene una compleja dinámica a la hora de deconstruir relatos sociales que pueden poner en desventaja a un género en relación al otro.

² Katharine T. Bartlett, “Métodos Feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana,” Palestra, (Lima:2011), 24

Capítulo uno

El Derecho como discurso

En el presente capítulo se realiza una aproximación teórica sobre lo que se entiende por discurso en general y, en específico por discurso jurídico con el propósito de identificar cómo los presupuestos normativos del derecho punitivo no están exentos de manifestaciones sexistas que reproducen de forma injustificada y desproporcionada diferenciaciones entre mujeres cuando se introduce la variable *discapacidad mental* como eximente penal del delito *aborto*.

1.1 Aproximación teórica del discurso jurídico

“El discurso jurídico se trata de un *caso especial* del discurso práctico, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras.”³ Para Robert Alexy, tanto el discurso jurídico como práctico se trata de discursos de corrección de enunciados normativos.⁴ Desde este enfoque la teoría del discurso como teoría de la argumentación tiene como propósito la justificación racional de los presupuestos normativos. Siendo así, Atienza afirmará que, en “el discurso jurídico no se pretende sostener que una determinada proposición [...] es sin más racional sino que puede fundamentarse racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente;”⁵ en ese sentido, en el discurso jurídico las reglas que lo comportan deben garantizar su racionalidad.

Contrario al enfoque jurídico propuesto, el profesor *Teun Van Dijk*, considerará al discurso en general como un *evento comunicativo* que contribuye a la reproducción del poder y sobre todo al abuso del poder. Para Van Dijk el discurso es el recurso más importante de las élites dominantes porque es un poder que les permite tener un control específico del *discurso público* pero sobre todo el control de las mentes;⁶ y su importancia se centra en el estatus especial en la reproducción de las ideologías.⁷

La definición de discurso proporcionada por Van Dijk, nos invita a valorar una

³Robert Alexy. 2007. *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: CEPC.

⁴ Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, 35

⁵ *Ibid.*, 164

⁶ Teun Van Dijk. 2006. “Discurso, Poder y Cognición Social: Conferencias”. *Universidad del Valle*, abril de 2016., <http://www.discursos.org/oldarticles/Discurso%2C%20poder%20y%20cognici%F3n%20social.pdf>

⁷ Teun A. Van Dijk. 2000. *Ideología, un enfoque multidisciplinario*. Barcelona: Gedisa.

definición de *discurso* “como cuerpo de textos, no necesariamente extraídos de una disciplina, que son productores de un tipo dado o de un sujeto;”⁸ es decir, observar desde la teoría jurídica feminista, al discurso jurídico como la construcción de relatos culturales, sociales y jurídicos estructurados a través de normas jurídicas.

En contraposición a las teorías que ubican al Derecho como argumentación racional, en la Crítica de los Derechos (*Critical Legal Studies*) un ataque al *discurso jurídico* “puede tener efectos emancipatorios que faciliten la transformación del sistema en uno más humano e igualitario.”⁹ El ataque al *discurso legal*, en la crítica de los Derechos, se centra en la retórica jurídica “presentada como neutral e imparcial cuando, en realidad, lo que subyace a las reglas y a las decisiones judiciales son debates de tipo ético que encarnan dilemas entre visiones irreconciliables de la humanidad y de la sociedad.”¹⁰

A criterio de Miljiker, la crítica de Duncan Kennedy, “revela al discurso jurídico como mera retórica y demuestra que la decisión sigue pasando por un criterio valorativo o político;”¹¹ este planteamiento corroe los cimientos del *discurso jurídico* como discurso objetivo, neutral, y racional de corrección normativa. Según esta corriente, el discurso jurídico no es neutral porque responde a intereses determinados:

Así las cosas, cuando se hace crítica a la dogmática y específicamente a la neutralidad, subyace un problema político, de modo que la interpretación jurídica está siempre “aún en los casos fáciles, marcada por tensiones entre valores opuestos que no pueden resolverse de manera racional o jurídica y ante estas dicotomías valorativas los jueces eligen aquellos valores compatibles con el *statu quo*”¹²

Nótese que, para los *Estudios Críticos del Derecho* “una crítica posmodernista que deniegue por anticipado la pretensión de corrección a cualquier discurso jurídico, permitirá un debate más transparente, y seguramente más radical y controversial sobre los conflictos morales subyacentes.”¹³ En ese sentido el Derecho, aunque se objetiva en normas, es un acto discursivo que transmite y reproduce ideologías, interpretaciones y actitudes sobre conflictos morales; en este escenario “el discurso jurídico opera con fuerza singular, más allá de la pura normatividad. Instala creencias, ficciones y mitos

⁸Carol Smart, “La teoría feminista y discurso jurídico”, *Editorial Bilbos*, 2000, <https://es.scribd.com/document/167929338/La-Teoria-Feminista-y-Discurso-Juridico-Carol-Smart>

⁹ María Eva Miljiker, “Duncan Kennedy y la Crítica a los Derechos”, *Universidad de Palermo*, accedido 2 de diciembre de 2018, https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica03.pdf

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*, 96

¹² Isabel Agatón Santander. 2008. *Justicia de género un asunto necesario*. Bogotá: Editorial Temis

¹³ Miljiker, “Duncan Kennedy y la Crítica a los Derechos”, 98

que consolidan un imaginario colectivo resistente a las transformaciones.”¹⁴

Para la *teoría feminista*, en cambio, la crítica al *discurso jurídico* se centra en cuestionar las bases estructurales de la lógica jurídica; para Facio “esta gama de crítica nos obliga a cuestionar las propias suposiciones de objetividad, racionalidad y universalidad que subyacen en la concepción liberal del fenómeno jurídico.”¹⁵ Desde esta crítica es necesario entender los *discursos jurídicos* desde los contextos en los que son creados así como el sentido lingüístico de las premisas. En ese sentido, la teoría feminista, “analiza el microdiscurso del Derecho, es decir se analizan lingüísticamente todos los eventos que constituyen Derecho para entender su macrodiscurso como un fenómeno social abstracto.”¹⁶ En razón de esta crítica el Derecho no es analizado como práctica argumentativa, tal como lo sostiene Alexy o Atienza. Desde el enfoque feminista, el Derecho es analizado como *discurso* “porque puede demostrar como el Derecho es patriarcal más allá de la norma aún la norma protectora de los derechos de las mujeres.”¹⁷ Desde ésta crítica:

Reconocer que el Derecho es un discurso de poder, tanto del poder estatal como de los múltiples poderes locales [...] nos llevará a poner atención, más que a la norma formal, a cómo ella establece las reglas, pensamientos, actitudes y comportamientos que la norma presupone e incorpora, así como a poner atención a la forma cómo la norma institucionaliza lo que debe ser considerado como legítimo o ilegítimo, aceptable o inaceptable, natural o desnaturalizado.¹⁸

Nótese que para esta crítica el *discurso jurídico* no puede ser interpretado en abstracto sin considerar las relaciones de poder que se institucionalizan en los presupuestos normativos de ahí que, la teoría feminista:

Cuestiona la pretensión de reducir el razonamiento jurídico a un razonamiento lógico-matemático. Significa cuestionar el sistema dogmático deductivo propio de la lógica formal porque no es un procedimiento adecuado para conocer, interpretar y aplicar el Derecho. Significa entender que la justicia está constituida por problemas que no tienen una solución unívoca, sino varias alternativas posibles de las que hay que escoger una.¹⁹

De ahí se desprende que; “*discurso*, en una acepción general, sea entendiendo, como la ideología ya formalizada; y, al hablar de *discurso jurídico* se hará en cambio

¹⁴ Alicia Ruiz. 2000. *De las mujeres y el derecho*, en *Identidad y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos

¹⁵ Alda Facio. 2000. *Hacia otra teoría del Derecho* en Gioconda Herrera, coord., *Las Fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*. Quito: Flacso.

¹⁶ Alda Facio, “Hacia otra teoría del Derecho”, 32

¹⁷ *Ibíd.*, 34

¹⁸ *Ibíd.*, 34

¹⁹ Facio, “Hacia otra teoría del Derecho”, 29

referencia a los discursos prescriptivos o descriptivos, que bien acompañan al Derecho en los mismos textos, o bien constituyen metadiscursos de éste.”²⁰ Así, “el discurso del Derecho es un discurso prescriptivo, y uno más entre los discursos normativos. Y de entre ellos se distingue [...], por estar autorizado, por ser emitidos por funcionarios y por amenazar con la fuerza.”²¹ Esta definición permite identificar al *discurso jurídico* “como mecanismo legitimador del poder que opera en la naturalización de la desigualdad *sexo-genérica* porque permite a los actores sociales describir actitudes y creencias en cualquier nivel de especificidad y generalidad.”²²

1.2 El discurso jurídico y su manifestación a través del lenguaje

De acuerdo con Facio, la crítica feminista propone analizar el Derecho como *discurso* para evidenciar el sesgo androcéntrico en la construcción de las premisas normativas, mediante el del lenguaje. Desde esta crítica, “el Derecho como ‘micro’ y ‘macrodiscurso’ es entendido como el lenguaje autorizado del Estado y por ende, como un discurso impregnado con el poder del Estado;”²³ de ahí se colegie que, el lenguaje al reflejar la cultura patriarcal dominante el discurso estatal no puede ser no patriarcal.

Ahora bien, *¿por qué es importante establecer una conexión entre el discurso del Derecho y el lenguaje para la teoría feminista?*; esta crítica sostendrá que el Derecho es un discurso del poder; por tanto, “se estudia el lenguaje del Derecho para poder comprender el poder de la Ley. La premisa es que el poder nos es una abstracción sino una realidad cotidiana.”²⁴ Para autoras como Facio, el poder de la ley no solo se encuentra en los presupuestos coercitivos que comporta la norma; sino además, en los sentidos prácticos y cotidianos que las personas dan al fenómeno legal para su comprensión. El discurso del Derecho desde esta perspectiva, “es una forma de hablar, pensar y actuar sobre las mujeres, hombres y las relaciones entre ambos”²⁵; y esas formas de hablar y pensar se operativiza a través de las narrativas construidas por el lenguaje.

El lenguaje, inclusive el simbólico o el no verbal, participa en el proceso de construcción de la realidad describiendo nuestros modos de pensar y actuar, de nombrar y calificar nuestras conductas y las de los otros, situándose como legitimador de poder.

²⁰ Oscar Correas. 1993. *Crítica de la Ideología Jurídica: Ensayo socio semiológico* UNAM: Biblos.

²¹ Correas, “Crítica de la ideología jurídica”, 60

²² Van Dijk, “Ideología, un enfoque disciplinario,” 243

²³ Facio, “Hacia otra teoría del Derecho”, 32

²⁴ *Ibíd.*, 33

²⁵ *Ibíd.*, 33

Por ejemplo, para Van Dijk,²⁶ los *actos del habla* “están específicamente definidos en términos de las condiciones sociales de los participantes, a saber, sus creencias mutuas, deseos, intenciones, evaluaciones y objetivos que tienen implicaciones sociales. Los actos del habla, como por ejemplo las amenazas, presuponen poder.”²⁷

Sin duda, el lenguaje más allá de ser entendido como sistema de signos y significantes, en su modalidad discursiva da forma a las ideas y produce unos efectos socializantes que materializan e imponen lo que ha de considerarse como verdad posibilitando la toma de acción concreta. Oscar Correas al respecto afirmará que:

Se ha denominado ‘actos de habla’ a los discursos en los cuales el productor ‘hace’ algo. Se da múltiples ejemplos, y entre ellos los jurídicos: el uso del derecho, en el acto de contratar, es un ‘hacer’; quien dice ‘convengo’ produce, se dice, el acto de *convenir* [...] En cambio quien describe, no produce, al usar el lenguaje, un ‘acto del habla’. En realidad el ‘acto del habla’ en el cual se usa el derecho es un acto de subordinación al dominador.²⁸

Siguiendo a Correas, el lenguaje como “un sistema de comunicación no puede sino estar constituido de discursos que van asociando valores que son compartidos y legitimados por los sujetos del acto del habla.”²⁹ Autoras como Facio³⁰ han evidenciado por ejemplo, que el lenguaje *gínope* presente en el *discurso* Derecho históricamente a naturalizado la condición de inferioridad del sujeto femenino. Para Facio y Fries “en una cultura en el que el lenguaje no registra la existencia de un sujeto femenino podríamos concluir que, o no existen las mujeres o éstas no son vistas como sujetos en dicha cultura.”³¹ Consecuentemente “el uso del lenguaje que prescinde del sujeto femenino consolida y proyecta hacia el futuro una sociedad donde la mujer no vale lo mismo que un hombre.”³² Por tanto,

“debemos aceptar que las normas son el producto de una voluntad de dominio: de una decisión política,³³ construidas a partir del uso del lenguaje.

Resulta esclarecedor; por ejemplo, la medida en que “la doctrina de la sociología del derecho, ha ido generalizando la idea de que el derecho no es un mero ente neutral

²⁶ Van Dijk, “Ideología, un enfoque disciplinario”, 243.

²⁷ *Ibíd.*, 243

²⁸ Correas, “Crítica de la Ideología Jurídica,” 113

²⁹ *Ibíd.*, 130

³⁰ Alda Facio, “Hacia otra teoría del Derecho”, 21-60.

³¹ Alda Facio y Lorena Fries. 2000. *Feminismo y género y patriarcado*, en Gioconda Herrera, coord., *Las Fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*. Quito: Flacso, 2000.

³² Facio y Fries, “Feminismo y género y patriarcado”, 47

³³ Oscar Correas. 1993. “La Sociología Jurídica, un ensayo de definición”, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=critica&n=12>.

en el proceso de constituir las divisiones sexuales que se han ido creando en la sociedad;”³⁴divisiones sexuales, construidas mediante el lenguaje, por quiénes tienen el poder de *nombrar*. Para Facio, “el poder de las palabras es el poder de escoger los valores que guiarán a una determinada sociedad pero más aún es el poder de crear una determinada realidad.”³⁵

Así tenemos que, el Derecho como producto del lenguaje, es también la expresión de las intencionalidades de los detentadores del poder en su objetivo de recrear en la realidad social un sistema jurídico objetivo, racional y coherente que regule la conducta humana con el propósito de establecer efectos jurídicos generales; lo que implica que las relaciones de poder y dominio están mediadas por quienes controlan el discurso jurídico.

Esta crítica al superar una visión reduccionista de reglas argumentativas/gramaticales con el que se formulan las premisas normativas, pone de manifiesto por una parte que, las normas jurídicas no solo pueden ser abiertas, indeterminadas y sin consecuencia jurídica; sino además que el lenguaje con el que se elaboran las normas es sexista; y por otra parte, evidenciar cómo el *discurso jurídico*, es un discurso social, con intencionalidades concretas que se materializan no solo a través de las normas jurídicas sino también a través de actos del habla.

1.3 El patriarcado en el discurso jurídico del Derecho

Desde la crítica feminista, “el derecho es un instrumento de articulación del sistema patriarcal;”³⁶en tanto y cuanto regula a hombres, mujeres y otras identidades sexo-genéricas de forma diferenciada y desigual. Así por ejemplo, en la Constitución de 1884 sólo los varones que sabían leer y escribir y habían cumplido 21 años o estuvieran casados”³⁷eran ciudadanos; el reconocimiento de las mujeres como ciudadanas se realizó en la Constitución de 1929 [cuarenta y cinco años después] pero solo para las que sabían leer y escribir.³⁸

La literatura académica feminista ha descrito al *patriarcado* como sistema histórico de dominación que tiene como objetivo la subordinación del sujeto femenino a

³⁴ Correas, “Crítica de la Ideología Jurídica”, 69

³⁵ Facio y Fries, “Feminismo y género y patriarcado”, 46

³⁶ *Ibid.*, 56

³⁷ Ecuador Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Constitución de la República del Ecuador* de 13 de febrero de 1884. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana

³⁸ Ecuador Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Constitución de la República del Ecuador* de 26 de marzo de 1929. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana

partir de una supuesta inferioridad biológica, moral, y/o racional. Con el ejemplo anteriormente propuesto, se entiende cómo El sistema patriarcal ha representado históricamente, a través del Derecho, a la mujer como seres incapaces absolutos o relativos. Por esta razón, la crítica feminista identifica al Derecho como “producto de las sociedades patriarcales [...] construido desde el punto de vista masculino [que] refleja y protege los valores y atiende a sus necesidades e intereses.”³⁹ Para Facio por ejemplo, *patriarcado*

Es un término que se utiliza de distintas maneras, para definir la ideología y estructuras institucionales que mantienen la opresión de las mujeres. Es un sistema que se origina en la familia dominada por el padre, estructura reproducida en todo el orden social y mantenida por el conjunto de instituciones de la sociedad política y civil, orientadas hacia la promoción del consenso en torno a un orden social, económico, cultural, religioso y político, que determinan que el grupo, casta o clase compuesto por mujeres, siempre está subordinado al grupo, casta o clase compuesto por hombres, aunque pueda ser que una o varias mujeres tengan poder.⁴⁰

Dado que el derecho es también un producto de las sociedades patriarcales, la *critica feminista* evidencia que, aun cuando se construyan premisas normativas para proteger a las mujeres, éstas resultan contrarias para su protección en la medida que, las manifestaciones sexistas propias del sistema patriarcal han permeado el discurso jurídico en la construcción de los presupuestos normativos y narrativas que imponen regulaciones de formas diferenciadas a los cuerpos de los sujetos sociales.

Agatón señala; por ejemplo, que normativas que privilegiaban el *honor patriarcal* en desmedro de la autonomía y, vida de las mujeres, como el uxoricidio, son las responsables de “transmitir por generaciones un mensaje claro que consentía y autorizaba a dar muerte a la mujer que trasgrediera el orden patriarcal,”⁴¹

Otras normativas han construido relatos sociales sobre la incapacidad política, o legal de las mujeres. La capacidad política o legal, siempre en duda, se justifica a través del Derecho su sustitución en favor de terceros; o las normas que, imponían deberes conyugales específicos a las mujeres; en las que por ejemplo, el consentimiento sexual de la mujer era irrelevante aún en una relación matrimonial; en tanto y cuanto, la

³⁹ Agatón, “Justicia de género”, 7

⁴⁰ Facio, “Cuando el género suena”, 28

⁴¹ Agatón, “Justicia de género”, 116

libertad civil, en términos de Carole Pateman, “es un atributo masculino y depende del derecho patriarcal.”⁴²

Para Pateman el momento en el cual *los hombres*, acordaron fundar un *nuevo orden social*, se funda concomitantemente el *contrato sexual* sobre el cuerpo de las mujeres, así “la nueva sociedad civil creada a través de un contrato originario es un orden social patriarcal”⁴³ que no fue cuestionado en su momento; para la autora es necesario precisamente cuestionar los textos en los que se construye el contrato sexual porque permite entender que:

Los textos pasan por alto el hecho de que los teóricos clásicos construyen una explicación patriarcal de la masculinidad y de la feminidad, es decir de lo que es ser hombre y mujer. Sólo los seres masculinos están dotados de los atributos y de las capacidades necesarias para realizar un contrato, el más importante de los cuales es la posesión de la propia persona, sólo de los varones cabe decir que son, individuos⁴⁴

Nótese que, en el contrato social como origen del derecho político prioriza la libertad civil de los hombres; mientras que, en el caso de las mujeres, la libertad civil las subordina como objeto. Para la autora, “la diferencia sexual es una diferencia política, la diferencia sexual es la diferencia entre libertad y sujeción;”⁴⁵ y “el contrato (sexual) es el vehículo mediante el cual los hombres transforman su derecho natural sobre la mujer en la seguridad del derecho civil patriarcal.”⁴⁶ Este indicativo supone que el patriarcado como sistema tiene orígenes concretos, instituciones que lo perpetúan/reproducen, y; una naturaleza cambiante y dinámica.

Desde la perspectiva del contrato sexual el objetivo del patriarcado es la sujeción de los cuerpos que gravita en las estructuras del discurso jurídico; de ahí que, el control sea un ejercicio de poder mediante las regulaciones que de formas diferenciadas a los cuerpos de los sujetos sociales. El *patriarcado*, es entonces, un evento comunicativo que tiene por objeto la subordinación del sujeto femenino; para tal propósito establece ciertas intencionalidades en la producción normativa respecto de lo que al *sujeto mujer* le está autorizado hacer o no hacer.

⁴² Carole Pateman, “Contrato Sexual”, trad. María Luisa Femenías, *Filosofía Política*, 1995, <https://jcguanche.files.wordpress.com/2014/01/131498859-carole-pateman-el-contrato-sexual-1995.pdf>

⁴³ Pateman, “Contrato Sexual”, 15

⁴⁴ *Ibíd.*, 15

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.*

1.4 Reproducción del sistema patriarcal en el discurso jurídico

Desde la crítica feminista al Derecho se ha llegado a sostener que “la ley es uno de los aspectos que más refuerza los sistemas patriarcales;”⁴⁷ pero *¿cómo lo hace?* Para dar contenido a la interrogante planteada; aquí señalaré que, el *sistema patriarcal* es un sistema de creencias construido a partir de las diferencias sexo-genéricas de los sujetos sociales que tiene como objetivo la subordinación del *otro/a*.

Los sistemas de creencias, como las ideologías, “son *socialmente compartidas* por los miembros de una *colectividad* de actores sociales.”⁴⁸ Para Van Dijk las ideologías no son cualquier tipo de creencias socialmente compartidas, sino que son más fundamentales o axiomáticas.⁴⁹ Es decir, “las ideologías no son *creencias personales* de personas individuales y no son iguales como cualquier otra creencia o sistemas de creencias socialmente compartidos.”⁵⁰ Para Van Dijk:

Las ideologías, así definidas, tienen muchas *funciones* cognoscitivas y sociales. En primer lugar, [...], ellas organizan y fundamentan las representaciones sociales compartidas por los miembros de grupos (ideológicos). Segundo, son en última instancia, la base de los discursos y otras prácticas sociales de los miembros de grupos sociales como *miembros de grupo*. En tercer lugar, permiten a los miembros organizar y coordinar sus acciones (conjuntas) y sus interacciones con miras a las metas e intereses del grupo en su conjunto. Finalmente, funcionan como parte de la interfaz sociocognitiva entre las estructuras (las condiciones, etc.) sociales de grupos por un lado, y sus discursos y otras prácticas sociales por el otro.⁵¹

En términos generales, las ideologías, como creencias fundamentales y axiológicas, son legitimadoras de poder en la medida que organizan actitudes y prácticas sociales expresadas a través del discurso. Para el autor, “cuando los miembros de un grupo explican, motivan o legitiman sus acciones (grupales), lo hacen típicamente en términos de discurso ideológico.”⁵²

A criterio de Van Dijk, los procesos socio cognitivos subyacen en la producción de los discursos, por ejemplo, los *discursos prejuiciados*, que se producen en el

⁴⁷ Anunziata Valdez, *El Código de la Familia: retos para la vigencia de los derechos de las mujeres*, en Gioconda Herrera, coord., *Las Fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho* (Quito: Flaco, 2000), 98.

⁴⁸ Teun Van Dijk, Ideología y análisis del discurso, *Universitat Pompeu Fabra*, accedido 5 de diciembre de 2018, http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-5216200500 Ideología y análisis del discurso. *Utopía y Praxis Latinoamericana*[online]. 2005, vol.10, n.29 [citado 2018-12-05], pp. 9-36. Disponible en: <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162005000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1315-5216.0200002

⁴⁹ Dijk, “Ideología y análisis del discurso”, párr.3

⁵⁰ *Ibíd.*, párr.3

⁵¹ *Ibíd.*, párr.6

⁵² *Ibíd.*, 12

contexto, son aquellos modelos mentales subjetivos que sirven para interpretar el *evento comunicativo*. “Así, la manera como algunos hombres hablan sobre las mujeres obviamente (también) dependerá de la manera como ellos representan a las mujeres en general, y a un interlocutor femenino en particular, como sabemos que se da en el texto y habla machistas.”⁵³

Así, si las ideologías son organizadas por la bien conocida polarización intra y extragrupal, entonces también podemos esperar que tal polarización sea, codificada, en el habla y en el texto. Esto puede manifestarse, [...], por el uso de los pronombres *nosotros* y *ellos*, pero también por los posesivos y demostrativos tales como *nuestra gente* y *esa gente*, respectivamente.⁵⁴

El planteamiento de Van Dijk permite establecer una vinculación entre ideología y discurso porque las ideologías son “adquiridas, expresadas, promulgadas y reproducidas por el discurso [lenguaje],”⁵⁵ teniendo como estrategia construir una visión polarizada y negativa *del otro*. Van Dijk explica que, al aplicar el principio polarizante hay una afección en los significados del discurso en el que se refuerza lo *negativo del otro* para sobrevalorar lo positivo de *nosotros*. Una estrategia discursiva en la aplicación del principio polarizante ocurre cuando se construye el *ellos/nosotros* a partir de las diferencias sexuales, a través de dualismos; que ha sido una de las principales críticas feministas al sistema patriarcal; así por ejemplo, “a partir del dualismo racional/irracional se asigna la irracionalidad como atributo del sujeto femenino, en contraposición de lo racional como atributo del sujeto masculino;”⁵⁶ y esto en razón, de la construcción discursiva del Derecho como racional, objetivo y universal tal como los hombres se consideran a sí mismos.⁵⁷

Para Van Dijk, “el discurso ideológico es generalmente organizado por una estrategia general de auto-presentación positiva (alarde) y la presentación negativa del otro (detracción).”⁵⁸ Es por esto que los discursos realizados en el Parlamento o Asambleas Nacionales por las *élites simbólicas* están caracterizado por unas complejas estructuras discursivas que se materializa a través de los textos.

En estos espacios de poder se van a ir organizando y conceptualizando las premisas axiológicas y jurídicas que van a representar a una determinada sociedad y, en

⁵³ *Ibíd.*, 13

⁵⁴ *Ibíd.*, 16

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Olsen Frances, “El sexo del derecho” *Serie Justicia y derechos humanos*, 2008, http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/4_Genero_en_el_derecho.pdf.

⁵⁷ Olsen, “*El sexo del derecho*,” 452-67.

⁵⁸ *Ibíd.*, 20

este espacio lo abstracto se hace concreto, lo concreto tiene validez a través de un proceso de legitimación y deslegitimación del discurso, aquí se superponen unas ideologías en relación a otras, se decide sobre aspectos fundamentales de la sociedad.

La propuesta de Van Dijk, presupone que la ideología tiene es un sistema de creencias con dos dimensiones: social y cognitiva. En esta doble dimensión una ideología es “el fundamento de las representaciones sociales compartidas por un grupo social” y; es también, “una representación mental almacenada en la memoria, que puede ser usada para actividades como la interpretación de acontecimientos y acciones, la comprensión de un discurso, o la producción de (inter)acciones.” De ahí que, el *Derecho como discurso* haya servido a la crítica feminista para posicionarlo como un fenómeno social que construyen axiomas en las que sustenta el sistema jurídico.

Para Van Dijk, “el lugar de la conversación puede ser un elemento de poder y, así, ser ideológicamente importante en la realización de las practicas del discurso.”⁵⁹ Por tanto, la importancia, de dimensionar el contenido discursivo sobre lo que se dice de las mujeres en espacios de poder como la Asamblea Nacional (lugar donde se controla el *discurso público*) ha servido principalmente para: a) identificar que la dominación de un grupo sobre otro es discursiva; y b) que, quien (es) controlan el discurso pueden reforzar las manifestaciones sexistas en el proceso de producción normativa (axiomas) naturalizando el genérico *hombre/racional* como paradigma humano.

En esa misma línea, para Oscar Correas “lo importante no son las normas en sí mismas y en tanto tales, sino la *ideología* que las mismas reproducen cotidianamente al ser usadas, y la importancia de analizar críticamente la ideología del discurso del derecho que adquiere forma en el texto.”⁶⁰ Desde el enfoque propuesto por Correas, la *ideología* es un “contenido de conciencia existente y que ésta solo puede acontecer a través de un sistema formalizador como lo es el lenguaje.”⁶¹ Para Correas, *discurso* es la ideología ya formalizada a través del lenguaje. Para este autor es importante que se distinga entre el *sentido deóntico* y el *sentido ideológico* del discurso.

En este planteamiento, el discurso del Derecho tiene otros sentidos *además* del sentido del deber;⁶² y aquí es preciso preguntarnos, siguiendo a Correas, *¿qué nos está diciendo el texto respecto a ese algo más que aquello que es debido? ¿Cuál es la*

⁵⁹ Van Dijk Teun A, “Ideología”, 243

⁶⁰ Correas, “Crítica de la ideología jurídica”, 60.

⁶¹ *Ibid.*, 26

⁶² *Ibid.*, 115

*ideología transmitida además de la ideología que consiste en ordenar hacer algo?;*⁶³ para dar una respuesta a éstas interrogantes es necesario matizarlo con la norma de penalización.

Siguiendo a la crítica feminista, se ha mencionado que, el derecho es patriarcal porque supone que éste no es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres. Ahora bien, si el sentido discursivo ideológico de la norma sobre el *aborto no punitivo* es patriarcal y estaría obligando al sujeto femenino hacer *algo más allá de lo que es debido*.

El artículo 150 del COIP tipifica el *aborto no punible* para evitar un peligro a la vida o salud de la mujer que no pueda ser evitado y; si el embarazo es consecuencia de una violación que padece discapacidad mental. La identificación del sentido deóntico del discurso de prohibición contenido en la norma *permite* hacer algo bajo un determinado supuesto. En este caso sí X concurre en los supuestos del numeral 2 entonces se *permitirá* que X acceda a un aborto. A partir de un procedimiento lógico deductivo la norma prevé una solución en caso de que X cumpla con las casuales establecidas para estos casos; pero qué sucede si X frente a las mismas consecuencias del hecho de violencia sexual tiene una discapacidad física, sensorial y no necesariamente mental, o si X aun con discapacidad mental desea continuar un embarazo como resultado de una invasión violenta de su cuerpo.

La tipificación del trato diferencial, da cuenta del *sentido ideológico* del discurso sobre el *aborto no punitivo* que posicionado que es lo *debido* en una sociedad. Si bien, el texto utiliza el enunciado deóntico *permitir*; en su estructura abstracta subyace el enunciado deóntico *prohibir* a toda mujer sin discapacidad mental en ejercicio de su autonomía decidir en un plazo razonable que es lo mejor para su proyecto de vida. Aquí sostendré que, al restringir un determinado acto bajo la amenaza de pena; entonces, ese algo más que es debido, de acuerdo con Luigi Ferrajoli, es el cumplimiento de *una maternidad bajo coacción*;⁶⁴ situación que no solamente refuerza una distinción no justificada y desproporcionada entre mujeres con discapacidad mental y quienes no la padecen; sino que deja además en desprotección a las personas que se encuentran bajos los supuestos que la norma no puede subsumir; si consideramos que la violencia sexual

⁶³ Correas, "Crítica de la ideología jurídica", 120

⁶⁴ Ferrajoli Luigi, "La cuestión del embrión. Entre Derecho y moral", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2006, <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61696/54338>.

supone en todos los casos un peligro a la vida y salud física y mental de todas las mujeres.

La penalización del aborto en casos de violencia sexual dirigido a un segmento específico de los sujetos sociales refuerza el *sistema patriarcal* primero porque impone un deber ser en razón del sexo; y por otra impide, que el sujeto femenino decida en todos los ámbitos de su vida como lo hacen los hombres. Siendo así, *el sentido ideológico* del presupuesto normativo construye representaciones del sujeto femenino desde su incapacidad moral de discernir entre el bien y el mal; e impone una obligación a todas las mujeres, con las excepciones previstas en la norma, a cumplir a ultranza un embarazo bajo la amenaza de una pena. De esta forma, el *patriarcado* construido como sistema de creencias permea el discurso jurídico y aceptamos éstas creencias como universales y neutrales una vez que se encuentran positivizados en la norma.

Pero, *cómo se reproducen socialmente éstas ideologías, y llegan a formar parte del contexto en el que se desarrolla la norma.* Van Dijk señalará que, “la reproducción implica [...] socialización, aprendizaje, inculcación o adopción por los jóvenes o los nuevos miembros, las representaciones socialmente compartidas de un grupo.”⁶⁵ Consecuentemente, sí las representaciones estereotipadas del sujeto femenino se construyen en la Asamblea Nacional, éstas se convierten en un conocimiento común que mediante procesos de socialización traspasan el ámbito meramente normativo.

Sí bien, el patriarcado como sistema legitima ideologías a través del discurso este es reproducido mediante procesos de cognición social, hace suponer que los discursos *no-sexistas* pueden deslegitimar al primero en el mismo campo discursivo en que se reproducen y nuevos discursos jurídicos pueden ser herramientas estratégicas para el cambio social; de ahí que Van Dijk sostenga que los sistemas de creencias o ideologías pueden funcionar para legitimar la dominación, pero también para articular las relaciones de poder.⁶⁶ Al deslegitimarse las valoraciones subyacentes que encierran las estructuras discursivas patriarcales es posible generar nuevas prácticas sociales en favor de los grupos construidos históricamente desde *la otredad*.

⁶⁵ Teun A. van Dijk, “Ideología”, 288

⁶⁶ *Ibíd.*, párr. 7

1.5 El Control Constitucional como discurso mediador: Análisis desde el derecho comparado

Según Agatón, “el carácter emancipatorio del derecho está determinado, por una parte, por el carácter progresista de las decisiones judiciales, y por otra, por la aplicación libre de prejuicios y estereotipos que realicen quienes están obligados a aplicarlas.”⁶⁷ A criterio de la autora, son las decisiones judiciales con carácter progresista, las que generan transformaciones sociales; como por ejemplo, la decisión judicial de la Corte Constitucional Colombiana sobre la despenalización del aborto en casos de violación. Por el contrario, para autoras como Marcela Abadía, “la ideología clásica liberal, a pesar de esgrimir como bandera los derechos a la privacidad y al individualismo, impidió el pleno reconocimiento de lo que es una mujer.”⁶⁸ Para la autora, el paradigma del individualismo impregnó en el orden normativo y naturalizó la imposibilidad de despenalizar el aborto.⁶⁹ Según Abadía:

Los argumentos que constitucionalmente impiden en nuestro medio despenalizar en términos absolutos afirman no desconoce la autonomía o autodeterminación de la mujer, o que se ignore su derecho a la dignidad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a su integridad física y moral, a su honor o intimidad personal y familiar, sino que todos estos derechos, en el caso del aborto, ‘deben ceder’ a la protección del feto.”⁷⁰

Desde esta crítica, “el concepto de ponderación de bienes jurídicos termina por excluir la visión propia de lo femenino;”⁷¹ por ejemplo, sobre el aborto, la ponderación se realiza entre vida (del feto) y libertad; y *no sobre derecho a la vida y vida digna*. Para la autora, la lógica del valor metafísico a la vida del que está por nacer –particularmente relacionado con su carácter sagrado– impone entonces, bajo esta lógica, que el estado consagre normas que repriman y castiguen al aborto.”⁷²

En estas dos críticas, en términos generales las decisiones judiciales (constitucionales) presuponen mayor grado de justificación en la aplicación de las normas que en el proceso de construcción de presupuestos normativos por el legislativo.

⁶⁷ Agatón, “Justicia de género”, 55

⁶⁸ Marcela Abadía, “La identidad de la mujer en el Derecho Penal Moderno: El caso del aborto”, *Universidad de los Andes*, (2018)

⁶⁹ *Ibíd.*, 20

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.*, 21

⁷² *Ibíd.*

Para Atienza, el paradigma constitucional contemporáneo que ve al Derecho como argumentación al parecer exige grados diferenciados en el proceso argumentativo para legisladores y jueces. A criterio de Atienza

En cuanto a la argumentación de tipo legislativo, la subsunción no juega en ella ningún papel, puesto que aquí no se trata propiamente de aplicar la Constitución, sino de interpretarla y desarrollarla [...] y, sobre todo, de alcanzar objetivos, de desarrollar políticas que sean compatibles con la Constitución”⁷³

Desde este enfoque, “la argumentación legislativa obedece [...] esencialmente, al modelo de la argumentación medio-fin; los fines últimos, si se quiere, son los establecidos por la Constitución, pero con respecto a los fines intermedios la Constitución juega simplemente el papel de marcar un límite.”⁷⁴ En este paralelismo, las decisiones judiciales se posicionan como transformaciones sociales. Ha sido, precisamente, el aporte de los órganos de control constitucional ya sean estos Tribunales o Cortes, los que en su labor de adecuar material y formalmente las normas a los contenidos mínimos de los derechos reconocidos en la Constitución, han permitido la evolución del aborto como delito a derecho específico de las mujeres, con las restricciones para cada caso; permitiendo así mismo la transición de *mujeres delincuentes* a sujetos de derechos.

Así, por ejemplo, en la sentencia *Roe v. Wade* (1973) emitida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se puede observar esta evolución. Esta sentencia “supuso el inicio del debate constitucional sobre el aborto al declarar que las mujeres pese a que tienen el derecho constitucional a abortar, los poderes públicos también pueden legítimamente restringir este derecho,”⁷⁵ posicionando ya en términos discursivos el tratamiento del debate del aborto en el ámbito del Derecho Constitucional.

El discurso constitucional sobre el aborto ha dado origen a un conjunto de reglas y principios de orden constitucional que permiten su regulación mediante la interposición de plazos como en Colombia, o a voluntad de la mujer hasta las 12 semanas como en México. El tratamiento constitucional que se ha dado sobre este tema ha sido el reconocimiento, en algunos casos, como derecho y su vinculación como una cuestión de Derechos Humanos de las mujeres.

⁷³ Atienza, “

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ USA Library of Congress 2018. “Sentence Roe v. Wade”. Library of Congress

A partir de ese tratamiento las mujeres “no pueden jurídicamente ser obligada[s] a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital de continuar el embarazo,”⁷⁶ lo que daría cuenta por una parte el reconocimiento de las mujeres como sujetos autónomos, y por otra, una evolución sobre el aborto; de un *tratamiento penal a uno constitucional* al tratar de modo general a la práctica del aborto como un problema que no se agota en el análisis de derechos en colisión entre el derecho de las mujeres como sujetos autónomos y los derechos del *nasciturus* cuya protección desde la concepción encuentra en ciertas cartas magnas un fundamento constitucional.

Para describir el tránsito de un *tratamiento penal a uno constitucional* sobre el aborto se propone el siguiente ejemplo que ilustra el rol que puede desempeñar la jurisdicción constitucional:

Un caso emblemático tuvo lugar en el año 1992 a propósito de una orden de arraigo de una adolescente de 14 años embarazada producto de una violación, que pretendía abandonar Irlanda por los 9 meses siguientes. La solicitud fue acogida por la Corte, pese al el voto disidente de Costello, quien basó su opinión en las evidencias médicas que daban cuenta del deterioro de la salud psicológica de la adolescente si se le exigía continuar con su embarazo y que ‘el daño a su salud mental sería devastador.’ [...] Ante el impacto del fallo y la presión social, el gobierno costó una apelación a la Corte Suprema, donde se le dio la razón a la joven, ante ‘la necesidad de armonizar y sopesar los diferentes principios y derechos contenidos en la Constitución’, el art. 40.3.3, dijo el ministro presidente, debería ser leído a la luz del preámbulo de la Constitución ‘con el énfasis puesto en la interpretación de los derechos en concordancia con los conceptos de prudencia, justicia y caridad’. El aborto, concluyó la Corte, se justifica en ciertas circunstancias, como cuando hay un riesgo real y sustancial para la vida de la mujer, incluyendo el riesgo del suicidio.⁷⁷

Sin ánimo de parecer restrictiva respecto a las notables diferencias entre los sistemas constitucionales alrededor del mundo, a partir del ejemplo propuesto, podemos evidenciar que, aun cuando el “derecho a la vida [reconocida en ciertas constituciones desde la concepción] se extiende al feto sin matices,”⁷⁸ bajo ciertas circunstancias *el aborto es una medida constitucionalmente legítima*.

⁷⁶ COL, Corte Constitucional de Colombia. 2006 *Sentencia* 355/06. Boletín Oficial de 10 de mayo de 2006.

⁷⁷ Cecilia Valenzuela Oyander y Luis Villavicencio Miranda. 2010. “La constitucionalización de los derechos reproductivos. Hacia una igual ciudadanía para las mujeres”. *Ius et Praxis*, 2014. https://www.researchgate.net/publication/281489778_La_constitucionalizacion_de_los_derechos_sexuales_y_reproductivos_Hacia_una_igual_ciudadania_para_las_mujeres

⁷⁸ *Ibíd.*

En el ensayo *Modelos de justicia constitucional y defensa de los derechos. Un ensayo preliminar para una nueva clasificación*⁷⁹ la profesora Silvia Bagni resalta que “el objeto de la justicia constitucional es uno de los más observados por la doctrina del derecho comparado y “este interés es seguramente justificado por el hecho que los órganos de justicia constitucional, se han transformado hoy en día, en los principales defensores de los derechos humanos al interior de cada Estado.”⁸⁰

Mediante un análisis transversal de diversos ordenamientos jurídicos y modelos de justicia constitucional la Profesora Bagni desde la doctrina del derecho comparado analiza las similitudes y diferencias sobre *la legitimidad constitucional del aborto en Estados Unidos, Italia, España y Alemania*.

De acuerdo con Bagni, en Estados Unidos la sentencia *Roe v. Wade* “la Corte identifica como objeto del juicio del derecho constitucional a la *privacy* jurisprudencialmente extraído de la IX y XIV Enmienda,”⁸¹ concluyendo los jueces que “el derecho a la privacidad personal de las mujeres que incluye la decisión del aborto debe ser considerado con los intereses del Estado para su regulación.”⁸² En su análisis Bagni concluirá que:

El balancing, [...] entre el derecho a la *privacy* de la mujer (y por tanto el derecho a decidir libremente si y cuando interrumpir un embarazo), y los ‘*compelling state interest (s)*’ que legitiman una limitación del derecho de la persona, viene resuelto por el Juez mediante la reglamentación de la materia. La Corte en efecto subdivide el período de embarazo en tres trimestres, para cada uno de los cuales viene indicado cuál es el interés prevalente.⁸³

Para el caso de Italia, mediante la sentencia número 27 de 18 de febrero de 1975 el juez constitucional trata la cuestión del aborto. Aquí el juez, según señala Bagni, “sí bien considera que la protección al concebido encuentra fundamento constitucional [...] se reconoce que el interés constitucionalmente protegido relativo al concebido puede eventualmente colisionar con otros intereses”⁸⁴ que también encuentran fundamento constitucional como la vida de la madre. Es interesante observar que tanto el derecho a la privacidad personal (EE. UU) y la protección jurídica al concebido (Italia) no son

⁷⁹ Silvia Bagni, “Modelos de justicia constitucional y defensa de los derechos. Un ensayo preliminar para una nueva clasificación” *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Año 1, No. 2, (Lima:2005), 201-222

⁸⁰Bagni, Modelos de justicia constitucional y defensa de los derechos, 201

⁸¹ *Ibid.*, 205

⁸²USA, Library of Congress, *Roe v. Wade*, District of Texas, (1973), *Library of Congress*.

⁸³Bagni, Modelos de justicia constitucional y defensa de los derechos, 206

⁸⁴ *Ibid.*, 207

derechos absolutos y unos ceden frente a otros para satisfacer interés en EE. UU los del Estado y en Italia los intereses constitucionales de las mujeres.

Continuando con el análisis realizado por la profesora Bagni, señala que, para el caso de Alemania el Tribunal Federal, mediante la sentencia sobre la Ley del Aborto del 25 de febrero de 1975, reconoce que la vida prenatal encuentra protección constitucional, pero:

Admite que el Estado puede considerar otros intereses en contraste con aquel que tutela la vida del concebido, sobre todo aquel de la madre, pero ‘este punto de vista, debe ser de todos modos rechazado en la medida en que no venga respaldado de alguna forma de interés jurídico relevante de la madre, o el aborto sea una opción dictada con indecencia o por mera oportunidad.⁸⁵

En el análisis a partir del derecho comparado propuesto Bagni “la cuestión del aborto ha venido siendo tratada como problemática de legitimidad constitucional por todas las Cortes”⁸⁶ y esto en razón que algunas Cortes como la Española reconoce la existencia de un conflicto de derechos constitucionalmente relevante.⁸⁷

Desde esta perspectiva, *la vida en gestación* es reconocido como un bien constitucionalmente protegido porque encuentra fundamento constitucional, pero a su vez también existen otros bienes constitucionales que el Estado está en la obligación de proteger como lo son la salud y vida de la madre y, por tanto; un derecho no es necesariamente priorizado sobre otro derecho.

De este modo, la preexistencia de derechos, valores y principios constitucionales contrapuestos deben ser armonizados para la mayor optimización o satisfacción de los intereses de las partes. De ahí que se ha derivado, del control constitucional en algunos sistemas jurídicos, la protección tanto a la autonomía reproductiva de las mujeres como la protección a *la vida intrauterina* mediante *el sistema de plazos*.

Bagni asegura que “la función de garantía de los derechos es ahora asumida por todas las Cortes Supremas o por Tribunales Constitucionales como tarea inmanente del órgano, tanto que con frecuencia obliga a los jueces a ir más allá de los límites de los textos constitucionales;”⁸⁸ situación que en los actuales modelos constitucionales entraría en tensión con la labor de configuración del legislador. Para algunas feministas criticando la sentencia *Roe vs. Wade* consideran que:

⁸⁵ Bagni, Modelos de justicia constitucional y defensa de los derechos, 207

⁸⁶ *Ibid.*, 211

⁸⁷ *Ibid.*, 213

⁸⁸ *Ibid.*, 211

El control femenino sobre la procreación se tutelaría mejor a través del recurso a la decimocuarta enmienda, o sea, al principio de igualdad. El concepto jurídico de *privacy*, según estas críticas, se basa sobre una distinción ideológica entre público y privado, donde lo privado, construido como esfera de no interferencia estatal, toma la configuración de una esfera casi natural: lo que significa que esta concepción está al servicio de dejar esa esfera al arbitrio del más fuerte, a la violencia doméstica, a la violación dentro del matrimonio, etc.⁸⁹

A pesar de ésta crítica , las Cortes/Tribunales mediante métodos tradicionales de interpretación constitucional han dado contenido a los derechos consagrados en la Constitución en la resolución de problemas sociales, que para la cuestión del aborto han venido estableciendo el sistema de plazos como un sistema que garantiza y armoniza los intereses legítimos y constitucionales de las partes, de modo tal que “el derecho ya no será entonces un conjunto de normas escritas que se aplican aisladas de un contexto social, cultural, político y económico, sino que toma en cuenta las relaciones, situaciones y las posiciones de las personas que las crean, las aplican y las tutelan.”⁹⁰

En ese orden de ideas el análisis del fenómeno legal requiere un enfoque para su estudio e interpretación integral de ahí que, la interpretación del derecho mediante métodos feministas, como el que se describirá en el capítulo siguiente, ampliaría el enfoque de protección de derechos.

⁸⁹ Tamar Pitch, *Libertad de procreación y derecho a la interrupción voluntaria del embarazo: Una nota desde la incertidumbre* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 383-366, http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho_12.pdf

⁹⁰ Ana Elena Obando. *Las interpretaciones del derecho* (Madrid: Trotta, 2008), 186

Capítulo dos

Propuesta metodológica para la interpretación de los textos jurídicos sobre la penalización del aborto

En este capítulo se interpretarán los textos jurídicos sobre el *aborto no punitivo*, contenidos en el Código Orgánico Integral Penal (COIP);⁹¹ y en las actas del debate legislativo: 174 –A de 3 de julio de 2012, 257-A de 10 de Octubre de 2013 y 257-B 11 de Octubre de 2013 respectivamente. Para tal propósito se utilizará *la metodología para el análisis de género del fenómeno legal* propuesta por Alda Facio con el objetivo de identificar manifestaciones sexistas en la concreción de las premisas normativas.

2.1 Interpretación de los textos y discursos de penalización: descripción de la metodología

Con el surgimiento del paradigma *Estado Constitucional*; el *Derecho* ha visto potenciado su dimensión argumentativa. Juristas como Manuel Atienza concluyen que, “argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar.”⁹² Atienza sostiene que la actividad de interpretar carga consigo la necesidad de ponderar y; esto en razón de que, los jueces constitucionales, no solo aplican reglas, sino también principios.⁹³

La argumentación jurídica está correlacionada con la *justificación interna y externa* de las premisas; la *justificación interna* responde a las reglas de lógica formal que encuentra en la aplicación del *silogismo subsuntivo* el fundamento del razonamiento de las decisiones judiciales. Por el contrario, la *justificación externa* requiere de un proceso interpretativo sobre la validez y aplicación de los presupuestos normativos; dado que, la solución de ciertos problemas jurídicos no puede ser solventada a través de las reglas de subsunción; y esto en razón de la naturaleza de los presupuestos normativos constitucionales caracterizados por ser normas indeterminadas y abiertas.

“La argumentación a partir de principios, parece suponer siempre, de una u otra

⁹¹Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Suplemento-Registro Oficial N° 180, febrero 10 de 2014.

⁹² Manuel Atienza. 2007. “Constitución y Argumentación”. *Universidad de Alicante*. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2007-10019700228_ANUARIO_DE_FILOSOF%C3A9_CDA_DEL_DERECHO_Constituci%C3%B3n_y_argumentaci%C3%B3n

⁹³ *Ibíd.*

forma, una operación de ponderación.”⁹⁴ Para Alexy la existencia de principios, caracterizados por ser reglas jurídicas abiertas e indeterminadas, deben satisfacerse en la medida de lo posible por ser *mandatos de optimización*; a diferencia de las reglas que son mandatos de expreso cumplimiento;⁹⁵ de modo que, la colisión entre normas abiertas e indeterminadas no puede ser solventada mediante una regla de subsunción normativa.

El fenómeno social denominado *Estado Constitucional*, ha venido formulando reglas argumentativas y modelos argumentativos que permitan fundamentar racionalmente las decisiones judiciales en *casos difíciles*. Aunque, juristas con Ferrajoli han afirmado que, “en los conflictos entre principios, en general, y muy especialmente entre derechos constitucionales, los instrumentos para resolver tales conflictos se encuentran necesariamente más allá de lo que el constituyente ha ordenado,”⁹⁶ la ponderación como método argumentativo es ampliamente usado para la interpretación del *fenómeno legal*.

Desde ésta mirada del Derecho como argumentación, sigue la consecuencia lógica de las premisas (silogismo jurídico) que, en *casos difíciles* ponderar principios/valores sería el mecanismo idóneo para justificar las premisas normativas cuándo éstos colisionan. Si bien; existen métodos de interpretación que toman en consideración el contexto en el que se construyen los presupuestos normativos (lingüístico, sistemático, y funcional),⁹⁷ éstos centran sus esfuerzos en *justificar* la consecuencia lógica que se derivan entre las premisas y la conclusión; y no cuestionan *las relaciones de poder* que fundan las premisas dadas en el sistema jurídico como válidas, neutrales y universales, en razón de la capacidad configurativa del *legislador racional*.

Alda Facio plantea una concepción ampliada del *fenómeno legal* poniendo en evidencia que éste va más allá de la *norma agendi*. Desde este enfoque el *fenómeno legal* posee componentes que interactúan entre sí generando los sentidos que éste irradia no solo en el ordenamiento jurídico; sino, además a la sociedad.⁹⁸ Así por ejemplo, el

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, (Madrid: CEPC, 2007), 214-22

⁹⁶ Manuel Atienza, “Constitución y Argumentación,” 204

⁹⁷ Jaime Cárdenas Gracia. 2015. “Los Argumentos jurídicos y las falacias”. *Universidad Nacional Autónoma de México*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/14.pdf>

⁹⁸ Alda Facio. 1992. Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal. *ILANUD* 1992.

componente político-cultural del *fenómeno legal* analiza

El contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que la gente tenga de la ley así como el uso que la gente haga de las leyes existentes inclusive si están derogadas o de leyes no escritas que son obedecidas por todos y formalmente reforzadas.⁹⁹

*Facio*¹⁰⁰ en su libro *Cuando el género suena, cambios trae* propone seis pasos metodológicos para *analizar el fenómeno legal*, en la tridimensionalidad de sus componentes: formal-normativo, estructural y político-cultural con el propósito de identificar manifestaciones sexistas en el proceso de producción de las premisas normativa; manifestaciones que posibilitan la subordinación de un género en relación al otro.

Con tal propósito, la autora, divide el marco teórico de referencia en: a) marco general y; b) marco teórico constituido por una concepción amplia del fenómeno jurídico e introduce seis pasos metodológicos para el análisis del fenómeno legal. Para entender de mejor forma su propuesta metodológica se presenta la siguiente tabla:

Tabla Nro. 1
Metodología para el Análisis del Fenómeno Legal

Marco de Referencia		Pasos
<i>Marco Teórico General: se utiliza para el análisis de textos legales</i>	<i>Marco Teórico Constituido por una Concepción Ampliada del Fenómeno Jurídico</i>	
1. Existencia probada de las condiciones desventajosas y posición inferior que posee la mujer con respecto al hombre en todas nuestras sociedades	El Derecho está conformado por tres componentes: 1. <i>Formal normativo (sustantivo)</i> : Este es la <i>norma agendi</i> , o la ley formalmente promulgada o generada 2. <i>Estructural</i> : El contenido (escrito y no escrito) que las/los legisladores, cortes, policía, funcionarios/as administrativos y/o que administran justicia, etc., le dan a las reglas y principios que se encuentran en el componente formal normativo, al crear, seleccionar,	Paso 1: Toma de conciencia a partir de la experiencia personal, de la subordinación del género femenino al masculino Paso 2: Identificar las distintas formas en las que se manifiesta el sexismo en los textos, tales como androcentrismo, dicotomismo sexual, insensibilidad al género, sobregeneralización, sobrespecificidad, doble parámetro, familismo, etc. Paso 3: Identificar cuál es la mujer que en forma invisible o visible está en el texto; sí es la mujer
2. La importancia de la definición de la “Convención de las Naciones Unidas		

http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/16_DiplomadoMujeres/lecturas/modulo2/1_Alda%20facio_Cuando_el_gen_suena_cambios_trae.pdf

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Facio, “Cuando el género suena,” 75-108

Marco de Referencia		Pasos
<p>sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de lo que debe entenderse por discriminación contra la mujer</p> <p>3. Sobre la importancia del lenguaje</p> <p>4. Sobre la importancia y significado de trabajar con una perspectiva de género</p> <p>5. Sobre la importancia de concientizarse acerca del androcentrismo en el fenómeno legal</p>	<p>combinar, aplicar e interpretar</p> <p>3. <i>Político-cultural</i>: Es el contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones, y conocimiento que la gente tenga de la ley, así como el uso que la gente haga de las leyes existentes (inclusive aun cuando estén derogadas). Este a su vez genera leyes o escritas que son obedecidas por todos y formalmente reforzadas.</p> <p>Estos componentes no se encuentran aislados, sino que interactúan entre sí y se influyen mutuamente.</p> <p>a) Político-cultural en –Formal-normativo</p> <p>b) Formal-normativo en Político-cultural</p> <p>c) Formal-normativo en Estructural</p> <p>d) Estructural en Formal-normativo</p> <p>e) Político-cultural en Estructural</p> <p>f) Estructural en Político-cultural</p>	<p>blanca, casada, pobre, es decir cuál es la mujer que se está contemplando como paradigma de ser humano y desde ahí cuál o cuáles son sus efectos en las mujeres de distintos sectores, clases, razas, etnias, creencias, orientaciones sexuales, etc.</p> <p>Paso 4: Identificar cuál es la concepción de mujer que sirve de sustento al texto, es decir, si solo es la mujer-madre, o la mujer-familia o la mujer en cuanto se asemeja al hombre, etc.</p> <p>Paso 5: Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de y los efectos en los otros componentes del fenómeno legal;</p> <p>Paso 6: Ampliar la toma de conciencia de lo qué es el sexismo y colectivizarla. Este también es el primer paso, porque para interesarse en esta metodología primero hay que tomar conciencia del sexismo¹⁰¹</p>

Fuente: Alda Facio Cuando el género suena, cambios trae
Elaborado por: Lina Victoria Parra Cortés

Con la metodología propuesta la autora pretende al analizar el *fenómeno legal* llegar a soluciones, no sexistas. Ahora bien; los pasos propuestos, no siempre deben ser analizados en el orden que se propone o desarrollarse cada uno de ellos. El desarrollo de los pasos se facilita en la medida que se ha profundizado en el sexismo como estructura discursiva que posibilita la subordinación de un género en relación al otro; identificando las interconexiones y tensiones que se generan en la construcción de las premisas normativas con los componentes del *fenómeno legal*, tal como se propone a continuación.

¹⁰¹ Facio, “Cuando el género suena,” 12-72

2.2 Paso 1: Toma de conciencia de la subordinación del género femenino

Nótese que para Facio el proceso de concientización implica: a) la desarticulación del discurso masculino; b) dudar de la supuesta neutralidad de las instituciones y c) considerar experiencias personales e individuales de sumisión porque tales experiencias en realidad son una experiencia colectiva y política de opresión; con el propósito de entender la profundidad de la discriminación y subordinación de las mujeres.¹⁰²

Aunque Facio asevera que, para la toma de conciencia hay que partir de la existencia probada de la discriminación que enfrentan las mujeres mediante estudios generados por instancias gubernamentales y organizaciones no gubernamentales sobre la situación subordinada de las mujeres; en esta investigación parto de las tesis de académicas/os que han teorizado sobre los discursos jurídicos que sostienen la desigualdad que sufren todas las mujeres.

Para desarticular los discursos y saber en particular cómo las sociedades articulan valores, y actitudes nos centraremos en el componente político-cultural del *fenómeno legal*. De acuerdo con Facio este componente del Derecho no se refiere en estricto sentido al contenido de las normas, sino más bien hace referencia al sentido que las personas le dan a las mismas y su aplicación a través de la doctrina, jurídica, costumbres, actitudes, tradiciones, el conocimiento y uso que de ellas hagan; para Facio “el que la ley se encuentre en el componente político-cultural y no en el formal-sustantivo no la hace menos ley.”¹⁰³

Para entender el componente político-cultural de las premisas normativas sobre el *aborto no punitivo* debemos en un primer momento entender cómo pensamos y cómo construimos los modelos mentales de las experiencias comunicativas del sujeto para entender la realidad.¹⁰⁴

Para este ejercicio de *toma de conciencia* es necesario rastrear el origen de la construcción discursiva que el fenómeno legal da a la categoría *mujer* como *lo otro*, *lo opuesto*, *lo subordinado*; tomando en cuenta el desarrollo de la teoría feminista.

¹⁰² Facio, “Cuando el género suena,” 75

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Teun Van Dijk. 2006. Discurso, Poder y Cognición Social, *Universidad del Valle*, octubre de 2006, <http://www.discursos.org/oldarticles/Discurso%2C%20poder%20y%20cognici%F3n%20social.pdf>

Simón de Beauvoir en su obra “*El segundo sexo*” sentencia que “no se nace mujer: se llega a serlo.”¹⁰⁵ Para Beauvoir son las construcciones culturales, elaboradas por las instituciones y el derecho las que van a dar contenido al enunciado *mujer* para entender su alteridad en relación al sujeto varón/hombre; para Beauvoir:

Resulta significativo, por ejemplo, que, para limitar los derechos de la mujer, el código romano invoque la imbecilidad, la fragilidad [...] Resulta chocante que en el siglo XVI, para mantener bajo tutela a la mujer casada se apele a la autoridad de San Agustín, declarando que la mujer es una bestia que no es ni firme ni estable.¹⁰⁶

El recuento histórico que realiza Beauvoir pone en evidencia la medida en la que las premisas normativas privilegiaban a un género y desprotegían al otro. Las premisas normativas que no eran otra cosa que la influencia del componente político-cultural en la construcción discursiva *mujer* lo que posibilitó que ésta fuera asociada de forma natural con el dualismo *mujer/incapaz*; de ahí el origen de su tutela a través del Derecho.

De forma más específica, sobre el aborto Beauvoir afirmará que el Derecho Romano no comportaba una protección especial a la vida embrionaria; [el Derecho Romano] no consideraba al nasciturus un ser humano, sino como parte del cuerpo materno,¹⁰⁷ En opinión de Beauvoir:

Ha sido el cristianismo el que ha trastocado en ese aspecto las ideas morales, al dotar de un alma al embrión; entonces el aborto se convirtió en un crimen contra el feto mismo. ‘Toda mujer que hace de modo que no pueda engendrar tantos hijos como podría tener, se hace culpable de otros tantos homicidios, lo mismo que la mujer que trata de herirse después de la concepción’, dice San Agustín.¹⁰⁸

Construido el dualismo *mujer/homicida*, desde la institucionalidad religiosa, es necesario su castigo; y aunque, de acuerdo con Tamar Pitch, los debates contemporáneos en torno al aborto están imbricados por el “declive de la construcción de las mujeres como ‘sujetos débiles’, necesitados de tutela y los nuevos sujetos débiles, las nuevas víctimas, son los ‘padres’ y los fetos;”¹⁰⁹ las mujeres siguen siendo construidas desde una relación de adversarios mujer/feto. En esta construcción

¹⁰⁵ Simone de Beauvoir. 1949. El segundo sexo. <http://users.dsic.upv.es/~pperis/El%20segundo%20sexo.pdf>

¹⁰⁶ Beauvoir, “El segundo sexo”, 7

¹⁰⁷ *Ibid.*, 55

¹⁰⁸ *Ibid.*, 56

¹⁰⁹ Tamar Pitch, *Libertad de procreación y derecho a la interrupción voluntaria del embarazo: Una nota desde la incertidumbre* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 383-397, http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho_12.pdf

discursiva de adversarios la *mujer* es tratada como “la potencial adversaria del feto [...] hay que llevar a ante los tribunales.”¹¹⁰

Para Pitch, el debate sobre el aborto se ha modificado considerablemente de una preocupación social a preocupaciones de carácter ético. Para esta autora. “ciertamente, la subjetivación del feto, el proceso a través del cual se reivindica para el feto el estatuto de persona, pasa (también) a través de la posibilidad de reconstruirlo como víctima potencial de alguien.” En esa sustitución de preocupaciones, que precisamente son producto de cambios culturales, se construye al sujeto mujer en el dualismo *victima/verdugo* mediante narrativas como la que a continuación describe Pitch:

Las mujeres se mueven como arrogantes protagonistas. No contentas con la ya alcanzada paridad con los varones, se dirigen hacia una nueva autorrealización donde sacrifican afectos, vínculos familiares e hijos. Tales mujeres deciden, por sí mismas, pero también por el varón. Son sumamente egoístas. [...], abortan porque quieren progresar, escribir libros.¹¹¹

La construcción discursiva contemporánea del feto como víctima potencial de las mujeres intenta elevar su estatuto jurídico de persona como mecanismo de protección. Conduciendo, siguiendo a Pitch al “pertinaz desconocimiento del estatus de sujetos plenamente morales de las mujeres: tanto es así que no se les puede confiar la tutela de la vida.”¹¹² De ahí se desprende que el Derecho represente a la *mujer* en una versión dicotómica racional/irracional, buena/mala; víctima/verdugo.

Las construcciones dicotómicas se utilizan para entender los conceptos claros/oscuros de los fenómenos sociales o naturales. Por ejemplo, las categorías de Aristóteles se formularon para establecer los predicados del *ser*, que de cierto modo establecen los supuestos que permiten distinguir los objetos entre sí pero también a los sujetos. De ahí que:

Desde el surgimiento liberal clásico, [...] desde los tiempos de Platón, nuestro pensamiento se ha estructurado en torno de series complejas de dualismos o pares opuestos: racional/irracional, activo/pasivo, Pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular. Éstos pares duales dividen las cosas en esferas contrastantes o polos opuestos¹¹³

¹¹⁰ *Ibid.*, 58

¹¹¹ *Ibid.*, 60

¹¹² *Ibid.*, 62

¹¹³ Frances Olsen, *El sexo del derecho* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 137-57, http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho_12.pdf

“En ese dualismo, los elementos son sexualizados;”¹¹⁴ y los atributos mejor posicionados encuentran correspondencia con lo masculino; de ahí que el Derecho no sea neutral en las formas que regula los fenómenos sociales Olsen afirmará que:

Se supone que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario, se supone que el derecho no es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres. Las prácticas sociales, políticas, e intelectuales que constituyen el derecho, fueron durante muchos años, llevadas a cabo casi exclusivamente por hombres.¹¹⁵

El sistema de dualismos permitió que las diferencias sexo-genéricas identifiquen al Derecho como racional, objetivo y universal con lo masculino inferiorizando a su opuesto al asignarle atributos opuestos al dualismo ideal. Aunque, de acuerdo con Olsen, las estrategias feministas atacan al sistema dualista oponiéndose a la jerarquización y/o sexualización que los dualismos comportan; para Carol Smart, existió una construcción discursiva (jurídica) de un tipo de mujer no solo desde el binario, sino que ella misma representa lo dual asumiendo, a partir del binarismo y dualidad, identidades y subjetividades que en realidad fueron construidas como naturales a través de mecanismos de disciplinamiento concreto (derecho). Es esclarecedor el contenido del siguiente párrafo propuesto por Smart:

Existe, por su puesto, una diferencia entre la producción discursiva de un tipo de Mujer y la construcción discursiva de la Mujer. [...]. En pocas palabras, la construcción discursiva (jurídica) de un tipo de Mujer podría aludir a la criminal, prostituta, la infanticida, etc., Por otra parte, la construcción discursiva de la Mujer alude a la idea de la Mujer en contraposición del Varón. Este paso siempre subsume o hace caso omiso de las diferencias entre categorías Mujer y Varón a fin de dar más peso a una diferenciación supuestamente anterior- la que existe entre los sexos- Esta diferenciación anterior funciona como una jugada fundante sobre la que pueden apoyarse las diferencias ulteriores. Así la criminal resulta un tipo pasible de diferenciarse de otras mujeres, pero, al mismo tiempo, se la sustrae de la categoría anterior de Mujer, siempre contrapuesta a la del Varón. De este modo, la criminal puede ser anormal a causa de la distancia que la separa de otras mujeres, pero, simultáneamente, exalta la diferencia natural entre Mujer y Varón [...] *De ahí que la Mujer ha sido siempre bondadosa y asesina, activa y agresiva, virtuosa y malvada, adorable y abominable, pero no o virtuosa o malvada. Por ende, la mujer, además de construir uno de los lados de una diferenciación binaria anterior, representa el dualismo.*¹¹⁶ (Énfasis añadido)

De modo que, “el derecho y los derechos como cualquier otra dimensión de lo social, están atravesados por el género. A su vez, derecho y derechos construyen,

¹¹⁴Olsen, “El sexo del derecho,” 137

¹¹⁵Olsen, “El sexo del derecho” 138

¹¹⁶ Carol Smart, “La teoría feminista y discurso jurídico”, *Editorial Bilbos*, 2000, <https://es.scribd.com/document/167929338/La-Teoria-Feminista-y-Discurso-Juridico-Carol-Smart>

disciplinándolo, el género de diversos modos al decir lo que es propio y legítimo del hombre y de la mujer, así como de las relaciones entre ellos;”¹¹⁷ por tanto, el Derecho es también productor de diferencias de género y de identidad”¹¹⁸ irradia sentidos concreto sobre la *categoría mujer* que viene dada por el derecho como estrategia creadora de género en los términos planteados por Smart.

En opinión de Isabel Agatón, los presupuestos normativos que contenían tipos penales como el uxoricidio “constituyen una muestra de la complicidad y grave responsabilidad del derecho en el mantenimiento de la violencia contra las mujeres al reconocer circunstancias de justificación relacionadas con el *honor patriarcal* [...]”¹¹⁹

Para Agatón:

Normativas como esta transmitieron, por generaciones, un mensaje claro que *consentía y autorizaba* a dar muerte a la mujer que *transgrediera* ese orden patriarcal. El legislador al consentir que el uso de la fuerza –que *supuestamente* pertenece al Estado para mantener el orden- se ejerciera *legítimamente* para imponer, garantizar, y perpetuar el *orden patriarcal*, reconoció a las mujeres como un objeto sobre el cual se podía disponer y las puso en el último lugar de una serie de titulares, principios y valores que privilegian bienes morales [...].¹²⁰

De esta forma prácticas como; por ejemplo, la *mutilación femenina* son presupuestos normativos culturalmente diseñados para la subordinación del género femenino al cumplimiento de un orden patriarcal culturalmente impuesto. Sin embargo, la subordinación estructural de las mujeres no puede contarse sin considerar los sentidos de la *colonialidad* en América Latina.

“El continente americano y los pueblos que vivían allí se presentaron como inferiores en los relatos europeos desde el siglo XVI [...] y genera la idea de que ciertos pueblos no forman parte de la historia, de que no son seres.”¹²¹ Para Walter:

La lógica de la colonialidad opera en cuatro dominios de la experiencia humana; (1) económico: apropiación de la tierra, explotación de la mano de obra y control de las finanzas; (2) político: control de la autoridad; (3) social: control del género y la sexualidad, y (4): epistémico y subjetivo/personal: control del conocimiento y la subjetividad.¹²²

¹¹⁷ Tamar Pitch, “Sexo y Género de y en el Derecho: Feminismo Jurídico”, *Universitá di Camerino*, 2010, <https://www.google.com.ec/search?q=tamar+sexo+genero+en+el+derecho&oq=tamar+sexo+genero+en+el+derecho&aqs=chrome.69i57.6685j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Isabel Agatón, *Justicia de Género Un asunto necesario* (Bogotá: Editorial Tremis, 2013), 34-5

¹²⁰ Agatón, “Justicia de Género,” 116-23

¹²¹ Mignolo, Walter. 2007. *La idea de América Latina: La herida colonial y la opción decolonial*. (Barcelona: Gedisa Editorial), 35-7

¹²² Walter, “La idea de América Latina,” 37

En esa lógica la religión y en particular la religión cristiana moldea la categorización entre *humanos/no humanos* de ahí su singular capacidad de civilizar al opuesto del paradigma humano el *bárbaro*. Para Ramiro Ávila la categoría *colonialidad*, describe la medida en que las disposiciones vigentes se sustentan en el patrón social que posibilita la exclusión de las mujeres, quienes habían quedado excluidas de la categoría *seres humanos* en la colonia:

Para el autor, *la colonialidad* “se basa en el ejercicio del poder, a través del control y la dominación en cuatro esferas o instancias de existencia: la política, económica, social y cultural [caracterizándose] por la dominación, a través de las clasificaciones, y que generan discriminación y exclusión;¹²³ y también un sentimiento de inferioridad.

Lo interesante en la clasificación de las *esferas de la colonialidad*, planteada por Ávila, la categoría *sexo/reproducción* pertenece a la *esfera social* y no a la esfera cultural. De esta forma los roles atribuidos entre hombres y mujeres son construcciones sociales que impuestas en la colonia. Para el autor:

En lo social, el colonialismo distingue entre hombres y mujeres. Al primero le corresponde la vida pública y los roles de producción económica; y a la segunda la vida privada, centrada en las tareas de reproducción y cuidado. En esta división dual, se da prioridad e importancia a los roles masculinos y se desvalora e invisibiliza los roles femeninos.¹²⁴

La colonización logró mediante sus instituciones (políticas, económicas y religiosas) construir discursivamente a las mujeres negras, mestizas, e indígenas al margen del concepto de *humanidad* minimizando su existencia a labores que reproducían el sistema colonial. En la colonia:

El trabajo doméstico en el sector blanco y mestizo empezó a ser funcional al régimen colonial de dominación, tanto en lo referente a la reproducción de la fuerza de trabajo. [...] El trabajo de las mujeres fue asimilado al llamado trabajo doméstico, y el de los hombres al nuevo tipo de producción social para la exportación. El papel de la mujer como reproductora de la vida apareció entonces minimizado, cuando siempre las culturas aborígenes lo habían considerado como el presupuesto generador de todo [...] Las mujeres indígenas, doblemente afectadas por el sistema de tributación, tenían que producir un excedente para pagar dicho tributo, ya que la mayoría de los hombres debían realizar forzosamente trabajos en las encomiendas de las mina y haciendas; [...]

¹²³ Ramiro Ávila, “El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008” (trabajo académico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011), 36, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2984>

¹²⁴ Ávila, “El neoconstitucionalismo transformador”, 43

La mujer indígena también tributó sexualmente a los conquistadores, que se apropiaron así de su capacidad reproductora [...] ¹²⁵

A diferencia de la mujer indígena y negra, la mujer blanca se destaca más [por] su rol como madre y fiel esposa. ¹²⁶ Mientras que, la mujer indígena al igual que “la mujer negra, esclava en la colonia, su participación en la producción económica se circunscribía al trabajo doméstico al servicio de sus patrones dadas las restricciones que en su condicionamiento de esclava tenía para constituir su propia familia.” ¹²⁷

A pesar de las prohibiciones establecidas por los conquistadores, las mujeres negras e indígenas se rehusaban a tener hijos/as de sus opresores recurriendo al aborto como una forma concreta de resistencia:

Esta protesta contra los colonialistas era más ostensible en las esclavas recién llegadas de África. Cuando en el siglo XVIII los esclavos subieron de precio, las mujeres negras fueron estimuladas a tener hijos; los esclavócratas favorecieron sus matrimonios con esclavos y manumisos, además de rebajar las horas de trabajo a las esclavas embarazadas. No obstante, las mujeres continuaron sus prácticas abortivas, como una manera de expresar su resistencia a procrear nuevos esclavos. Las indígenas también se resistieron a tener hijos. ¹²⁸

Es interesante observar cómo en el contexto colonial caracterizado por la *explotación laboral, violencia sexual, tortura, deshumanización, e inferiorización* del otro, la práctica del aborto constituía un mecanismo de resistencia al poder instituido. Considerar el aborto como un mecanismo de resistencia desde una *perspectiva de colonialidad* consiste, entonces, “en develar la lógica encubierta que impone el control, la dominación y la explotación, una lógica oculta tras el discurso de la salvación, el progreso, la modernización y el bien común.” ¹²⁹ Es esta lógica de dominio la que ha permitido que la práctica del aborto sea socializada como un acto execrable que no resiste, contra toda lógica, un ejercicio de ponderación y; el “derecho se ha vuelto una suerte de brazo armado de la moral católica [...] como diría Ferrajoli.” ¹³⁰

Para Ávila “seguimos viviendo la colonialidad del poder;” ¹³¹ y esto ocurre cuando el poder instituido se apropia del control de la sexualidad de las mujeres cuando la mujer sin discapacidad mental y víctima del delito *violencia sexual* no es asumida

¹²⁵CEME. “La condición de la mujer en la colonia y la consolidación del patriarcado”. *Centro de Estudios Miguel Enriquez*, http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/vitalel/5lvc/05lvc/mujer0010.PDF

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Walter, “La idea de América Latina,” 37

¹³⁰ Agatón, “Justicia de Género,” 70

¹³¹ Ávila, “El neoconstitucionalismo transformador”, 39

como tal; sino más bien es asumida como la potencial adversaria del feto. Se vive la colonialidad del poder cuando la preocupación social sobre las estructuras de desigualdad y exclusión que atraviesan las mujeres en general y las mujeres víctimas de éste tipo penal en particular se enfrentan con el “modelo ideal de ser humano: persona heterosexual, rodeada de una familia nuclear, [...] con religión judeo-cristiana, mestiza, patriarcal, y apolítica.”¹³²

Son los condicionamientos sociales y culturales heredados de la colonia los que han posicionado discursivamente la naturalización de la maternidad (voluntaria o no). Hasta aquí, como breve conclusión acotaré; que, es un *contexto de colonialidad no superado* en el que se construyen las diferencias sexuales y roles de género que funcionaliza sistemas de desigualdad y subordinación de las mujeres.

Sin embargo, tal como lo propone Facio un proceso de concientización no estaría completo si no tomamos en cuenta nuestras experiencias individuales y personales de sumisión para darnos cuenta que en realidad esas experiencias individuales son experiencias colectivas y políticas de opresión.¹³³ Al igual que Facio, no pretendo neutralidad en el presente trabajo de investigación, porque tal como lo ha verbalizado la autora “*deseo demostrar una forma de ver el mundo que es parcial.*”¹³⁴

Yo tenía ocho años cuando se realizó la primera edición del libro *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, y a esa edad un familiar cercano intentó abusar sexualmente de mí. Durante varias semanas sentí terror, y mucho miedo. Este hecho además afectó nuestra relación familiar creándose una ruptura de lazos familiares insalvable hasta ahora. Cuando leo estudios como el realizado por la *Fundación Desafío* o la investigación publicada en el portal web *Wambra* en el que se reporta que cerca de 17.448 niñas víctimas de violación parieron en Ecuador entre 2009 y 2016, siento nuevamente el mismo terror, y vuelvo a tener ocho años.

A partir de mi experiencia personal, como sujeto en el que se ejerció violencia, entiendo a la violencia sexual como un mecanismo sistemático de dominación simbólica de los cuerpos cuyo fin concreto consiste en ejercer poder, causar sufrimiento, humillar y deshumanizar al otro. Natalia Rodríguez Grisales en el ensayo *Cuerpo, sexualidad y*

¹³² *Ibíd.*, 212

¹³³ Facio, “Cuando el género suena”, 75

¹³⁴ *Ibíd.*, 75

*violencia simbólica en la tortura sexual*¹³⁵ teoriza sobre la tortura no sexual y sexual, identificando a esta última como metáfora de agresión del cuerpo social. Más aún, para la autora:

Los cuerpos individuales se convierten en representaciones metafóricas del cuerpo social, por lo cual la tortura sobre el cuerpo simboliza la tortura sobre la familia y grupo étnico. De allí que la crueldad no apunte a la muerte, sino a infligir un dolor que acabe por completo con el Otro, su comunidad y su identidad étnica.¹³⁶ “La tortura no se dirige un individuo aislado, sino a su dimensión familiar, comunitaria y cultural, en suma, a todo lo que lo hace humano, incluido sus vínculos familiares y creencias”¹³⁷

La tortura sexual es un mecanismo de dominación para destruir el núcleo más esencial del otro, en contextos de guerra “la tortura sexual tiene por objetivo feminizar al enemigo como una estrategia de dominación simbólica. De ahí que la tortura deba dar forma a otro/enemigo con el fin de justificar sus actos,”¹³⁸ Para la autora:

El objetivo de la tortura sexual es “inundar de estímulos sexuales a un sujeto que está privado de su libertad y sometido a una condición extrema de pasividad e inermidad. Se busca así humillarlo, degradarlo, perturbar su sexualidad como forma de expresión y satisfacción en el futuro, afectar el conjunto de su psiquismo, contribuyendo a la destrucción de su identidad”¹³⁹

En una situación de indefensión y extrema vulnerabilidad, la tortura sexual tiene como resultado la anulabilidad de la víctima en la esfera más íntima de su subjetividad. Por la capacidad des-estructurante de la tortura sexual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Raquel Martín de Mejía y Cecilia González Perez* fundamenta la conexión entre los elementos que configuran el delito de tortura de conformidad con la Convención de la materia y la violación sexual. En ese sentido:

La Comisión determinó en su decisión que se habían “conjugado” los tres elementos enunciados en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura para probar [su existencia]: (1) “un acto a través del cual se inflijan a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales”; (2) “cometido con un fin”, y (3) “por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero” [...] La Comisión tuvo en cuenta el sufrimiento físico y psicológico causado por la violación sexual, la posibilidad de que la víctima sufriera “ostracismos” si denunciaba estos actos, y la forma en que la violación pudo haber sido perpetrada con la intención de castigar e intimidar a la víctima.¹⁴⁰

¹³⁵ Natalia Rodríguez Grisales, “Cuerpo, sexualidad y violencia simbólica en la tortura sexual”, *Universidad de los Andes (Colombia)*, 1 de junio 2015, <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/res54.2015.06>

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Corte IDH. 2011., “Estándares Jurídicos: igualdad de género y derecho de las mujeres,” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 3 de noviembre de 2011 par. 27 <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EstandaresJuridicos.pdf>

De forma análoga en criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Fernández Ortega vs. México*) la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona víctima que puede constituir tortura si existe intencionalidad, sufrimiento severo y una finalidad por parte de los perpetradores; la capacidad des-estructurante de la violencia sexual opera en la medida que este hecho vulnera valores y aspectos esenciales de la vida privada de una persona y supone una intromisión en su vida sexual; anulando su derecho a tomar libremente decisiones personales e íntimas.¹⁴¹

Tomar conciencia de la subordinación del género femenino implica comprender, por ejemplo, que las construcciones discursivas sobre las mujeres al momento de regular su rol social hay una apropiación de su sexualidad por parte de las instituciones políticas, sociales, y culturales utilizando al Derecho como mecanismo de control; que la violencia sexual, es una forma concreta de discriminación contra las mujeres, no solo está vinculada con la práctica del aborto como mecanismo de resistencia; sino además, que encuentra correlato en la construcción discursiva las categorías femenino/masculino y en dualismos como *honor/vergüenza*, al punto que la feminización *del otro* en la tortura sexual ocurrida al hombre/varón, cuando se lo *feminiza*, se lo hace para humillarlo, deshumanizarlo y; para finalmente alterar gravemente su percepción como sujeto en cuanto a su relación consigo mismo y el mundo. De donde se colige, la infravaloración de lo femenino y la su subordinación del género femenino al modelo hombre/varón como paradigma de lo humano/deseable.

2.3 Paso dos: Identificación de la subordinación de la mujer

Facio sostiene que es necesario profundizar la concepción de sexismo para identificar las diferentes formas en las que el sexismo se manifiesta como elementos constitutivos en la doctrina jurídica, principios, valores, precedentes judiciales, etc., que funcionaliza la subordinación de las mujeres. Para Facio sexismo debe ser:

Entendido como toda creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad del sexo masculino, - creencia que resulta en -una serie de privilegios para ese sexo que se considera superior. Estos privilegios descansan en mantener al sexo femenino al servicio del sexo masculino, situación que se logra haciendo creer al sexo subordinado que esa es su función “natural”, y única.¹⁴²

¹⁴¹CDIH, “Estándares Jurídicos: igualdad de género y derecho de las mujeres,” párr. 40

¹⁴² Facio, “Cuando el género suena,” 23

Para identificar las manifestaciones concretas del sexismo en el fenómeno legal, tomando como referencia a Margrit Eichler, la autora identifica siete manifestaciones sexistas a saber: el androcentrismo, la sobregeneralización y/o sobrespecificación, insensibilidad al género, doble parámetro, el deber ser de cada sexo, el dicotomismo sexual y el familismo. Con el propósito de contextualizar las manifestaciones sexistas expuestas por la autora se propone la siguiente tabla para su mejor comprensión:

Tabla Nro. 2
Manifestaciones Sexistas

<i>Androcentrismo</i>	<p>La experiencia masculina como como central a la experiencia humana es la única relevante</p> <p><i>¿Quién es el prototipo, paradigma o modelo de ese texto?</i></p> <p><i>¿Se da igual importancia a la experiencia femenina en relación a la masculina?</i></p>
<i>Sobregeneralización</i>	<p>Estudios solo se analiza la conducta del sexo masculino y los resultados se presentan como válidos para ambos sexos.</p> <p>Identificar la gramática patriarcal/lenguaje de las leyes</p> <p><i>¿Está el texto escrito en masculino cuando en realidad se está refiriendo a ambos sexos?</i></p>
<i>Sobreespecificidad</i>	<p>Presentar como específico de un sexo, ciertas necesidades, actitudes e intereses que en realidad son de ambos.</p> <p><i>¿Se está presentando el texto como una legislación igualmente válida para ambos sexos cuando sólo se tomaron en cuenta las actitudes y conductas de uno de los sexos?</i></p>
<i>Insensibilidad al género</i>	<p>Se ignora la variable género como una variable socialmente importante o válida</p> <p>Ginopía (forma exagerada de androcentrismo)</p> <p><i>¿Se ha tomado en cuenta el hecho que las mujeres somos menos valoradas?</i></p>
<i>Doble Parámetro</i>	<p>Doble Moral</p> <p>Una misma conducta, una situación idéntica y/o características humanas, son valoradas o evaluadas con distintos parámetros/argumentos</p> <p><i>¿Se está partiendo de que los sexos son dicotómicamente opuestos?</i></p>
<i>Deber ser para cada sexo</i>	<p>Se parte de que hay conductas o características más apropiadas para un sexo que para el otro</p> <p>Identificar entre obligación o derecho</p>
	<p>Tratar a los sexos como diametralmente opuestos y no con características semejantes</p>

<i>Dicotomismo sexual</i>	(doble patrón) ¿Usa conceptos que son asimétricos?
---------------------------	---

Fuente: Cuando el Género Suená, Cambios Trae
Elaboración propia a partir del texto

Para la autora, las formas de sexismo están muy relacionadas entre sí ¹⁴³al punto que no puede distinguirse entre una forma u otra; pero esta distinción permite un análisis adecuado del *fenómeno legal*. Antes de identificar las manifestaciones sexistas en los presupuestos normativos sobre el *aborto punitivo*, debo aclarar que, la interpretación de los discursos que se realizan en esta investigación focaliza *actos, actitudes y/o manifestaciones sexistas*; por tanto, la transcripción de los discursos enunciados por los/las Asambleístas se hace como detentadores del poder político; de este modo, la interpretación planteada no debe ser asumida *per se* cómo un ataque personal.

Prosiguiendo con el análisis, Facio admite que el *androcentrismo* se manifiesta en formas extremas como “la misoginia y la ginopia. La primera consiste en el repudio a lo femenino y la segunda en la imposibilidad de ver lo femenino o invisibilización de lo femenino.”¹⁴⁴ Para identificar estas formas extremas de sexismo se propone el siguiente discurso, enunciado por el Asambleísta por el Movimiento País Juan Cassinelli Cali, para el análisis. El Asambleísta en el primer debate sobre el *aborto no punitivo* manifestó lo siguiente:

[...] Por un principio más allá de mi *convicción católica*, por un *principio de humanidad* porque *soy un ser humano, no estoy de acuerdo con nada, absolutamente con nada que atente contra el derecho a la vida de las personas [...]*, en *Europa, como Alemania*, por ejemplo, hoy se ha reducido los índices de aborto, pero no porque se están aplicando este tipo de normativas sino porque se está incentivando para que las madres que tengan hijos no deseados no los aborten, que los tengan y *se los entreguen al Estado*; hay más de doscientos *containers cuna* en las calles de Europa para que sean depositados estos niños. Miren esta *forma diferente de concebir las cosas*, si hay un niño no deseado, *que no se lo desee es un tema que va del corazón de la madre*, pero que se lo tenga, que *se lo entregue a la sociedad*, que se le dé la oportunidad de vivir [...]¹⁴⁵

A partir de este evento comunicativo *¿cómo se construye la valoración polarizada y negativa del otro?*; la respuesta la encontramos en el *dicotomismo humano/no humano*. Desde esta experiencia, el reconocimiento de la calidad de *ser*

¹⁴³ Facio, “Cuando el género suena,” 78

¹⁴⁴ Facio, “Cuando el género suena”, 25

¹⁴⁵ Ecuador, Asamblea Nacional, Asambleísta Cassinelli Cali Juan, Acta 174 –A, de 3 de Julio de 2012. Énfasis añadido.

humano del hablante, representa al otro como lo *no humano* por su incapacidad de generar sentimientos de afecto con su propia descendencia. Así lo *humano* es un atributo masculino, configurándose un *nosotros racional/humano*; de esta forma *al no ser humano en los términos que lo soy yo*, se construyéndose una representación negativa, y polarizada del otro.¹⁴⁶

Al igual que el modelo ideal de humanidad impuesto en la colonia; “el modelo de humanidad renacentista europeo se convirtió en hegemónico, y los indios y los esclavos africanos pasaron a la categoría de seres humanos de segunda clase, y eso cuando se los consideraba seres humanos,”¹⁴⁷ Despojados de toda racionalidad y humanidad el *otro (persona de sexo femenino)* está en la incapacidad de plantear un discurso racional, coherente, y humano que pueda modificar el contexto en el que se produce la norma de penalización.

En el discurso al reafirmarse el paradigma *de lo humano ¿qué características se construyen* alrededor del otro cuando se utiliza como ejemplo *experiencias europeas* para zanjar el debate sobre el aborto? A partir de una perspectiva de colonialidad, al usar experiencias europeas, se refuerza la idea que el argumento tiene mayor relevancia si se utiliza el pensamiento europeo como mecanismo coherente para la resolución del conflicto. Sin embargo, este enfoque nos coloca en el dualismo *civilizado/bárbaro*.

Este evento comunicativo, enunciado en la Asamblea Nacional, no encuentra correspondencia con el desarrollo normativo y jurisprudencial/constitucional del continente europeo que mediante el establecimiento de un *sistema de plazos* ha venido regulando, en algunos casos desde el ámbito constitucional, la interrupción voluntaria del embarazo. Así, por citar varios ejemplos, en España, *país europeo*, mediante la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo reconoce *la interrupción de un embarazo como un derecho de las mujeres*; y:

Pueden ser legalmente practicados dentro de las primeras 14 semanas de embarazo a petición de las mujeres; no sin antes, haber recibido suficiente información sobre sus derechos y sobre las políticas públicas de asistencia y apoyo materno que le ofrece el Estado. Después de recibir ésta información se proporciona a las mujeres un *periodo de reflexión* de tres días antes de iniciar el procedimiento médico.¹⁴⁸

¹⁴⁶Van Dijk, “Ideología,” 358

¹⁴⁷ Walter, “La idea de América Latina,” 11

¹⁴⁸ Global Legal Research Center, “Abortion Legislation in Europe”, *Global Legal Research Center*, accedido 23 de noviembre 2018, <https://www.loc.gov/law/help/abortion-legislation/abortion-legislation.pdf>

Para el caso de Alemania, *país europeo*, si bien el aborto está tipificado en el Código Penal Alemán (2013), la interrupción del embarazo no es ilegal bajo los siguientes supuestos:

Para el Código Penal Alemán el aborto no es punible cuando *son el resultado del cometimiento delitos tales como: abuso infantil, abuso sexual y violación*.¹⁴⁹ [...] La interrupción voluntaria del embarazo en Alemania puede ser requerida por la mujer embarazada (a petición de parte) hasta el final de las 12 semanas de embarazo. Para que opere el procedimiento médico debe obtener un certificado médico y habersele otorgado información sobre el procedimiento. [...] Después haber transcurrido el plazo de tres días desde que recibió la información (*período de reflexión*) tendrá lugar el procedimiento médico. Para los casos en los que se presuma la existencia de un delito sexual corre el mismo plazo.¹⁵⁰

En Francia, *país europeo*, las normas que regulan el aborto entraron en vigencia mediante la Ley número 75-17 del 17 de enero de 1975, comúnmente conocida como ley Veil. Las disposiciones más actuales que regulan el aborto en ese país se encuentran tipificadas en el *Código de Salud Pública*; de este modo:

Las leyes en Francia permiten a las mujeres realizarse un aborto hasta el final de la semana doce de embarazo. Después de las 12 semanas de embarazo, la Ley Veil solo permite que se lleve a cabo un aborto si dos doctores de un equipo multidisciplinar confirman que llevar a cabo un embarazo pondría en grave riesgo la salud de las mujeres o si existe una probabilidad que el feto nazca con serios problemas de salud que son incurables al momento del diagnóstico.¹⁵¹

Como vemos, la interrupción de un embarazo, en esos países del continente europeo, está regulada mediante un sistema de plazos otorgando de forma concomitante la interposición de un *período de reflexión* que reconoce la capacidad de decisión autónoma de las mujeres, y éstas regulaciones no necesariamente en encuentran tipificadas en el Código Penal, como en el caso de Francia.

Lo que sí plantea el discurso enunciado por el ponente como *solución civilizatoria*, en la sesión plenaria sobre *el aborto no punitivo*, es la instalación en hospitales estatales de *baby boxes* o buzones, en las que se depositan a los recién nacidos *no deseados* en una incubadora situada en lugares específicos de hospitales de Alemania, Suiza o Bélgica. Lo que no dice el ponente es que, la Organización de las

¹⁴⁹Global Legal Research Center, “Abortion Legislation in Europe”, *Global Legal Research Center*, accedido 23 de noviembre 2018, <https://www.loc.gov/law/help/abortion-legislation/abortion-legislation.pdf>

¹⁵⁰Red Federica Montseny, “Alemania, regulación legal del aborto”, *Red Federica Montseny*, accedido 23 de noviembre 2018, <http://redmontseny.net/es/nodos/alemania/>

¹⁵¹Global Legal Research Center, “Abortion Legislation in Europe”, *Global Legal Research Center*, accedido 23 de noviembre 2018, <https://www.loc.gov/law/help/abortion-legislation/abortion-legislation.pdf>

Naciones Unidas (ONU) ha solicitado a los gobiernos de esos países que prohíban esta práctica al considerar que dichos buzones “violan los derechos de los niños y evita abordar eficazmente las causas profundas del abandono.”¹⁵²

De todo esto resulta, que el discurso es androcéntrico en su forma manifiesta de ginopía al desconocer la experiencia femenina de la violencia sexual correlacionada con el aborto, con formas concretas de discriminación y tortura; además de la ginopía que adolece los presupuestos normativos, el discurso en el que se construyen los presupuestos normativos sobre el *aborto no punitivo* son falaces.

Las falacias son verdades aparentes; sí bien existen *baby boxes* en hospitales públicos no es cierto que en países del continente europeo no se haya regulado el *aborto* bajo causales específicas. “Aristóteles, en sus *Refutaciones sofisticas* nos dice que una falacia es un argumento que parece bueno o correcto sin que lo sea;”¹⁵³ y esta apariencia conduce al engaño o error. Para Cárdenas “las personas que los producen no lo hacen necesariamente porque tengan la intención de engañar o confundir, aunque pudieran tenerla, sino que se incurre en ellos por las dificultades cognitivas de nuestro entendimiento o por nuestra incapacidad para comprender la complejidad del entorno.”¹⁵⁴ De modo que, “las falacias infringen las reglas del *silogismo lógico* porque parte de premisas que son falsas y no permiten elaborar una conclusión mínimamente plausible.”¹⁵⁵ Según Atienza las falacias pueden ser clasificadas en tres tipos: formales, materiales y pragmáticas; y explica que:

Una falacia formal se debe a la elaboración de una inferencia inválida, como ocurre con la falacia de la afirmación del consecuente, o falacias que trastocan las reglas de la inducción en el caso de la falacia de la generalización apresurada. En las falacias materiales se utilizan razones que no son del tipo correcto; por ejemplo, las que se apoyan en expresiones ambiguas o en la falsa analogía. Y en las pragmáticas es importante determinar si son de carácter retórico o dialéctico; así, por ejemplo: se atenta contra las reglas de la retórica si se hace un uso abusivo del argumento de autoridad, y en el caso de las falacias dialécticas, éstas ocurren si se infringen las reglas del debate, ya sea que se evada la cuestión o no se conteste un asunto planteado en el debate.¹⁵⁶

El evento comunicativo enunciado por el Asambleísta se sustenta en premisas que no conducen a una adecuada conclusión. Este razonamiento argumentativo evade el

¹⁵² Mundo, “La ONU en defensa de los niños pide prohibir los ‘buzones para abandonar bebés,” *Mundo*, accedido 20 de noviembre 2018, https://www.lainformacion.com/mundo/la-onu-en-defensa-de-los-ninos-pide-prohibir-los-buzones-para-abandonar-bebes_exektihyueg4asiucf2pc1/

¹⁵³ Cárdenas, “Los Argumentos Jurídicos y las Falacias,” 172

¹⁵⁴ *Ibid.*, 181

¹⁵⁵ *Ibid.*, 181

¹⁵⁶ Atienza, “El derecho como argumentación,” 107

problema de fondo, apela a los más altos valores humanos, y adolece de generalizaciones equívocas por la incapacidad de comprender el impacto de la norma penal en la vida concreta de las mujeres.

Para Facio la insensibilidad al género y; la incapacidad de valorar la experiencia femenina a partir de la variable sexo como socialmente importante, invisibiliza totalmente a la mujer;¹⁵⁷ hacer creer a las personas del sexo femenino que la función más importante que el Derecho Penal es proteger y tutelar su función reproductiva aun en contra de su voluntad, es otra forma concreta de sexismo, porque delimita el ámbito de *lo que se les está permitido o no*; y comporta además un razonamiento falaz que conduce al error.

En el siguiente discurso realizado en el primer debate al Proyecto de Ley, pronunciado por el Asambleísta Cristhian Viteri podemos apreciar con más claridad la manifestación sexista:

Nos invocan el derecho de las mujeres a la libertad, a tomar decisiones sobre su vida reproductiva, y de sus decisiones a su proyecto de vida, y que, por lo tanto, pueden abortar cuando les plazca, reduciendo de esta manera a la vida de un ser humano en formación al valor de una cosa; nos dicen que éstos derechos invocados deben llevarnos a una necesaria ponderación de derechos. Yo les pregunto ¿qué más derecho fundamental que la vida? cuando en nuestra Constitución se dice y se habla de los derechos de libertad, el primer derecho es la inviolabilidad de la vida, es un derecho absoluto que no se puede ponderar con ningún otro porque está por encima de todos los demás; y, además, qué tiene que ver con tomar decisiones sobre la vida reproductiva, el aborto, nada, este derecho nos dice que la mujer puede decidir cuándo y cómo quedar embarazada, lo que no puede hacer una vez que queda embarazada es abortar porque así lo dice la Constitución de la República.¹⁵⁸

En este enunciado la ginopía se manifiesta como la imposibilidad de aceptar la existencia autónoma de personas del sexo femenino;¹⁵⁹ en términos prácticos se invalida la existencia autónoma de las mujeres al imponerles el cumplimiento a ultranza de un rol meramente reproductor, aun cuando el Derecho Penal ha regulado la práctica del aborto bajo determinadas causales.

La imposibilidad de aceptar la existencia autónoma de personas del sexo femenino redujo el debate a la premisa inamovible del derecho a la vida desde la concepción como derecho absoluto; lo que supuso la prevalencia y no el desplazamiento de unos derechos frente a otros. La vida se presenta como un *derecho absoluto que no*

¹⁵⁷ Facio, “Cuando el género suena,” 87

¹⁵⁸ Ecuador, Asamblea Nacional, Asambleísta Cristhian Viteri, Primer Debate, Acta 174 –A de 3 julio de 2012

¹⁵⁹ Facio, “Cuando el género suena,” 25

*se puede ponderar con ningún otro porque está por encima de todos los demás,*¹⁶⁰ subordinando a las mujeres a un rol pasivo en la reproducción humana.

Al negarse la existencia autónoma de las mujeres excluyéndolas en la toma de decisiones sobre su vida reproductiva no les está facultado exigir del Estado una razonable distinción en el ámbito privado cuando la consecuencia del acto sexual ha ocurrido sin su consentimiento. Concomitantemente, la invisibilización de *la experiencia femenina* de la violencia sexual correlacionada con el aborto ubica a las mujeres como seres subordinados al cumplimiento a ultranza de su rol reproductivo bajo la amenaza de una pena; lo que, necesariamente implica que la maternidad en el Ecuador a todas luces *un deber ser* en específico para la mujer (maternidad forzada).

El uso impropio de los argumentos, en el discurso que antecede, dan cuenta de la incapacidad para comprender la complejidad del espectro de la violencia sexual; por tanto, es un *argumento falaz* porque no toma en cuenta importantes decisiones judiciales de tribunales internacionales que han posicionado a la violencia sexual, durante conflictos armados, como: violencia de género, genocidio y tortura.

Así el Tribunal Penal Internacional para Ruanda proporcionó en el caso *Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*¹⁶¹ una definición de violación en los contextos de conflictos armados (nacional/internacional); luego de haberse valorado los testimonios de las sobrevivientes de actos de violencia sexual ocurridos en Ruanda entre abril y junio de 1994. Para este tribunal:

La violación es un tipo de agresión y que los elementos centrales del delito de violación no se pueden capturar en una descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo. [...] Al igual que la tortura, la violación se usa para propósitos como la amenaza, la degradación, la humillación, la discriminación. El castigo, el control o la destrucción de una persona. Como la tortura, la violación es una violación de la dignidad personal y la violación, en efecto, constituye tortura cuando la comete un funcionario público u otra persona con un puesto oficial o instiga a alguien para que la cometa a da su consentimiento.¹⁶²

¹⁶⁰ Ecuador, Asamblea Nacional, Asambleísta Cristian Viteri, Primer Debate, Acta 174 –A de 3 julio de 2012

¹⁶¹ Tribunal Penal Internacional, “Sentencia de 16 de noviembre de 1998”, *Caso Celebici*, 16 de noviembre de 1998, párr. 449, https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/V.%20Tribunal%20Penal%20Internacional%20para%20la%20Ex%20Yugoslavia_1.pdf

¹⁶² Tribunal Penal Internacional, “Sentencia de 9 de noviembre de 1999”, *Caso Akayesu*, 9 de noviembre de 1998, párr. 597, https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/IV.%20Tribunal%20Penal%20Internacional%20para%20Ruanda_1.pdf

La sala define concomitantemente a la violación como “una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona bajo circunstancias coactivas.”¹⁶³ La construcción argumentativa de violencia como invasión física de naturaleza sexual bajo circunstancias de coacción permite al Tribunal declarar responsable de crímenes de lesa humanidad por el cargo de violación a Jean Paul Akayesu por haber permitido y facilitado que hechos de violencia sexual ocurrieran en las instancias de la comuna donde las mujeres desplazadas se habían refugiado. Es interesante observar en un caso análogo cómo el argumento realizado por el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia vincula los efectos de la violencia sexual como una vulneración a la *dignidad humana*. Para el Tribunal:

La violación y otras formas de agresión sexual no sólo dañan el cuerpo de la víctima. El daño más significativo es el sentimiento de total pérdida de control sobre las decisiones y funciones corporales más íntimas y personales. Esta pérdida de control vulnera la *dignidad humana* de la víctima y es lo que hace que la violación y agresión sexual sean métodos tan efectivos de limpieza étnica.¹⁶⁴

En este precedente judicial se observa cómo violencia sexual no solo constituye un atentado contra la vida, la libertad sexual y reproductiva sino además es un acto que ataca a la esfera más íntima de las personas porque es una vulneración directa a la *dignidad humana*, entendida “no como un concepto jurídico [...] sino más bien una construcción de la filosofía para explicar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo;”¹⁶⁵ de ahí que; la violencia sexual sea un mecanismo poderosamente efectivo para la deshumanización *del otro*.

Ahora bien, dado que las manifestaciones sexistas están interconectadas en los discursos pronunciados sobre el *aborto no punitivo*, la construcción negativa y polarizada de las mujeres se construye también a partir del *deber ser* surgida de las obligaciones que se generan con la imbricación *derecho-moral religiosa*.

De ello resulta que, si bien [...] se ha profundizado la laicidad a lo largo del siglo XX, el derecho (secular) continua imbricado en la moral religiosa sobre todo en

¹⁶³ *Ibid.*, párr. 598

¹⁶⁴ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, “Sentencia de 16 de noviembre de 1998”, *Caso Celebici*, 16 de noviembre de 1998, https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/V.%20Tribunal%20Penal%20Internacional%20para%20la%20Ex%20Yugoslavia_1.pdf Énfasis añadido.

¹⁶⁵ Gregorio Peces Barba. 2002. “La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho”, *Editorial Dykinson*, https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/concepto-dignidad-humana-politica-derecho-201354?_ga=2.59525101.1962397821.1543775940-292088432.1543775940

las maneras de regular [y por ende legitimar] la familia, el parentesco y la reproducción.”¹⁶⁶ En los siguientes discursos es posible ver con mayor precisión lo expuesto:

Tabla Nro. 3
Derecho Secular/Moral Religiosa

Ponente	Dispositivo Institucional/Religioso
Asambleísta Marllely Vásconez	Tal vez, para muchos, crean que nuestras creencias son dogmas o que sean fanatismos, pero <i>para quienes creemos que Dios esto va por encima de cualquier política, de cualquier línea, de cualquier partido, de cualquier ideología política o partidista, porque para quienes creemos en Dios; Dios está por sobre todas las cosas</i> y el derecho a la vida está por sobre todas las cosas. ¹⁶⁷
Asambleísta Alberto Zambrano Chacha	<i>En la Biblia nos dice muy claramente que cuando el ser, la mujer va a ser madre es una bendición de Dios, es una bendición de Dios, y que ese niño, que está engendrándose en el útero de la madre, tiene todo el derecho a la vida porque es un ser diferente, es un ser que va a venir y que puede ser quizá mejor que muchos de nosotros.</i> ¹⁶⁸
Asambleísta Raúl Auquilla Ortega ¹⁶⁹	Canción: <i>hijo de ramera</i> <i>“no me entregué, fue a la fuerza, y si eso es una ramera que venga Dios y lo vea.”</i> ¹⁷⁰

Fuente: Actas de la Asamblea Nacional del Ecuador
Elaboración propia a partir del texto

La imposibilidad de ver lo femenino o la invisibilización de la experiencia femenina del aborto vinculado como una forma concreta de vulneración de derechos humanos de las mujeres las subordinan al cumplimiento de un rol forzado en la reproducción humana; construyendo discursivamente, al sujeto femenino como sujeto irracional, egoísta, provocativo, y como corresponsable de la violencia sexual.

Los discursos enunciados sobre *el debate del aborto no punitivo* son androcéntricos y limitan las libertades fundamentales de las mujeres a través del Derecho punitivo. Las estructuras discursivas sexistas reproducen estereotipos de género y formas concretas de discriminación que dan cuenta de la subordinación de las

¹⁶⁶ Juan Marco Vaggione. 2018. *(Re) acciones conservadoras*. Buenos Aires: Siglo veintiuno. <https://www.cmi.no/publications/file/6584-movimiento-transnacional-contra-el-derecho-al.pdf>

¹⁶⁷ Ecuador, Asamblea Nacional, Segundo Debate, Asambleísta Marllely Vásconez, Acta 257-B de 11 de octubre de 201. Énfasis añadido

¹⁶⁸ Ecuador, Asamblea Nacional, Segundo Debate, Asambleísta Alberto Zambrano Chacha, Acta 257-A de 10 de octubre de 2013. Énfasis añadido

¹⁶⁹ Ecuador, Asamblea Nacional, Segundo Debate, Asambleísta Raúl Auquilla Ortega, Acta 257-A de 10 de octubre de 2013

¹⁷⁰ Manolo Galván, Canción “Hijo de Ramera.” Video de Youtube, min 3:57, 2017. https://www.youtube.com/watch?v=pf9z-xeR_9w.

mujeres a un rol estereotipado dualista: *mujer/familia* como único rol deseable para todas las mujeres.

2.4 Paso tres: Identificación de la mujer que en forma invisible o visible es parte del texto

Para dar contenido a este paso, Facio al reconocer que las mujeres no son iguales plantea para el análisis del texto legal responder las siguientes interrogantes: *¿cuál es la mujer que excluye este texto?; ¿a cuál mujer privilegia?; ¿cómo afecta este texto legal a una mujer con una discapacidad visible, a una mujer que es la única jefa de hogar, a una viuda, a una adolescente, etc.?;* las respuestas nos llevarán a identificar cuál es la mujer *visible/invisible* del texto.

a) *¿Cuál es la mujer que excluye este texto?*

Para Facio las leyes formalmente promulgadas son una manifestación sexista en su forma androcéntrica; siempre y cuando, los presupuestos normativos se formulen a partir de las necesidades y experiencias masculinas o cuando ésta leyes se promulgan para mantener el rol estereotipado de las mujeres a pretexto de garantizar su protección.¹⁷¹ El artículo 150 del COIP es un ejemplo de sexismo en su forma androcéntrica en los términos que menciona Facio. Para mejor análisis se transcribe el artículo en cuestión:

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 y, 2. *Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.* (Énfasis añadido)

De una interpretación literal de la norma y en específico del numeral 2, la mujer que excluye el texto es *la mujer que no tendría la capacidad para manifestar su consentimiento*, cómo si en todos los casos de violencia sexual no supondría *prima facie* una ausencia de consentimiento. De esta forma la práctica del aborto es siempre prorrogada a favor de un tercero.

El artículo 150 del COIP al sustituir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental supone *prima facie* la *incapacidad absoluta* de las personas con discapacidad mental en la toma de decisiones autónomas e informadas; y supondría por

¹⁷¹ Facio, "Cuando el género suena," 78

otra parte; que siempre los embarazos en el que se incluye la variante discapacidad mental son consecuencia la comisión de un delito sexual. Este razonamiento; perpetúa el estereotipo de las personas con discapacidad como *personas incapaces de consentir*; y, limita el ejercicio de sus derechos.

Es frecuente asumir que las personas con discapacidad mental/cognitiva no ejercen sus derechos sexuales y reproductivos, o al menos se espera que no lo hagan. “La discapacidad no es un fenómeno neutral. Por el contrario, su significado social está cargado con diferentes ideas, imaginarios y preconcepciones que la identifican como algo indeseable, que trae tristeza y que hay que evitar.”¹⁷² Sin embargo; el nuevo modelo social de la discapacidad nos plantea como paradigma la *capacidad legal* de las personas con discapacidad y; esto implica un cambio en nuestras prácticas cotidianas en un marco de respeto de los derechos humanos.

Este cambio paradigmático fue promovido a través de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* vinculado al desarrollo social de las personas; este instrumento de derechos humanos: “reconoce a la discapacidad como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad;”¹⁷³ reconociendo concomitantemente el ejercicio, goce y disfrute de todos los derechos incluidos el derecho a tomar decisiones de forma independiente individual, libre y autónoma. De esta forma el artículo 12 de la Convención hace expreso reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas:

Artículo 12.- Igual reconocimiento como persona ante la Ley: 1) Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; 2) Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.¹⁷⁴

A más del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se asegure el disfrute y ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos en igualdad de condiciones sobre la base del *consentimiento libre y pleno* de las

¹⁷² Natalia Acevedo Guerrero. 2018. *Aborto y discapacidad en Colombia. La paradoja entre la autonomía reproductiva y el modelo social de la discapacidad*. Buenos Aires: Siglo veintiuno. <https://www.cmi.no/publications/file/6584-movimiento-transnacional-contra-el-derecho-al.pdf>

¹⁷³ ONU, Asamblea General. 2007 *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. 24 de enero. A/RES/61/106.

¹⁷⁴ *Ibid.*, artículo 12

personas¹⁷⁵. “Desde el modelo social, la discapacidad se comprende como una manifestación más de la diversidad humana y la localiza en la sociedad y no en el cuerpo de las personas.”¹⁷⁶

A pesar del importante cambio paradigmático generado en la Convención; el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación general n° 3 se afirmó que “las mujeres con discapacidad pueden afrontar asimismo estereotipos eugenésicos nocivos que suponen que van a dar a luz a niños con discapacidad y, por lo tanto, conducen a que se desaliente o se impida a las mujeres con discapacidad que realicen su maternidad.”¹⁷⁷

En un análisis sobre las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, respecto a las garantías del derecho al aborto de las mujeres con discapacidad Acevedo crítica la forma en el que el Estado concibe a las personas con discapacidad aun cuando se busque eliminar las barreras estructurales que tienen las mujeres con discapacidad tienen para acceder a servicios de salud. Para la autora:

Aunque las decisiones de la Corte han logrado disminuir las barreras que enfrentan las mujeres para acceder a un aborto seguro, los lineamientos antes expresados son problemáticos a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por dos razones. Primero, los pronunciamientos sobre cómo debe decidir un aborto una mujer con discapacidad, en especial con una discapacidad intelectual y/o psicosocial, reproducen el modelo de sustitución de la capacidad jurídica y del consentimiento sustituto que van en contravía de los mandatos del art. 12 de la Convención y el modelo de toma de decisiones con apoyos que este instrumento propone. Segundo, estas decisiones judiciales han sugerido que al tratarse de embarazos de personas con discapacidad debe presumirse o intuirse que han sido víctimas de violencia sexual. Esta presunción ha permitido reproducir y fortalecer los estereotipos existentes sobre la sexualidad “pasiva” de las personas con discapacidad.¹⁷⁸

Asumir que las mujeres con discapacidad mental son *incapaces* de manifestar su consentimiento para acceder a servicios de salud y tomar decisiones autónomas sobre la práctica de un aborto, bajo los supuestos que prevé la norma, reproduce imaginarios, estereotipos y narrativas como *sujetos incapaces* y *objetos de subrogación de su voluntad*. El artículo 150 numeral 2 del COIP es la expresión clara de *un deber ser para cada sexo* en razón del rol reproductor que debe ser cumplido por las mujeres idóneas; aun cuando sea producto de la invasión de sus propios cuerpos.

En este estado, afirmaré que el Artículo 150 del COIP es un presupuesto

¹⁷⁵ *Ibid.*, artículo 23

¹⁷⁶ Acevedo, “Aborto y discapacidad”, 203

¹⁷⁷ *Ibid.*, 214

¹⁷⁸ *Ibid.*, 215

normativo androcéntrico en la medida que perpetúa el rol estereotipado de las mujeres con discapacidad mental ni garantiza modelos de apoyo necesarios para que ellas puedan manifestar su consentimiento libre e informado sobre la realización de un aborto. De esta forma concluiré en un primer momento; que, la mujer invisible y excluida del texto *es la mujer que no padece discapacidad mental*.

Ahora bien, las personas con discapacidad no han sido las únicas sobre las cuales el Derecho ha construido sobre sus cuerpos narrativas de *incapacidad total o relativa*. Sobre las niñas y adolescentes “existe una concepción latente [...] como sujetos incapaces que deviene en obstáculos que burocratizan decisiones y limitan sus posibilidades de autodeterminación, alejándolas de esta manera del acceso a derechos fundamentales de los que gozan las personas mayores de edad,”¹⁷⁹ limitándose de esta forma el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva a NNA incluyendo el aborto como servicio básico para el ejercicio de otros derechos. Sin embargo, a pesar de las narrativas sobre la incapacidad construidas alrededor de niñas y adolescentes, éstas a no ser que padezcan discapacidad mental, no pueden abortar en casos de violación y están forzadas a ser madres. Aquí sostendré que la persona excluida del texto son *mujeres y niñas sin discapacidad mental*.

Ahora bien, hemos señalado que niñas y mujeres sin discapacidad mental están excluidas del texto; pero no son las únicas. En este estado, se hace necesario preguntar *¿para quién se legisla?*; o más bien, *¿contra quién se legisla?* Considerando que el texto obliga a uno de los sexos a cumplir un rol específico en la sociedad ecuatoriana sustentada en la falta del reconocimiento de la pluralidad moral, sostendré que se legisla contra *la mujer* que no profesa un credo en particular, y se la excluye del texto también.

Incorporar el aborto no punible en casos de violación o incesto en el ordenamiento jurídico representaría una amenaza al orden moral-religioso instituido. En consecuencia el discurso de penalización es conservador; sí se toma en consideración que “el conservadurismo no es tanto una ideología [de grupo], sino más bien una metaideologías abarcativa que organiza otras ideologías”¹⁸⁰

Para dar contenido a la afirmación precedente en la siguiente tabla se sistematizan los enunciados que utilizando la tradición *judeo cristiana*, emociones y

¹⁷⁹ Sabrina Cartabia, Cecilia Hopp. 2018. El uso estratégico de las causales para ampliar el acceso al aborto legal en América LATINA. El desarrollo de la causal violencia. Buenos Aires: Siglo veintiuno. <https://www.cmi.no/publications/file/6584-movimiento-transnacional-contra-el-derecho-al.pdf>

¹⁸⁰ *Ibid.*

opiniones personales organizan las ideologías de los movimientos y partidos políticos; que en un alineamiento a la metaideología conservadora y sexista, posibilitará la penalización del aborto en casos de violación a mujeres sin discapacidad mental:

Tabla N°4
Descripción del contexto en el que se realiza en el primer y segundo debate sobre el aborto no punitivo

Ponente	Organización Política	Dispositivo de control: Dios
Asambleísta Vásconez Marllely	Movimiento País	...tal vez, para muchos, crean que nuestras <i>creencias</i> son dogmas o que sean fanatismos, pero para quienes creemos que <i>Dios</i> esto va por encima de cualquier política, de cualquier línea, de cualquier partido, de cualquier ideología política o partidista, porque para quienes creemos en <i>Dios</i> , <i>Dios</i> está por sobre todas las cosas y el derecho a la vida está por sobre todas las cosas [...] los niños que fueron engendrados no tienen la <i>culpa</i> de lo que hizo un violador y no pueden pagar por los <i>pecados de un violador</i> , todo el rigor de la ley para quienes violan, todo el rigor de la ley para quienes atentan contra las mujeres, pero un niño que fue engendrado no tiene la culpa de la que hizo ese violador [...]
Asambleísta Zambrano Chacha Alberto	Movimiento País	[...] <i>en la Biblia</i> nos dice muy claramente que cuando el ser, la mujer va a ser madre es una bendición de <i>Dios</i> , es una bendición de <i>Dios</i> , y que ese niño, que está engendrándose en el útero de la madre, tiene todo el derecho a la vida porque es un ser diferente, es un ser que va a venir y que puede ser quizá mejor que muchos de nosotros...
Asambleísta Viteri Cristian	Movimiento País	[...] Un buen propósito de vida es que todo lo que hagamos no le haga daño a nadie y desde el punto de <i>vista laical</i> terminó citando a <i>Juan Pablo II</i> : "Que la libertad no consiste en hacer lo que a ti te da la gana"
Asambleísta Cassinelli Cali Juan Carlos	Movimiento País	[...] en cuanto a lo otro mantengo mi discurso original de que quienes <i>creemos</i> en el derecho a la vida lo defendemos, los que tenemos una <i>vocación católica</i> la asumimos y la aceptamos, no somos curuchupas, pero sí somos defensores auténticos de un justo derecho a la vida de las personas...
Asambleísta Mendoza Arévalo Daniel	Movimiento País	No se puede legislar en base a inferencias o en base a presunciones, no se puede determinar el futuro de una criatura que no ha nacido y decir que, porque viene de un embarazo o de una situación no deseada, esa persona está condenada a fracasar, eso es falso, eso no es posible, yo no

Ponente	Organización Política	Dispositivo de control: Dios
		soy quién para hacerlo y como Legislador no lo voy hacer, no puedo hacerlo, no puedo inferir sobre el futuro de una criatura que no ha nacido. De hecho, incluso, hay un sinnúmero de ejemplos, quiero citar a un autor muy reconocido que se llama Rick Warren, él es un <i>pastor</i> , autor reconocido, y en un libro que se llama "Una vida con propósito", tiene una frase muy interesante que dice: "No existen hijos o criaturas accidentales, existen padres accidentales". Si bien es cierto un embarazo debería ser el resultado de una relación de amor entre un hombre y una mujer, eso no necesariamente se cumple el ciento por ciento de los casos. Mi <i>creencia personal</i> sobre un embarazo de esta naturaleza o un embarazo cualquiera, es que cada criatura es una demostración, es la demostración más pura de amor, pero de <i>Dios</i> hacia la humanidad.

Fuente: Actas de Sesiones de la Asamblea Nacional

Elaboración propia

En la sistematización de los discursos, pronunciados en las sesiones plenarias del primer y segundo debate legislativo, el conservadurismo como metaideología¹⁸¹ es parte del proceso de producción normativa y; sin importar el origen partidario, género o tendencia política el *criterio de pertenencia* como grupo encuentra correspondencia en *quienes creen en Dios*.

Para quienes creen en *Dios*, es importante que se *invaliden* los discursos *en favor del aborto no punitivo en casos de violación e incesto*; teniendo como *actividad* central la expropiación continúa del Derecho que tienen las mujeres en la toma de decisiones autónomas sobre su propio cuerpo. Para cumplir con ese *objetivo* se impone una determinada divinidad como dispositivo de control y disciplinamiento de los cuerpos; se impone además como plus *valor* la maternidad como mecanismo redentor del pecado (violencia sexual) cometido por el violador, lo que justifica la *no culpabilidad del embrión/feto* y finalmente, se erige una *posición societal* de los creyentes cuya *vocación* humanista es superior a las otras y; por tanto, la Ley Penal debe castigar a las mujeres que se aparten de esa *vocación* como medida de disciplinamiento y control.

Aquí es interesante observar cómo la imposición de un credo en particular presente en los discursos sobre el aborto no punitivo, invisibiliza a las *mujeres que no profesan un credo en particular* tal como se afirmó con anterioridad.

¹⁸¹ Van Dijk, "Ideología," 359

Adicionalmente, se observa “cómo el concepto *vida*; concepto que no tiene definición taxativa y responde más a creencias que a hechos,¹⁸² es utilizado de forma emotiva y descontextualizada con el fin de influir en la opinión pública. La interpretación del concepto *vida* en los discursos sobre el aborto no punitivo, es asimilada como sinónimo de nacimiento; y éste es un razonamiento falaz.

La doctrina internacional ha señalado que el embrión/feto es ciertamente parte de la raza humana; que debido a su capacidad potencial de convertirse en persona goza de protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una persona con el derecho a la vida.¹⁸³ El juicio de proporcionalidad aplicado por la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, razona precisamente sobre el status de persona autónoma del embrión/feto, argumento sostenido por los legisladores/as para la justificar la intervención del poder coercitivo del Estado.

Los legisladores/as en una interpretación extensiva del derecho a la vida han elevado el estatus jurídico de persona al embrión/feto, de ahí que, en calidad de titular de derechos, se les asigne mayor intensidad. Este razonamiento parecería plausible si la Corte IDH, no hubiera afirmado que el embrión/feto no puede ser entendido como una persona para efectos del artículo 4.1. De la Convención Americana; es decir *no es un sujeto de derechos*.

Para llegar a tal conclusión, subyace en los razonamientos de la Corte IDH una tesis controvertida, referida a que los derechos sólo pueden ser ejercidos por personas, ya que únicamente éstas pueden ser las beneficiarias de la normatividad que otorgan los principios constitucionales que adscriben derechos. Siendo ello así, el nonato no está legitimado para el ejercicio de derechos en forma autónoma, como sí lo están las personas nacidas y completas. En tal sentido, la decisión de la Corte IDH, en términos filosóficos, asimiló lo que ya había indicado Kant, cuando se preguntó el cómo conocemos. Ante ello, el autor explicó que sólo un sujeto (agente) posee la autoconsciencia que determina y condiciona la actividad cognoscitiva, porque es él quien construye los objetos del conocimiento. De esto se sigue que, en principio, es necesaria una consciencia para saber que se goza del beneficio normativo que entregan los principios de Derecho constitucional.¹⁸⁴

¹⁸² Alberto Kornblihtt, “Interrupción voluntaria del embarazo,” video de Youtube a partir de una ponencia presentada en el Plenario de Salud, Justicia y Constitucionales, 2017, min 17:11, <https://www.youtube.com/watch?v=ahRfo7q4HQ8>

¹⁸³ Tribunal EDH. 2004. “Sentencia de 4 de julio de 2004”. *Caso Vo. Vs. Francia*. 4 de julio. <https://www.bioeticaweb.com/tribunal-de-los-derechos-humanos-sentencia-vo-vs-francia-acerca-de-la-no-imputabilidad-como-homicidio-por-la-muerte-por-error-macdico-de-un-feto-de-6-meses-inglacs/>

¹⁸⁴ Eduardo Chía, Pablo Contreras, “Análisis de la sentencia *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; *Estudios Constitucionales*, Nro. 1, (2014): 07180195, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v12n1/art15.pdf>

Un argumento bastante utilizado por los/las assembleístas en sus discursos giran en torno a la protección constitucional de la vida desde la concepción. Es interesante precisar que, para la Corte IDH el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede.¹⁸⁵

De ahí que, los enunciados androcéntricos en los que se sustenta el texto no sólo refuerzan relatos sobre las mujeres como asesinas de bebés; sino además que las subordina al cumplimiento forzado del proceso biológico de reproducción de la especie humana; dado que les está vedada toda expresión de voluntad sobre decisiones fundamentales respecto de su cuerpo y de su proyecto de vida.

Hasta aquí, se ha identificado que la mujer que excluye el texto en general es la mujer que no adolece de discapacidad mental, aquella que tiene conciencia de la experiencia de violencia sexual y experimenta las consecuencias de tal acto en su propio cuerpo; y en particular aquella que no profesa un credo específico; porque en el caso de tenerlo se emplea el sentimiento de culpa como mecanismo de persuasión.

La identificación de la mujer invisible/excluida del texto no estaría completa si no se transversaliza con las categorías sexo/género, edad y clase social. Es necesario incluir estas variables para saber quiénes son, qué edad tienen, a qué posición social pertenecen; se hace necesario nombrarlas, traerlas a la realidad porque son las invisibles, las que después de ser violentadas son forzadas a cumplir a ultranza un rol que no han consentido.

De una interpretación literal del artículo 150 del COIP y de las actas que contienen el contexto del texto de penalización es posible colegir que la mujer que describen los textos se refieren a una mujer adulta, con cónyuge/pareja, que cuenta con apoyo de su entorno familiar y; que en caso de padecer discapacidad mental cuenta con un representante legal; que, esta mujer tiene al menos algún tipo de acceso al sistema de salud pública o privada.

Sin embargo, al contrastar los datos obtenidos del sistema de salud pública publicados en el estudio *Vidas robadas entre la omisión y la premeditación. Situación*

¹⁸⁵ Corte IDH, “Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro)*, 28 de noviembre de 2018, párr. 187. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

de la maternidad forzada en niñas del Ecuador¹⁸⁶ con las categorías sexo/género, edad, clase social es posible constatar que la mujer que excluye e invisibiliza el texto es la mujer víctima de violencia sexual sin discapacidad mental, tiene entre 10 a 15 años de edad, y pertenece a los estratos más empobrecidos del Ecuador, a quienes por mandato legal se les obliga a ejercer una maternidad a todas luces forzada.

De acuerdo con el estudio en mención, en el Ecuador el embarazo en menores de 14 años es un problema de salud pública, la tendencia del porcentaje de partos de niñas de 10 a 14 años, se ha incrementado desde 2002 hasta 2010 en aproximadamente un 78,1% lo que quiere decir que, en 2010 un total de 3.964 niñas menores de 14 años fueron madres producto de la violencia sexual.¹⁸⁷ Estas cifras nos permiten concluir que una de las principales causas relacionadas con el embarazo en adolescentes menores de 14 años es la violencia sexual de la que son víctimas casi en su mayoría por miembros de su entorno familiar más cercano. De acuerdo con este estudio de cada 10 víctimas de violación, 6 corresponden a niñas, niños y adolescentes.

Al contrastar los datos recogidos en el estudio en mención provistos hasta ahora con la categoría sexo/género y edad, concluiremos que, las mujeres invisibles del texto no son únicamente las personas de sexo femenino adultas sin discapacidad mental, sino que además son las personas de sexo femenino que no han llegado a la adultez, niñas entre 10 a 15 años, quienes han sido víctimas de violencia sexual y como consecuencia de tal violencia se ha producido un embarazo y, se vieron forzadas a llevarlo a cabo a un altísimo riesgo de sus propias vidas.

De acuerdo con el informe *Vidas robadas* el embarazo en esas edades no solo es un problema ligado a la violencia sexual sino además vinculado con la pobreza. “Las niñas que deben enfrentar embarazos a tan temprana edad, son aquellas que viven en situación de marginalidad y vulnerabilidad, dada su condición etaria, de clase y de género.”¹⁸⁸

La descripción del estrato social del que provienen estas niñas y adolescentes nos permite evidenciar que, la mujer invisible del texto no son únicamente las personas de sexo femenino adultas sin discapacidad mental, sino que además son las personas de

¹⁸⁶ Virginia Gómez de la Torre, Paula Castello, María Rosa Cevallos. 2018. “Vidas Robadas Entre la omisión y la premeditación. Situación de la maternidad forzada en niñas del Ecuador”. *Fundación Desafío*. https://docs.wixstatic.com/ugd/8313b8_5d3d813fe76542959ce9af2a17b3e43.pdf

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

sexo femenino que no han concluido la etapa de la adolescencia (niñas entre 10 a 15 años) víctimas de violencia sexual, y pobres.

Entonces, concluiremos que la mujer que excluye e invisibiliza el texto son las *mujeres y niñas* sin discapacidad mental, víctimas de violencia sexual, de entornos familiares empobrecidos, que a consecuencia de tal violencia han sido forzadas a cumplir el rol de mujeres-reproductoras.

b) *¿A cuál mujer privilegia?*

Ahora bien, sí la mujer/niña dotada de conciencia del acto violento que se comete contra su voluntad primero y contra su cuerpo después, es la excluida/invisibilizada del texto; a partir de los datos estadísticos proporcionados por el sistema de salud pública afirmaré que *en el Ecuador sus mujeres abortan*; por tanto, la mujer que estaría privilegiando el texto son: i) aquellas que padece discapacidad mental; y, ii) aquellas pueden acceder a servicios de salud sexual y reproductiva incluyendo servicios de aborto; siempre en mejores condiciones.

“Según datos obtenidos del Anuario de Egresos Hospitalarios 2014, el total de abortos registrados en el país ascienden a 22986, entre abortos especificados, abortos médicos y abortos no especificados. El aborto no especificado representa el 68.6% de los egresos hospitalarios por esta causa. A pesar de los datos señalados existe un alto sub-registro de esta práctica.¹⁸⁹” De forma complementaria “el Registro de Estadísticas Vitales-Nacidos vivos y Defunciones (2015) del INEC [...] 8 de cada 100 embarazos en niñas menores de 15 años terminan en aborto. Además, 8 de cada 10 embarazos en este grupo de niñas son reconocidos como producto de violaciones sexuales.”¹⁹⁰

De acuerdo con el Plan Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva “en las menores de 15 años, el 31,5% tuvo su primera relación sexual con una persona de 15 a 17 años, el 26,6% con una persona de 20 a 24 años, el 22,6 con personas de 18 a 19 años y el 9,1% con una persona mayor de 24 años. (*El 89,9 % de adolescentes menores de 15 años tuvo relaciones sexuales con personas mayores*)”¹⁹¹

¹⁸⁹ Ecuador Ministerio de Salud Pública. “Plan Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva: Viceministerio de Gobernanza de la Salud Pública”, *Ministerio de Salud Pública*, 2017, 34, <https://ecuador.unfpa.org/sites/default/files/pubpdf/PLAN%20NACIONAL%20DE%20SS%20Y%20SR%202017-2021.pdf>

¹⁹⁰ Sofía Zaragocin, María Rosa Cevallos, Gugliemina Falanga, Gabriela Rúales, Iñigo Arazola, Verónica Vera, Andrea Yépez, “Mapeando el aborto en el Ecuador”; *Revista de Bioética y Derecho*, (2018): <http://dx.doi.org/10.1344/rbd2019.0.21641>

¹⁹¹ Ecuador Ministerio de Salud Pública. “Plan Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva: Viceministerio de Gobernanza de la Salud Pública”, *Ministerio de Salud Pública*, 2017, 34,

De los datos expuestos es preciso enfocarse en dos hechos importantes: i) existe un sub-registro de la práctica del aborto lo que pone en evidencia la clandestinidad de su práctica y; ii) que, niñas/adolescentes forzadas a ser madres tuvieron iniciaron sus prácticas sexuales con *personas mayores*, lo que hace presumir que en la mayoría de los casos fue como consecuencia de un delito sexual.

Otro dato relevante proporcionado en el Plan Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva es la correlación entre pobreza y muerte materna. En Ecuador “la mayoría de muertes maternas se producen en las mujeres que viven en zonas rurales o urbano-marginales empobrecidas [...] Las mujeres pobres de zonas remotas son las que tienen menos probabilidades de recibir una atención sanitaria adecuada;”¹⁹² y que los abortos estarían vinculados con la violencia sexual de acuerdo con un estudio realizado por la Organización Mundial de la Salud.¹⁹³ De esta forma, las mujeres, niñas y adolescentes pobres se encuentran en desventaja con las mujeres con discapacidad mental y con las que pueden costear este procedimiento en mejores condiciones, privilegiándose de esta forma a las mujeres que no se encuentran en los mismos estratos de pobreza.

Lejos de ser una medida disuasiva, la penalización del aborto no es impedimento para acudir a procedimientos abortivos. Los datos estadísticos, vacían el contenido de los presupuestos normativos contenidos en el artículo 150 del COIP, volviendo a la norma ineficaz; primero porque la penalización no tiene un efecto disuasivo y; segundo, porque la penalización pone en riesgo la salud, integridad y vida de mujeres, niñas y adolescentes.

c) *¿Cómo afecta este texto legal a una niña/adolescente?*

El 7,5% de embarazos en menores de 15 años terminan en abortos y el 44,3% de mujeres que se embarazaron (15 a 24 años) interrumpió sus estudios y no volvió a estudiar.¹⁹⁴ De acuerdo con el estudio *Vidas Robadas* la salud integral de estas niñas madres menores de 14 años ha sido afectada en todas sus dimensiones: física, mental y social, que afectó la construcción de sus proyectos de vida. Para entender cómo afecta el texto en específico a las niñas y adolescentes es necesario valorar las experiencias de

<https://ecuador.unfpa.org/sites/default/files/pubpdf/PLAN%20NACIONAL%20DE%20SS%20Y%20SR%202017-2021.pdf>

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Ibid.*, 30

¹⁹⁴ Ecuador Ministerio de Salud Pública. “Plan Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva: Viceministerio de Gobernanza de la Salud Pública”, *Ministerio de Salud Pública*, 2017, 34, <https://ecuador.unfpa.org/sites/default/files/pubpdf/PLAN%20NACIONAL%20DE%20SS%20Y%20SR%202017-2021.pdf>

que han parido en estas circunstancias: Sali 15 años: *A veces pienso en mi vida, me da pena como pasan las cosas, a veces me pongo a pensar por qué mi papá me hizo eso;*¹⁹⁵ Da. 14 años: *No estaba feliz cuando nació mi bebé, yo la dejaba ahí, no me importaba que se caiga, la dejaba ahí, ni la miraba, yo miraba a otro lado;*¹⁹⁶ Sil. 15 años: *Yo me quería matar porque no quería seguir viviendo, pero mi hermana no me dejó. Me quería botar de una peña, era viernes, salí y me hicieron un eco, era un bebé, ya estaba de siete meses.*¹⁹⁷

Podríamos seguir aquí transcribiendo los testimonios de niñas y adolescentes en el Ecuador que han tenido un parto producto de la violencia sexual en este apartado; sin embargo, lo que realmente importa al leer sus testimonios es ver cómo todas estas niñas son doblemente victimizadas: primero al ser víctimas de violencia sexual; y luego, obligadas a llevar a ultranza una maternidad que no desearon.

Son éstos testimonios los que evidencian cómo la violencia sexual afecta el derecho a la autonomía, integridad personal, salud de las y dignidad humana. A partir de testimonios como los expuestos, sostendré que las niñas y adolescentes que no adolecen discapacidad mental, víctimas de violencia sexual, pobres, y con grados de escolaridad mínimos son las excluidas e invisibilizadas del texto. En ese sentido, *¿no se encontrarían en colisión el derecho a la vida desde la concepción y el derecho a una vida digna de todas estas niñas?*

2.5 Paso cuarto: Identificación de la mujer que sirve de sustento al texto a través del discurso de prohibición

Para identificar si la concepción de mujer que sirve de sustento al texto se sustenta en la manifestación sexista *mujer como sinónimo de familia*, Facio nos propone dar contenido a las siguientes interrogantes: i) *¿cuáles son las razones objetivas para otorgar ese derecho sólo a las mujeres?*; para este caso a las mujeres que padecen discapacidad mental, y; ii) *¿se está identificando mujer con familia (mujer-madre o mujer-reproductora de la especie)?*; y si tal concepción *¿está justificada?*

El aborto se encuentra tipificado como delito en el Capítulo Segundo que sanciona los delitos contra los derechos de libertad e inviolabilidad de la vida. La

¹⁹⁵Virginia Gómez de la Torre, Paula Castello, María Rosa Cevallos. 2018. "Vidas Robadas Entre la omisión y la premeditación. Situación de la maternidad forzada en niñas del Ecuador". *Fundación Desafío*. https://docs.wixstatic.com/ugd/8313b8_5d3d813fe76542959ce9af2a17b3e43.pdf

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

ubicación en el texto penal es sugestiva. En este capítulo se sancionan delitos como el asesinato, femicidio, sicariato, homicidio y aborto. Hago énfasis en la ubicación del aborto como delito, porque es posible colegir que para la/el asambleísta nos encontramos frente a un delito en el que una persona lesiona o afecta derechos humanos y constitucionales de otra. El estatus de persona jurídica del embrión/feto otorgado por los/asambleístas, a partir de una interpretación extensiva del derecho a la vida desde la concepción, se operativiza el principio de lesividad como garantía penal.

Desde la teoría penal existen tesis respecto a sí el Derecho Penal sobre las finalidades de la tutela a bienes jurídicos o al orden social. Para Gunther Jakobs el Derecho Penal tiene, [...] la finalidad de tutelar las instituciones sociales. El delito afirma, es una perturbación de la estructura normativa de la sociedad;”¹⁹⁸ de este modo “[...] una conducta es socialmente lesiva cuando es peligrosa para la capacidad permanente del sistema social de resolver los problemas de su supervivencia.¹⁹⁹ Para Ferrajoli, en cambio, “está claro que una doctrina así, al identificar autorreferencialmente el fin del Derecho penal con la estabilidad y la preservación del orden jurídico mismo, es una doctrina prescriptiva inevitablemente autoritaria, idónea para legitimar la ausencia de límites al poder punitivo.”²⁰⁰

Para Ferrajoli cuando los legisladores y gobernantes adoptan únicamente el punto de vista autorreferencial de la propia autoconservación, ignorando la perspectiva externa de los gobernados, la finalidad del Derecho penal es la supervivencia del sistema, es decir la protección de las instituciones sociales.²⁰¹ La narrativa de los debates sobre la inclusión de la causal violación e incesto como *eximentes* no buscaría proteger bienes jurídicos concretos; sino más bien, proteger las instrucciones sociales en la cual; las mujeres cumplen un rol social específico; para Ávila:

Existe un orden discursivo y un mandato social en torno al género para los cuales la maternidad tiene una importancia cardinal: la maternidad como capacidad biológico-reproductiva y como rol social, se presentan ideológicamente como indisociables. En ese sentido, ser madre o no sigue siendo significado en tanto atributo o carencia, e incluso se manifiesta en el plano del lenguaje en términos de posesión: “tener o no tener”, esa es la cuestión. Las mujeres son pensadas socialmente y se

¹⁹⁸ Luigi Ferrajoli, “El principio de lesividad como garantía penal”, *Universidad EAFIT de Medellín*, 2012, num. 79, <https://www.google.com.ec/search?q=principio+de+lesividad+ferrajoli&oq=principio+de+lesividad+ferrajoli&aqs=chrome.69i57j0.5925j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8#https://www.google.com.ec/search?q=teoria+penal+de+lesividad&oq=teoria+penal+de+lesividad&aqs=chrome.69i57j0.5608j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*

piensan a sí mismas en relación a la maternidad: el presupuesto de las biografías femeninas sigue estando íntimamente ligado a la descendencia. El marco simbólico en el cual se inscribe el par dicotómico madre-no madre forma parte de un contexto socio histórico en el cual se conforman las subjetividades de las mujeres, en el que las categorías y representaciones asociadas a tener o no hijos *operan como una fuerte marca identitaria*.²⁰²(Énfasis añadido)

Tanto el artículo 447 del Código Penal (norma sustituida) y el artículo 150 del COIP (norma sustituta) protege el rol social de la mujer a partir de su condicionamiento biológico y esencialista. Tal como se observa a continuación, a pesar que la ley ha suprimido el lenguaje gínope que contenía el artículo 447 del CP *se mantiene la prohibición de abortar en casos de violación ocurrida a mujeres sin discapacidad mental*.

Tabla Nro. 5

No progresividad de la norma punitiva sobre el aborto

Código Penal 22 de enero de 1971 Registro Oficial Suplemento 147	Código Orgánico Integral Penal 10 de febrero de 2014 Registro Oficial Suplemento 180
Título VI De los delitos contra las personas Capítulo I De los delitos contra la vida Artículo 447.- El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible: 1. Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y, 2. Si el embarazo proviene de una	Capítulo II Delitos contra los Derechos de Libertad Sección Primera Delitos contra la inviolabilidad de la vida 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 y, 2. Si el embarazo es consecuencia de una

²⁰²Ibíd.

<p>violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer.</p>	<p>violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.</p>
---	---

Fuente: Código Penal y Código Orgánico Integral Penal
Elaboración propia

Al contrastar las causales eximentes del aborto es posible que la prohibición esté evidenciando que: a) las mujeres con discapacidad mental no estarían satisfaciendo el modelo ideal *mujer/madre* de ahí que; no es deseable que una mujer con discapacidad mental cumpla con su rol reproductor.; y b) la ausencia de consentimiento sexual de las mujeres sin discapacidad mental es indiferente a la norma.

Tal como he sostenido previamente, a las mujeres con discapacidad mental les está permitido (derecho subjetivo) acceder a servicios legales, y gratuitos de aborto porque no estarían satisfaciendo el modelo ideal *mujer/madre*; la profesora Yanina Ávila en su ensayo *Desarmar el modelo mujer=madre* señalará que es la creencia biologicista que idealiza la maternidad como algo deseable para todas las mujeres. De modo tal que:

La creencia biologicista o esencialista sostiene [que], el sentimiento maternal es parte del equipamiento genético y que predispone a las mujeres para ser ‘buenas madres’; el vínculo queda sellado por la consanguinidad. Según esta creencia, el sentimiento materno se manifiesta, desde muy temprana edad [...]²⁰³

Desde este enfoque, el modelo ideal hegemónico dominante *mujer/madre* está caracterizado culturalmente por el predominio del sentimiento/instinto maternal que predispone a todas las mujeres a ser *buenas madres* en los términos planteados por la profesora Ávila. La prescindencia del *instinto maternal* en las mujeres con discapacidad mental justificaría la exención en la norma reforzando su sentido eugenésico. Por el contrario, para el caso de las mujeres sin discapacidad mental, “el renunciamiento voluntario de la maternidad desafía el presupuesto ideológico esencialista del instinto maternal como conducta natural y universal femenina”.²⁰⁴

Otro aspecto que contiene los presupuestos normativos sobre *el aborto no punitivo* es la no valoración del *consentimiento sexual* en los delitos sexuales como

²⁰³Yanina Ávila González, “Desarmar el modelo mujer=madre” *Centro de Documentación Ciudad de México, México, 2004*, http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/030_03.pdf

²⁰⁴ *Ibid.*

elemento intrínseco de libertad sexual²⁰⁵ (no como medio probatorio en el que la víctima debe demostrar que no provocó ni creó las condiciones para que tal violencia se perpetrara en ejercicio de su libertad sexual).

A criterio de Pérez²⁰⁶ el enfoque jurídico y psicológico con el que se aborda el *consentimiento sexual* no explica por qué les corresponde exclusivamente a las mujeres comunicar claramente sus necesidades y deseos. Pérez opina que se:

Descargan en las mujeres la total responsabilidad del proceso de comunicación y negociación sexual al basar su análisis en un modelo dicotómico que problematiza la diferencia sexual, sin reflexionar sobre la desigualdad social basada en esta diferencia. Desplaza la corresponsabilidad que implica una relación sexual hacia un solo miembro de la pareja, quien debe informar de manera clara su acuerdo u oposición; de no hacerlo, se expone a sostener relaciones sin deseo.²⁰⁷

Para Pérez, el enfoque sociológico feminista estructural-constructivista nos permite “arrancar” el consentimiento sexual del ámbito de “lo íntimo” (la voluntad, la intimidad, la individualidad) para plantear que no es un atributo individual, sino un fenómeno con expresiones a nivel individual, un problema de orden estructural que se experimenta como personal.” Siguiendo a Pérez “la epistemología feminista afirma la existencia de un orden socio-sexual que beneficia a los hombres y favorece lo masculino en detrimento de las mujeres y de lo femenino, reproduciendo la opresión y la desigualdad de género.”²⁰⁸ Un análisis desde esta perspectiva permitiría reconocer en la ausencia de consentimiento sexual el origen del sistema de desigualdad que encierra la norma porque se sustenta en la diferencia sexual.

El consentimiento tiene una dimensión tanto estructural como relacional. Inserto en el sistema sexo/género, se sostiene sobre una diferenciación de posiciones desiguales. Los hombres juegan el papel activo de pedir, insistir y convencer: acosar; las mujeres, el pasivo de ser pedidas, objeto de insistencia y consentir: resistir.²⁰⁹

De este modo, “el origen de este sistema de desigualdad [...] se encuentra anclado en la capacidad reproductiva que tienen en cierta etapa los cuerpos de las mujeres;”²¹⁰ la ausencia del consentimiento sexual como vulneración al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, justifica “la apropiación de la fecundidad de las

²⁰⁵ Yolínliztli Pérez Hernández, “Consentimiento Sexual: Un análisis con perspectiva de género” *Revista Mexicana de Sociología*, 2016, <http://www.scielo.org.mx/pdf/rms/v78n4/0188-2503-rms-78-04-00741.pdf>

²⁰⁶ *Ibíd.*

²⁰⁷ *Ibíd.*

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ *Ibíd.*, 758

²¹⁰ Ávila González, “Desarmar el modelo mujer=madre”, 35-54

mujeres”²¹¹ por parte del Estado al no introducirse *mecanismos eficaces de manifestación del consentimiento*, para la práctica de un aborto en caso de discapacidad mental; y para determinar la vulneración de la libertad sexual en caso de no padecer discapacidad mental. En ese orden de idea, la norma que permite el acceso a servicios de aborto seguros y gratuitos de forma exclusiva a las mujeres que padecen discapacidad mental es una norma prescriptiva que se sustenta en discursos androcéntricos reproducidos por las *élites simbólicas* que van a representar socialmente a la mujer bajo el modelo *mujer/familia*.

Tal como está estructurado el texto normativo no encuentra correspondencia con el *principio de progresividad*, al desproteger a mujeres, niñas y adolescentes cuando se introduce la variable discapacidad mental; es una norma que desnaturaliza el *principio de no discriminación*, al crear una distinción irrazonable entre mujeres con discapacidad mental y entre quienes no la padecen; es una norma que transgrede el *principio de dignidad humana*, porque es una medida que no se adapta a las necesidades de las mujeres con o sin discapacidad mental y; es una norma que vulnera el *principio pro persona* al impedir que el Estado cumpla con su objetivo legítimo de proteger a las personas.

Finalmente es una norma que reproduce el estereotipo de género por el cual el fin último de la existencia femenina en la sociedad está dado por su capacidad reproductiva. Esta línea argumentativa, permite colegir que la legislación es androcéntrica porque “el Estado se atribuye la facultad de regular el control de la reproducción y con ello se anula la esfera de decisión de la mujer, e inclusive, se aumenta su carga de responsabilidad en relación a la del hombre.”²¹² De modo que la mujer que da sustento al texto está representada en el dicotomismo *mujer/familia*.

2.6 Paso quinto: Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de y los efectos en los otros componentes del fenómeno legal

Facio en este paso plantea analizar el contenido y los efectos que el fenómeno legal tendrá en los diferentes componentes. Aunque la autora, hace un ejercicio con un proyecto de ley específico (Código de Familia); aquí usaré para el análisis los debates del aborto punitivo cuando éste artículo se encontraba dentro del proyecto de ley

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² *Ibíd.*

(COIP). Al igual que Facio el propósito interpretativo del COIP (como proyecto de ley) busca identificar sus sesgos androcéntricos y eliminarlo en lo posible.

Ya he mencionado con anterioridad que para Facio el *fenómeno legal* tiene tres componentes que interactúan entre sí; estos son: el componente político-cultural, formal-normativo y estructural. Para este análisis la autora plantea dar contenido a preguntas que serán desarrolladas a continuación:

a) Componente formal-normativo: Influencia del componente político-cultural

El primer debate sobre *el aborto no punitivo* (2012) participaron once asambleístas, (6 hombres; 5 mujeres), que provenían de las siguientes organizaciones políticas tanto de izquierda y derecha: Movimiento PAIS, Patria, Altiva I Soberana; Partido Roldosista ecuatoriano; Partido Social Cristiano y Partido Renovación Institucional Acción Nacional. En los discursos de la bancada del Movimiento PAÍS las asambleístas ponentes están a favor de la despenalización del aborto en casos de violación e incesto y esta postura es planteada como un cambio paradigmático que garantizaría a mujeres/niñas tomar decisiones libres, informadas y autónomas; dos de los ponentes de la bancada están a favor y dos en contra.

En el debate legislativo sobre el aborto no punitivo las organizaciones políticas de oposición (PRE, PSC) fueron concordantes con dos discursos pronunciados por el movimiento oficialista que mostraron su postura en contra. Solo un discurso de oposición (PRIAN) es concordante con el pronunciado por las Asambleístas oficialistas. Es importante notar que tanto los movimientos de izquierda como los de derecha comparten metaideologías conservadoras que refuerza la valoración negativa del otro.

Tabla N°6

**Debate Legislativo sobre el Informe de Mayoría del Proyecto del Código Orgánico Penal Integral
Acta 174 –A, 3 de julio de 2012
Primer Debate**

Ponente	Organización Política	Contenido discursivo: <i>inmoralidad/moralidad del aborto</i>
Asambleísta Cristian Viteri	Movimiento País (Asambleísta por Guayas)	[...] la retórica de siempre para tratar de imponer la industria del aborto, la industria de la muerte en el Ecuador, de que perdamos nuestros <i>valores como ciudadanos</i> , como sociedad, es que no se debe traer al mundo a un bebé no deseado, como que si el estado de ánimo pueda ser determinante y estar por encima de la vida o que con la legalización del aborto va a haber menos clínicas clandestinas y con ello van a morir menos mujeres, cuando la tasa de mortalidad en los países en donde es

Ponente	Organización Política	Contenido discursivo: <i>inmoralidad/moralidad del aborto</i>
		permitido el aborto es muy similar en aquellos en que no lo son y además un aborto que se realiza por <i>vergüenza</i> , especialmente en adolescentes y jóvenes busca igualmente métodos clandestinos, por la sencilla razón que <i>una ley no quita la vergüenza</i> ni el deseo de ocultamiento
Asambleísta Silvia Salgado	Movimiento PAIS (Asambleísta Nacional)	[...] <i>las mujeres hemos sido víctimas de ser censuradas de acuerdo a normas morales</i> , lo que ha permitido es ocultar los delitos justamente no se ha sancionado los delitos, lo que se han sancionado son conductas morales y hoy que estamos tratando un Código Penal tenemos necesariamente que identificar aquellos delitos que merecen la sanción [...] no estamos indicando que este Código Penal debería <i>tener sanciones morales</i> que cada cual tienen el derecho y la obligación a lo mejor de tenerlos.
Asambleísta María Paula Romo	Movimiento País (Asambleísta por Pichincha)	[...] el primer dato que debe conocer, no solamente la Asambleísta sino todos nosotros y el país, es que en el Ecuador está despenalizada la suspensión de un embarazo, un aborto. En dos casos, cuando está en riesgo la vida y salud de la madre o cuando el embarazo ha sido el resultado de violación de una mujer idiota, eso dice el Código Penal, <i>tan mojigato como varios de nuestros líderes políticos</i> a lo largo del tiempo [...] decir que son pecado, decir que son delito, no los ha evitado, el único mecanismo para evitar los abortos es evitar los embarazos y para eso hay que hablarle a la gente claro
Asambleísta Paola Pabón	Movimiento País (Asambleísta por Pichincha)	[...] existe una sociedad todavía que rechaza temas complejos porque <i>el tema de la moral</i> y la religión sigue incidiendo en la educación de nuestras nuevas generaciones, pero nosotros que tenemos la obligación de legislar y de mirar la integralidad del derecho a la vida
Asambleísta Betty Amores	Movimiento País (Asambleísta por Pichincha)	[...] <i>si se deja el tipo penal como está vigente</i> , es decir solamente aplicado a las personas dementes o a las personas sordomudas que no pueden darse a entender, dejaríamos por fuera querido Cristian, la protección legal a los casos dolorosamente frecuentes de violación de niñas de diez o doce años que son abusadas desgraciadamente por parientes cercanos y en particular por padres [...]
Asambleísta Abdalá Bucaram	Partido Roldosista ecuatoriano (Asambleísta Nacional)	Cómo es posible que estemos más preocupados por despenalizar el aborto, la mujer tiene derecho a la vida, como la tiene el feto desde el momento de la concepción, no es culpable de una violación, pregunto ¿lo es el feto? El derecho de un individuo no quita el del otro, es inadmisibles que estemos retrocediendo por falsas luchas minúsculas y <i>legislando a favor minorías organizadas demagógicamente</i>
Asambleísta Leonardo Viteri	Partido Social Cristiano (Asambleísta por Manabí)	[...] <i>el aborto terapéutico no existe, aborto es matar</i> , terapéutico es curar, es una contradicción semántica; así que para hablar y comer pescado hay que tener mucho cuidado [...]
Asambleísta Cesar Rodríguez	Movimiento PAIS (Asambleísta por Pichincha)	[...] me parece extremadamente grave que en este Código Penal si no se hacen los ajustes que demanda la sociedad, <i>no que demanda el gobernante de turno</i> , sino hacemos correcciones de fondo a barbaridades como la de re victimizar a la mujer violada, como pretenden algunos, al negar y al establecer oposición a esta norma que me parece que se justifica en el reconocimiento de lo que significa la víctima mujer en la

Ponente	Organización Política	Contenido discursivo: <i>inmoralidad/moralidad del aborto</i>
		vida social [...]
Asambleísta Juan Carlos Cassinelli	Movimiento PAIS (Asambleísta por Guayas)	Por un principio más allá de mi <i>convicción católica</i> , por un principio de humanidad porque soy un ser humano, no estoy de acuerdo con nada, absolutamente con nada que atente contra el derecho a la vida de las personas
Asambleísta por María del Pilar Almeida	Movimiento PAIS (Asambleísta por Sucumbíos)	[...] no creo que en nombre de Jesucristo, del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo nosotros sigamos aquí revictimizando a las personas con dogmas y moralidad solo para que quede en la memoria de la gente, las mujeres con ley o sin ley siguen practicándose abortos
Asambleísta Luis Morales	PRAIN (Asambleísta por Tungurahua)	El tema del aborto habido pronunciamientos religiosos, pronunciamientos médicos y pronunciamientos sociales, hay que ser prácticos, <i>el pronunciamiento jurídico siempre ha protegido cuando el embarazo proviene de un acto forzado</i> o de un acto no consentido de la mujer obviamente con el agravante en la mayoría de casos de delitos sexuales, por lo tanto yo creo que hay que permitir que se de esa opción del aborto para evitar que se siga alimentando este tema hasta cierto punto <i>un tabú [...]</i>

Fuente: Actas de Sesiones de la Asamblea Nacional
Elaboración propia

Al observar las posturas sobre el *aborto no punitivo*, el razonamiento de los hombres (4 de 6) se centra en la defensa del estatus jurídico de persona del embrión/feto; mientras para las mujeres la penalización desprotege a mujeres/niñas y afecta el ejercicio de sus derechos humanos; comparando estas posturas, tal como lo señala Facio “para los hombres es un problema abstracto de una protección de una vida abstracta porque ellos nunca tendrán que enfrentar un aborto desde su propio cuerpo, pero para las mujeres, es un problema ético-práctico entre la vida en abstracto y la calidad de vida en concreto de dos seres.”²¹³

Por el contrario, el segundo debate sobre el aborto no punitivo (2013), de las 144 personas elegidas el 17 de febrero de 2013 el 38,2 % eran mujeres y el 61,8% eran hombres. De los 15 Asambleístas Nacionales el 46,7 eran mujeres y el 53.3% eran hombres; de los 116 Asambleístas Provinciales 37,1% eran mujeres y 62.9% eran hombres; de los 6 Asambleístas del Exterior 3 eran mujeres y 3 hombres; de los 5

²¹³ Facio, “Cuando el género suena,” 78

Representantes al Parlamento Andino 40% eran mujeres y 60% hombres.²¹⁴

De la distribución de las 144 autoridades electas 106 pertenecían al Movimiento Alianza PAIS, 11 del Movimiento CREO; 7 de la Alianza Partido Social Cristiano y Madera de Guerrero; con 5 representantes las organizaciones políticas: Partido Sociedad Patriótica “21 de Enero, Partido Avanza y Alianza Unidad Plurinacional de las Izquierdas; y con 1 representante: Movimiento Suma Sociedad Unida Más Acción, Partido Roldosista Ecuatoriano, Movimiento Integración del Carchi y Movimiento Peninsular Creyendo en Nuestra Gente.”²¹⁵ Para ese momento la Asamblea Nacional la participación de las mujeres significaba un avance democrático.

A más de ello, el movimiento oficialista alcanzó la mayoría del total de los escaños (cien); organización política que se proyecta en la esfera pública como movimiento de izquierda y progresista.²¹⁶ La conformación de la Asamblea representaba para algunos sectores un avance importante en la representación política de las mujeres en espacios de dirección estatal [y] la posibilidad cierta que se discutan y tramiten leyes favorables a la equidad y justicia de género.²¹⁷

Si bien, la conformación de la Asamblea Nacional constituía un avance en la historia política del país y un hito en la lucha por la equidad de género ¿el hecho que la Asamblea Nacional estuviera presidida por mujeres significaba que discursos liberales como el aborto no punitivo en casos de violación a mujeres sin discapacidad mental pudieran modificar el contexto patriarcal del primer debate legislativo?

La respuesta obvia a la pregunta planteada, *no necesariamente*; de hecho, es en este debate en el que se evidencian las tensiones internas del componente político-cultural del *fenómeno legal* entre las posturas que enfrentaron al poder ejecutivo con el legislativo tienen un efecto en el componente formal-normativo. Para Van Dijk en algunos casos, por ejemplo en la función pública, una sola desviación de la ‘línea

²¹⁴ Ecuador Consejo Nacional Electoral, “Indicadores de Género Ecuador: Autoridades y Sufragantes,” *Consejo Nacional Electoral*, 2013, <https://www.slideshare.net/roxanasilvach/indicadores-de-gnero-ecuador-autoridades-electas-y-sufragantes>

²¹⁵Ibíd.

²¹⁶ Flores Carlos, “El aborto en el Ecuador, no gira a la izquierda”, accedido 28 de noviembre de 2018, <http://www.flacsoandes.edu.ec/agora/el-aborto-en-el-ecuador-no-gira-la-izquierda>.

²¹⁷ Natalia Sierra. “Las mujeres de Alianza País en el Poder Legislativo: ¿Transformación real o reacomodo capitalista?”, accedido 28 de noviembre de 2018, <http://asambleamontufar.blogspot.com/2013/05/las-mujeres-de-alianza-pais-en-el-poder.html>

partidaria' ideológica puede ser suficiente para que a un político se los margine, se lo desacredite o por votación, se lo desplace del puesto.²¹⁸

La Asambleísta País Paola Pabón por el Movimiento Alianza, solicita al pleno mientras se realizaba el segundo debate al informe del Proyecto del COIP presentado por la Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado una moción previa en los siguientes términos:

Yo me permito, a nombre de varios compañeros, y me incluyo en esto, plantear una moción previa, a usted, señora Presidenta y al Pleno de esta Asamblea, una moción previa basándome en el artículo ciento treinta y seis, numeral uno [...]. *Propongo la siguiente moción previa:* Exceptuar de la votación del Libro Preliminar que contiene cinco títulos y el Libro Primero que trata sobre la infracción penal que contiene cuatro títulos, planteado por el compañero asambleísta Mauro Andino, ponente de la ley, el artículo ciento cuarenta y nueve sobre *aborto no punible*, para que en este momento, sea votado de manera individual en el siguiente texto.²¹⁹ (Énfasis añadido)

Esta desviación de la *línea partidaria* tuvo una reacción desde el Ejecutivo quien calificó de traición²²⁰ la actuación de la Asambleísta. En respuesta la Asambleísta Paola Pabón antes de retirar la moción pronunció el siguiente discurso que da muestra que el expresidente del Ecuador (Eco. Rafael Correa Delgado), era quien tenía el poder de controlar el discurso inclusive los pronunciados en la Asamblea Nacional:

Mi organización política es una organización política producto de la sociedad ecuatoriana, mi organización política es parte de la sociedad ecuatoriana Y, lastimosamente, no hemos podido procesar una mirada distinta, no hemos logrado que esa mirada patriarcal permita avances significativos que, posiblemente, hoy con la revolución ciudadana las mujeres esperan. Jamás, posiblemente aquí hay algunos compañeros que han tomado generosamente la decisión de respaldar esta intervención, jamás pensamos que el defender la vida de las mujeres, que el condenar las violaciones, que el restregarle a la sociedad ecuatoriana que en este país las mujeres son violadas y aborten, genere una reacción como esta. [...]²²¹

En esa misma sesión se superpone otro discurso pronunciado por la Asambleísta del Movimiento País Marllely Vásconez con el propósito de deslegitimar la moción que fuera presentada y retirada en la sesión del plenario siguiente, mencionó lo siguiente:

[...] En el bloque de Movimiento PAIS hay posiciones, *no* somos los cien asambleístas de Movimiento PAIS que *compartimos* con lo que manifestó Paola, *hemos* asambleístas de Movimiento PAIS, *mujeres* de Movimiento PAIS que creemos

²¹⁸ Van Dijk, "Ideología," 291

²¹⁹ Ecuador, Asamblea Nacional, Segundo Debate, Asambleísta Paola Pabón, Acta 257-A, 10 de octubre de 2013

²²⁰ El Telégrafo, "En Asamblea se retira moción sobre aborto no punible tras advertencia de Correa". *El Telégrafo*. 11 de octubre de 2013, 2.

²²¹ Ecuador, Asamblea Nacional, Segundo Debate, Asambleísta Paola Pabón, Acta 257 B de 11 de octubre de 2013

y que precautelamos y que estamos defendiendo el derecho a la vida. No quiero estar en discusión con las compañeras del bloque, sin embargo, yo también quiero dejar sentada *mi posición* como *mujer y, como mujer* que defiende el derecho a la vida por sobre todas las cosas. Creo que si fuera Presidenta de la República haría lo mismo que *hizo nuestro compañero Presidente* al *defender* sus *principios*, al *defender* sus *ideologías*, al *defender* sus *creencias*.²²² (Énfasis añadido)

La Asambleísta Paola Pabón al alejarse de la línea partidaria, al optar por una postura ideológica contraria a los valores del grupo dominante, se convierte por un momento en *oponente ideológico* y a quien habrá que deslegitimar en el mismo campo de lo discursivo. Desde esa perspectiva tiene sentido que sea otra mujer quien pronuncie en la sesión del pleno un discurso de corrección política.

En éstos discursos se observa por una parte, cómo los *valores conservadores* dominantes del grupo mayoritario configuran a cualquier disidente o miembro de grupo externo como “los enemigos contra cuyos ‘ataques extremos’ [debemos] naturalmente defendernos;”²²³ aquí, es importante notar la medida en que la alineación ideológica controla a los participantes del discurso al punto que la Asambleísta retira la moción planteada, sin que este acto impida la sanción disciplinaria y pública que le impuso su organización política como mecanismo de disciplinamiento y control. Lo que nos llevará a sostener que mientras el legislador/a tenga fuertes controles disciplinarios del partido y una dependencia con el Ejecutivo; “tiene menor autonomía respecto a sus decisiones y puede sustancialmente cambiar sus preferencias ideológicas.”²²⁴

Cuando legisladores/as solicitan el allanamiento con la propuesta del Ejecutivo; cuando se afirma que el propósito fundamental del legislador/a es *mantener el proyecto político de la revolución ciudadana*; o cuando, se afirma que el debate sobre el aborto no punitivo en casos de violación *no concluye ahora* es evidente que; mientras exista mayor concentración de poder en el proceso de designación de las curules de los/las asambleístas, las posibilidades de que los elegidos voten de forma autónoma irán en decrecimiento; entonces el la despenalización del aborto es un *problema de orden político*.

Si bien, los/las Asambleístas pertenecen a una determinada tienda política, como delegatarios del Estado ecuatoriano actúan en el ejercicio de una potestad pública; y, por

²²² Ecuador, Asamblea Nacional, Segundo Debate, Asambleísta Marllely Vásconez, Acta 257 B de 11 de octubre de 2013

²²³ Van Dijk, “Ideología,” 335

²²⁴ Santiago Basabe Serrano, *Jueces sin toga: Políticas y judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador 1999-2007*, (Quito: FLACSO, Sede Ecuador, 2011)

tanto, tienen como responsabilidad respetar y hacer respetar los Derechos consagrados en la Constitución.

Para ampliar este argumento, tomaré como referencia el análisis realizado Santiago Basabe Serrano, en su obra *Jueces sin toga: Políticas judiciales, preferencias ideológicas y toma de decisiones en las cortes de justicia de América Latina*, sobre el comportamiento, objetivos y motivaciones que los jueces buscan satisfacer a través de su voto o decisión. Expone la taxonomía de objetivos judiciales clasificándolos en principales y secundarios. Entre los objetivos judiciales principales se encuentran: i) influir en la elaboración de políticas públicas, ii) mantenerse en funciones, iii) alcanzar otros cargos dentro o fuera del Poder Judicial, iv) afianzar e incrementar los espacios de gestión desarrollados en el libre ejercicio profesional. Entre los objetivos judiciales secundarios se encuentran: i) precautelar su reputación personal, ii) mantener buenas relaciones al interior de los tribunales de justicia, iii) reducir la carga de trabajo, iv) propiciar conductas/pagos ilegítimos.²²⁵

El autor menciona que en cuanto a la prioridad que los jueces otorgan a los objetivos descritos y a las estrategias de voto para su cumplimiento, la literatura especializada señala que las instituciones ejercen una poderosa influencia en ambas decisiones, esto es a criterio del autor, que un juez podrá votar de forma *estratégica-sincera* cuando su decisión refleja sus preferencias ideológicas puras, por oposición un juez resuelve de forma *estratégica-sofisticada* cuando en su resolución se encarnan las orientaciones ideológicas de actores ajenos al tribunal.²²⁶

Basabe afirma que la mayor certidumbre en el desempeño de los cargos constituirá la variable decisiva tanto para la prioridad otorgada al objetivo citado como para la estrategia que asume la decisión judicial. También afirma que la incertidumbre laboral daría cuenta tanto de la meta judicial que el juez persigue como también el cálculo estratégico envuelto tras la decisión asumida.²²⁷

Para explicar el comportamiento judicial el autor a partir de un marco teórico-institucional sostiene que mientras el grado de autonomía de los jueces respecto al legislativo que los elige es la variable que influye decisivamente para explicar y predecir la estrategia del voto utilizada por tales actores, la estabilidad institucional da cuenta del objetivo que estos priorizan. Es así que el autor distingue la siguiente

²²⁵Basabe, “Jueces sin toga”, 5

²²⁶ Ibid., 14-17

²²⁷ Ibid., 19

tipología de comportamiento judicial: i) jueces sin toga, ii) jueces profesionales iii) jueces oportunistas y, iv) jueces funcionales.²²⁸

Respecto al análisis que realiza el autor al comportamiento de los denominados *jueces sin toga* sostiene que a medida que los lazos que unen a jueces con legisladores a consecuencia del proceso de designación son más débiles y difusos, la autonomía de aquellos para tomar decisiones tendería a incrementarse. En otras palabras “a medida que existe mayor concentración de poder en el proceso de selección de cargos judiciales, las posibilidades de que los elegidos voten de forma autónoma irán en decrecimiento.”²²⁹

De forma complementaria, el autor expone otros tipos ideales de jueces, es el caso de *jueces profesionales* quienes gozan de mucha autonomía respecto a los actores partidistas que los eligen y además desempeñan sus funciones en contextos políticos en los que se garantiza su estabilidad laboral, por la complejidad de mecanismos de selección no mantienen lazos con actores en particular.²³⁰ Por otra parte el autor describe a los *jueces oportunistas* “caracterizados por falta de autonomía respecto a la legislatura y se desempeñan en contextos de inestabilidad política” y *jueces funcionales* que en palabras del autor “gozan de autonomía restringida respecto del legislativo tienen seguridades para desempeñar el cargo.”²³¹ Para el autor la forma estratégica que asume el voto *judicial –sincero o sofisticado-* se da en relación directa con la autonomía como valor; de este modo:

Mientras el grado de autonomía de los jueces respecto al legislativo que los eligió influye sobre la estrategia asumida para la toma de decisiones, el grado de estabilidad en cuanto al mantenimiento de los cargos será decisivo para identificar los objetivos priorizados por los jueces.²³²

Estas nociones elaboradas por el profesor Basabe Serrano permiten reforzar el hecho de que los jueces al igual que los/as legisladores motivarían sus votos de acuerdo con *sus preferencias ideológicas*²³³ y que la autonomía respecto de su proceso de elección para el desempeño de tales cargos condicionan sus decisiones. El objetivo de utilizar la tesis del profesor Basabe como herramienta de análisis para ampliar la toma de conciencia tiene el propósito de evidenciar que la norma de prohibición es un

²²⁸ Ibid., 18

²²⁹ Ibid., 21

²³⁰ Ibid., 22

²³¹ Ibid., 29-32

²³² Ibid., 38-40

²³³ Ibid.,3

producto discursivo de legisladores/as que votaron de forma *estratégica-sofisticada* porque con su voto se encarnan las orientaciones ideológicas de actores ajenos al aparato legislativo. Los enunciados aquí detallados permiten sostener por una parte que, siendo el contexto *político cultural* androcéntrico, los textos jurídicos no pueden no ser androcéntricos; esta manifestación sexista que forma parte del contexto político-cultural del fenómeno legal tiene una fuerte influencia en el *componente formal-normativo*, finalmente el texto tal como fue redactado responde a la cosmovisión del poder ejecutivo.

b) *Influencia del componente político-cultural: ¿Cuál es el contenido que las instituciones dan a este artículo?*

Facio señala que “el componente político-cultural de la ley es el contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que la gente tenga de la ley, así como el uso que la gente haga de las leyes existentes; de las que en la vida diaria siguen vigentes, aunque hayan sido derogadas y de las relaciones entre las leyes escritas y las no escritas.”

Para Facio los contenidos que se le dan a las leyes cuando son interpretadas, se convierten a su vez en leyes tan efectivas y vigentes. Si bien, el *aborto no punitivo* fue incorporado en el COIP, y la interpretación del Tribunal Constitucional Ecuatoriano (TC) sobre la prohibición del Postinor como método anticonceptivo de emergencia ocurrió de forma previa (2006), el TC como institución irradia sentidos a las reglas previstas en el COIP.

En esa ocasión el TC (2006)²³⁴ en aplicación del método sistemático de interpretación constitucional resuelve suspender definitivamente la inscripción y certificado de registro sanitario del medicamento Postinor 2 y Levonorgestrel 0,75; por ser productos que al impedir la implantación del cigoto amenazan de forma inminente el derecho a la vida de un grupo de seres humanos imposibles de cuantificar (embrión/feto). Para el TC el Estado debe garantizar *el interés superior del no nacido*.

El TC en un ejercicio de ponderación considera que los derechos sexuales y reproductivos y de la libertad individual de las mujeres deben desplazarse frente al derecho a la vida del cigoto/embrión; porque ésta no puede “disponer de su propia vida,

²³⁴ Ecuador Tribunal Constitucional del Ecuador, “Sentencia”; en *Juicio No.:0014-2005-RA*, 23 de mayo de 2006, 12.

mal podría decidir sobre la vida ajena o sobre la del que está por nacer.”²³⁵ La interpretación extensiva del derecho a la vida por el TC eleva el estatus jurídico de los no nacidos como sujetos de derechos. Y es precisamente el razonamiento del TC el que se encuentra reflejado en el debate legislativo sobre el *aborto no punitivo*, dando cuenta que lo que nos estaría diciendo la ley no escrita, es que el cigoto/embrión/feto es titular de derechos en razón de su estatus de persona (autónoma de la madre).

c) *Influencia del componente estructural: Influencia en el componente político-cultural*

Para Facio, el componente formal normativo influye, limita y hasta puede:

1) conformar las actitudes y conductas que la gente ordinaria adopte porque la ley, al establecer reglas, institucionaliza no solamente las conductas que serán aceptables para el resto de la sociedad y cuál comportamiento es un comportamiento legítimo o ilegítimo, *quién es criminal* y quién es un/a buen/a ciudadano/a, etc., sino que mucho más sutilmente va creando formas de pensar que establecen lo que será considerado por el común de la gente, racional o irracional, objetivo, científico y universal versus subjetivo, acientífico y particular. Tal vez más peligroso aún, hasta puede determinar qué será considerado "natural" y qué no.²³⁶

En esta caracterización del perfil *criminal*, a partir de la promulgación del COIP las mujeres, niñas y adolescentes de ser víctimas pasaron a ser criminales, en tanto y cuanto, la maternidad forzada ha sido naturalizada como un proceso biológico deseable. “En Ecuador la criminalización del aborto se ha intensificado en los últimos años y ha agudizado el proceso de judicialización de mujeres que interrumpen sus embarazos: hasta la fecha son 243 las mujeres judicializadas;”²³⁷ La instrumentalización del Derecho Penal en el control y disciplinamiento de los cuerpos femeninos, a través del COIP se intensifica al mismo tiempo que la violencia de género en contra mujeres y niñas va en incremento. Esta concepción artificial e instrumental del poder coercitivo del Estado no se justifica sino se correlaciona la práctica del aborto con la violencia sexual; y la violencia sexual como una ofensa a la dignidad humana.

Hubiera sido importante al menos considerar en la formulación de los presupuestos normativos sobre el aborto no punitivo la jurisprudencia desarrollada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en la sentencia *Artavia Murrillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica* reconoce que:

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ Facio, “Cuando el género suena,” 68-9

²³⁷ Sofía Zaragocin, María Rosa Cevallos, Gugliemina Falanga, Gabriela Rúales, Iñigo Arazola, Verónica Vera, Andrea Yépez, “Mapeando el aborto en el Ecuador”; *Revista de Bioética y Derecho*, (2018): <http://dx.doi.org/10.1344/rbd2019.0.21641>

No es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.²³⁸

Es importante considerar que, el COIP actúa sobre la sociedad y construye narrativas en función del dualismo *inocente/culpable, criminal/no criminal*, de ahí que, los componentes del fenómeno legal se intersectan, se tensionan entre sí e irradian sentidos en la realidad concreta.

Para Facio la ley como discurso, ocupa un espacio entre lo "real" y lo "ideal" que es un continuo [...] La ley opera como un lenguaje político porque al mismo tiempo que establece la libertad, la coarta. La sociedad es diferente cuando cambian sus leyes y las leyes cambian cuando cambia la sociedad...²³⁹ La penalización del aborto, sin interpretarse desde un enfoque de Derechos Humanos es; tal como lo plantea Facio una forma concreta de discriminación, porque se penaliza una situación que solo ocurre a mujeres.²⁴⁰

2.6 Paso sexto: ampliación y profundización de la toma de conciencia

Un texto revelador sobre la moralidad del aborto lo plantea Judith Jarvis Thomson²⁴¹ por en el ensayo "*En defensa del aborto.*" Mediante el juego mental del *famoso violinista*, Thomson, expone los argumentos *filosóficos* por los cuales el derecho del feto a la vida no se superpone al derecho que tiene la madre a decidir sobre su propio cuerpo cuando la concepción es producto de una violación.

En este juego mental se pide al lector/a imagine que un día despierta conectada a un *famoso violinista* después de haber sido secuestrada y se le informa que debido a la condición médica del *famoso violinista* está obligada a permanecer

²³⁸ Corte IDH, "Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro)*, 28 de noviembre de 2012, párr. 187. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

²³⁹ Facio, "Cuando el género suena," 69

²⁴⁰ Alda Facio, "Penalizar el aborto es una forma de discriminación", *La Voz*, 7 de mayo de 2018, 4.

²⁴¹ Judith Jarvis Thomson. 1971. "A defense of Abortion", *Philosophy and Public Affairs*, autumn 1971. <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PPP475/Thomson%20Judith%20Jarvis%2C%20A%20de%20fense%20of%20abortion.pdf>

conectada a él porque de no estarlo el *famoso violinista* moriría. En esa situación la persona secuestrada y que se encuentra conectada al *famoso violinista* tiene dos opciones: a) permanecer conectada al *famoso violinista* por un acto de gran bondad o; b) desconectarse del *famoso violinista* sabiendo que una vez que se desconecte el *famoso violinista* morirá. “Thomson cree que sería un acto de gran bondad permanecer conectada, pero -a la vez- que sería ultrajante ser obligada a permanecer en ese estado.”²⁴²

Con este juego mental, la autora demuestra que; la práctica del aborto en casos de violación es *moralmente permisible*; para el jurista Luigi Ferrajoli en el ensayo *La cuestión del embrión entre el derecho y la moral*;²⁴³ a partir del postulado de la tesis liberal de reciproca autonomía sostendrá que el derecho no es –no debe ser, pues no lo consiente la razón jurídica ni lo permite la razón moral- un instrumento de reforzamiento de la moral.²⁴⁴ De esta forma, un embarazo que ocurre sin el *consentimiento* de la mujer, como en los casos de violación e incesto, “la autonomía de la mujer supera el respeto por la vida humana;”²⁴⁵ el aborto en esas consideraciones es *constitucionalmente legítimo*.

A diferencia del planteamiento de Facio en este paso, para la profundización y toma de la conciencia, es necesario ver en el *fenómeno legal* el componente emancipatorio. Para Agatón “el derecho cumple un papel fundamental en el logro de la emancipación o en la perpetuación de la desigualdad, al eliminar o reforzar los estereotipos de género”²⁴⁶ Para la autora, es imprescindible reconocer en el Derecho la presencia de estereotipos de género, con el fin de generar el tránsito de la subordinación a la emancipación.²⁴⁷ Así:

Las salas de decisión de las cortes [...] son matrices discursivas, y en sus decisiones identificamos construcciones [y reconstrucciones] discursivas del *cuerpo*, la sexualidad, la identidad, la violencia, el embarazo que determinan el cauce de una justicia democrática que parece aún una aspiración trascendente”²⁴⁸

²⁴² Ibid., 132

²⁴³ Luigi Ferrajoli. 2006. “La cuestión del embrión. Entre Derecho y moral”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2006. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61696/54338>

²⁴⁴ Ibid., 257

²⁴⁵ Martín D. Farrell, ¿Existe un derecho constitucional al aborto?, acceso 12 de noviembre de 2018 http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/EXISTE_UN_DERECHO_CONSTITUCIONAL_AL_ABORTO.pdf

²⁴⁶ Agatón, “Justicia de género,” 44

²⁴⁷ Ibid., 44

²⁴⁸ Ibid., 45

En sentencias emanadas por organismos de *control constitucional*, los relatos sobre el aborto en casos de violación tienen una dimensión *ética (aborto ético)*. A partir del recurso previo de inconstitucionalidad²⁴⁹ presentando en contra del texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 415 bis del Código Penal.

La Constitución española en el Artículo 15 garantiza el derecho a la vida en los siguientes términos: “*todos tienen derecho.*” A partir de ese mandato constitucional el TC reconoce a la dignidad como un valor espiritual y moral inherente de las personas, que se manifiesta en la *autodeterminación consiente*.²⁵⁰ El TCE a partir de la fundamentación filosófica de la dignidad de las mujeres, va a considerar que los supuestos del *aborto ético*, o aborto en casos de violación; y, los plazos previsto para estos casos (12 semanas), no vulneran normas constitucionales. Para el TC:

[Cuando] la gestación ha tenido su origen en la comisión de un *acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad*, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; *la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento*, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos.²⁵¹

Este argumento utilizado por el TCE resulta relevante porque justifica la despenalización del aborto cuando el embarazo es producto del cometimiento de un delito sexual. Con tal razonamiento, la prelación absoluta de la protección constitucional a la vida en gestación no se superpone *per se* a los derechos constitucionales de la gestante, consecuentemente el derecho a la vida que encuentra fundamento constitucional no es un bien con carácter absoluto.

De acuerdo con el TCE es necesario reconocer la colisión de derechos que existe; ponderarlos para que unos derechos cedan frente a la demanda de los otros. De esta forma, el TCE declara la constitucionalidad del aborto ético (cuando es producto de violación/incesto), establece como mecanismo de regulación del aborto un *sistema de plazos*. A partir de esta argumentación “el aborto es regulado como la consecuencia de

²⁴⁹ ES Tribunal Constitucional. 1985. *Sentencia 53/1985*. Boletín Oficial del Estado 119, 18 de mayo, BOE A-53-1985.

²⁵⁰ *Ibid.* Párr. 8, p 32

²⁵¹ *Ibid.* Párr. 10, p35

un derecho a la maternidad libremente decidida de la madre, que resulta de su autonomía y del libre desarrollo de su personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución.”²⁵²

Para el caso de Colombia, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, se presentó ante la Corte Constitucional (CCC) demandas contra los arts. 122, 123, 124 y 32 numeral 7 del Código Penal, que penalizan el aborto sin considerar ninguna excepción.²⁵³ Las demandas son presentadas aduciendo que el legislador/a en ejercicio de su facultad de configuración de derechos constitucionales, establece restricciones desproporcionadas al proteger los derechos del *nasciturus* que afectan los derechos humanos y constitucionales de las mujeres. La CCC es enfática en señalar que la dignidad humana constituye límite de la potestad de configuración del legislador correspondiéndole identificar y ponderar los derechos en colisión con el propósito de cumplir su deber como garante de derechos constitucionales.

En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio.²⁵⁴

A criterio de la Corte, sí bien, corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales.²⁵⁵

Al igual que el TCE la CCC centra su análisis en el reconocimiento de la dignidad humana de las mujeres en su triple dimensión a saber, como derecho, principio y valor elementos fundantes del ordenamiento jurídico,²⁵⁶ lo cual permite identificar como núcleo esencial del derecho a la intimidad *la capacidad de las mujeres* a decidir cuándo y cuántos hijos/as tener; por tanto, toda restricción al derecho a la intimidad que está vinculado a los derechos reproductivos es considerada una

²⁵²Rafael Naranjo de la Cruz, “El aborto”, *Derecho Constitucional*, 18 de febrero de 2013, párr. 3-4, <https://www.derechoconstitucional.es/2013/02/el-aborto.html>

²⁵³ COL, Corte Constitucional de Colombia. 2006 *Sentencia* 355/06. Boletín Oficial de 10 de mayo de 2006.

²⁵⁴Ibíd.

²⁵⁵ Ibíd.

²⁵⁶ Ibíd.

intervención desproporcionada por parte del Estado. Bajo esta línea argumentativa la CCC señala:

Respecto de los derechos sexuales y reproductivos, con fundamento en el principio de dignidad de las personas y sus derechos a la autonomía e intimidad, uno de sus componentes esenciales lo constituye el derecho de la mujer a la *autodeterminación reproductiva y a elegir libremente el número de hijos que quiere tener y el intervalo entre ellos*, como así lo han reconocidos las deferentes convenciones internacionales.²⁵⁷

A criterio de esta corporación la dignidad humana de las mujeres es vínculo y límite de la potestad de configuración en materia penal que ostenta el legislador/a; la dignidad humana asegura de esta manera una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos; para la Corte la dignidad humana de las mujeres incluyen las decisiones relacionadas *con su plan de vida*, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o infringirle sufrimientos morales deliberados.²⁵⁸ De este razonamiento la penalización del aborto ético impone a las mujeres una carga injustificada e inexigible que anula pleno goce y disfrute de los derechos fundamentales de las mujeres y; por tanto, toda restricción absoluta es inconstitucional. Para esta Corporación

El Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general *penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer*.²⁵⁹

Tanto la sentencia del TC como la sentencia de la CCC consideran que la protección absoluta del *nasciturus* supone anular injustificadamente la dignidad humana de las mujeres y; por otra parte, el reconocimiento de derechos en colisión el legislador/a debe llevarle a considerar “las situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales.”²⁶⁰

Nótese cómo el máximo órgano de interpretación constitucional analiza los presupuestos jurídicos constitucionales y crea nuevos relatos sociales, convirtiendo al Derecho en una herramienta efectiva. Es preciso tomar en cuenta que “las normas jurídicas son transmisoras de un discurso político, social y económico que ratifica [o

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ *Ibíd.*

²⁵⁹ *Ibíd.*

²⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 7, 32

modifica] las relaciones sociales;”²⁶¹ de ahí que, para la autora; las decisiones de las judiciales “tienen una dimensión constitutiva importante en la medida en que crean, ayudan a crear o a fortalecer la identidad del sujeto político.”²⁶²

Para Facio, el análisis del fenómeno legal debe permitirnos crear textos legales no sexistas, al igual que esta autora; considero como solución la necesidad de analizar el texto desde una perspectiva de género que tome en cuenta las experiencias de las mujeres, que permita identificar al prototipo de mujer que se usa como parámetro, eliminar los estereotipos sobre las mujeres que hacen parte de las narrativas y discursos sociales que sobre las mujeres se construye y, evaluar el impacto de los componentes del *fenómeno legal* en la vida en concreto de las personas; para que las normas no se vacíen de contenido.

Construir un discurso social, político, económico y legal de la mujer como sujeto autónomo encuentra resistencia en una sociedad en la que los discursos de protección de derechos, en específico de la vida desde la concepción, sin ningún tamiz, se construyen desde el poder coercitivo del Estado; éstos discursos deben ser modificado en el mismo terreno discursivo, de ahí que el poder de las decisiones judiciales pueden modificar el contenido androcéntrico de tales discursos.

²⁶¹ Agatón, “Justicia de enero”; 45

²⁶² Agatón, “Justicia de enero”; 52

Conclusiones y Recomendaciones

- Los contenidos discursivos de las normas han ido generalizando que el Derecho es una ciencia neutral en el proceso de construcción de las diferencias sexuales. La importancia de reconocer al derecho como discurso y; no solo como un ejercicio argumentativo, se centra en que el derecho, tiene en su fuerza normativa, la capacidad de construir relatos sociales que pueden poner en desventaja a un género en relación al otro.
- La exclusión de la causal, que incluyera la práctica de abortos gratuitos, legales y seguros bajo los supuestos violación e incesto se sustentan en discursos sexistas, eugenésicos y esencialistas que desprotegen a mujeres, niñas y adolescentes al *proteger la vida* (en abstracto) sin ningún tamiz, esto a su vez, impide que se haga una ponderación adecuada entre vida en abstracto y vida en concreto, entre vida desde la concepción y vida digna que incluye el derecho de todas las mujeres a vivir libres de violencia. La protección absoluta de una vida frente a la otra hace que la norma se vuelva ineficaz al no cumplir con la finalidad de persuadir, bajo la amenaza de una pena, la práctica de abortos en el Ecuador.
- Los argumentos a favor del aborto por violación, incesto o inviabilidad del feto, se centran principalmente en incluirlos como eximentes en el COIP; por lo que su regulación se mantendría dentro del ámbito penal como delito. En mi opinión, debido a la situación de discriminación y violencia sistemática que enfrentan mujeres, niñas y adolescentes vinculado al incremento de la violencia de género; es necesario diseñar una regulación alternativa a la penal que supere las limitaciones de la actual norma. La concreción de una *Ley Orgánica sobre la Interrupción Voluntaria* debe garantizar la autodeterminación reproductiva como una garantía básica de respeto a las mujeres y a su vez como una garantía democrática que permita construir narrativas como sujetos activos en la construcción de una sociedad plural y democrática.

Bibliografía

A. Doctrina:

- Alexy Robert, *Tres escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Aguiló Joseph, *El método jurídico como argumentación jurídica, en la Constitución del Estado Constitucional*, Lima, Palesta, 2004.
- Agatón Santander Isabel, *Justicia de género un asunto necesario*, Editorial Temis, Bogotá, 2013.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo transformador; El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Madrid, Ediciones Abya-Yala, 2011
- Bagni Silvia, “Modelos de justicia constitucional y defensa de los derechos. Un ensayo preliminar para una nueva clasificación” *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Año 1, No. 2, Lima, 2005
- Basabe Serrano Santiago, *Jueces sin toga: Políticas y judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador 1999-2007*, Quito, FLACSO, Sede Ecuador, 2011.
- Bartlett, Katharine, “Feminist Legal Methods.” Traducido por Diego Andrade. Estados Unidos: *Law Review*, 1990.
- Correas Oscar, *Crítica de la Ideología Jurídica: Ensayo socio semiológico*, (México DF: UNAM, 1993).
- Dijk Teun A. van, *Ideología, un enfoque disciplinario*, España, Gedisa, 2000.
- Facio Alda, *Hacia otra teoría del Derecho*, en Gioconda Herrera, coord., *Las Fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Quito, Flacso, 2000.
- Facio Alda y Fries Lorena, *Feminismo y género y patriarcado*, en Gioconda Herrera, coord., *Las Fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Quito, Flacso, 2000.
- Foucault Michael, *El orden del discurso*, Buenos Aires, Busquets Editores, 1970.
- , *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, 1a, ed.-Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.
- Prieto Sanchís Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

Ruiz Alicia, “De las mujeres y el derecho,” en *Identidad y discurso jurídico*,” Biblos, Buenos Aires, 2000

Valdez Anunziatta, *El Código de la Familia: retos para la vigencia de los derechos de las mujeres*, en Gioconda Herrera, coord., *Las Fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Quito, Flacso, 2000.

B. Jurisprudencia internacional:

Corte IDH, “Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, Caso Artavia Murillo y otros Fecundación in vitro vs. Costa Rica. 28 de noviembre de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Corte IDH, “Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Caso Fernández Ortega y otros vs. México. 30 de agosto de 2010. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_224_esp.pdf

Colombia Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-0335/06*. Accedido el 25 de septiembre de 2018. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>

España Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 53/1985*. Accedido el 25 de septiembre de 2018.

http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/433#complete_resolucion&fundamentos.

C. Instrumentos de organismos internacionales

ONU Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General Número correspondiente al onceavo período de sesiones*, 29 de enero 1992

ONU Comité de Derechos Humanos, Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Humanos, A/64/40

ONU Comité Contra la Tortura, Observaciones Generales aprobadas por el Comité Contra la Tortura, CAT/C/GC/3

D. Legislación Nacional

Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008

Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Número 52 de 22 de octubre de 2009

Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial número 180, de 10 de febrero de 2014

E. Páginas Web

Ávila González Yanina, “Desarmar el modelo mujer=madre” *Centro de Documentación Ciudad de México, México*, Vol. 30, 2004. http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wpcontent/uploads/2016/03/articulos/030_03.pdf

Correas Oscar, “La Sociología Jurídica, un ensayo de definición”, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, N° 12, 1993. 39, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=critica&n=12>

Ecuador, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, “*Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017: Construyendo un Estado Plurinacional e Intercultural*,” Quito, 2013. <http://www.buenvivir.gob.ec/>

Ecuador, Consejo Nacional Electoral, Elecciones del 4 de abril de 2013. Accedido el 25 de septiembre de 2018. resultados2013.cne.gob.ec/Results.html?RaceID=9&UnitID=1&IsPS=0&LangID=0

Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Constitución de la República del Ecuador* de 13 de febrero de 1884. Accedido el 25 de septiembre de 2018. https://www.cancilleria.gob.ec/wpcontent/uploads/2013/06/constitucion_1884.pdf

Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Constitución de la República del Ecuador* de 26 de marzo de 1929. Accedido el 25 de septiembre de 2018. https://www.cancilleria.gob.ec/wpcontent/uploads/2013/06/constitucion_1928.pdf.

El Telégrafo, “En Asamblea se retira moción sobre aborto no punible tras advertencia de

- Correa, 2013. <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/2/correa-habla-de-traicion-en-la-asamblea-y-ratifica-que-no-despenalizara-el-aborto-video>
- Farrell Martin D, *¿Existe un derecho constitucional al aborto?*
http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/EXISTE_UN_DERECHO_CONSTITUCIONAL_AL_ABORTO.pdf
- Ferrajoli Luigi, *La cuestión del embrión. Entre Derecho y moral*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Vol. 56, N° 245, 2006.
<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61696/54338>
- Flores Carlos, El aborto en el Ecuador, no gira a la izquierda, *Flacso-Andes, Quito*, 2014. <http://www.flacsoandes.edu.ec/agora/el-aborto-en-el-ecuador-no-gira-la-izquierda>
- Galván Manolo, *Canción "Hijo de Ramera."* Accedido 25 de septiembre de 2018. Video de Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=pf9z-xeR_9w.
- Gómez de la Torre Virginia, Castello Paula y Cevallos María Rosa, "Vidas Robadas Entre la omisión y la premeditación. Situación de la maternidad forzada en niñas del Ecuador", Quito, *Fundación Desafío*.
https://docs.wixstatic.com/ugd/8313b8_5d3d813fe76542959cef9af2a17b3e43.pdf
- Kornblihtt Alberto, "Interrupción voluntaria del embarazo" a partir de una ponencia presentada en el Plenario de Salud, Justicia y Constitucionales, 2017. Video de Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=ahRfo7q4HQ8>
- Laporta Francisco, Sobre el concepto de Derechos Humanos.
<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141710.pdf>
- Library of Congress, Global Legal Research Center, *Abortion Legislation in Europe*, 2015. <https://www.loc.gov/law/help/abortion-legislation/abortion-legislation.pdf>
- Mundo, La ONU en defensa de los niños pide prohibir los 'buzones para abandonar bebés', 2016. https://www.lainformacion.com/mundo/la-onu-en-defensa-de-los-ninos-pide-prohibir-los-buzones-para-abandonar-bebes_exektihueg4asiucf2pc1/
- Olsen Frances, *El sexo del derecho*, El género en el derecho. Ensayos Críticos, Serie Justicia y derechos humanos, Quito, V&M Gráficas, 2009.
http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/4_Genero_en_el_derecho.pdf

- Ortiz Esteban, “La vida de los otros: Las escalofriantes cifras del aborto en el Ecuador me convirtieron en pro-choice. ¿Es un problema moral, legal o de salud pública?”, 2016. <https://gk.city/2016/08/15/las-escalofriantes-cifras-del-aborto-ecuador-me-convirtieron-pro-choice/>
- Sierra Natalia, “Las mujeres de Alianza País en el Poder Legislativo: ¿Transformación real o reacomodo capitalista? <http://asambleamontufar.blogspot.com/2013/05/las-mujeres-de-alianza-pais-en-el-poder.html>
- Red Federica Montseny, *Alemania, regulación legal del aborto*. Accedido 25 de septiembre de 2018. <http://redmontseny.net/es/nodos/alemania/>
- The Guardian, Spread of ‘baby boxes’ in Europe alarms United Nations, 2012. <https://www.theguardian.com/world/2012/jun/10/unitednations-europe-news>
- Valenzuela Oyander Cecilia y Villavicencio Miranda Luis, “La constitucionalización de los derechos reproductivos. Hacia una igual ciudadanía para las mujeres”, *Ius et Praxis*, 2014. https://www.researchgate.net/publication/281489778_La_constitucionalizacion_de_los_derechos_sexuales_y_reproductivos_Hacia_una_igual_ciudadania_para_las_mujeres