

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Doctorado en Derecho

Representaciones de las mujeres en el derecho

**Construcciones de las identidades femeninas en el discurso jurídico penal
ecuatoriano**

Susy Alexandra Garbay Mancheno

Tutora: Roxana Arroyo Vargas

Quito, 2021



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Susy Alexandra Garbay Mancheno, autora de la tesis “Representaciones de las mujeres en el derecho: construcciones de las identidades femeninas en el discurso jurídico penal ecuatoriano”, mediante el presente documento, dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, y que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctora en Derecho.

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 por lo tanto 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 o en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación por parte de terceros respecto a los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a terceros y frente a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaria General el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

22 de marzo de 2021

Firma: _____

Resumen

Este trabajo de investigación indaga en las operaciones que realiza el derecho en la conservación del patriarcado como sistema de opresión. Particularmente, se centra en las formas en que opera, a través de sus enunciados, narrativas y rituales, en la construcción de la subjetividad femenina en el discurso jurídico penal ecuatoriano. Para la realización de este trabajo de investigación se ha considerado las propuestas teóricas y metodológicas de la teoría jurídica crítica y particularmente de la teoría jurídica crítica feminista, que proponen analizar el derecho desde una perspectiva relacional, esto es buscar las relaciones entre el fenómeno jurídico, sus enunciados, categorías, etc., y otros ordenes de la realidad social, estableciendo las regulaciones que los conectan entre sí, lo cual no es posible lograrlo sino desde un enfoque transdisciplinario. Se privilegia un estudio genealógico de las ideas y representaciones femeninas en los discursos punitivos que configuran la subjetividad femenina, esto la operación mediante la cual se ubica a las mujeres en lugares sociales adjudicándoles roles y comportamientos condicionados por adscripciones socioculturales. Se devela particularmente, la forma en que el discurso jurídico penal junto con otros discursos sociales, se articulan en la configuración de la mujer víctima e infractora a través de las figuras penales de trata con fines de explotación sexual y del aborto respectivamente, evidenciando como a través de enunciados discursivos aparentemente neutrales, rituales jurídicos y operaciones simbólicas constituyen identidades femeninas adscritas a estereotipos patriarcales, enmascarando el ejercicio de violencia y poder que se ejerce a través del derecho penal.

Palabras clave: feminismo, patriarcado, teoría jurídica crítica, explotación sexual, aborto

A Susana, mi madre y a la memoria de Eloísa, mujeres guías.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: El derecho como discurso social: replanteando el derecho desde las teorías críticas jurídicas	21
1. ¿Qué es el derecho? Hacia una comprensión no tradicional del fenómeno jurídico	22
1.1. La teoría crítica del derecho: Una ruptura de la concepción hegemónica del fenómeno jurídico.....	23
1.2. El pensamiento crítico como punto de partida	27
1.3. La crítica en el derecho: características en común	32
1.3.1. Renuncia a las certezas	32
1.3.2. Conceptualización del derecho como discurso social	34
1.3.3. Relación del derecho con el poder y la ideología.....	36
2. Irrupción del feminismo en el abordaje teórico y político del derecho: patriarcado y género como categorías reveladoras del análisis feminista.....	39
2.1. Estrategias latinoamericanas: cuestionamiento a la noción de ciudadanía como categoría que define al sujeto del derecho.....	50
2.1.1. El derecho como instrumento patriarcal utilizado para golpear al patriarcado	56
2.1.2. Cuestionamiento al universalismo femenino en el derecho	58
3. De la crítica feminista al derecho a la teoría jurídica crítica feminista	60
3.1. Aportes del feminismo occidental en la construcción de una teoría jurídica crítica.	62
3.2. Aportes del feminismo jurídico latinoamericano en la construcción de una teoría jurídica crítica.....	66
3.3. Derrumbando las certezas que ofrecen los sistemas axiomáticos del derecho	70
3.4. Más allá de la norma: el derecho como discurso social creador de identidades de género.....	75
3.5. Construcción discursiva del sujeto “Mujer” en el derecho.....	79
3.6. El método de análisis del derecho.	85
Capítulo segundo: Las mujeres en el discurso jurídico penal	89
1. El poder punitivo y las instituciones político-sexuales	90
2. La cuestión femenina y el delito: la construcción discursiva de la víctima	101
2.1. De víctima de un sistema de opresión a víctima de un delito.....	104

2.2. La subjetividad de la víctima no es ajena al discurso del poder.....	111
2.3. La reputación en la configuración discursiva de la subjetividad de la víctima	121
2.4. Objetivación del bien jurídico y de la víctima.....	128
3. Eva, la infractora.....	136
3.1. Los discursos punitivos sobre las desviadas.....	143
3.2. Las mujeres infractoras en el discurso penal ecuatoriano	148
3.2.1. La adúltera, la mala madre, la puta y la esposa desobediente	152
4. Condenadas por su sexo: relación entre víctimas e infractoras	161
Capítulo tercero: La identidad femenina de la víctima en el discurso jurídico penal en el delito de trata de personas con fines de explotación sexual	168
1. El sentido político de los discursos sobre la comercialización sexual de los cuerpos femeninos.....	169
2. Disociación de la sexualidad femenina: La función sexual de la mujer en el orden social patriarcal.....	171
3. Los cuerpos de las mujeres como objetos de convenios sexuales.....	177
4. Los discursos jurídico-penales sobre las prostitutas.....	181
4.1. Transformación del discurso punitivo: De mujer corrompida a mujer víctima	182
4.2. Ambivalencias en la construcción discursiva de los cuerpos de las mujeres en la explotación sexual.	186
4.3. El significado patriarcal de lo femenino en la figura de la trata con fines de explotación sexual	194
4.4. La edad: elemento identitario de la víctima de trata con fines de explotación sexual en la narrativa penal	199
Capítulo cuarto: La construcción de la identidad femenina en el discurso jurídico penal sobre el aborto	210
1. El aborto: delito y pecado.....	211
2. La honra en la configuración penal del aborto	218
3. Disputa de sentidos en el tratamiento legal del aborto: introducción de las demandas feministas.....	221
3.1. Intentos para despatriarcalizar el tratamiento penal del aborto en las reformas penales de 2014	226
3.2. Intentos para despatriarcalizar el tratamiento penal del aborto en las reformas penales de 2019	231
4. Elementos simbólicos en la configuración de la subjetividad femenina en el delito de aborto	235

Conclusiones.....	244
Bibliografía.....	252

Introducción

La crítica feminista al derecho sin duda provocó un quiebre en la tradicional epistemología jurídica. La inclusión de las categorías de patriarcado y género en los estudios del derecho permitieron derrumbar las ideas de objetividad y racionalidad defendida por la doctrina jurídica tradicional, y dio lugar a un sinnúmero de valiosas estrategias para disputar a través del derecho una distribución del poder más equitativa entre hombres y mujeres.

Una de esas estrategias ha sido el reconocimiento de derechos por un lado y por otro visibilizar las situaciones de violencia estructural y sistemática a la que están sometidas las mujeres dentro del orden social patriarcal, para ello uno de los recursos ha sido la utilización del derecho penal para buscar el reproche social y legal de conductas que durante siglos fueron legitimadas por un régimen de significados que han justificado la inferioridad femenina y por tanto su subordinación, en contra partida de la superioridad masculina.

No obstante, la introducción en el derecho penal de figuras que buscan sancionar las conductas de violencia y discriminación contra las mujeres, no ha sido suficiente para lograr modificar y menos erradicar la estructura que las sostiene, porque la formulación del derecho así como su interpretación no se la hace al margen de la racionalidad patriarcal. Sin embargo, los logros conseguidos en la dimensión formal del derecho, parece haber desmovilizado el accionar político - teórico feminista, de manera que los debates sobre el género en el derecho, se ha reducido en gran medida, a aceptar que esta categoría es una técnica que se limita a visibilizar a las mujeres como sujetos de derechos, es por ello que uno de los fines de este trabajo es remover las ideas que surgieron del feminismo, replantearlas y problematizar el estudio del derecho desde coordenadas conceptuales y metodológicas no tradicionales del derecho.

El objetivo general que se propuso para esta investigación fue: *Identificar cómo opera el discurso jurídico penal ecuatoriano en el mantenimiento del orden patriarcal, a través de la representación y reproducción de los imaginarios femeninos*. En tanto que los objetivos específicos fueron: a) *Identificar en los debates teóricos los elementos del análisis crítico del discurso jurídico*; b) *Identificar y analizar los elementos simbólicos en la construcción de las identidades femeninas en las diferentes dimensiones*

del discurso jurídico penal ecuatoriano; c) Identificar y analizar elementos de contexto en la construcción del discurso jurídico penal ecuatoriano, en relación a las mujeres; y d) Replantear la relación entre el género y el derecho, identificando las estructuras de significados que subyacen en el discurso jurídico penal ecuatoriano.

Este trabajo tiene particular interés en develar los mecanismos utilizados en el discurso jurídico penal, en la construcción de la subjetividad femenina, entendida como la forma en que las mujeres conciben su lugar en el mundo social, y manifestada en comportamientos que están condicionados por adscripciones socioculturales. La subjetividad femenina, dice Marcela Lagarde, se constituye por normas, valores, creencias que se van asimilando de forma consciente o inconsciente,¹ proceso en el cual el derecho cumple un rol importante, porque consolida las representaciones de las mujeres que a lo largo de siglos se han ido reproduciendo y que han servido para justificar como natural la condición de subordinación de las mujeres.

La construcción de la subjetividad femenina en el derecho no es unívoca; el discurso jurídico configura diferentes identidades femeninas dependiendo del ámbito en el que interviene, por eso no se puede hablar solamente de una representación de la *mujer* en el derecho, sino de las *mujeres*. Como ya se mencionó, para este trabajo se ha delimitado como ámbito de estudio el discurso jurídico penal toda vez que el ejercicio punitivo del Estado —en el caso de las mujeres, a través de diferentes dispositivos de control y castigo—, ha disciplinado los cuerpos femeninos para mantenerlas en los roles asignados en el orden social patriarcal, particularmente en los ámbitos de la sexualidad y la reproducción.

Para poder desentrañar la forma en que opera el derecho penal en este proceso, se ha recurrido al método que plantean las teorías críticas jurídicas, propuestas teóricas que no han merecido mayor atención en los estudios tradicionales del derecho. Estos tienden a ser formalistas, mientras que las denominadas teorías críticas del derecho proponen un marco conceptual que se aleja del que normalmente utilizan los juristas.² En todo caso es importante destacar que las teorías críticas del derecho están influenciadas por la corriente filosófica denominada pensamiento crítico, de muy antigua tradición pero consolidada en el siglo XX gracias a la producción teórica y filosófica de los autores de la Escuela de

¹ Marcela Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres: Madresposas, monjas, putas, presas y locas* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2015), 59.

² Álvaro Núñez Vaquero, “Teorías críticas del derecho: Observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica”, *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 26, (2010): 413-34, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3313283>.

Fránkfurt, que dieron lugar a una teoría basada en un enfoque materialista del proceso de la vida social, relacionando la filosofía y las ciencias sociales.³

La categoría de totalidad, propuesta inicialmente por Marx en su análisis de la sociedad capitalista, implica la búsqueda de las relaciones entre los diferentes órdenes de la realidad social y la forma en que esas relaciones se integran entre sí. La totalidad no implica neutralizar las particularidades de la realidad, ni esconder la diversidad de las relaciones sociales, sino identificar cómo están organizadas y jerarquizadas.

Para el análisis de la realidad social desde una perspectiva crítica, se propone eliminar la distancia entre el sujeto y objeto de estudio; a decir de Bolívar Echeverría, el sujeto y el objeto forman una subjetividad conjunta: el sujeto está identificado en el objeto de la realidad que estudia para interpretarla y transformarla.⁴ Desde la perspectiva del pensamiento crítico, este acercamiento a la realidad social resulta imposible hacerlo desde un conocimiento fragmentado, por lo que propone recurrir a la transdisciplinariedad.⁵

Los aportes teóricos del pensamiento crítico también influyeron en el ámbito jurídico, dando lugar a lo que se ha denominado teoría jurídica crítica, cuyos debates se encuentran dispersos en artículos y textos que han sido escritos principalmente en Europa y Estados Unidos.⁶ En América Latina la teoría crítica del derecho tuvo cabida en algunas universidades de México, Argentina y Brasil, cuyas discusiones constan en ensayos y obras que reivindicaban las ideas de los movimientos europeo y estadounidense, pero introduciendo categorías que permiten debatir el derecho desde la realidad latinoamericana.

Uno de los puntos que tienen en común las diferentes corrientes de las teorías jurídicas críticas es renunciar a las certezas que se pretende ofrecer, desde el jusnaturalismo y el positivismo, a la conceptualización y fundamentación del derecho, cuestionando, en el caso del primero, la defensa de un derecho natural abstracto, supraestatal, apolítico y ahistórico. Con relación al positivismo, se objeta su acercamiento al derecho desde una perspectiva eminentemente formal, además del afán de separar el derecho de la moral y la política, lo que restringe su análisis y estudio, negándose a observarlo como un fenómeno que puede adquirir varios sentidos por su innegable

³ Rolf Wiggershaus, *La Escuela de Fránkfort* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2011), 10.

⁴ Bolívar Echeverría, *El materialismo de Marx: Discurso crítico y revolución* (Ciudad de México: Itaca, 2011), 99.

⁵ *Ibíd.*, 102.

⁶ Carlos María Cárcova, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, en *Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, comp. Christian Courtis (Buenos Aires: Eudeba, 2001), 26.

relación con la ideología y el poder. Sin dejar de reconocer la relevancia y vigencia de los dos paradigmas jusfilosóficos, los cuestionamientos de la teoría jurídica crítica ponen en evidencia las limitaciones epistemológicas del positivismo y del jusnaturalismo, que no permiten enriquecer ni reanimar los debates conceptuales que den cuenta de la complejidad del fenómeno jurídico.⁷

A partir de esta perspectiva se propone concebir el derecho como un discurso social que produce sentido, en términos de Carlos María Cárcova: “El derecho aparece, así como un campo de sentido, en el que se relacionan multiplicidad de poderes y de actores con diversos significados”.⁸ El discurso jurídico está constituido por la dimensión formal de la norma así como también por la interpretación de los jueces, lo que argumentan los abogados, lo que producen los teóricos, así como los mitos, rituales e imaginarios que le dan significado social al derecho.⁹ De esta forma se defiende la necesidad de apuntalar una teoría del derecho como circulación de sentido. Para Cárcova esta propuesta teórica busca “mostrar cómo el orden jurídico se nutre del desorden periférico, o incluso interno, y reproduce a su vez desorden”,¹⁰ desmitificando la idea de que el derecho se explica a sí mismo.

Entendiendo que el derecho como discurso social no se configura al margen de la ideología y el poder, su análisis desde la perspectiva crítica implica desentrañar la forma en que estas categorías operan en el derecho. Para ello hay que fijarse no solamente en las formas explícitas en que este se alinea a una expresión del poder; el reto del estudio consiste en indagar aquellas formas en que el derecho se muestra como no controvertido y neutral.¹¹

Por su parte la teoría jurídica crítica feminista, introduce algunos elementos adicionales a los ya expuestos. Sin tener una postura pesimista frente al derecho, reconoce los límites que tiene para lograr una transformación del patriarcado, como sistema de dominación de las mujeres, por lo que propone develar los esquemas de poder en los que se formula el derecho y la forma en que operan en los discursos jurídicos. En este sentido, Celia Amorós, destaca que toda teoría crítica feminista debe rescatar el sentido originario

⁷ Carlos María Cárcova, “Jusnaturalismo vs. positivismo jurídico: Un debate superado”, *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), n.º 39 (1996): 49-84, <http://www.saij.gob.ar/carlos-maria-carcova-jusnaturalismo-vs-positivismo-juridico-debate-superado-dacf010073-1996-03/123456789-0abc-defg3700-10fcanirtcod>

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Robert Gordon, “Nuevos desarrollos en la teoría jurídica”, en *Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, comp. Christian Courtis (Buenos Aires: Eudeba, 2001), 332.

de teoría, que es *hacer ver*. Esto implica *irracionalizar* el saber y, para ello, desentrañar los conceptos de la racionalidad patriarcal en la que han sido concebidos.¹² En el ámbito jurídico, significa no dar por sentado lo que dice la dimensión formal del derecho, ni las interpretaciones que los operadores de justicia realizan, porque el acercamiento al derecho no es neutro; está condicionado por un régimen de saber que es constitutivo del patriarcado como sistema de dominación. Como afirma Foucault, no es posible concebir una expresión del poder por fuera de un ámbito del saber.¹³

Para la elaboración de esta tesis se realizó una revisión bibliográfica y documental en las bibliotecas de las Universidades Andina, Católica y Central. Para la búsqueda de producción doctrinaria de juristas ecuatorianos se recurrió a la Biblioteca Aurelio Espinosa Pólit. Asimismo, se hizo una búsqueda de información en el Centro de Documentación del Instituto de Criminología Julio Endara de la Universidad Central. Y en el Archivo de la Función Judicial. Adicionalmente se realizó un rastreo de artículos de teoría jurídica crítica en bases digitales de revistas de varias universidades, como la Universidad Autónoma de México, la Universidad de Alicante y la Universidad de Buenos Aires. Para la parte empírica de la investigación, toda vez que los archivos documentales cerraron su atención al público a causa de la pandemia mundial, fue necesario recurrir a funcionarios judiciales que, teniendo acceso a los expedientes y sentencias, facilitaron la información pertinente. Además, se realizó la búsqueda de sentencias en las bases digitales LEXIS y de la Corte Nacional de Justicia.

El trabajo de tesis está organizado en cuatro capítulos. En el primer rescata y contrasta las principales propuestas de la teoría crítica del derecho, ubicando los elementos en común de las diferentes corrientes, principalmente de la francesa, la norteamericana y la latinoamericana. Antes de revisar los planteamientos de la *teoría jurídica crítica feminista*, se hace una revisión de los principales cuestionamientos que el feminismo introdujo en la concepción tradicional del derecho. Se destaca la irrupción del feminismo en los estudios del derecho con la introducción de las categorías de género y patriarcado, que han servido para develar las diferentes expresiones de sexismo en el ámbito jurídico. Se identifican particularmente las estrategias feministas en el ámbito latinoamericano y especialmente en el Ecuador, sin pasar por alto los aportes del

¹² Celia Amorós y Ana de Miguel Álvarez, “Teoría feminista y movimientos feministas”, en *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización*, ed. Celia Amorós y Ana de Miguel Álvarez (Madrid: Minerva Ediciones, 2007), 16.

¹³ Michel Foucault, *Vigilar y castigar* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2009), 37.

feminismo jurídico occidental. Asimismo, se pone en relieve el aporte del feminismo jurídico en la problematización del análisis y estudio del derecho, que permitió la eliminación de figuras jurídicas arcaicas de los textos legales, así como también permitió la introducción de técnicas jurídicas y el reconocimiento de derechos específicos para las mujeres.

Si bien el feminismo jurídico introdujo una crítica radical a la epistemología del derecho, el debate teórico a nivel latinoamericano y ecuatoriano en especial, ha sufrido una inmovilización en las últimas décadas, causada posiblemente por el apremio que impone el pragmatismo, pero también por la falta de cabida para los debates teóricos, particularmente aquellos relacionados con el feminismo jurídico, relegando cualquier planteamiento sobre el tema a un *asunto de mujeres*. Toda vez que el presente trabajo se alinea a la propuesta de la *teoría jurídica crítica feminista*, en la última sección de este capítulo se recogen los elementos comunes a partir de las propuestas elaboradas por diferentes autoras. En este sentido, se destaca entre otros aspectos, la concepción del derecho como un discurso social portador de la ideología patriarcal, desvirtuando así las nociones de objetividad, neutralidad y universalidad que se ha pretendido ofrecer al derecho, tanto desde el jusnaturalismo, con la idea de la racionalidad de la base axiológica en la que se fundamenta el derecho, así como con la noción de validez, que propone el positivismo.

Desde la perspectiva crítica, se problematiza la relación género – derecho. Para ello se invita a superar la simple calificación del derecho como sexista o masculino, bajo la cual se ha pretendido corregir estos aspectos con técnicas jurídicas y el uso del lenguaje inclusivo, como si fuera un problema del derecho y no del orden social donde se produce y se aplica; más aún, Carol Smart dice que al hacerlo se pone un velo que impide debatir y problematizar aspectos estructurales del derecho.¹⁴

El derecho como discurso social configura un mundo social y ofrece sentido a las conductas y a las personas sobre las cuales interviene. En esta operación, la construcción discursiva del sujeto *mujer* en el derecho es importante en la medida que, a través del discurso jurídico, se determina el lugar que ocupa en la realidad social. Los enunciados discursivos del derecho pueden aparecer como coherentes y racionales; sin embargo,

¹⁴ Carol Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, comp. Haydée Birgin (Buenos Aires: Editorial Biblos / CEADEL, 2000), 36.

como dice Foucault, los discursos sociales son lugares problemáticos,¹⁵ cuya existencia responde a condiciones sociales e históricas de formación.¹⁶

El segundo capítulo de la tesis se ocupa de indagar sobre los dispositivos ideológicos que utiliza el derecho penal para disciplinar los cuerpos femeninos. Para ello se recurre a una genealogía de las ideas, como método propuesto por las teorías jurídicas críticas, que consiste en “mostrar los presupuestos históricos de la ideología jurídica dominante”.¹⁷ En este capítulo se exploran las representaciones e ideas sobre las mujeres que se han ido reproduciendo a través de diferentes discursos y que han justificado el ejercicio del poder punitivo para disciplinarlas y mantenerlas en los roles sociales asignados en el patriarcado, relación que ha sido determinante en la tipificación de conductas destinadas a controlar los ámbitos de la reproducción y la sexualidad femenina.

Asimismo, se indaga en la operación de la construcción de la subjetividad de la víctima y de la mujer delincuente en el discurso jurídico penal. En el primer caso, la figura de la víctima ha sido de particular interés en la estrategia feminista, que en su lucha por visibilizar y desnaturalizar la violencia contra las mujeres, ha promovido una serie de reformas en la normativa penal para tipificar como delitos a conductas de violencia que históricamente han sido aceptadas socialmente y justificadas por la ley. Sin embargo, la configuración de la mujer víctima dentro del discurso penal no es ajena a las representaciones de las mujeres reproducidas en otros discursos sociales; de esa forma, su pleno reconocimiento se ve condicionado e inclusive obstaculizado por el régimen de significados que se ha ido consolidado, respecto a la feminidad, a través de las diferentes instituciones del patriarcado, como la familia, la educación, la iglesia, etc.

Por otro lado, la construcción de la subjetividad de la mujer infractora tiene una tradición muy antigua y está estrechamente relacionada al arquetipo de la mujer pecadora de la tradición cristiana. De esta manera, el quebrantamiento de las reglas socioreligiosas, que norman los roles sexuales y reproductivos de las mujeres, ha justificado su disciplinamiento a través de dispositivos del poder punitivo privado, principalmente la familia, pero también ha legitimado la reacción del poder punitivo estatal, a través de la tipificación de delitos, como el aborto, el infanticidio, el adulterio, etc.¹⁸ Siendo así, en

¹⁵ Michel Foucault, *La arqueología del saber* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2013), 69.

¹⁶ *Ibid.*, 55.

¹⁷ Núñez, “Teorías críticas del derecho”, 419.

¹⁸ Lola Aniyar de Castro, *Criminología de los Derechos Humanos: Criminología axiológica como política criminal* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010), 205.

este capítulo se identifican los elementos simbólicos que en los sistemas de ideas dominantes determinan la construcción de la subjetividad de la víctima y de la infractora en el discurso penal ecuatoriano.

Para indagar en la operación ideológica que hace el derecho, se delimito metodológicamente el estudio de dos tipos penales. Uno en el cual la mujer figure con víctima y otro en el que constituya infractora. De esa forma en el tercer capítulo se hace una genealogía de la construcción discursiva de la *mujer víctima* del delito de trata con fines de explotación sexual, conducta tipificada hace quince años en la norma penal ecuatoriana; sin embargo, la inclusión de esta figura penal y el reconocimiento de la mujer víctima no están exentos de complejidad, ambivalencias y contradicciones que obedecen a que el correlato de este delito es la prostitución, institución defendida en el patriarcado para satisfacer la sexualidad masculina convirtiendo los cuerpos de las mujeres en objetos–mercancías. Se indagan en este capítulo las condiciones históricas y sociales que dan lugar al surgimiento de la narrativa penal que produce el sujeto *mujer víctima de trata con fines de explotación sexual*, así como los elementos que constituyen su identidad y que están plasmados en enunciados discursivos, en la dimensión formal del derecho, en la dimensión interpretativa de la norma que realizan los juzgadores y otros operadores judiciales, y en aspectos simbólicos develados en los rituales jurídicos del proceso penal.

Finalmente, en el cuarto capítulo, la tesis se ocupa de la genealogía de la *mujer infractora* en la figura penal del aborto, conducta tipificada en la primera normativa penal ecuatoriana y vigente hasta la actualidad, con algunas reformas que consisten básicamente en la inclusión de causas de no criminalización del aborto provocado para salvar la vida de la madre y en casos de embarazo producto de violación de una mujer con discapacidad. De esta forma, en este capítulo se identifican las prácticas discursivas que se han empleado para mantener la penalidad del aborto, y particularmente aquellas que crean la identidad de la mujer que aborta, que es aquella que no acata el mandato social y divino de la maternidad. De igual forma, para el desarrollo de este capítulo se indaga en los enunciados discursivos plasmados en las dimensiones formal, interpretativa y simbólica del discurso jurídico penal ecuatoriano.

Capítulo primero

El derecho como discurso social: replanteando el derecho desde las teorías críticas jurídicas

Este capítulo está organizado en tres secciones. En la primera se realiza una revisión de los aspectos nucleares de la teoría jurídica crítica, la cual a diferencia del positivismo y el jusnaturalismo, problematiza el concepto y la fundamentación del derecho, utilizando herramientas de otras disciplinas y categorías conceptuales como la *ideología* y el *poder*. Se destaca en particular la influencia de la Escuela de Fráncfort como teoría social que cuestiona la racionalidad de la modernidad que realizó una operación para abandonar el fin de la razón y convertirla en un medio. La teoría jurídica crítica, en sus diferentes vertientes, coincide en conceptualizar al derecho como un discurso social que crea la realidad que va a intervenir, así como los sujetos que aprehende con sus normas, para mantener el *statu quo*.

En la segunda sección, se resaltan los cuestionamientos que el feminismo ha realizado a las concepciones hegemónicas del derecho, rescatando inicialmente el pensamiento de las filósofas de la ilustración, olvidado por la historia y despreciado en el conocimiento, pero que ha sido clave en los debates teóricos y las reivindicaciones políticas y jurídicas de las feministas de los siglos posteriores. Asimismo, se identifican las principales estrategias feministas en Latinoamérica y en el Ecuador, observando que el *reformismo*, en términos de Frances Olsen, ha sido predominante en las agendas de los movimientos de la región. Ahora bien, como lo afirma Alda Facio, no todas las críticas feministas al derecho constituyen una teoría crítica del derecho,¹⁹ por lo que en la última sección se recuperan los principales aportes de las feministas sociojurídicas que, adscribiéndose a esta corriente, han problematizado el estudio del derecho y sin duda abierto un vasto camino de reflexión jurídica desde el feminismo crítico latinoamericano. En esta sección se destacan los elementos particulares, tanto teóricos como metodológicos que abonan en la construcción de una teoría jurídica crítica desde el feminismo.

¹⁹ Alda Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coord. Gioconda Herrera (Quito: FLACSO / CONAMU, 2000), 16.

1. ¿Qué es el derecho? Hacia una comprensión no tradicional del fenómeno jurídico

Puede parecer banal preguntarse qué tipo de entidad es el derecho, especialmente en este tiempo en que la abundante producción normativa que regula todos los aspectos de la vida parece dar por sentado que es una herramienta indispensable para ordenar las relaciones sociales. Desde una perspectiva tradicional y generalizada, el derecho se concibe como un sistema axiomático, necesario para lograr una convivencia ordenada cuya legitimidad deviene del orden estatal y su capacidad para ejercer poder.

En principio, puede afirmarse que la generalidad de las personas sabe de qué se está hablando cuando se refiere al “derecho”, pero resulta difícil establecer una definición, puesto que es una construcción que responde a lugares de enunciación y contextos históricos determinados. La definición del derecho busca indagar en su esencia, para lo cual es necesario explicarlo en sus relaciones con otros objetos y fenómenos. La esencia es aquella condición que determina el objeto. Stammler, al preguntarse qué ha de entenderse por esencia del derecho, dice: “es la unidad de condiciones que le determinan”,²⁰ por lo que hay que buscar los elementos que caracterizan esa unidad.

Han sido principalmente dos sistemas filosóficos desde donde se ha debatido amplia e interminablemente sobre la definición del derecho y su fundamento: el *jusnaturalismo* y *positivismo*, ambos de raigambre muy antigua y que han ocupado un lugar importante en la filosofía jurídica en los últimos doscientos años. Ambas corrientes aunque puedan a primera vista parecer irreconciliables, descansan en el dualismo ser y deber ser.

Por un lado, el jusnaturalismo busca justificar la existencia de normas jurídicas de carácter absoluto que se emanan de la naturaleza humana, lo cual es cuestionado por el dogma positivista, que defiende el origen del derecho en normas jurídicas positivas, cuya aplicación obedece a procesos lógicos deductivos. En todo caso, en los dos sistemas jurídicos, el derecho se sustenta en las normas. El alemán Artur Kaufman, en un artículo publicado en los años setenta, advirtió del entrapamiento en que se encontraba la filosofía jurídica entre estos dos paradigmas filosóficos y, la necesidad de avanzar hacia una hermenéutica jurídica para la comprensión del derecho más allá de las normas que se aparte o al menos relativice el dualismo ser y deber ser, y que considere los “contenidos materiales de la vida social, más exactamente en la dialéctica del contenido material vivo

²⁰ Rudolf Stammler, *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces (Ciudad de México: Editora Nacional, 1974), 63.

y norma, de ser y deber ser”²¹, lo que implica asumir que el derecho no es una entidad acabada, sino un acaecer histórico:

Los hechos jurídicos, los *contenidos vitales* jurídicamente relevantes, no son por su parte un ingrediente del concepto de derecho, sino que se entenderán, en todo caso, como “derecho en sentido sociológico”. Esto responde plenamente al dualismo metódico kantiano, de acuerdo con el cual un deber ser no puede determinarse a través de un ser. Pero, si ser y deber ser estuvieran separados por un abismo, ¿cómo tendría lugar la llamada *subsunción* de los contenidos vitales bajo las normas jurídicas? ¿cómo sería posible poner al derecho en contacto con la realidad, “aplicarlo” a ella, si ese derecho sólo constara de normas, independientes y no influidas por la realidad histórica? ²²

Si bien este planteamiento no significa una renuncia a los aportes del jusnaturalismo y del positivismo, si pretende abrirse paso entre estas dos corrientes, para problematizar el estudio del derecho y comprenderlo hermenéuticamente como una entidad histórica y con vida. A lo largo de las últimas cinco décadas se han realizado esfuerzos para construir herramientas teóricas y metodológicas que consigan un acercamiento al derecho desde esta perspectiva, siendo una de las más destacadas los aportes de la *teoría crítica*, consolidada por los autores de la Escuela de Frankfurt, como Horkheimer, Adorno, Marcuse, Habermas, entre otros, que dieron un impulso a la discusión filosófica jurídica, dando lugar a lo que se ha denominado como *teoría jurídica crítica*, que aglutina riquísimos y provocadores debates, no acabados y constantemente replanteados, discusiones que también han tenido cabida en algunas universidades y centros académicos de América Latina. En las siguientes páginas se identificará las características las principales corrientes de esta corriente teórica y los lugares comunes de las diferentes propuestas.

1.1. La teoría crítica del derecho: Una ruptura de la concepción hegemónica del fenómeno jurídico

La teoría crítica del derecho, a diferencia de los modelos positivistas y jusnaturalistas, no pretende ser un paradigma teórico y metodológico, pues se ha dado esta denominación a una variedad de planteamientos que podrían parecer inclusive ajenos al debate jurídico ordinario. Sin embargo, desde la perspectiva de la teoría jurídica crítica,

²¹ Arthur Kaufmann, “Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, no. 50 (2016): 133 – 142, DOI: 10.30827/acfs.v50i0.5166

²² *Ibíd.*, 138

al contrario de lo que se afirmaría desde un tradicional sentido jurídico, el estudio del derecho no se limita exclusivamente a normas, procedimientos, litigios, etc. La explicación formulada por Carlos María Cárcova sobre esta propuesta teórica es clarificadora:

la denominada “Teoría Crítica del Derecho” se piensa a sí misma como un conjunto de problemáticas consistentemente enlazadas, pero abiertas. Comprender el fenómeno de la juridicidad implica dar cuenta en parte de la interacción humana, que para tornarse progresivamente más inteligible, exige tener presente, a la manera de un horizonte de sentido, el resto de la interacción humana. Y, como de ese “resto” se ocupan otras disciplinas, como la ética, la sociología, la antropología, la economía, etc., la teoría jurídica lejos de cerrarse en un “universo propio”, sin por ello perder su especificidad, debe recorrer el camino de la multi y transdisciplinariedad.²³

Los debates de la teoría jurídica crítica están dispersos en varios ensayos, artículos y libros, cuyo estudio no ha ocupado un lugar preeminente en la formación jurídica en el Ecuador. Si bien es cierto que la mayoría de la producción de ideas en esta línea proviene de Europa y Estados Unidos, también es cierto que en América Latina se han desarrollado interesantes estudios y propuestas de teorías críticas. Carlos María Cárcova identifica tres vertientes de la crítica jurídica: una de ellas es la francesa, impulsada en los años setenta por Michel Miaille, quien junto con otros docentes de derecho de algunas universidades del sur de Francia, fundó el movimiento “Critique du droit”, de inspiración marxista y que pretendía desarrollar una teoría jurídica contrahegemónica, así como una propuesta pedagógica y de abordaje práctico del derecho.²⁴

Los seguidores de este movimiento cuestionaron, desde una perspectiva del materialismo histórico, la dominante corriente positivista que rechaza la relación entre el derecho y la política. Asimismo, ensayaron un ejercicio transdisciplinario en el estudio del derecho, alentando una lectura crítica de este, desde perspectivas de autores no jurídicos como Gramsci y Althusser, ejercicio que implicó un quiebre con respecto a la tradicional forma de entender el derecho.²⁵

Es principalmente la obra de Michel Miaille, *Introduction critique au droit*, la que dio a conocer el pensamiento del movimiento fuera de Francia. Maille defiende “un pensamiento crítico, dialéctico, que postula que el mundo es complejo y la realidad

²³ Cárcova, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, 21.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Martine Kaluszynski, “Cuando el derecho reencuentra la política: Primeros elementos de análisis de un Movimiento Crítico del Derecho”, en *Crítica Jurídica Comparada*, coord. Mauricio García Villegas y María Paula Saffon (Bogotá: Universidad Nacional, 2010), 205.

relativa”.²⁶ Por lo tanto, propone trascender del estudio normativo del derecho, alertando que la técnica jurídica es un mero reflejo del sistema jurídico, es solo su apariencia que no logra revelar su verdadero contenido. Es decir, la forma del derecho no explica su función económica y social.

Otra corriente crítica del derecho es la que surgió en los Estados Unidos, también en los años setenta, bajo el nombre de *Critical Legal Studies*, cuya naturaleza difiere de la escuela crítica francesa. De acuerdo a Carlos María Cárcova, en los autores de esta línea predomina una concepción deconstructivista de influencia derridiana. En este sentido, propusieron “exhibir los límites ideológicos del derecho aplicado [y] su generalizado modo de operar como mecanismo de reproducción del poder y de la dominación social”.²⁷ *Critical Legal Studies* nació a finales de la década de los sesenta en la Universidad de Yale, y posteriormente tuvo como centro de debate la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Uno de los principales exponentes de este movimiento es Duncan Kennedy.

Al igual que el movimiento francés, el estadounidense se ocupó de cuestionar los métodos de enseñanza del derecho, haciendo particular énfasis en la crítica al razonamiento jurídico y la modelación de relaciones jerárquicas. En esta línea, el movimiento cuestiona el análisis liberal progresista que utiliza el discurso de los derechos, sumergiendo a los abogados en una retórica vacua, recurriendo al razonamiento jurídico como una técnica inofensiva, sin analizar que la argumentación jurídica puede ser utilizada para justificar cualquier resultado, imposibilitando que esta opere como un instrumento de transformación estructural. Duncan Kennedy considera que el razonamiento jurídico muestra a las normas como “naturales, necesarias y justas”, cuando no lo son.²⁸ Asimismo, asegura que el discurso de los derechos atomiza a los individuos porque suponen la protección jurídica a sujetos individuales, pero no están formulados para ofrecer respuesta a las desigualdades sociales de clase y género. En este sentido, el autor señala que dicho discurso constituye una trampa “ya que es incoherente y manipulable, tradicionalmente individualista e intencionalmente ciego a realidades de desigualdad sustancial”.²⁹

²⁶ *Ibíd.*, 17.

²⁷ Cárcova, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, 26.

²⁸ Entrevista a Duncan Kennedy, “¿Son los abogados realmente necesarios?”, en *Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, comp. Christian Curtis (Buenos Aires: Eudeba, 2001), 406.

²⁹ Duncan Kennedy, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en *Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, comp. Christian Curtis (Buenos Aires: Eudeba, 2001), 385.

A diferencia del movimiento francés, *Critical Legal Studies* aunque asume algunas categorías del materialismo en el análisis del derecho, no se alinea radicalmente a esta postura. Si bien reconoce que el derecho es funcional al capitalismo, señala que el *marxismo instrumentalista*, aun siendo crítico del derecho, no aporta en la comprensión de las reglas y la retórica jurídica, porque las considera como un disfraz.³⁰ Duncan Kennedy afirma que, por lo tanto, “lo que se necesita es pensar al derecho de tal manera que sea posible entrar en él, criticarlo pero sin rechazarlo, y manipularlo sin dejarse llevar por su sistema de pensamiento y funcionamiento”.³¹

Como postura crítica, el autor asume que el derecho no se limita a su expresión formal sino que también lo constituyen la argumentación que se emplea en su aplicación, así como los procesos de razonamiento que se utilizan para crear las normas.³² Kennedy entiende que el derecho es un elemento de la totalidad social, por lo que para comprender su operación es necesario recurrir a otras categorías, como el poder.

Tanto el movimiento francés como el estadounidense tuvieron influencia en América Latina, provocando que en algunas universidades de la región surgieran grupos de abogados que tenían interés por estudiar el rol del derecho en el cambio social. Para ello fue indispensable recurrir a otros ámbitos disciplinarios, como la sociología, la antropología y la teoría política, cuyos marcos teóricos eran ajenos a las concepciones jurídicas tradicionales, configurando un movimiento de *teoría jurídica crítica latinoamericano*.

El devenir del *socialismo democrático* en Chile, en el año 1973, activó la lectura de autores marxistas del derecho que lo concebían como un reflejo de las relaciones de producción. Luego del derrocamiento del presidente Allende y la posterior instauración de dictaduras militares en ese país y en otros de América, y frente a las consecuencias de ello, se re teorizaron las categorías de democracia y derechos humanos, dando lugar a nuevos esquemas de pensamiento y práctica del derecho. Se buscó apuntalar el uso alternativo de este, así como defender el garantismo y la legalidad.³³ Para algunos autores la reivindicación del derecho desde su uso alternativo —como una actividad que busca la formulación y aplicación de normas desde y a favor de grupos de personas menos aventajadas en la sociedad—, también se considera como crítica jurídica.³⁴

³⁰ *Ibíd.*, 387.

³¹ *Ibíd.*

³² Entrevista a Duncan Kennedy, “¿Son los abogados realmente necesarios?”, 405.

³³ Cárcova, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, 27-8.

³⁴ Oscar Correas, *Crítica de la ideología jurídica* (Ciudad de México: UNAM, 1993), 138.

No obstante —y a pesar de que en Latinoamérica la denominada *teoría crítica del derecho* no ha ocupado un lugar preeminente en la formación jurídica—, esta corriente se ha insertado en las universidades de algunos países, dando lugar a importantes planteamientos que enriquecen la discusión del derecho. Así, pueden mencionarse las líneas de estudio crítico jurídico en, Brasil y México, Argentina,³⁵ cuyos aportes constan en obras, ensayos y artículos que rescatan las ideas de los movimientos europeo y estadounidense, pero introduciendo categorías que permiten debatir el derecho desde la realidad latinoamericana. La forma polisémica de acercamiento a las posturas críticas del derecho ha llevado a cuestionar inclusive la solidez de una teoría crítica jurídica, tal como lo planteó hace varios años Ricardo Entelman: “En su estado actual, la teoría crítica del derecho aparece no tan sólida como teoría que como crítica de las teorías dominantes en la filosofía jurídica”.³⁶ En todo caso los debates y reflexiones de autores y autoras que se adscriben a esta corriente, han despertado interés por su inmersión en categorías conceptuales y metodológicas que desafían los estudios tradicionales del derecho. En los párrafos siguientes, se intentará identificar algunos puntos nucleares de las propuestas que apuntalan la formulación de una teoría crítica del derecho.³⁷

1.2. El pensamiento crítico como punto de partida

La crítica viene de una tradición filosófica antigua; sin embargo, se puede identificar a Kant como uno de sus precursores, con su conocida obra *Crítica de la razón pura*. La crítica implica analizar con rigurosidad el alcance y los límites de algo. En el caso de la obra mencionada, Kant justamente analiza, en forma desmenuzada, los componentes y el alcance de la razón, trascendiendo de la explicación empirista y racionalista imperante en esa época. El autor marcó una ruptura en esos paradigmas filosóficos al plantear que existe un conocimiento trascendental al que no es posible acercarse con la experiencia, sino que es previo o *a priori* de la experiencia. Esto implicó

³⁵ Con el riesgo de hacer una referencia en extremo restrictiva, se pueden mencionar varios exponentes: en Argentina están Carlos María Cárcova, Enrique Marí, Ricardo Entelman, Alicia Ruiz, Christian Courtis, entre otros. En México el más destacado representante es Oscar Correas, y en Brasil Antonio Wolkmer.

³⁶ Ricardo Entelman, “Discurso normativo y organización del poder: La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”, *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.º 4 (1986): 109, <http://biblio.juridicas.unam.mx>

³⁷ Álvaro Nuñez Vaquero, “Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica”, *Anuario de filosofía del derecho*, no. 26 (2010): 413 - 434

a su vez replantear el rol del sujeto en la producción del conocimiento y definir los límites de la filosofía imperante como teoría del conocimiento.³⁸

Si bien la filosofía de Kant sienta precedentes en la crítica, es la obra de Marx la que inspira el pensamiento crítico. Marx buscó explicar las regularidades que determinan la vida social, considerándolas como construcciones sociales, es decir de creación humana. En este sentido, planteó que las sociedades son históricas y posibles de transformación por el accionar humano, cuestionando así la postura naturalista que defendía la existencia de leyes naturales e inmutables.

Para la búsqueda de esas leyes generales que organizan la sociedad capitalista, Marx utilizó la categoría de *totalidad* en el análisis de la realidad. Esta supone “la unidad de partes integradas e interrelacionadas, [...] una unidad jerárquicamente organizada y estructurada”.³⁹ La totalidad no constituye la suma de partes sino la búsqueda de las relaciones entre los diferentes órdenes de esa realidad, que pueden ser en unos casos visibles, pero también pueden no serlo; por ello es necesario desentrañarlos. Esto plantea un desafío en la investigación social, tal como lo formula Jaime Osorio: “En definitiva, la realidad está estructurada y una de las tareas del conocimiento es desentrañar esa organización, así como definir sus legalidades”.⁴⁰

La totalidad no implica anular las particularidades de la realidad ni ocultar la diversidad de las relaciones sociales, sino identificar cómo están organizadas y jerarquizadas y cómo eso incide en la vida social. En este sentido, Marx desentrañó cómo se organiza la sociedad capitalista, cómo opera y cuál es su lógica; de ese modo, concluyó que la acumulación capitalista es la actividad unificante de la vida social: “el capital es la potencia económica (de la sociedad burguesa) que lo domina todo”.⁴¹

El pensamiento crítico también se caracteriza por ser *inmanente*. Así, Marx propone observar el mundo, la realidad social, no como un objeto ajeno al sujeto que lo estudia. Al contrario, plantea eliminar esa distancia reflexiva y adentrarse en la realidad, es decir, reflexionar desde adentro para poder interpretarla, desmontar la ideología dominante, el discurso establecido, y transformar el mundo social. Esta idea es destacada por Bolívar Echeverría como una característica del pensamiento crítico:

³⁸ Immanuel Kant, *Crítica de la razón práctica* (Madrid: Gredos, 2010), 205-40.

³⁹ Jaime Osorio, *Fundamentos del análisis social: La realidad social y su conocimiento* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016), 23.

⁴⁰ *Ibid.*, 22.

⁴¹ Karl Marx, *Elementos fundamentales para una crítica de la economía política (Grundrisse)* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1971), 28.

Podemos interpretar pero ya no con la actitud del distanciado, del que no tiene nada que ver con el objeto que está ante sus ojos, sino como aquél que es él mismo el objeto que está ahí. Dejemos de pensarnos como los sujetos que están ante el objeto y pensemos al objeto como sujeto él mismo y nosotros involucrados en la sujetividad que nos conjunta con él, que nos identifica con él.

Nuestro pensar tiene que estar justamente en la transformación del mundo y su manera de interpretar el mundo transformándolo es el discurso crítico porque este es una participación en lo que Marx cree que está transformando [...].⁴²

El pensamiento crítico también rechaza la fragmentación en el dominio del conocimiento, configurando disciplinas específicas sin relaciones entre unas y otras. Esta fracturación, dice Osorio, es un principio epistémico que se ha constituido como necesario en las ciencias y en general en el mundo de la modernidad capitalista.⁴³ La crítica a la ideología dominante no es posible hacerla desde una sola parcela del conocimiento. En este sentido, Bolívar Echeverría afirma que “[e]l discurso crítico no está pensando en si está pisando el terreno de la sociología, sino que penetra y sigue hasta la antropología, y se pasa a la psicología y a la economía y así abarca todas las esferas de la vida social”.⁴⁴

Este ejercicio es realizado por Marx en su estudio del capitalismo, pasando por encima de las delimitaciones impuestas por las disciplinas. Para hacer una crítica inmanente, el acercamiento a la realidad social desde una perspectiva de totalidad —que supone la transformación de la realidad que estudia, desmontando el discurso impuesto— requiere de la *transdisciplinarietà*.

La teoría crítica en el siglo XX se consolida con la denominada *Escuela de Fráncfort*. Este fue un proyecto de reflexión filosófica e investigación social que agrupó a varios pensadores alemanes, en las primeras décadas del siglo XX, en el Instituto de Investigación Social de Fráncfort. Entre ellos se destacan Theodor Adorno, Max Horkheimer, Herbert Marcuse, Erich Fromm, Jürgen Habermas y Walter Benjamin. Los debates y la producción académica de estos pensadores representaron un nuevo paradigma en la teoría social. Con ellos se introdujo un enfoque materialista de la totalidad del proceso de la vida social y se relacionó la filosofía y las ciencias sociales, recurriendo sistemáticamente a categorías del materialismo histórico y del psicoanálisis.⁴⁵ Con diferentes énfasis, los autores de esta corriente aportaron elementos para la construcción de una teoría de la sociedad en su conjunto, “que tuviera como objeto a los

⁴² Echeverría, *El materialismo de Marx*, 99.

⁴³ Osorio, *Fundamentos del análisis social*, 28.

⁴⁴ Echeverría, *El materialismo de Marx*, 102.

⁴⁵ Rolf Wiggershaus, *La Escuela de Fráncfort*, 10.

seres humanos como los productores de sus formas de vida históricas, pero precisamente de formas de vida que estaban enajenadas de ellos”.⁴⁶

En la *Crítica de la razón instrumental* de Max Horkheimer, al igual que en la *Dialéctica de la Ilustración* —trabajo realizado con Theodor Adorno—, se reflejan varias de las ideas principales de la Escuela de Fráncfort, como la que refiere la crítica a uno de los pilares de la modernidad: la razón. De acuerdo con estos autores, la modernidad, con su discurso racionalista, anuló la noción de *razón objetiva* presente en los grandes sistemas filosóficos, cuyo núcleo teórico se ocupaba de fines supremos, aunque estos puedan ser calificados de mitológicos.⁴⁷

La modernidad enervó la idea de una *razón subjetiva* que se manifiesta en la capacidad del pensamiento humano para “calcular probabilidades y determinar los medios más adecuados para un fin dado”,⁴⁸ es decir instrumentalizó la razón al convertirla en un medio. Esta operación, de la que se ocupó la filosofía política del siglo XVIII, pasó a un lugar predominante luego de las revoluciones americana y francesa, con la configuración del Estado moderno. En este sentido, se afirma que las doctrinas jusnaturalistas dieron lugar a una metafísica racionalista que alentaba el interés egoísta. De otro lado, también se cuestiona la formalización de la razón, realizada por el positivismo, cuya consecuencia fue que los conceptos de justicia, igualdad, libertad, felicidad, entre otros, que eran el núcleo de la razón objetiva, perdieran sus raíces espirituales.⁴⁹ Al perder la sustancia, esos conceptos fueron objeto de manipulación ideológica, al punto que se utilizaron para justificar la opresión y el dominio no solo de los seres humanos sino también de la naturaleza:⁵⁰

Una vez despojada de su autonomía, la razón se ha convertido en un mero instrumento. [...] En su aspecto instrumental, tal como es destacado por el pragmatismo, se subraya su capitulación, ante contenidos heterónomos. La razón forma parte por entero del proceso social, al que está sujeta. Su valor operativo, el papel que juega en el dominio de los hombres y de la naturaleza, ha sido finalmente convertido en un criterio único.⁵¹

El programa teórico de los pensadores de la Escuela de Fráncfort, aunque tuviera signos distintivos, fue etiquetada como *teoría materialista* o *teoría crítica* y enriqueció los estudios de la sociología, pero también extendió su influencia a otras disciplinas, por

⁴⁶ *Ibíd.*, 15.

⁴⁷ Max Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental* (Madrid: Trotta, 2010), 47.

⁴⁸ *Ibíd.*, 47.

⁴⁹ *Ibíd.*, 60.

⁵⁰ *Ibíd.*, 61.

⁵¹ *Ibíd.*, 58.

ejemplo el derecho, dando lugar a diversas variantes, como ya se explicó en párrafos anteriores.

El pensamiento crítico de inspiración marxista también tuvo cabida en los estudios sociológicos latinoamericanos, siendo una tendencia importante en las décadas de los sesenta, setenta y parte de los ochenta del siglo anterior. El contexto latinoamericano urgió el pensamiento crítico para analizar el desarrollo del capitalismo y las diferentes formas de dominación. Estos debates se alimentaron con el aporte de autores como Mariátegui, Dussel, Quijano, entre otros, que sin apartarse del marxismo, lo problematizaron para estudiar la heterogeneidad de las relaciones sociales latinoamericanas. Es así que Aníbal Quijano, en particular, introdujo otros conceptos como colonización, colonialidad e interseccionalidad, que sirvieron para cuestionar el eurocentrismo del conocimiento y del poder.⁵²

En los años ochenta entraron en escena otras propuestas teóricas que también se ocuparon de entender las lógicas del poder y la dominación. De esta forma, el pensamiento crítico se abrió a otros pensadores como Foucault. La necesidad de explorar otras categorías teóricas, además de las marxistas, se debió en gran medida a la configuración de una diversidad de sujetos que irrumpieron en la escena política latinoamericana, cuestionando no solo el dominio de clase, sino también el sexual y racial, ámbitos que estuvieron por fuera del análisis político durante décadas.⁵³

A partir de allí, las relaciones de poder y de las desigualdades sociales estarán marcadas por otras vertientes críticas como los estudios postcoloniales y el feminismo, entre otros, que van a centrar gran parte de sus indagaciones en la constitución de estos sujetos, y en la forma como la lectura del Estado y la nación desde estas zonas “periféricas” permite repensar las formas de la dominación.⁵⁴

El pensamiento crítico constituye entonces los ejercicios teóricos que conllevan análisis perspicaces de la dominación y el poder en diferentes estadios de la vida social,

⁵² Para Aníbal Quijano, la colonialidad es un proceso inacabado, resultado de la colonización europea. La colonialidad implica, entre otras cosas, que las poblaciones adquirieron una identidad sometida a la visión eurocéntrica del poder. Esto ha significado que las formas de conocer el mundo de las poblaciones dominadas estén marcadas por lo que denomina la hegemonía del eurocentrismo. Así, las poblaciones dominadas han quedado atrapadas en un esquema epistemológico europeo que se constituyó en el referente de una razón que ha sido instrumentalizada para justificar las relaciones de poder. Véase Aníbal Quijano, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en *Globalización y diversidad cultural*, comp. Ramón Pajuelo y Pablo Sandoval (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2004), 228-81.

⁵³ Gioconda Herrera, “Introducción”, en *Antología del pensamiento crítico ecuatoriano contemporáneo*, coord. Gioconda Herrera (Buenos Aires: CLACSO, 2019), 9-15.

⁵⁴ *Ibíd.* 14.

interpretaciones que desmontan las certezas ofrecidas por los paradigmas teóricos tradicionales.

1.3. La crítica en el derecho: características en común

El derecho también se constituyó en un ámbito de interpretación del pensamiento crítico. Tal como se señaló en páginas anteriores, existen diferentes vertientes de la crítica jurídica: la francesa de tradición marxista, la norteamericana de carácter ecléctico, mientras que en Latinoamérica los debates se han alimentado de las dos anteriores pero también se han introducido elementos que buscan caracterizar e interpretar el derecho en un contexto propio. A continuación se intentará resumir las características comunes a las diferentes corrientes del pensamiento jurídico crítico.

1.3.1. Renuncia a las certezas

Uno de los elementos que comparten las diferentes posturas es el cuestionamiento a los dos máximos paradigmas teóricos del derecho, es decir el jusnaturalismo y el positivismo en sus distintas versiones, considerándolos modelos cuyo reduccionismo no permite observar al derecho en sus diferentes dimensiones y complejidad.

El jusnaturalismo racionalista, que entraña los criterios axiológicos de la modernidad —cuyo discurso propone un límite al poder arbitrario de la autoridad y al mismo tiempo un pacto social—, no es considerado como un modelo idealizado tal como lo propone la filosofía liberal. Pues, la pretensión de justificar racionalmente categorías axiológicas del ser y del Estado condujo a su manipulación e instrumentalización para la protección de intereses individuales.

Marx, además de ubicar al derecho en la superestructura ideológica de la sociedad capitalista, al referirse a la promesa del jusnaturalismo racionalista en que se funda el Estado moderno y el concepto de un derecho natural racional, señala que ese Estado político responde a los intereses de la sociedad burguesa. Además, el autor sostiene que, en base a una irreal universalidad y a la generalidad de un estatuto jurídico, se pretende suprimir las diferencias entre los seres humanos, declarando a cada una de esas diferencias apolíticas. De ese modo, el real ser humano se convierte en una especie que forma parte de una imaginaria soberanía, pero al mismo tiempo es disociado de la comunidad: “Constatemos ante todo el hecho de que, a diferencia de los *droits du citoyen*,

los llamados *derechos humanos*, los *droits de l'homme*, no son otra cosa que los derechos del *miembro de la sociedad burguesa*, es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad”.⁵⁵

En este mismo sentido, cabe señalar la crítica que Horkheimer hizo a formalización de la dimensión axiológica en la que se basa el jusnaturalismo racionalista:

La constitución política era concebida originariamente como una expresión de principios concretos que encuentran en la razón objetiva su fundamento; las ideas de justicia, de igualdad, de felicidad, de propiedad, todas ellas tenían que concordar con la razón [...]. Posteriormente el contenido de razón pasa de modo arbitrario a ver reducidas sus dimensiones a la de una sola de sus partes, al menos a uno solo de sus principios; lo particular pasa a ocupar el lugar de lo general.⁵⁶

En términos generales, la crítica se centra en el cuestionamiento de la existencia de un derecho natural supraestatal de carácter abstracto apolítico y ahistórico. Pues la dimensión axiológica tiene datos sociales e históricos, pero además su contenido y justificación no es ajena a relaciones sociales de dominación.

Por otro lado, el carácter normativo del positivismo no permite sino un acercamiento exegético al derecho, exhibiendo básicamente su faceta formal normativa. Asimismo, la crítica jurídica cuestiona la insistencia positivista en separar el derecho de la moral y la política. Esto constituye una perspectiva reduccionista que impide estudiar del derecho como un fenómeno multívoco, así como observar su innegable relación con la ideología y el poder. A pesar de la formulación positivista de reglas que pretendan descontaminar el derecho de este tipo de relación, dichas reglas no logran tal propósito. Por ejemplo, se puede mencionar las propuestas de la Norma Fundamental de Kelsen y la de la Regla de Reconocimiento de Hart, tomando las palabras de Ricardo Entelman: “Ambas definen qué expresiones integran válidamente el discurso jurídico. Pero lo definen no por vía de la caracterización de las expresiones, sino por vía de la designación de quienes pueden decirlas”.⁵⁷

Adicionalmente, al plantear un modelo explicativista del derecho extraído de las denominadas ciencias duras, el positivismo asumió una concepción monista del conocimiento jurídico, que establece el causalismo como única relación entre las proposiciones. En el campo del derecho, dice Carlos María Cárcova, la adopción de estas

⁵⁵ Karl Marx, “La cuestión judía”, en *Páginas malditas: Sobre la cuestión judía y otros textos*, trad. Fernando Groni (Buenos Aires: Reapropiación Ediciones, 2019), 10-5.

⁵⁶ Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental*, 58.

⁵⁷ Entelman, “Discurso normativo y organización del poder, 112.

premisas por parte de autores destacados ha llevado a divisiones entre el derecho que es y el que debe ser, o entre derecho y moral, derecho y política, divisiones que la teoría crítica rechaza.⁵⁸

A pesar de la crítica a estos dos pilares filosóficos del derecho, no se los desecha ni resta valor, pues es imposible desconocer la importancia del naturalismo, que tiene su origen en la filosofía clásica griega y atraviesa la edad media para convertirse en el núcleo filosófico de la modernidad. Tampoco se desvaloriza la sistematicidad que aporta el positivismo. Sin embargo, la crítica jurídica considera que ni la metafísica racionalista del jusnaturalismo ni el normativismo positivista son suficientes para analizar el derecho en toda su complejidad, por lo que demanda una perspectiva pluralista. Carlos María Cárcova aclara este punto:

La denominada “Teoría Crítica del Derecho” se piensa a sí misma como un conjunto de problemáticas consistentemente enlazadas pero “abiertas”. Comprender el fenómeno de la juridicidad implica dar cuenta de la interacción humana que, para tornarse progresivamente más inteligible, exige tener presente, a la manera de un horizonte de sentido, al resto de la interacción humana, y como de “ese” resto se ocupan otras disciplinas, como la ética, la sociología, la antropología, la economía, la teoría jurídica lejos de cerrarse en un “universo propio”, sin por ello perder su especificidad, debe recorrer el camino de la multi y transdisciplinariedad.⁵⁹

Esta perspectiva constituye sin duda una ruptura en el tradicional abordaje del derecho, pues necesariamente implica recurrir a categorías de otras disciplinas para problematizar su concepto y analizar el alcance que este ente tiene en la construcción de las relaciones sociales.

1.3.2. Conceptualización del derecho como discurso social

Una concepción generalizada del derecho ofrece la noción de que este es un discurso coherente cuyo fundamento obedece exclusivamente a la razón y que los procesos de creación y aplicación del derecho están condicionados determinantemente por la forma. Comúnmente el discurso jurídico expone solamente su dimensión formal, la ley, como si fuera el todo, dando lugar a que la noción del derecho se reduzca a la de la norma legal. Alicia Ruíz afirma que esta asociación equívoca no es simplemente por

⁵⁸ Cárcova, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, 24.

⁵⁹ *Ibíd.*, 21.

ignorancia o error, sino que tiene la intencionalidad de separar al derecho de aspectos ideológicos y sociales.⁶⁰

La crítica jurídica concibe al derecho como un discurso social, producido por una práctica social que otorga sentido a los comportamientos sobre los cuales interviene, atribuyéndoles un significado. De este modo, ha de entenderse que el discurso jurídico configura la realidad sobre la que actúa, catalizando los diferentes niveles de conflictividad social presentes en un momento histórico. Este discurso jurídico se expresa en diferentes dimensiones. La primera es el aspecto formal, producido por los entes que tienen competencia para crear normas en un sentido amplio, es decir, leyes, decretos, etc. La segunda dimensión corresponde a la interpretación que se hace del nivel formal del discurso y que se expresa principalmente en la jurisprudencia y doctrina, pero también en los argumentos que utilizan los juristas, operadores de justicia y profesores del derecho en la reproducción de esos contenidos. La tercera dimensión es la menos evidente, pues se traduce en creencias y mitos que se ubican en el imaginario social, de los cuales se sirven las otras dos dimensiones para operar.⁶¹

Los discursos sociales, incluido el jurídico, no son simples entrecruzamientos de palabras: los conjuntos de signos que los constituyen, en una compleja operación, ofrecen significados a los significantes de hechos y palabras.⁶² Así, el discurso jurídico también se encarga de la construcción de la subjetividad. Pues, la figura del *sujeto*, como aspecto clave en la estructuración del derecho moderno, es constituida por este al ser nombrada a través de categorías como “ciudadano”, “padre”, “heredero”, “adulto”, “persona vulnerable”, “traficante”, “prostituta”, etc.

El *sujeto* no es una categoría neutra ni anterior al derecho; este lo construye ofreciéndole un significado social y al mismo tiempo estableciendo una relación para interpellarlo, protegerlo o castigarlo. La existencia del *sujeto* es entonces una precondition para la regulación de conductas y su relevancia en el mundo jurídico. Esta idea es resaltada por Alicia Ruiz, quien afirma que el derecho constituye a los sujetos: no hay otra forma de existir ante la ley, pues el orden jurídico sujeta a los sujetos y su existencia está condicionada por los mandatos del derecho.⁶³ El proceso de configuración de este

⁶⁰ Alicia Ruiz, “Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo”, en *Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, comp. Christian Curtis (Buenos Aires: Eudeba, 2001), 12.

⁶¹ *Ibid.*, 13.

⁶² Foucault, *La arqueología del saber*, 68.

⁶³ Alicia Ruiz, “La ilusión de lo jurídico: Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas”, *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.º 4 (1986): 168, <http://biblio.juridicas.unam.mx>

discurso no es homogéneo ni continuo, pues constantemente se descompone y se recompone, proceso en el que además participan otros discursos sociales, relacionándose y entrecruzándose entre sí.

1.3.3. Relación del derecho con el poder y la ideología

Apartándose de la visión tradicional del derecho, la crítica jurídica resalta la relación de este con el *poder* como principio organizador, y con la *ideología* como un sistema de representaciones y creencias que opera, en conjunto con otras, para convencer a la personas de que las relaciones sociales son naturales y necesarias.⁶⁴ Las reglas de designación del discurso jurídico califican a quienes pueden producir ese discurso y facultan a las personas a hacer o no hacer algo, definiendo el sentido de estas prácticas sociales. Dicho sentido está determinado por las disputas que se dan en las relaciones de dominación en un ámbito temporal y espacial determinado. El derecho, al reconocer y autorizar un comportamiento, está declarando el lugar y la forma en la que se asientan las relaciones de poder en el Estado y se disemina en los diferentes niveles de la vida social:

El derecho legitima el poder no solo a través de la consagración explícita de quienes son sus detentadores reconocidos. El derecho también legitima, cuando determina que solo mediante ciertos actos es posible producir actos jurídicos: solo algunos y en ciertas ocasiones pueden contratar, disponer de sus bienes, casarse, reconocer hijos, ocupar funciones públicas, matar o morir legalmente.⁶⁵

En términos de Foucault, ha de entenderse que el poder no se ubica en un solo lugar ni requiere del ejercicio de la violencia para imponer su fin; el poder se manifiesta en un complejo entramado de relaciones que se extienden por todos los resquicios de la vida social.⁶⁶ El vínculo del derecho con el poder hace que las relaciones que genera, y que se manifiestan en diferentes expresiones de poder, no sean fáciles de desmantelar. Es precisamente en esta característica donde opera la funcionalidad del control social. Por ello, en opinión de Ricardo Entelman, “la teoría crítica del derecho propone una lectura des-crítica del discurso jurídico, lo cual, a este respecto, significa la búsqueda de la genealogía del poder resultante de las prácticas sociales en una sociedad determinada”.⁶⁷

⁶⁴ Gordon, “Nuevos desarrollos en la teoría jurídica”, 333.

⁶⁵ Ruiz, “La ilusión de lo jurídico”, 163.

⁶⁶ Michel Foucault, *Historia de la sexualidad*, t. 1, *La voluntad de saber* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2009), 86-9.

⁶⁷ Entelman, “Discurso normativo y organización del poder, 112.

Así, el trabajo de análisis desde una mirada crítica reside en descifrar los sistemas de interconexión de las creencias y representaciones que, en el discurso jurídico, justifican y naturalizan las relaciones sociales de dominación. Entonces, la inquietud que debe ser respondida es: ¿De qué manera opera el derecho a través de esa serie de creencias, imaginarios y representaciones? Para responder a esta pregunta, según plantea Gordon, no es suficiente fijarse en las formas explícitas en que el derecho se alinea a una expresión de poder, sino que es necesario indagar aquellas formas en que el sistema se muestra como no controvertido, neutral y aceptable.⁶⁸ En otras palabras, es importante explorar inclusive en lo que se omite, ya que lo que se excluye del discurso también está atestiguando algo. Esta idea es desarrollada por Foucault cuando afirma que “el discurso manifiesto no sería a fin de cuentas más que la presencia represiva de lo que no dice, y ese no dicho sería un vaciado que mina desde el interior todo lo que dice”.⁶⁹

En esta característica del discurso jurídico se hace evidente su relación con la noción de ideología, cuya definición ha sido objeto de un extenso debate político y filosófico. Para Marx, la ideología representa el dominio de ideas en la conciencia de las personas, cuya fe en la permanencia de esas ideas en el tiempo es alimentada y consolidada por las clases dominantes.⁷⁰ De acuerdo con el autor, las contradicciones entre las fuerzas productivas y las relaciones sociales se reflejan en las ideas sobre las cuales se edifica una superestructura jurídica y política. Esto ocurre, según Marx, en correspondencia con formas determinadas de conciencia que se expresan en variantes jurídicas, políticas, religiosas, artísticas, filosóficas, es decir, en general, formas ideológicas bajo las cuales se adquiere conciencia de esas contradicciones y se pretende resolverlas.⁷¹

Más adelante, Marx describirá a la ideología como una representación de la realidad que esconde otra detrás de una apariencia, una visión distorsionada de la realidad que impide que el proletariado reconozca su rol en los procesos de producción y en la sociedad. Esta opacidad de la realidad conduce a la alienación y por ende a la inmovilización.⁷² En esta línea, Federico Engels plantea que, siendo la ideología una

⁶⁸ Gordon, “Nuevos desarrollos en la teoría jurídica”, 332.

⁶⁹ Foucault, *La arqueología del saber*, 38.

⁷⁰ Karl Marx, *Elementos fundamentales para la crítica de la Economía Política* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2007), 1: 92.

⁷¹ Karl Marx, *Contribución a la crítica de la economía política* (Ciudad de México: Ediciones de Cultura Popular, 1978), 39-42.

⁷² Karl Marx y Friedrich Engels, *Manifiesto del Partido Comunista y otros escritos políticos* (Ciudad de México: Editorial Grijalbo, 1970), 37-47.

derivación de la realidad a partir de una representación de la misma, lo que debe hacerse es descubrir qué existe por detrás del “ropaje ideológico”.⁷³

Antonio Gramsci dice que el significado del concepto de ideología ha ido cambiando, pasando de entenderse como a las *ciencias de las ideas*, al *análisis de las ideas*, a un *sistema de ideas*.⁷⁴ Al igual que Marx, Gramsci considera que la ideología oculta la realidad, apareciendo como neutral, expresada en el arte, en el derecho, en la economía y, en general, en todas las expresiones de vida colectiva e individual.⁷⁵ Por esta razón, el autor la considera como una herramienta de lucha por la hegemonía.⁷⁶ En el concepto de hegemonía se activan los elementos del concepto de ideología al proponer que la dominación es efectiva en la medida en que los dominados y los dominantes aceptan el orden existente sin cuestionamiento. Además, Gramsci afirma que la ideología hegemónica se traduce en hechos reales que deben ser combatidos, revelando en su naturaleza la operación de dominación, como camino “para hacer intelectualmente independientes a los gobernados de los gobernantes, para destruir la hegemonía y crear otra”.⁷⁷ Por su parte, Žižek plantea que en las ideas dominantes se incorporan “motivos” y “aspiraciones” de los dominados para replantear su articulación y hacerlos “compatibles con las relaciones de poder existentes”.⁷⁸ De ese modo, la ideología opera escondiendo lo que es importante que no sea evidenciado, siendo así funcional a la clase dominante.⁷⁹

La crítica jurídica no pierde de vista la relación entre el derecho y la ideología, y propone poner atención a “estos sistemas de creencias, estas convenciones profundamente arraigadas sobre política, economía, jerarquías, trabajo, ocio, y en última instancia sobre la naturaleza de la realidad que inducen profundamente a la parálisis, ya que hacen difícil para la gente (incluso para la clase dominante), tan solo imaginar que la vida podría ser diferente y mejor”.⁸⁰ El derecho es un *sistema de significados* que se construye a la par de las ideas políticas, económicas y morales, a cargo de élites que buscan la manera de racionalizar su posición dominante, concibiendo arbitrariamente categorías jurídicas para clasificar y regular la experiencia humana.⁸¹

⁷³ Friedrich Engels, *Obras escogidas* (Moscú: Editorial Progreso, 1980), 3: 202-6.

⁷⁴ Antonio Gramsci, *Antología: Selección, traducción y notas de Manuel Sacristán*, trad. Manuel Sacristán (Madrid: Ediciones Akal, 2013), 324.

⁷⁵ Antonio Gramsci, *Cuadernos de la cárcel: 11* (Ciudad de México: Ediciones Era, 1986), 4: 249.

⁷⁶ Antonio Gramsci, *Cuadernos de la cárcel: 10* (Ciudad de México: Ediciones Era, 1986), 4: 132.

⁷⁷ *Ibíd.*, 200.

⁷⁸ Slavoj Žižek, *En defensa de la intolerancia* (Madrid: Ediciones Sequitur, 2008), 21.

⁷⁹ *Ibíd.*, 111.

⁸⁰ Gordon, “Nuevos desarrollos en la teoría jurídica”, 333.

⁸¹ *Ibíd.*, 334-6.

2. Irrupción del feminismo en el abordaje teórico y político del derecho: patriarcado y género como categorías reveladoras del análisis feminista

El derecho moderno, es decir el que comienza a configurarse a partir del siglo XVIII, se sustenta en un modelo de Estado caracterizado por la división de poderes, en el cual el órgano legislativo se encarga de la producción normativa. Las leyes tienen la función de organizar la sociedad, regular las conductas, sancionar aquellas calificadas como ilícitas, etc. Por otro lado, la actuación de la institucionalidad estatal, así como el control social, han estado demarcados por la *Constitución* como instrumento de organización política y garante de los derechos y libertades de las personas. Esta nueva forma de sociedad dio lugar a un nuevo derecho político que, basado en el imaginario del contrato social. Este supone el abandono por parte los seres humanos de su estado de naturaleza y de las inseguridades en las que viven, a cambio de la conformación de un estado de *libertad civil universal* protegida por el Estado como producto de un acuerdo recíproco. Este último toma la “forma de una asociación que defienda y proteja de toda fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes”.⁸²

Rousseau, teórico contractualista, planteó que las personas, al no poder ya subsistir en un estado natural, deben generar nuevas fuerzas y unir las, conformando una asociación que proteja la fuerza común y los bienes de cada uno de los asociados, garantizando que permanezcan libres. Esta asociación tiene un carácter moral y colectivo, que legitima el rol de la autoridad o gobierno y de la ley civil:

Este acto de asociación produce inmediatamente, en lugar de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea [...]. Esta persona pública que así se constituye en unión de todas las demás tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad (IV), y ahora toma el de República o cuerpo político, el cual es llamado por sus miembros Estado, cuando es pasivo, Soberano cuando es activo y Poder cuando se lo compara con sus semejantes. Respecto a los asociados, toman colectivamente el nombre de Pueblo, y particularmente se llaman ciudadanos en cuanto partícipes de la autoridad suprema y súbditos en cuanto sometidos a las leyes del Estado.⁸³

⁸² Rousseau, *El contrato social*, 22.

⁸³ Jean-Jacques Rousseau, “El contrato social”, en *Escritos de combate*, trad. Salustiano Masó (Madrid: Alfaguara, 1979), 413.

La teoría del contrato social es una de las teorías sociales más influyentes, a partir de la cual se ha explicado el origen de lo social y lo político abriendo paso a un debate sobre los *derechos naturales* como fundamento del Estado moderno. En general, las principales categorías del liberalismo se sustentan en dicha teoría. Es precisamente en este contexto que surgen los primeros cuestionamientos feministas al núcleo filosófico de la modernidad. Así, la “cuestión de la mujer” en el ámbito político se puso en debate cuando algunas mujeres evidenciaron que los procesos independentistas y revolucionarios del siglo XVIII no las consideraban como sujetos políticos, justificando más bien su condición de subordinación y dependencia moral y económica de los padres y esposos. Los primeros debates feministas se sustentaron entonces en estos elementos, para denunciar la dicotomía de las esferas pública y privada que implicaba relegar a las mujeres a esta última, ámbito considerado además como políticamente irrelevante.

Es así que, en el contexto de la Revolución francesa, la escritora y dramaturga Olympe de Gouges, escribió en 1791 *La declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*, alegando que “[l]a mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos [...] [y que] [e]l objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles de la Mujer y del Hombre”.⁸⁴ Estos planteamientos provocaron escándalo, llegando a catalogarla como contrarrevolucionaria impúdica y antinatural.⁸⁵ En esa misma época, Mary Wollstonecraft, en su obra *Vindicación de los derechos de la mujer*, publicada en 1792, denunció el sometimiento de las mujeres en la esfera privada con la consecuente anulación personal y la falta de decisión y acceso a la educación. En su obra, la autora cuestiona el pensamiento de Rousseau referente a la educación de las mujeres, señalando justamente que la falta de educación formal y la insistencia en educar a las mujeres para ser buenas esposas, las ha privado de la oportunidad de ejercer roles y profesiones destinadas exclusivamente a los varones.⁸⁶

La historia no ha dado suficiente mérito al accionar político y movilizador de las mujeres que, organizadas en torno a las demandas revolucionarias, se apropiaron de las necesidades y conflictos que vivían las mujeres trabajadoras, para problematizar el rol de las mujeres en las nacientes repúblicas. Este fue el caso del *Club de las ciudadanas revolucionarias*, fundado en Francia en el siglo XVIII, por Rose Lacombe y Pauline

⁸⁴ Olympe de Gouges, *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*, 5 de septiembre de 1791, arts. 1 y 2, clio.rediris.es/n31/derechosmujer.pdf.

⁸⁵ Lynn Hunt, *La invención de los Derechos Humanos*, trad. Jordi Beltrán Ferrer (Buenos Aires: Editorial Tusquets, 2009), 175.

⁸⁶ *Ibíd.*

Leonie.⁸⁷ Las reflexiones filosóficas y el accionar de estas mujeres abrieron el camino para la politización feminista del discurso ilustrado, aunque no fue sino hasta un siglo después que se lograron modificaciones significativas en el estatus jurídico de las mujeres.

Los postulados liberales y el legado de los nacientes debates feministas de Francia e Inglaterra dieron lugar a la denominada primera ola feminista en el siglo XIX, impulsada por el movimiento sufragista. Su origen se puede identificar en la Declaración de Seneca Falls de 1848, que fue el resultado de la reflexión teórica y del activismo de un grupo de mujeres norteamericanas. Apelando al derecho de conciencia y opinión de sustrato religioso protestante, el grupo propuso la eliminación de las restricciones políticas impuestas a las mujeres, así como las de carácter económico que las colocaban en un estatus similar al de la esclavitud, sin la posibilidad de dedicarse a actividades comerciales o administrar sus propios bienes. En el texto de la Declaración se propone la reforma o eliminación de normas jurídicas que, al imponer restricciones y condiciones de subordinación a las mujeres, imposibilita su felicidad:

Que todas aquellas leyes que sean conflictivas en alguna manera con la verdadera y sustancial felicidad de la mujer, son contrarias al gran precepto de la naturaleza y no tienen validez, pues este precepto tiene primacía sobre cualquier otro.

Que todas las leyes que impidan que la mujer ocupe en la sociedad la posición que su conciencia le dicte, o que la sitúen en una posición inferior a la del hombre, son contrarias al gran precepto de la naturaleza y, por lo tanto, no tienen ni fuerza ni autoridad.⁸⁸

Con base en estos preceptos, las demandas consistieron básicamente en reformas legislativas, que no lograron ser atendidas, pero que dieron lugar a la conformación de movimientos sufragistas no solo en los Estados Unidos, sino también en otros países como en Inglaterra. En ese país, a partir del trabajo titulado *El sometimiento de la mujer*, publicado en 1869 por John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill, la necesidad del reconocimiento del derecho al voto femenino se ubicó como un tema central en el debate político de la época.⁸⁹ Este documento inspiró el surgimiento de un movimiento que se caracterizó por ser un referente para otros similares en Europa y América. Estos se activaron hasta conseguir las reformas constitucionales y legales que viabilizaron el

⁸⁷ Alexandra Kollontai, *La mujer en el desarrollo social* (Barcelona: Ediciones Guadarrama, 1976), 37-44.

⁸⁸ “Declaración de Seneca Falls de 1848”, *Amnistía Internacional*, accedido 21 de abril de 2019, www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-senecafalls-1848.html

⁸⁹ Enríquez et al., *Educación plena en Derechos Humanos*, 143.

derecho al sufragio femenino, reconceptualizando así la noción de ciudadanía, que históricamente constituyó un estatuto de privilegio para los varones. La participación política de las mujeres fue apreciada entonces como la punta de lanza para conseguir otras aspiraciones.

Las diversas expresiones feministas de los siglos posteriores tampoco abandonaron los postulados liberales, aunque estos sí fueron relativizados por algunas voces críticas, como las inspiradas en los principios marxistas. Marx cuestionó la pretensión de universalidad de los derechos y la supuesta libertad que ofrece un “Estado libre”. La crítica marxista señala que la supuesta emancipación política conseguida en la modernidad no ha logrado la emancipación social de toda la sociedad.⁹⁰ En esta línea de pensamiento, las feministas de raigambre socialista señalaron que el capitalismo se encubre en la promesa de la igualdad civil o igualdad ante la ley, pero que bajo este modo de producción no se puede realizar la igualdad social, porque su mantenimiento y reproducción requiere necesariamente la explotación de clase.⁹¹

Las feministas socialistas debatieron sobre el trabajo femenino y retomaron la formulación clásica de patriarcado de Engels en su obra *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. En esta, el autor plantea que la configuración de la familia patriarcal, individual y monogámica colocó a la mujer en una situación de subordinación, convirtiéndola en la *criada principal del hogar*, privándole de participar en la producción social. Además, Engels sostiene que, si bien la industrialización dio lugar a la incorporación de la mujer proletaria al ámbito laboral, sus condiciones también son de explotación, a lo cual se suma el hecho de que no puede renunciar al trabajo doméstico. El autor afirma que la familia moderna patriarcal se basa en la esclavitud doméstica de las mujeres.⁹² Así, las reivindicaciones feministas no se limitaron al derecho al sufragio, sino a la igualdad social y política, en la medida que las mujeres enfrentaban exclusión por su clase y por su sexo. La concepción del patriarcado no solamente como la *ley del*

⁹⁰ Marx, “La cuestión judía”, 13-46.

⁹¹ Catharine MacKinnon hace una precisión respecto al feminismo socialista al señalar que el marxismo intenta comprender todas las variantes sociales a través de la categoría clase, haciéndola extensiva a las mujeres; de ahí que para el socialismo la diferencia sexual no tiene un significado político en la configuración del orden social, aunque no se desconocen los logros en otros problemas sociales. Sin embargo, se denomina feminismo socialista a la crítica feminista que intenta una síntesis del marxismo y del feminismo. Véase Catharine MacKinnon, “Feminismo, marxismo, método y Estado: Hacia una teoría del derecho feminista”, en *Crítica jurídica: Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, ed. Mauricio García, Isabel Jaramillo y Esteban Restrepo (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005), 169-71.

⁹² Friedrich Engels, “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, en *Obras escogidas* (Moscú: Editorial Progreso, 1966), 527.

padre sino como un sistema de dominio masculino, abrió el camino para que desde el feminismo se debatiera sobre este concepto y se redimensionara su alcance y contenido.

Desde los presupuestos socialistas, Alexandra Kollontai profundizó el estudio del patriarcado, explicando la consolidación de este sistema de dominación junto con el capitalismo. La autora señala que la falsa conclusión de que el trabajo femenino era menos productivo y por lo tanto tenía menos valor, fue utilizada a favor de los dueños de los medios de producción, a partir del siglo XIX. Kollontai afirma que las mujeres asalariadas en el capitalismo industrial ganaban la mitad o menos de lo que ganaba un varón, bajo la idea de que lo que gana la mujer es solo un complemento de lo que debe ganar un hombre, siendo este quien tiene la obligación de sustentar el hogar. Esta idea no solo fue respaldada por los empresarios, sino también por los trabajadores. Asimismo, la concepción de inferioridad de la mujer fue utilizada como pretexto para desvalorizar monetariamente el trabajo femenino. Sin embargo, según Kollontai, los empresarios no tuvieron inconveniente en reemplazar la mano de obra masculina por la femenina, toda vez que esta generaba mayor ganancia y posibilidad de acumulación de capital.⁹³

Por su parte, Kate Millett problematiza la definición de patriarcado y su operación ideológica, afirmando que el patriarcado es la institución que se basa en dos principios. El primero, la dominación del macho a la hembra, y el segundo, la dominación del macho de más edad al más joven. Además, la autora plantea que todo el orden social es patriarcal; sin embargo, este hecho generalmente no se reconoce y tampoco es objeto de discusión, pues la supuesta natural superioridad del macho sobre la hembra ha sido asimilada exitosamente: “Se ha alcanzado una ingeniosísima forma de ‘colonización interior’, más resistente que cualquier tipo de segregación, más uniforme, rigurosa y tenaz que la estratificación de clases”.⁹⁴ En su opinión, el patriarcado es una ideología dominante que no tiene rival; como ningún otro sistema, ha logrado el control completo de sus “súbditos”.⁹⁵

El patriarcado, dice Millett, se asienta en la familia como institución en la que se proyecta la sociedad patriarcal, constituyendo al mismo tiempo su instrumento y su pilar fundamental; pues la familia, como institución, convence a sus miembros de amoldarse a la sociedad, facilitando, así, el gobierno del estado patriarcal. En este sentido, la familia, la sociedad y el Estado son entidades relacionadas: los destinos de estos tres entes están

⁹³ Kollontai, *La mujer en el desarrollo social*, 37-9.

⁹⁴ Kate Millett, *Política sexual* (Madrid: Ediciones Cátedra, 1995), 70.

⁹⁵ *Ibíd.*, 80.

relacionados entre sí.⁹⁶ Millett sostiene que las expresiones del patriarcado son diversas. Así, se puede afirmar que existen muchos patriarcados que, teniendo como principio la superioridad masculina y la subordinación femenina, tienen expresiones que difieren de acuerdo con la ubicación geográfica y temporal, y adoptan características particulares en las diferentes clases sociales y étnicas.⁹⁷

Marcela Lagarde, desde una perspectiva feminista latinoamericana, afirma que, en sus diferentes expresiones, el patriarcado tiene tres características: a) el antagonismo sexual que, junto con la dominación masculina y la opresión femenina, está encarnado en las relaciones y formas sociales, así como en las nociones del mundo, el lenguaje, las normas y las instituciones sociales; b) la escisión de la feminidad, que provoca una disputa entre mujeres por la ocupación de espacios de vida; y, c) la expresión del machismo como fenómeno cultural que se expresa en la glorificación de la virilidad opresora y la feminidad opresiva.⁹⁸

Lagarde explica además que el patriarcado encierra una serie de complejidades que es necesario observar, como el hecho de que el ejercicio de poder patriarcal no solo oprime a las mujeres, sino que también se extiende a otros sujetos sociales:

Las cualidades positivas para quien detenta el poder patriarcal, con negativas para quienes están sujetos a él. Otros grupos y categorías sociales que están bajo el poder patriarcal se definen en torno a características genéricas (en particular de preferencia erótica) de edad, de salud, y de plenitud vital. Por ello, además de las mujeres y los homosexuales de cualquier signo, son oprimidos patriarcalmente los dependientes de este poder tanto en las relaciones e instituciones privadas como en las públicas.⁹⁹

Asimismo, el desarrollo del poder patriarcal se extiende y articula con otras formas de opresión como son las de clase, origen étnico o nacional, religiosa, política, etc. En este sentido, el poder patriarcal abarca varias dimensiones opresivas: no es exclusivamente sexista, pues también es, por lo menos, clasista y racista.¹⁰⁰

En los estudios del derecho, Alda Facio ha sido una de las pioneras que cuestionan las concepciones tradicionales del patriarcado. Para la autora, estas lecturas se han limitado a explicar el patriarcado como una forma de *autoridad* o *gobierno del patriarca*, como si se tratara de un sistema superado. Además, Facio señala que dicha noción oculta a los grupos de seres humanos sobre los cuales se ejerce ese dominio, y cuestiona la

⁹⁶ *Ibíd.*, 83.

⁹⁷ *Ibíd.*, 81-9.

⁹⁸ Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres*, 95-6.

⁹⁹ *Ibíd.*, 96.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

perspectiva que concibe al patriarcado como una forma natural de la organización social.¹⁰¹ La jurista define al patriarcado como un sistema histórico social que tiene como piedra fundamental la familia, pero que se proyecta en todo el orden social:

[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, hasta mucho poder como las reinas y primeras ministras, o que todas las mujeres ejerzan cierto tipo de poder como lo es el poder que ejercen las madres sobre los y las hijas.¹⁰²

Este sistema de dominio se reproduce y sostiene en varias instituciones además de la familia, la educación, la heterosexualidad, la maternidad, la historia, las religiones, y el derecho. Esta última institución ha sido generalmente mostrada como neutra, objetiva y universal, características que fueron derrumbadas desde la perspectiva feminista.

Los debates feministas en el derecho alcanzaron un impulso importante en las últimas cuatro décadas, particularmente en lo que respecta a la inclusión del concepto de *género* en las ciencias sociales, con la obra pionera de Ann Oakley, “Sexo, Género y Sociedad”, publicada en 1972.¹⁰³ A partir de entonces, los estudios sobre las relaciones de género se introdujeron en distintas disciplinas que se preocuparon de teorizar sobre la desigualdad de los sexos y explicar el origen social de las condiciones de subordinación y discriminación de las mujeres, desmitificando las ideas difundidas a través de la historia, la filosofía, la biología, etc., que durante siglos justificaron la supuesta inferioridad mental y moral de las mujeres.

Los debates feministas y sus posturas frente al derecho se promovieron, alcanzando mayor difusión en las décadas de los setenta y ochenta.¹⁰⁴ Este constituyó uno

¹⁰¹ Alda Facio, *Cuando el género suena cambios trae: Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal* (San José: ILANUD, 1992), 22.

¹⁰² *Ibid.*, 28.

¹⁰³ El concepto de género ya se perfiló anteriormente en la medicina y la psiquiatría, especialmente con la obra de Robert Stoller, *Sexo y género*, publicada en 1968. En ella ya se establecía la determinación del condicionamiento social en la configuración de la masculinidad y la feminidad. Otro antecedente importante es la obra de Simone de Beauvoir, *El segundo sexo*, de 1949, en la cual la filósofa feminista propuso que las características con las cuales la sociedad occidental identifica a las mujeres no son genéticas sino que responden a una configuración cultural marcada por la educación y la socialización.

¹⁰⁴ En 1975, la Organización de Naciones Unidas declaró el Año Internacional de la Mujer con la Conferencia Mundial de las Mujeres, que tuvo lugar en México. El fin era comprometer a los gobiernos y a la comunidad internacional en la adopción de medidas para lograr la plena igualdad y participación femenina en los ámbitos políticos, sociales y culturales. Frente a los desafíos que presentaba superar la

de los períodos más relevantes en la formulación de propuestas legales a favor de las mujeres. En dicho período se instaló, en la agenda feminista, la demanda de mayor nivel de participación de las mujeres en el espacio público y, con ello, la profundización de la noción de igualdad. La inclusión de cuotas y medidas de acción afirmativa, como herramientas para lograr mayor visibilización de las mujeres y una mayor participación en el ejercicio de poder, se convirtió en uno de los temas centrales de los programas feministas.

En este período también fue relevante el reconocimiento internacional de los derechos de las mujeres, compromiso que se consolidó en la década de los noventa con la formulación de instrumentos convencionales y mecanismos de seguimiento de las obligaciones emanadas de esos convenios. La relación género y derecho permitió colocar en el debate temas que nunca fueron cuestionados en el ámbito jurídico, bajo el supuesto de que el derecho debe ofrecer certezas para mantener el orden social. Así, temas como la violencia doméstica y el aborto se pusieron en el debate público, aunque esto los expusiera a una arremetida conservadora liderada por el Vaticano, que se ha encargado de desnaturalizar el concepto de género y de propagar un temor basado en la idea de que una peligrosa ideología atenta al orden natural divino.

Las discusiones teóricas y políticas feministas en el ámbito del derecho tuvieron gran relevancia en Estados Unidos, marcando una tendencia a nivel internacional.¹⁰⁵ Por mencionar solo un hito, para inicios de la década de los setenta los movimientos feministas estadounidenses ya habían conseguido que se despenalice el aborto inducido, mediante una sentencia de la Corte Suprema. En un histórico fallo se estableció que las leyes estatales que criminalizaban el aborto contrariaban la cláusula del debido proceso establecida en la cuarta enmienda que, en opinión de la Corte, protegía a los ciudadanos contra cualquier acción estatal que atentara contra el derecho a la privacidad, dentro del cual se incluía el derecho de una mujer a interrumpir su embarazo.¹⁰⁶

En América Latina tuvieron cabida tanto los debates feministas y las críticas al derecho, como la estrategia de utilizarlo a modo de instrumento que favoreciera las

inequidad de género y la necesidad de adoptar políticas a largo plazo, se declaró la *Década de Naciones Unidas sobre Igualdad, Desarrollo y Paz*, llamada también la *Década de la Mujer*.

¹⁰⁵ Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al derecho”, en *El género en el derecho: Ensayos críticos*, comp. Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 104.

¹⁰⁶ Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, “Sentencia de 22 de enero de 1973”, *Caso Roe Vs. Wade*, 22 de enero de 1973, <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx>

demandas de las mujeres, aunque en un contexto político y social muy diferente. La mayor parte de Estados latinoamericanos, para inicios de los años ochenta, estaban recobrando sus sistemas democráticos luego de varios años de dictaduras. Estas impusieron modelos de concentración de riqueza en pocas manos, al amparo de aparatos represivos que provocaron graves secuelas en el ámbito de los derechos humanos así como en las estructuras políticas y económicas, convirtiendo a América Latina en una de las regiones del mundo con mayor desigualdad social.¹⁰⁷

En este contexto, los organismos internacionales que también acogieron el concepto de *género* condicionaron su apoyo económico y de asistencia técnica a los gobiernos, para que incorporen en sus políticas internas lo que se denominó la *perspectiva de género*. Esto contribuyó a generalizar el concepto, lo cual a su vez sirvió para politizar las demandas feministas.¹⁰⁸ Es así que, a partir de la década de 1990, las reflexiones académicas sobre género se propagaron y permearon en diferentes disciplinas, incluido el derecho, aglutinando a juristas que plantearon estrategias desde la teoría y la práctica para develar el derecho como instrumento de dominación patriarcal y al mismo tiempo para utilizarlo como herramienta de modificación de las condiciones de discriminación de las mujeres.¹⁰⁹

Una de las estrategias utilizadas fue la de impulsar la inclusión de medidas de acción afirmativa para ampliar el canon de participación de las mujeres en los espacios públicos y disminuir la brecha en la representación política que históricamente había colocado a las mujeres en total desventaja. Aparecerán entonces las llamadas *leyes de cuotas*, siendo Argentina el primer país que sancionó una legislación sobre este tema. Sin duda estas medidas lograron incorporar paulatinamente a las mujeres en cargos de decisión y representación política, pero de ninguna forma garantizaron que tuvieran una filiación con las demandas feministas y fueran aliadas en la reversión del orden patriarcal.¹¹⁰

¹⁰⁷ Susana Chiarotti Boero, “¿Somos las feministas una minoría insignificante?”, en *Los derechos de las mujeres en clave feminista*, ed. Roxana Vásquez (Lima: CLADEM, 2009), 14.

¹⁰⁸ Marta Lamas, *Feminismo: Transmisiones y retransmisiones* (México: Santillana, 2006), 91.

¹⁰⁹ En 1985, en el marco de la Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Nairobi, se conformó el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), que aglutinó a abogadas feministas en varios países de la región, y tuvo como objetivo establecer estrategias de exigibilidad jurídica, tanto a nivel nacional como internacional, de los derechos de las mujeres, y debatir permanentemente sobre el estado de estos derechos en América Latina.

¹¹⁰ Lucía Martelotte, “25 años de aplicación de leyes de cuotas en América Latina: Un balance de la participación política de las mujeres”, *SUR: Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 24 (2016): 91-8, <https://sur.conectas.org/es/25-anos-de-aplicacion-de-leyes-de-cuotas-en-america-latina/>

La violencia de género fue uno de los temas que satisfactoriamente fue colocado en las agendas públicas nacionales e internacionales, consiguiendo la eliminación de figuras jurídicas que amparaban la potestad masculina de *disciplinar* a las mujeres en el hogar.¹¹¹ Al mismo tiempo se promulgaron normas especiales para sancionar la violencia doméstica, así como se impulsó la tipificación o reformulación de tipos penales relacionados a conductas de violencia sexual.

En el ámbito internacional se aprobó la Convención Belém do Pará, constituyéndose en el primer instrumento internacional que define la violencia contra las mujeres y establece responsabilidades concretas a los Estados latinoamericanos en materia de prevención, investigación, sanción y reparación. La fase de internacionalización de los derechos de las mujeres allanó el camino para el desarrollo del litigio internacional como estrategia jurídica y política. Es así que las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han enriquecido las discusiones jurídicas sobre el alcance de los derechos de las mujeres y las obligaciones estatales en este ámbito. Asimismo, los estándares establecidos en sus pronunciamientos han servido como herramientas para el litigio estratégico en los ámbitos nacionales, pero también para promover reformas legislativas.¹¹² No obstante y en contrapartida, sigue habiendo un déficit en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual, que las reformas legales no han logrado subsanar, tal como lo establece un informe de la Relatoría de los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos.¹¹³

¹¹¹ En la mayoría de los países latinoamericanos, las legislaciones penales contemplaban figuras de eximentes o atenuantes penales para casos de ejercicio de violencia patriarcal que provoque lesiones e inclusive muerte. Así, en el caso ecuatoriano, hasta 1989 estuvo vigente en el Código Penal ecuatoriano el eximente penal para el padre, abuelo o hermano que causaba heridas e inclusive llegar a quitarle la vida a la hija, nieta o hermana que había sido encontrada teniendo relaciones sexuales sin haber contraído matrimonio. En Venezuela, en 1979 había una figura del derecho penal que sancionaba el “exceso” en el disciplinamiento de los hijos y de la esposa por parte del *pater* familia, es decir la potestad del ejercicio de la violencia estaba protegida en la ley.

¹¹² En el *Caso María da Penha vs. Brasil*, la Comisión Interamericana estableció que el Estado, en función del artículo 7 de la Convención Belém do Pará, es responsable de la violencia de género en contra de la víctima, por no haber cumplido con la obligación de actuar con la debida diligencia, lo cual se demostró en la ineficacia judicial, la impunidad y la imposibilidad de obtener una reparación por la víctima. Más reciente es el fallo de la Corte Interamericana, conocido como *Caso Campo Algodonero*, en el que por primera vez el tribunal se pronunció sobre un caso de femicidio, responsabilizando al Estado mexicano por faltar a su obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir la muerte de las víctimas, así como para investigar, sancionar a los responsables y reparar a los familiares de las víctimas. Particularmente este caso permitió posicionar la dimensión del femicidio en la región y con ello se impulsó la tipificación de esta conducta.

¹¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, 9 de diciembre de 2011, OEA/Ser.L/V/II, 46-86.

Otro de los temas que ocupó la agenda del feminismo jurídico latinoamericano en la década de los noventa fue el de los derechos sexuales y reproductivos, a raíz de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo, en 1994, y convocada por la Organización de Naciones Unidas. Allí se debatió por primera vez sobre la sexualidad y la reproducción humana en el marco de los derechos de la autonomía personal, libertad y libre determinación, y se establecieron compromisos gubernamentales para implementar políticas que garanticen estos derechos en los ámbitos estatales. Esta coyuntura propició la formulación de reformas legales en las legislaciones sobre salud, pero también en los marcos constitucionales. Asimismo, aunque con menos éxito en el aspecto formal normativo, se puso en el debate público el tema del aborto que no ha logrado aún su total despenalización; pues las estrategias jurídicopolíticas de las feministas han enfrentado una feroz embestida de los discursos provenientes de las iglesias cristianas y de grupos conservadores institucionalizados en la esfera estatal pero también fuera de ella.

Los temas sociales como trabajo, educación, vivienda, seguridad social han sido abordados marginalmente, siendo justamente esto una de las críticas que algunas juristas feministas han puesto de manifiesto. Susana Chiarotti, por ejemplo, afirma que el feminismo latinoamericano de los ochenta se identificaba con las demandas socialistas, de tal forma que no se observaba la violencia contra las mujeres al margen de la violencia social; sin embargo, esta perspectiva fue modificándose y los temas sociales perdieron relevancia en las agendas reivindicativas, dejando de lado una perspectiva global de la problemática de las mujeres y de las relaciones de género:

Estos temas que enumeramos ya no están presentes en nuestra agenda, como no lo está tampoco todo lo que se refiera al campo social, como la vivienda. Hay un vaciamiento de la parte social de nuestras agendas, que hace posible hablar de la *insoportable levedad del feminismo*, porque noto que esta levedad corre el riesgo de trasladarse a otros campos, como por ejemplo al análisis del contexto político nacional e internacional.

Este tipo de liviandad o reducción de la mirada solamente a algunos derechos, dejando de lado el contexto general de opresión o desventaja, tiene como resultado una intervención acotada y funcional al sistema patriarcal.¹¹⁴

A estas alturas, es innegable el aporte del feminismo jurídico no solo en la derogación o reformulación de legislaciones que contemplaban figuras arcaicas con las cuales se ha sometido históricamente a las mujeres, sino también con respecto al avance en el reconocimiento de derechos específicos, que han permitido trazar estrategias

¹¹⁴ Chiarotti Boero, “¿Somos las feministas una minoría insignificante?”, 20.

judiciales para sacudir el patriarcado jurídico e institucional. Sin embargo, esas categorías relevantes que fueron definidas por el feminismo resultan ahora confusas y se difuminan en medio del tecnicismo jurídico.

En el derecho, *la perspectiva de género* que permitió introducir una crítica radical a la tradicional epistemología jurídica, también se ha instrumentalizado, a tal punto que su comprensión se ha limitado a la utilización de un lenguaje inclusivo, a la formulación de dispositivos jurídicos o al reconocimiento de derechos específicos de las mujeres, reduciendo el potencial político del concepto a una técnica jurídica o, en palabras de Marta Lamas, a un *fetichismo académico*.¹¹⁵ Esto ha provocado un estancamiento en las propuestas teóricas del derecho.

Es probable que la urgencia del pragmatismo haya sido la causa para abandonar los debates teóricos jurídicos feministas, a lo que se suma cierto prejuicio de los y las profesionales del derecho por la teoría, la cual es vista particularmente en este campo del conocimiento como algo menos provechoso que la técnica. Adicionalmente, no puede desconocerse el peso del imaginario que asocia exclusivamente *género* con *mujer*, de forma que en los programas académicos de las facultades de derecho este tema es marginal y, en el mejor de los casos, su desarrollo se deja a cargo de mujeres docentes. Sin embargo, coincidiendo con el planteamiento de Marta Lamas, el contexto vigente urge la actualización de la teoría feminista en América Latina,¹¹⁶ y en el ámbito del derecho el desafío no es menor. El pragmatismo jurídico no puede avanzar sino de la mano de nuevas elaboraciones teóricas; las reflexiones feministas pueden ayudar a desentramar el debate actual del derecho, buscando una perspectiva de totalidad y relacional.

2.1. Estrategias latinoamericanas: cuestionamiento a la noción de ciudadanía como categoría que define al sujeto del derecho

En Ecuador, al igual que otros países latinoamericanos, una de las primeras críticas que tuvo gran repercusión en el orden legal e institucional, fue aquella dirigida a la categoría de *ciudadanía*, reconociendo en esta un estatus de privilegio y una

¹¹⁵ Marta Lamas, “Género: Algunas precisiones conceptuales y teóricas”, en *Feminismo: Transmisiones y retransmisiones*, Marta Lamas (Ciudad de México: Taurus, 2006), 102.

¹¹⁶ Marta Lamas, “Los feminismos: Desacuerdos y argumentaciones”, en *Feminismo: Transmisiones y retransmisiones*, Marta Lamas (Ciudad de México: Taurus, 2006), 119.

“institución genuinamente occidental y masculina”.¹¹⁷ La reformulación del concepto de ciudadanía en el marco de la igualdad formal constituyó uno de los principales motores para promover un cambio en el estatus de la mujer en el Estado y en su relación con el derecho.

A inicios del siglo XX, en América Latina y el Ecuador, las ideas del feminismo sufragista influyeron sustancialmente en este cuestionamiento, alentando cambios en los textos constitucionales que amplíen la noción de *ciudadanía* a las mujeres, a pesar de que, en casos como el Ecuador, la concepción masculina de esta categoría trascendía el derecho positivo y era parte del imaginario social. Es así que, aunque la Constitución de 1884, vigente para las elecciones de 1924, textualmente rezaba: “para ser ciudadano se requiere tener veintiún años de edad y saber leer y escribir”, se dudó de si esta disposición ofrecía cobertura también para que las mujeres pudieran ejercer el voto, toda vez que solamente quien tenía ese estatus podría ejercerlo.¹¹⁸ El Consejo de Estado resolvió el dilema con una interpretación positivista, recurriendo a la fórmula que entonces y hasta el día de hoy consta en el Código Civil, que determina que los términos *hombre, persona, niño, adolescente y anciano* aluden a hombres y mujeres y con el mismo sentido debería comprenderse los términos *ciudadano y elector*, incluidas en el texto constitucional.

La irrupción de las mujeres en la vida política puso en cuestionamiento las reglas sociales y jurídicas sobre la conducción de la vida pública, que durante siglos fueron privilegio de los varones; al mismo tiempo se reconceptualizó la ciudadanía en su naturaleza sexuada. Sin embargo, esto no implicó un cuestionamiento al derecho como institución, pues lo que se buscó es una readecuación del derecho para que tenga cabida, al menos formalmente, un concepto ampliado de ciudadanía, consiguiendo con ello, aunque sea en forma limitada, una emancipación para las mujeres que pertenecían a una élite mestiza.

Un segundo momento en el cual se retomó el discurso de la ciudadanía y la ampliación de su canon democrático fue en las décadas de los setenta y ochenta, cuando los países de América Latina transitaban por dictaduras militares en unos casos, y en otros salían de ellas. En este contexto, las demandas de los feminismos latinoamericanos se

¹¹⁷ Laura Pautassi, “Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades: Ciudadanía, derechos sociales y género en América Latina”, en *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coord. Gioconda Herrera (Quito: FLACSO / CONAMU, 2000), 66.

¹¹⁸ La ausencia explícita de una referencia al sexo como condición para tener el estatus de ciudadanía motivó a Matilde Hidalgo a solicitar su registro para las elecciones de diputados nacionales que se iban a llevar a cabo en 1924; esto provocó una conmoción jurídica y política.

enlazaban con las relacionadas a las transformaciones de los Estados hacia regímenes democráticos. A inicios de la década de 1980 se instauraron en la región los denominados *Encuentros Feministas Latinoamericanos y del Caribe*,¹¹⁹ constituidos como plataformas de encuentro e intercambio de experiencias que permitieron apuntalar estrategias regionales, como fue la politización de lo privado.

El slogan acuñado por las feministas chilenas “democracia en el país, en la casa y en la cama”¹²⁰ —que denunciaba la relación entre un modelo de Estado autoritario y violento, y el ejercicio de poder en el espacio privado—, dio lugar al planteamiento feminista *lo personal es político*, que sintetizaba el cuestionamiento de las condiciones de opresión y violencia en contra de las mujeres en el ámbito doméstico, amparadas en un sistema de organización de la sociedad que ofrece privilegios a los varones sobre los cuerpos de las mujeres. En opinión de Virginia Vargas, al politizar lo privado, el feminismo abrió paso a “nuevas categorías de análisis, nuevas visibilidades e incluso nuevos lenguajes para nombrar lo hasta entonces sin nombre. Violencia sexual, asedio sexual, violación en el matrimonio, feminización de la pobreza, etc., fueron algunos de los nuevos significantes que el feminismo colocó en el centro de los debates democráticos”.¹²¹

En el Ecuador, igual que en los demás países de la región, el derecho no solo que no sancionaba la violencia contra las mujeres dentro de los hogares, sino que la justificaba,¹²² más aún, no era permitido que una mujer presente una denuncia en contra de su cónyuge.¹²³ La postura de *lo personal es político* dio paso a que a finales de los años ochenta se fortaleciera la denuncia de la violencia doméstica, por parte de organizaciones de mujeres que habían comenzado a investigar sobre esta problemática y a difundirla para mostrar su dimensión.¹²⁴

¹¹⁹ Los primeros encuentros fueron en Bogotá en 1981, en Lima en 1983 y en Taxco en 1987.

¹²⁰ Francesca Gargallo, “El pensamiento feminista en América Latina”, en *Feminismos en América Latina*, comp. Edda Gaviola y Lissette González (Ciudad de Guatemala: FLACSO, 2001), 149.

¹²¹ Virginia Vargas, “El movimiento feminista de la región: Balances y desafíos”, en *Feminismos en América Latina*, comp. Edda Gaviola y Lissette González (Ciudad de Guatemala: FLACSO, 2001), 223.

¹²² Constaban en la legislación penal eximentes penales a favor del cónyuge en el caso de muerte por adulterio; y, a favor del padre, abuelo y hermano en los casos de lesión o muerte de la mujer encontrada en “acto carnal ilegítimo”, disposiciones que fueron derogadas en 1983 y 1989 respectivamente.

¹²³ El artículo 35 del Código de Procedimiento Penal de 1983 establecía la prohibición de presentar acusación de un cónyuge en contra de otro y entre ascendientes y descendientes.

¹²⁴ Gloria Camacho, *La violencia de género contra las mujeres en el Ecuador* (Quito: Consejo Nacional para la Igualdad de Género / Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2014), 16.

Si bien hasta entonces no se realizaron reformas significativas en el derecho interno,¹²⁵ a nivel internacional —en el marco de la denominada *Década de la Mujer*, promovida por la Organización de Naciones Unidas ONU—, el Ecuador ratificó en 1981 la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, con lo cual el Estado adquirió compromisos y obligaciones, como la de reformular la legislación interna. Sin embargo, no fue sino hasta los años noventa que la dinámica de la estrategia feminista se vio marcada por la influencia de la política global establecida por la ONU en las conferencias y encuentros internacionales —principalmente la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, organizada en el Cairo en 1994, y la Conferencia sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, con sus respectivos programas de acción—, en las cuales participaron activamente las organizaciones de mujeres.

Las mencionadas conferencias influenciaron en las agendas feministas latinoamericanas así como en su estrategia. De acuerdo a Maxine Molyneux “los movimientos de mujeres pusieron su energía en mejorar el estatus político y legal de las mujeres, mediante una combinación de presión de base y trabajo desde el Estado”.¹²⁶ Las organizaciones feministas aprovecharon los recursos canalizados por los organismos internacionales para institucionalizarse y promover reformas legales, reconceptualizando el concepto de ciudadanía en el marco de la diferencia sexual. De este modo, la noción liberal de igualdad fue criticada por ofrecer a las mujeres una *ciudadanía de baja intensidad*, por lo que una ampliación del contenido democrático de la ciudadanía implicaba considerar la diferencia sexual como factor que provoca la desigualdad en el tratamiento que el derecho ofrece a hombres y mujeres.

El discurso de los derechos y ciudadanía se fortaleció, al mismo tiempo que se replanteó el de democracia “como dominio de gobierno que excede el Estado y abarca el ámbito íntimo de la familia y la sexualidad”.¹²⁷ La demanda de una ciudadanía social o ampliada de las mujeres obligó a debatir públicamente, en el ámbito jurídico y político de los derechos humanos, sobre temas que hasta entonces eran considerados privados,

¹²⁵ Hasta entonces, una de las principales reformas que se había dado era, en materia de derecho civil, la modificación de la figura de la “potestad marital”, por la cual la esposa era relativamente incapaz y por lo tanto no podía administrar sus bienes propios. En 1970 se realizó una reforma al artículo 156 del Código Civil, eliminando la facultad del cónyuge de administrar los bienes propios de la esposa; sin embargo, se conservó la potestad del marido de imponer a la esposa la obligación de vivir con él y de seguirle a cualquier lugar donde traslade su residencia, disposición que fue reformada recién en 1989.

¹²⁶ Molyneux, “Justicia de género, ciudadanía y diferencia”, 37.

¹²⁷ *Ibid.*, 39.

tales como la sexualidad y la violencia doméstica. Si bien el derecho no estaba ausente en la esfera privada, su regulación garantizaba el dominio masculino en las relaciones que se reproducen en ese ámbito, ofreciendo una cobertura jurídica a los varones que lesionaban e incluso quitaban la vida de las mujeres. A decir de Molyneux, la politización de estos temas permitió una reconceptualización de la ciudadanía: “en términos de teoría de la ciudadanía, fue un reto directo a la separación público – privado, central para el liberalismo clásico, y puso énfasis en que la familia no está excluida de la esfera de la justicia o la democracia”.¹²⁸

Esto constituyó una inflexión en la construcción del discurso feminista del derecho, introduciendo nuevas categorías como las de derecho a una vida libre de violencia, derechos sexuales y reproductivos, derecho a la libre personalidad, etc. Al mismo tiempo surge el concepto de *justicia de género*, que abarca varias dimensiones de amplio alcance y que supondría al menos una modificación del tratamiento y estatus inferior que el derecho ofrece a las mujeres, así como la revisión de los estándares o criterios de implementación e interpretación del derecho por parte de funcionarios de justicia.

En este contexto, en los años noventa se impulsó en el Ecuador una serie de reformas legales en los ámbitos civil, laboral, electoral, penal, de salud, etc. La violencia contra las mujeres mereció atención básicamente en el ámbito punitivo. Así, la estrategia feminista se dirigió a reformar la normativa penal y procesal penal, así como la formulación de una legislación que se encargue particularmente de la problemática de la violencia doméstica.

La Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia promulgada en 1995 se constituyó en un hito, en la medida que contiene un reproche social a una práctica naturalizada y justificada como parte del ejercicio patriarcal, estableciendo sanciones para quienes la cometan. En otros ámbitos, se impulsaron reformas legales que garanticen una mayor participación de las mujeres en la vida política y laboral, así como la promulgación de una legislación que garantice la provisión de atención especializada y servicios a las mujeres durante las fases de embarazo, parto y posparto, así como aquellos relacionados a la salud sexual y reproductiva.¹²⁹

¹²⁸ *Ibid.*, 40.

¹²⁹ Durante la década de los noventa se realizaron reformas al Código del Trabajo, se promulgó la Ley de Amparo Laboral, y se promulgó, y posteriormente reformó, la Ley de Maternidad Gratuita.

En la estrategia reformista subyace la propuesta de relevar la diferencia sexual; pues las nociones tradicionales de ciudadanía e igualdad liberales la habían ignorado, resultando, en la práctica, en la marginación social y económica de las mujeres. De esa forma, el proceso reformista desafió la asimilación de lo femenino a la norma masculina, poniendo en evidencia la forma en que esta asimilación perjudica a las mujeres. Se demandó entonces la construcción de una estructura jurídica que al mismo tiempo que reconozca las diferencias no sacrifique el principio de igualdad.

La Asamblea Constituyente de 1998 ofreció un escenario propicio para replantear el concepto de ciudadanía y democracia. Aprovechando ese marco, se insistió en que no podía hablarse de un modelo legítimamente democrático sin reconocer derechos a las mujeres, derechos que conlleven una modificación de su estatus jurídico. Este contexto permitió profundizar la crítica a la dicotomía de los ámbitos público y privado, sobre los cuales se ha formulado y desarrollado la teoría general del Estado desde la Ilustración. Los avances constitucionales conseguidos en los noventa reflejan justamente estas demandas. Por ejemplo, el reconocimiento de la corresponsabilidad paterna y materna, y del derecho a tomar decisiones sobre la sexualidad y la reproducción, bajo el paraguas de los *derechos sexuales y reproductivos*, conllevan la aspiración de extender el ejercicio de la democracia en el espacio doméstico. La ruptura que opera, en el imaginario social, el reconocimiento de estos derechos en el marco constitucional, remite a un conjunto de relaciones que en los años posteriores se fueron transformando:

Los feminismos, al menos teóricamente, buscaban no sólo el acceso a la igualdad, sino el reconocimiento a la diversidad y a la diferencia; no sólo el acceso a los derechos existentes, sino al proceso de descubrimiento y permanente ampliación de sus contenidos; no sólo a través de luchas político-coyunturales sino luchas culturales que subvirtieran los arreglos sociales y sexuales vigentes. La lucha por el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, no únicamente como derechos de las mujeres sino como parte constitutiva de la construcción ciudadana [...].¹³⁰

La tendencia reformista de los años noventa, considerada una cuestión de “honor y resistencia”,¹³¹ se extendió al ámbito laboral con el fin de incorporar a las mujeres en el trabajo remunerado, eliminando las barreras que provocan su discriminación, y lograr el reconocimiento del valor productivo del trabajo doméstico. Adicionalmente se

¹³⁰ Vargas, “El movimiento feminista de la región”, 227.

¹³¹ Alejandra Cantos, “Escenarios de aplicación de los derechos humanos de las mujeres en el Ecuador: Visión crítica del nuevo Código de Procedimiento Penal,” en *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coord. Gioconda Herrera (Quito: FLACSO / CONAMU, 2000) 121.

introdujeron medidas afirmativas no solo en materia laboral, sino también de participación política, con el fin de avanzar hacia una *ciudadanía* social de las mujeres, concepto que supone una modificación en el relacionamiento de las mujeres con el Estado y con la comunidad, estamentos de los cuales se exige bienestar integral y seguridad económica.¹³²

2.1.1. El derecho como instrumento patriarcal utilizado para golpear al patriarcado

La ola de reformas legales de la década de los noventa tuvo que pasar irremediablemente por un proceso de mediación o transacción con los actores políticos estatales que mantenían una visión tradicional del orden social. Esto es cuestionado por Rocío Salgado, abogada feminista ecuatoriana que participó activamente en este proceso:

Me interesa recordar [...] que la Ley 103, que aborda el tema de la violencia contra la mujer y la familia fue concebida, por quienes la trabajamos, como un instrumento para enfrentar la violencia contra las mujeres exclusivamente; luego, en la negociación, su denominación abarcó el término “familia”. Resultaba inconcebible para casi la totalidad de los legisladores, que las mujeres no aparezcamos ligadas, de alguna manera, a la familia.¹³³

Similar cuestionamiento se hace en el caso del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, ya que para lograr su materialización constitucional fue necesario enmarcarlos en una noción de salud. Sobre esto, Magdalena León señala: “la casi sagrada visión materno-infantil resultó útil para enganchar un nuevo concepto”,¹³⁴ y es que a pesar del cambio de paradigma que se iba forjando en el derecho, ese auge legislativo se formula, discute y se materializa formalmente en una estructura estatal, que se configura en base a las desigualdades sexuales.¹³⁵

En este sentido, si bien se identifica que el derecho es uno de los instrumentos que refuerza el patriarcado, y que por lo tanto debe ser adecuado para cambiar las relaciones

¹³² Pautassi, “Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades”, 68.

¹³³ Rocío Salgado Carpio, “La Ley 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia y la administración de justicia”, en *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coord. Gioconda Herrera (Quito: FLACSO / CONAMU, 2000), 121.

¹³⁴ Magdalena León, “Estado, sociedad y derechos sexuales y reproductivos en Ecuador: Una aproximación”, en *Derechos sexuales y reproductivos: Avances constitucionales y perspectivas en Ecuador*, ed. Magdalena León (Quito: FEDAEPS / IEE, 1999), 28.

¹³⁵ Lorena Fries, “Los derechos humanos de las mujeres: Aportes y desafíos”, en *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coord. Gioconda Herrera (Quito: FLACSO / CONAMU, 2000), 48.

desiguales entre hombres y mujeres, al mismo tiempo se reconoce su limitación para modificar el orden de dominación patriarcal, como lo pone de manifiesto Anunziatta Valdez al referirse a las reformas al Código Civil ecuatoriano a finales de los noventa: “indudablemente vamos a tener en el Ecuador un instrumento que nos permita cambiar las estructuras actuales de a poco, no totalmente, porque la ley no tiene esa fuerza y porque para cambiar todo un orden patriarcal, existen muchos otros elementos en juego”.¹³⁶

Las posturas de las abogadas feministas latinoamericanas frente al derecho no son unívocas. Así, en su conocido trabajo “Cuando el género suena cambios trae”, Alda Facio,¹³⁷ aunque reconoce que el derecho no se produce por fuera del patriarcado, considera que sí puede ser un instrumento de cambio de las condiciones de desigualdad de las mujeres;¹³⁸ sin embargo, la autora cuestiona la estrategia jurídica feminista latinoamericana:

hemos caído en el error de creer que el problema legal de las mujeres se circunscribe a su falta de conocimiento sobre sus propios derechos y a la discriminatoria interpretación y aplicación de un conjunto de leyes que es neutral en términos de género, que es igualitario a los géneros. Debido a esta concepción, las estrategias de las organizaciones de mujeres se han encaminado a dar a conocer a las mujeres los derechos o a denunciar la aplicación discriminatoria de las leyes en alguna sentencia o decisión administrativa, pero poco se ha hecho por analizar el contenido sustantivo del Derecho.¹³⁹

El aporte de esta autora es proponer una concepción no tradicional del derecho y una metodología para analizarlo. Alda Facio señala que el derecho tiene al menos tres componentes: el primero es el *aspecto formal* de las normas, el segundo es el *componente estructural* —que está compuesto por el conjunto de leyes no escritas pero que están en el imaginario social y que son determinantes en la aplicación de las normas—, y el tercero, denominado *político-cultural*, que expone el sentido y contenido que se ofrece la dimensión formal del derecho a través de la doctrina y de su cumplimiento o no cumplimiento en lo cotidiano.¹⁴⁰ Estas dimensiones del derecho tienen una relación que se alimenta y determina mutuamente:

¹³⁶ Anunziatta Valdez, “El Código de la Familia: Retos para la vigencia de los derechos de las mujeres”, en *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coord. Gioconda Herrera (Quito: FLACSO / CONAMU, 2000), 97.

¹³⁷ Abogada feminista costarricense, pionera en América Latina en la elaboración de elementos conceptuales y metodológicos para el análisis del derecho desde un enfoque de género aplicable en la realidad latinoamericana. Sus escritos inspiraron la formación de generaciones de abogadas feministas en la región.

¹³⁸ Facio, *Cuando el género suena cambios trae*, 53.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*, 62-75.

Estos componentes están dialécticamente relacionados entre sí de tal manera que constantemente uno es influido, limitado y/o definido por el otro al tiempo que influye, limita y/o define al otro a tal grado, que no se puede conocer el contenido y efectos que pueda tener una determinada ley, un principio legal o una doctrina jurídica, si no se toman en cuenta estos tres componentes.¹⁴¹

Desde esta concepción del derecho, Alda Facio señala la relevancia de identificar las diferentes formas en las que el sexismo se expresa en cada uno de los componentes del derecho y que pueden adoptar varias formas. Así, el *androcentrismo* jurídico es la manifestación más generalizada y consiste en regular las conductas tomando como modelo de lo humano al varón; la *misoginia* se expresa en el desprecio a lo femenino; y la *ginopia* se traduce en la incapacidad de observar lo femenino o de asumir su presencia en forma autónoma,¹⁴² es decir sin relacionarla genéticamente con la familia o los hijos. Siguiendo esta línea de pensamiento, la autora, aunque reconoce los logros de las reformas legales y constitucionales en la región, recalca que esto no garantiza que el derecho deje de ser androcéntrico.

En general, las críticas jurídicas feministas aunque reconocen que el derecho es un pilar que sostiene el orden de dominación patriarcal, lo han visto como una herramienta necesaria para disputar espacios de poder y el reconocimiento de derechos; sin embargo, reconociendo sus límites, invitan a tener una mirada compleja del derecho y no confiar en su aspecto meramente formal.

2.1.2. Cuestionamiento al universalismo femenino en el derecho

Otra crítica al derecho surge de aquellas voces que cuestionan las reformas legales impulsadas por los movimientos feministas señalando que estas tienen un sesgo occidental que pasa por alto las diferencias étnicas y culturales de las mujeres latinoamericanas. Aunque esta crítica aparece marginalmente, es importante rescatarla. Por ejemplo, Ximena Avilés señala que, siendo el Ecuador un país que acoge varias culturas indígenas, con expresiones culturales e idiomáticas particulares, la concepción de *mujer* que subyace en los estándares normativos impulsados por las reformas feministas, no contempla las diferentes cosmovisiones que constituyen la feminidad en

¹⁴¹ *Ibid.*, 65.

¹⁴² *Ibid.*, 25.

las mujeres indígenas.¹⁴³ Esta crítica se alinea con los planteamientos de los llamados *feminismos decoloniales*, que plantean la existencia de una tensión entre los feminismos occidentales que han hegemonizado el conocimiento y debate feminista, por un lado, y por otro, las aspiraciones y estrategias de las feministas del denominado *tercer mundo*, las cuales han estado determinadas por la geografía, la historia y la cultura.¹⁴⁴

Por su parte, Alda Facio señala que si bien los cambios normativos han permitido la incorporación de las mujeres a espacios de poder, esto de ninguna forma garantiza la eliminación de las múltiples formas de discriminación, como el racismo:

Una mujer que nunca ha vivido el racismo o que no lo ha incorporado en su visión del mundo como una forma de discriminación sexual, posiblemente no entienda por qué otras hablan de que para que haya igualdad en el acceso al poder político de todas las mujeres, por ejemplo, tienen que haber leyes que protejan contra el racismo como forma de discriminación y violencia de género e insisten en que las acciones afirmativas tienen que estar diseñadas de manera que no reproduzcan el racismo que penetra el derecho y la sociedad.¹⁴⁵

De esta forma se cuestiona que, aunque se haya logrado desmontar la concepción masculina del sujeto del derecho, al incorporar a las mujeres como sus titulares y al promover la elaboración de normas que reconocen derechos particulares a las mujeres, así como la inclusión de técnicas jurídicas como las acciones afirmativas y las medidas especiales, el sujeto *mujer* del derecho aparece como homogéneo, con problemáticas comunes e idénticas, invisibilizando otras diferencias, como el origen étnico, que son relevantes en la realidad latinoamericana.

Si bien la síntesis que se ha hecho de las críticas al derecho desde la experiencia feminista latinoamericana en general y del Ecuador en particular, es arbitraria y en extremo reducida, es evidente que constituyen una ruptura en la concepción tradicional del derecho. Asimismo, se puede apreciar que la experiencia latinoamericana está relacionada con los debates propuestos por los debates feministas del mundo anglosajón.

¹⁴³ Ximena Avilés, “El concepto internacional de igualdad formal”, en *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coord. Gioconda Herrera (Quito: FLACSO / CONAMU, 2000), 125-33.

¹⁴⁴ Chandra Talpade Mohanty, “Bajo los ojos de occidente: Academia feminista y discursos coloniales”, en *Descolonizando el feminismo: Teorías y prácticas desde los márgenes*, ed. Liliana Suárez y Aída Hernández (Madrid: Ediciones Cátedra, 2008), 118-9.

¹⁴⁵ Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, 22.

3. De la crítica feminista al derecho a la teoría jurídica crítica feminista

Como quedó señalado en páginas previas, el carácter del pensamiento crítico es el ejercicio teórico agudo sobre la dominación y el poder en los diferentes ámbitos de la vida social. Tal como propone Bolívar Echeverría, rescatando el pensamiento de Marx, este ejercicio es inmanente; es decir que la realidad social no se estudia como un objeto distante del sujeto que lo observa sino que, al contrario, es necesario colocarse dentro de esa realidad estudiada, para conocerla, interpretarla y develar la ideología dominante que la recrea, para transformarla.¹⁴⁶

Influenciada por el pensamiento crítico, la denominada teoría jurídica crítica que ha desplegado sus discusiones y propuestas en diferentes corrientes, centran sus análisis en plantear que el derecho es un fenómeno social y como tal su comprensión no puede hacerse al margen del resto de la realidad social. Desde esta perspectiva los sistemas axiomáticos desde los cuales tradicionalmente se ha fundamentado y conceptualizado el derecho, resultan estrechos para lograr ese cometido, así, se propone que la filosofía jurídica no debería ocuparse solo de las problemáticas que se derivan del estudio formal del derecho, sino que debería también abordar en el análisis del fenómeno jurídico, el rol que el derecho desempeña como parte del orden de dominación,¹⁴⁷ para ello el análisis crítico alentó el estudio del derecho desde una perspectiva transdisciplinaria — recurriendo a la sociología, la psicología, la antropología, etc., disciplinas que aportan herramientas para comprender el derecho en una visión amplia—, metodología que también contradice los métodos tradicionales del estudio del derecho.¹⁴⁸

De su lado, el feminismo también ha introducido a estos análisis otros elementos que no pueden pasar desapercibidos si se analizan desde una perspectiva de género, destacando el carácter político que tiene la diferencia sexual en la configuración del orden social. En este punto, vale la pena rescatar las reflexiones que realiza la filósofa estadounidense Nancy Fraser frente a la pregunta ¿Qué tiene de crítica la teoría crítica?. La autora busca establecer cual es la diferencia, filosóficamente interesante, que haga que

¹⁴⁶ Echeverría, *El materialismo de Marx*, 99.

¹⁴⁷ Álvaro Núñez, “Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho* No. 26 (2010): 422-434.

¹⁴⁸ Martine Kaluszynski, “Cuando el derecho reencuentra la política: Primeros elementos de análisis de un Movimiento Crítico del Derecho”, *HAL archives-ouvertes.fr*, 10 de marzo de 2019, 6-7, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00610806/document>

una teoría social sea crítica, desde la perspectiva del feminismo.¹⁴⁹ En primer término destaca su carácter político, pues sus elaboraciones conceptuales y programas de investigación no pierden de vista las propuestas y fines de los movimientos sociales con los cuales tiene afinidad política, sin carecer de un sentido crítico. De ese modo si las demandas sobre las diferentes formas de opresión y discriminación de las mujeres, dan lugar a la conformación de movimientos sociales, la teoría social crítica debería arrojar luces a los objetivos que persiguen: “Emplearía categorías y modelos explicativos que revelarían las relaciones de dominación masculina y subordinación femenina, en lugar de ocultarlas. Y revelaría el carácter ideológico de los enfoques rivales que ocultan y racionalizan dichas relaciones”.¹⁵⁰

De su lado, Seyla Benhabib también filósofa política estadounidense, destaca que el aspecto constitutivo de la teoría feminista, es el sistema sexo – género que configura la identidad simbólica y materialmente de hombres y mujeres, y sobre el cual se organiza el orden social, “se divide simbólicamente y se vive experimentalmente”¹⁵¹. Las diferentes expresiones del sistema sexo – género a lo largo de la historia han contribuido en la opresión y subordinación de las mujeres. De este modo, dice la autora “La tarea de la teoría crítica feminista es desvelar este hecho, y desarrollar una teoría que sea emancipadora y reflexiva y pueda ayudar a las mujeres en sus luchas para superar la opresión y la explotación”.¹⁵² Este propósito dice, puede realizarse en dos formas, por un lado “desarrollando un análisis explicativo – diagnóstico” de la opresión de las mujeres a través de la historia y de las diferentes culturas, para lo cual se requiere una investigación crítica; y, por otro lado, “articulando una crítica anticipatoria – utópica” de las normas y valores de la sociedad proyectando al mismo tiempo otras formas de relacionamiento

¹⁴⁹ Nancy Fraser analiza desde el enfoque feminista la teoría crítica de Habermas. Si bien reconoce que el modelo teórico del autor de la escuela de Frankfurt constituye un marco con un potencial crítico para comprender el funcionamiento de las relaciones interinstitucionales entre el ámbito público y el privado en el capitalismo clásico, también devela que su modelo es indiferente al dominio masculino y la subordinación femenina en ambas esferas de la vida social, además que el poder no solo se restringe a contextos burocráticos y administrativos. Véase: Nancy Fraser, “¿Qué tiene de crítica la teoría crítica? Habermas y la cuestión de género”, en *Teoría feminista y teoría crítica*, ed. Seyla Benhabib y Drucilla Cornell (Valencia: Institució Valenciana D’Estudis I Investigació / Edicions Alfons El Magnanim, 1990), 49-88.

¹⁵⁰ Nancy Fraser, “¿Qué tiene de crítica la teoría crítica? Habermas y la cuestión de género”, 49 - 50

¹⁵¹ Seyla Benhabib, “El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg – Gilligan y la teoría feminista”, en *Teoría feminista y teoría crítica*, ed. Seyla Benhabib y Drucilla Cornell (Valencia: Institució Valenciana D’Estudis I Investigació / Edicions Alfons El Magnanim, 1990), 125

¹⁵² *Ibid.* 126

entre las personas y con la naturaleza, para lo cual se requiere un trabajo en lo normativo y lo filosófico.¹⁵³

En este mismo sentido, la filósofa española Celia Amorós destaca que la teoría crítica feminista rescata el sentido originario del vocablo *teoría*: *hacer ver*. Así, esta corriente de pensamiento pone en cuestión el sistema género – sexo, eje de la configuración de todo el sistema de dominación cuyo funcionamiento solamente se hace evidente ante la mirada crítica; pues, desde una perspectiva conforme, su operación se percibe como obvia o ni siquiera se percibe. Este hacer ver, dice la autora, conlleva necesariamente la irracionalización del saber, es decir sacar los conceptos de la racionalidad patriarcal en la cual han sido concebidos y desarrollados.¹⁵⁴ Así, la teoría crítica feminista ofrece un marco de interpretación que saca a la luz, vuelve visibles hechos y fenómenos relevantes que desde otras perspectivas carecen de significado o no son pertinentes a pesar de que incumben a la mitad de la especie humana.¹⁵⁵

3.1. Aportes del feminismo occidental en la construcción de una teoría jurídica crítica.

El ámbito jurídico no ha sido ajeno a los debates previamente señalados. En la academia jurídica estadounidense, en las décadas de los ochenta y noventa, las reflexiones jurídicas feministas que se encontraban atrapados en el dilema igualdad/ diferencia, ampliaron su campo de estudio vinculándose a otras áreas investigativas, para sumergirse en temas relacionados al poder y a la subjetividad.¹⁵⁶ El derecho dejó de verse como un ente aislado y con vida propia sin relación con el resto de ámbitos de la vida social, por lo que se preocuparon de realizar propuestas jurídicas que tenían como ejes la “vinculación del derecho con la dominación y los efectos de su lenguaje neutral”.¹⁵⁷

Catharine MacKinnon es una de las autoras que impulso una nueva teoría del derecho feminista, para lo cual recurre al pensamiento marxista y sus categorías de análisis, para defender que la división sexual subyace a todas las relaciones sociales:

¹⁵³ *Ibid.* 126

¹⁵⁴ Amorós y de Miguel, “Teoría feminista y movimientos feministas”, 16.

¹⁵⁵ *Ibid.*, 17

¹⁵⁶ Malena Costa, “El pensamiento jurídico feminista en los confines del Siglo XX”, *Revista de Estudios Feministas*, Vol. 26, no. 1 (2018): 41, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/%x>.

¹⁵⁷ *Ibid.*

Tal como lo es el trabajo para el marxismo, la sexualidad es para el feminismo algo socialmente construido pero que, a la vez construye; universal como actividad pero históricamente específica [...] Así como la expropiación organizada del trabajo de algunos para beneficio de otros define una clase – los trabajadores- la expropiación organizada de la sexualidad de unos para el uso de otros define el sexo, mujer.¹⁵⁸

Mackinnon cuestiona el fracaso del derecho la eliminación de las múltiples formas de violencia que viven las mujeres, pues aunque se hayan incluido iniciativas para sensibilizar a los operadores de justicia para combatir el sexismo del derecho, inclusive puede criminalizar a algunos hombres que violentan a las mujeres, ninguna de estas medidas realmente cuestionan el origen de esa violencia ni confronta el rol que el Estado tiene en esto. Si bien el derecho penal, al tipificar la violencia de género, sugiere un reproche a estas conductas, paradójicamente amenaza a castigar a hombres que no hacen otra cosa que poner de manifiesto las expresiones de la identidad masculina que se ha formateado a través de los procesos de socialización, y que además es venerada y recompensada socialmente.¹⁵⁹ La autora rechaza la idea de un derecho neutral y abstracto, pues reconoce en su formulación y aplicación un modelo masculino: “ Cuando es más despiadadamente neutral, será más masculino; cuando es más ciego al sexo, será más ciego al sexo del criterio que está siendo aplicado.”¹⁶⁰

Frances Olsen norteamericana es otra autora que se alinea a la *teoría jurídica crítica feminista* desde la cual se aplaude los beneficios obtenidos con el reconocimiento y ejercicio de derechos de las mujeres a través de las reformas legales realizadas en los últimos siglos, no obstante, hace notar que no es un derecho abstracto, objetivo, ni racional el que canaliza esos beneficios. Pues, en opinión de Olsen, el “razonamiento jurídico y las batallas judiciales no son tajantemente distinguibles del razonamiento moral y político y de las batallas morales y políticas”.¹⁶¹ En este sentido, se afirma que el esfuerzo de formular racionalmente normas de derechos que busquen la igualdad y los derechos de las mujeres, ha fracasado.

Estas críticas coinciden además con la idea de que el derecho es patriarcal y por lo tanto, un instrumento de dominación masculina. Asimismo, ponen en entredicho la aspiración de universalidad y generalidad del derecho, señalando que las normas solo

¹⁵⁸ Catharine MacKinnon, “Feminismo, Marxismo, Método y Estado: Una agenda para la teoría”, en *Crítica Jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, ed. Mauridio García Villegas (Bogotá: Universidad de los Andes, 2005), 164

¹⁵⁹ *Ibid.*, 202

¹⁶⁰ *Ibid.*, 221

¹⁶¹ Frances Olsen, “El sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, comp. Alicia Ruiz (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires / Editorial Biblos, 2000), 38-9.

ofrecen cobertura para unos pocos casos o situaciones concretas. Por ejemplo, las normas que sancionan delitos de carácter sexual, en los casos que se aplican, ofrecen respuesta a un hecho específico y no a una situación generalizada. En cuanto a los principios, afirman que, al ser tan generales y amplios, podrían ser aplicados a varios casos de diferentes formas, o en un solo caso con resultados distintos.

No obstante, lo que hace el derecho frente a casos o conflictos es reexpresarlos, reeditarlos e inclusive devolverlos al espacio social de una forma más compleja; y, aunque se diseñen dispositivos legales desde esquemas racionales con el fin de ofrecer respuestas jurídicas objetivas, su aplicación no está apartada de criterios subjetivos y posturas morales y políticas.¹⁶² La teoría jurídica crítica feminista, si bien reconoce tener poca confianza en el razonamiento jurídico y en el discurso de los derechos, no asume tampoco una postura pesimista; pero su propuesta sí es complejizar el trabajo de teorización y aplicación del derecho, para lo cual invita a no perder de vista los esquemas de poder económico, político, sexual en los que se formula el derecho.¹⁶³

Carol Smart, otra autora que ha realizado aportes importantes, problematiza y profundiza el planteamiento de Olsen y Mackinnon, afirmando que “cualquier argumento que empieza por otorgar prioridad a la división binaria de macho/hembra o masculino/femenino cae en la trampa de degradar otras formas de diferenciación y, particularmente, las diferencias entre estos opuestos binarios”.¹⁶⁴ Para Smart, los planteamientos que califican de *sexista* o *masculino* al derecho, corren el riesgo de anclarse a un determinismo biológico. Sin embargo de este cuestionamiento, la autora no deja de reconocer que el derecho sea sexista, lo cual se evidencia en el tratamiento discriminatorio que las diferentes instituciones legales ofrecen a hombres y mujeres, colocando a estas últimas en situaciones de clara desventaja frente a los varones, como es el caso de las regulaciones del matrimonio, violación, prostitución, etc.

Para Smart, la identificación del derecho como sexista sin duda ha sido un mecanismo para combatir el orden establecido en el derecho y cuestionar las prácticas del derecho vejatorias a las mujeres; no obstante, señala que “el calificativo de sexista en realidad funcionó más como una estrategia de redefinición que como una modalidad de análisis”.¹⁶⁵ Advierte además que detenerse en este aspecto del derecho distrae del

¹⁶² *Ibid.*, 39-40.

¹⁶³ Garbay Mancheno, “El rol del derecho en la construcción de identidades de género”, 8.

¹⁶⁴ Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, 38.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 35.

análisis de otros más complejos. Esto conduce al planteamiento de estrategias direccionadas a respuestas superficiales, evadiendo los problemas esenciales que el derecho plantea. Como ejemplo de ello, se pueden mencionar aquellas propuestas que sostienen que el derecho dejaría de ser sexista si ofreciese el mismo tratamiento a todos los sujetos jurídicos, o la que propone la superación de la diferenciación mediante la introducción de un lenguaje neutro en el derecho; desde esta perspectiva reduccionista, las consecuencias del sexismo del derecho se solucionarían con campañas o programas de educación, o con reformas legales tendientes a incrementar la participación de las mujeres en espacios públicos de los cuales han sido históricamente excluidas.

En síntesis, el cuestionamiento de Smart se centra en que estos enfoques toman al varón como parámetro de comparación, de tal forma que cuando se aspira a que el derecho no sea sexista, se espera que les ofrezca a las mujeres el mismo tratamiento que les da a los varones. Ahora bien, la pregunta que se hace la autora es si es posible entonces superar el sexismo del derecho, dando un tratamiento a las mujeres bajo los parámetros de las mismas mujeres. Smart califica a esta sustitución como una falacia, señalando que desde ese punto de vista se observa la diferencia sexual como si fuera solamente un problema subalterno del derecho y no un problema estructural: “El concepto de ‘sexismo’ implica que es posible anular la diferencia sexual como si fuera epifenoménica y no estuviera enquistada en el modo en el que comprendemos y negociamos el orden social”,¹⁶⁶ por lo tanto este calificativo no hace más que colocar un velo que no permite debatir aristas más profundas del derecho, pasando por alto que la perspectiva patriarcal de la diferencia sexual organiza la sociedad y la vida cotidiana.¹⁶⁷

Por otro lado, Smart también se opone a la calificación del derecho como *masculino*, señalando que tampoco se desbanda del determinismo biológico. La *masculinidad* del derecho se ha justificado evidenciando que las características de neutralidad y objetividad, asociadas a este, describen al mismo tiempo los rasgos masculinos, lo cual se pone en evidencia tanto en la formulación del derecho como en su ejercicio. Según Smart estos enfoques adolecen de varias contradicciones: para la autora resulta irónico invocar precisamente a la *objetividad* y *neutralidad*, siendo valores supuestamente masculinos, para formular una noción de igualdad; esto equivaldría a que las mujeres sean “juzgadas de acuerdo con los valores de lo masculino”.¹⁶⁸

¹⁶⁶ *Ibid.*, 36.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 37.

¹⁶⁸ *Ibid.*

Adicionalmente, desde esa perspectiva, el varón sigue siendo el arquetipo biológico del derecho, lo que llevaría a la errada inferencia de que el derecho está al servicio de todos los *hombres*, cuando no es cierto que el derecho proteja los intereses de los varones como categoría uniforme, como tampoco es preciso afirmar que el derecho les da el mismo trato a todas las mujeres por igual. En este mismo sentido, Smart hace caer en cuenta de que los parámetros que describen lo masculino o lo varonil, “no necesariamente deben anclarse en su referente biológico, es decir, en los varones”,¹⁶⁹ tal como lo afirman algunas feministas.¹⁷⁰ En efecto, los valores y estándares masculinos en el derecho no son defendidos y reproducidos únicamente por los hombres, pues en muchos casos también lo son por mujeres.

Sin oponerse totalmente a los planteamientos que han dado lugar a las calificaciones del derecho como sexista y masculino, Smart propone analizar al derecho más bien como un “proceso de producción de identidades de género”,¹⁷¹ es decir, como una estrategia que, entre otras, construye el *género*. La autora sostiene que el derecho y el discurso jurídico dan lugar a la representación de la *Mujer* y de las *mujeres*, insistiendo en que la configuración de la identidad femenina no está condicionada exclusivamente por las características biológicas sino por una serie de instrumentos entre los cuales el derecho, como disciplina, cumple un papel importante.

3.2. Aportes del feminismo jurídico latinoamericano en la construcción de una teoría jurídica crítica.

Sin duda el aporte teórico de los feminismos del primer mundo es relevante, tanto así que influyó en los debates latinoamericanos que siguieron la ruta marcada por aquellos.¹⁷² Sin embargo, las críticas feministas al derecho en América Latina, tienen características particulares y responden en gran medida a las coyunturas políticas y sociales en las que se anidan las discusiones feministas. En este sentido, Alda Facio señala

¹⁶⁹ *Ibid.*, 36.

¹⁷⁰ En este sentido, Alda Facio plantea que las nociones de justicia, igualdad, libertad, solidaridad, etc., no son androcéntricas cuando están planteadas en abstracto, sino que adquieren este carácter por el significado y la aplicación que les dan los hombres. Véase Alda Facio y Lorena Fries, “Feminismo, género y patriarcado”, en *Género y Derecho*, ed. Alda Facio (Santiago: LOM Ediciones, 1999), 37.

¹⁷¹ Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, 40.

¹⁷² Marta Lamas, “De la protesta a la propuesta: Escenas de un proceso feminista”, en *Feminismo: Transmisiones y retransmisiones*, Marta Lamas (Ciudad de México: Taurus, 2006), 16.

que a las feministas latinoamericanas les ha apremiado el contexto social y económico en el desarrollo de propuestas y conceptos:

En los países desarrollados las mujeres académicas tienen más tiempo para invertir en teorizar, además de que gozan de más facilidades para conseguir información, estadísticas y financiación para dedicarse uno o dos años a escribir. En nuestros países en vías de devolución (tanto al FMI como a estadios de mayor subdesarrollo), es muy difícil que una agencia financiadora nos brinde el dinero necesario para poder dedicarnos a investigar y teorizar. [...] Por eso constantemente estamos “adaptando” las teorías que desarrollan nuestras hermanas del mundo desarrollado sobre las condiciones de la mujer y el feminismo. Es de esperar que las feministas del primer mundo algún día tengan suficiente poder y conciencia como para entender que en nuestros países las mujeres, además de necesitar comida, necesitamos conocer nuestra realidad desde nosotras mismas.¹⁷³

A pesar de los límites expuestos, la crítica jurídica feminista germina a lo largo de latinoamérica desde distintos enfoques, pues como señala Malena Costa el pensamiento latinoamericano se configura desde su *condición periférica* de manera que este “se articula en la producción de conocimiento y enfoques originales en un movimiento doble de recepción / resignificación y diferenciación de las ideas de los feminismos estadounidenses y europeos”.¹⁷⁴ De ese modo, el pensamiento jurídico crítico feminista latinoamericano enriquecido de las propuestas de las feministas jurídicas críticas anglosajonas y a su vez determinada por los contextos sociales de la región de los años ochenta y noventa, adquiere características propias dando lugar a amplio y rico debate.

En este camino no puede dejar de mencionarse el aporte que ha realizado la jurista costarricense Alda Facio, quien propuso un método feminista del análisis del fenómeno jurídico, partiendo de la idea de que el derecho no se limita a la norma, sino que tiene tres dimensiones. La primera es de carácter formal, que contiene la descripción normativa del derecho, la segunda es la dimensión estructural que se configura con la interpretación que se hace de la primera por parte de operadores judiciales e inclusive profesores de derecho; y, la tercera dimensión es la cultural que se forma a través del contenido que se ofrece a las leyes con las costumbres, actitudes, tradiciones, etc.¹⁷⁵

La autora reconoce que las distintas corrientes del feminismo jurídico, independientemente de como se identifiquen, esto es liberales, socialistas o marxista, etc., coinciden en denunciar la falta de neutralidad del derecho y al mismo tiempo buscan la

¹⁷³ Facio, *Cuando el género suena cambios trae*, 15.

¹⁷⁴ Romina Carla Lerussi e Malena Costa, “Feminismos Jurídicos en Argentina. Notas para pensar un campo emergente”, *Revista Estudios Feministas*, Vol. 26, no 1 (2018): 4, <https://doi.org/10.1590/1806-9584.2018v26n141972>.

¹⁷⁵ Facio, *Cuando el género suena cambios trae*, 62-75.

modificación del estatus jurídico y social de las mujeres así como la transformación de las relaciones de poder, sin embargo, señala que estas críticas no necesariamente configuran una teoría crítica del derecho, pues siguiendo la referencia que Marx hizo del pensamiento crítico como “un autoesclarecimiento de las luchas y deseos de una época”¹⁷⁶, la autora manifiesta que para que las críticas feministas al derecho se constituya en una teoría crítica deben tener como fin, el “esclarecimiento del rol que desempeña el Derecho en el mantenimiento del patriarcado.”¹⁷⁷ En su opinión, la mayor parte de los feminismos se ha ocupado de aspectos que apenas amenazan la transformación del derecho, que son aquellos que el patriarcado ha permitido avanzar sin que sea realmente afectado, por lo tanto urge nuevas formas de acercamiento al derecho desde la perspectiva feminista:

Una teoría crítica del Derecho debe pretender efectuar un cambio radical de perspectiva respecto de las teorías tradicionales en la observación del fenómeno jurídico. Debe vincular el Derecho con los procesos históricos – sociales en permanente transformación. Debe no solo describir el objeto Derecho, sino que, al hacerlo, lo debe afectar. [...] Para que una teoría logre el autoesclarecimiento de las luchas y deseos del movimiento feminista con respecto al Derecho, tendría que utilizar categorías y metodologías que revelen, en vez de ocultar, las relaciones de dominación masculina y subordinación femenina.¹⁷⁸

La construcción de una teoría crítica implica romper los formatos generalmente utilizados para analizar y teorizar sobre el derecho, lo cual es un desafío que invita a enfrentar, sabiendo que particularmente en América Latina, donde los estudios del derecho son adeptos a por los métodos tradicionales, una visión alternativa sería objeto de descalificaciones.¹⁷⁹

Otros esfuerzos por construir una teoría jurídica crítica desde el feminismo, germina en el marco de la teoría crítica argentina, considerada como “un movimiento filosófico jurídico con importantes intereses en la teoría social y política.”¹⁸⁰ Esta corriente parte de la idea de que el derecho es una práctica social y como tal requiere un agudo análisis epistemológico sobre el método de acercamiento al estudio del derecho.

¹⁷⁶ Karl Marx, “Letter to A. Ruge, september 1843”, en Karl Marx: *Early Writings*. 1975, citado en Alda Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coord. Gioconda Herrera (Quito: FLACSO / CONAMU, 2000), 16,

¹⁷⁷ Alda Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coord. Gioconda Herrera (Quito: FLACSO / CONAMU, 2000), 16,

¹⁷⁸ *Ibid.*, 19

¹⁷⁹ *Ibid.*, 20

¹⁸⁰ Álvaro Nuñez Vaquero, “Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica”, 422.

Esta corriente enriquece sus reflexiones con autores marxistas como Gramsci, Althusser, los autores de la Escuela de Frankfurt, pero también de Foucault y Bourdieu, entre otros.

Alicia Ruiz es una de sus principales exponentes del movimiento de críticos argentinos. En un artículo publicado en los años ochenta, señala que el interés de esta corriente por introducirse en abordajes no tradicionales del derecho, no es casual, pues coincide con un momento histórico en el que en general, los debates en las ciencias sociales se interesan en tema del poder y las formas en que opera.¹⁸¹ El acercamiento a los autores mencionados, ofrece a los juristas elementos para entender el funcionamiento del derecho de las sociedades contemporáneas, bajo la siguiente hipótesis:

el derecho es el discurso legitimante del poder en el estado moderno; que tiene un importante valor simbólico, en la medida que se constituye en el lugar del mito en las sociedades contemporáneas marcadas por la impronta de la racionalidad occidental, y por último la circunstancia de que las formas jurídicas expresan mucho más que un mecanismo de control social fundado en las relaciones de dominación y se tornan tanto más poderosas y rígidas cuanto más ligadas están a estos aspectos mítico.¹⁸²

Sin embargo, dice la autora esta función del derecho ha sido silenciada, por lo que las nuevas propuestas deben apuntar a desentrañar la operación ideológica del poder en el derecho, algo que no es posible desde la ciencia jurídica positivista.¹⁸³ Asumiendo que el derecho es un discurso social del poder, Alicia Ruíz señala que este tiene un rol en la consolidación da subordinación femenina, pues el significado de lo femenino construido desde las ideas, mitos, ficciones, es vestido por el derecho, el cual en una práctica discursiva crea objetos de regulación en torno a esos significados, los cuales se mantiene y se reproducen, resistiéndose a los avances legislativos y constitucionales.¹⁸⁴

Le teoría jurídica crítica feminista se presenta en todo caso, como una propuesta no acabada y en constante desarrollo y pretende ofrecer propuestas conceptuales y metodológicas poco apreciadas en los estudios tradicionales del derecho.

A continuación, a partir de los lugares comunes de las diferentes aportes realizados por el feminismo jurídico crítico, se desarrollan categorías para continuar trabajando en la construcción de una teoría jurídica crítica desde el feminismo jurídico latinoamericano.

¹⁸¹ Alicia Ruíz, Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas”. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.º 4 (1986): 162. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/2906/2708>

¹⁸² *Ibid.*, 163

¹⁸³ *Ibid.*, 164

¹⁸⁴ De las mujeres y el derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, comp. Alicia Ruiz (Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires / Editorial Biblos, 2000), 9 -11.

3.3. Derrumbando las certezas que ofrecen los sistemas axiomáticos del derecho

La incursión del pensamiento feminista en el derecho ha provocado un cisma en los fundamentos de los pilares filosóficos a través de los cuales se ha justificado y explicado el derecho. Por un lado, la crítica feminista enfrenta al *jusnaturalismo racionalista*, que encarna la base axiológica de la modernidad y cuyo discurso ofrece un límite al poder arbitrario de la autoridad, al tiempo que propone un pacto social basado en derechos inalienables cuya naturaleza no admite discusión. Al respecto, Carole Pateman, en su obra *El contrato sexual*, pone en entredicho la ideología libertaria en la que se sustenta el contrato social, evidenciando que la sociedad civil que nace de aquel contrato en realidad dio lugar a la configuración de un nuevo orden patriarcal.¹⁸⁵ Pateman enfatiza que el contrato social es un *pacto sexual-social* cuya relevancia ha sido olvidada por los teóricos contemporáneos, quienes han pasado por alto este carácter simbólico que da origen al derecho político y a un orden patriarcal moderno con la forma de Estado:

La historia del contrato sexual es también la génesis del derecho político y explica por qué es legítimo el ejercicio del derecho —pero esta historia es una historia sobre el derecho político como derecho patriarcal o derecho sexual, el poder que los varones ejercen sobre las mujeres. La desaparecida mitad de la historia señala cómo se establece una forma específicamente moderna de patriarcado. La nueva sociedad civil creada a través de un contrato originario es un orden social patriarcal.¹⁸⁶

La autora sostiene que un motivo por el cual los teóricos políticos no se percatan de la ausencia de estos datos históricos, es porque se ha considerado tradicionalmente al patriarcado como la ley del padre; no obstante, el derecho paterno es solamente una expresión del patriarcado y, si bien los teóricos contractualistas lo cuestionaron, no combatieron al derecho patriarcal. Pateman señala además que, con excepción de Hobbes, los teóricos clásicos reconocen solo en los hombres los atributos y capacidades para *contratar* —entiéndase para decidir sobre sí mismo—, a diferencia de las mujeres, respecto a las cuales se consideró que carecen naturalmente de esas atribuciones. Este aspecto se refleja con claridad en la obra de Rousseau, quien considera que las mujeres deben ser educadas para ser sumisas y sometidas a los varones, es decir funcionales a una

¹⁸⁵ Pateman, *El contrato sexual*, 10.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

familia patriarcal, y justifica esta condición afirmando que el destino de las mujeres es el de ser oprimidas.¹⁸⁷

Por su parte, John Locke consideraba que el razonamiento y las aspiraciones de hombres y mujeres son diferentes y que, aunque estén destinados a conformar una familia, la naturaleza le ha otorgado el derecho a gobernar al hombre, por tener más capacidad y mayor fuerza. Al comparar la familia con un Estado, el autor destaca la relación de subordinación al *pater familias*, de la esposa y de los hijos, criados y esclavos, aunque resalta que aquel no tiene el poder absoluto como un monarca.¹⁸⁸

Estas ideas subyacen en la teoría del contrato social; es decir que las concepciones patriarcales respecto a lo femenino y lo masculino no fueron abandonadas al formular los elementos y la función del Estado moderno. En este sentido, Pateman afirma que la diferencia sexual entre hombres y mujeres adquiere un sentido político: “la diferencia sexual es la diferencia entre libertad y sujeción. Las mujeres no son parte del contrato originario a través del cual los hombres transforman su libertad natural en la seguridad de la libertad civil. Las mujeres son el objeto del contrato”.¹⁸⁹ Bajo estas premisas se levantaron las nociones de igualdad y libertad como derechos naturales fundantes de la nueva organización social, pero concibiendo como únicos titulares a los varones blancos europeos.

La noción del contrato, figura mercantil replanteada en el ámbito de la filosofía política, supone la idea de una organización basada en un consenso, abstraída de los contextos reales donde las personas recrean la vida. Esta separación ideológica y política

¹⁸⁷ La obra *Emilio o De la Educación*, de Jean-Jacques Rousseau, refleja el pensamiento que subyace en la construcción patriarcal de lo masculinidad y la feminidad, resaltando las diferencias entre hombres y mujeres, en base a las cuales justifica la subordinación de estas frente a los hombres: “En la unión de los sexos, concurre cada uno por igual al fin común, pero no de la misma forma; de esta diversidad surge la primera diferencia notable entre las relaciones morales de uno y otro. El uno debe ser activo y fuerte, y el otro pasivo y débil. [...] Si el destino de la mujer es agradar y ser subyugada, se debe hacer agradable al hombre en vez de incitarle; en sus atractivos se funda su violencia, por ello es preciso que encuentre y haga uso de su fuerza”. El autor, al referirse a la educación, de forma expresa señala su función para mantener el sometimiento de las mujeres: “De manera que la educación de las mujeres debe estar en relación con la de los hombres. Agradarles, serles útiles, hacerse amar y honrar de ellos, educarlos cuando niños, cuidarlos cuando mayores, aconsejarlos, consolarlos y hacerles grata y suave la vida son las obligaciones de las mujeres en todos los tiempos, y esto es lo que desde su niñez se las debe enseñar”. Cualquier manifestación de inconformidad por parte de las mujeres respecto a las condiciones de desigualdad, es calificada como irrazonable: “La rigidez de los deberes relativos de ambos sexos no es ni puede ser la misma, y cuando en esta parte las mujeres se quejan de la desigualdad que han establecido los hombres, no tienen razón; aquel de los dos a quien la naturaleza confió el depósito de los hijos, le corresponde responder de ellos al otro”. Véase Jean-Jacques Rousseau, *Emilio o De la Educación* (Madrid: Alianza, 2002), 249-54.

¹⁸⁸ John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil* (Madrid: Biblioteca Nueva, 1999), 93-5.

¹⁸⁹ Pateman, *El contrato sexual*, 15.

de la realidad legitima posiciones preexistentes de desigualdad que se reproducirán indefinidamente.¹⁹⁰ Además, las abstracciones que fundamentan el contrato realizan una fragmentación del espacio: por un lado, el ámbito público que ha sido idealizado y goza de prestigio; es el espacio en el que el sujeto abstracto se relaciona bajo el concepto de igualdad formal, es la esfera de la libertad civil, como dice Pateman.¹⁹¹ Por otro lado está el espacio privado, aquel cuyos sujetos son concretos. Lo privado, como lo manifiesta Alejandra Ciriza, “incluye no sólo los intereses económicos de los sujetos, su forma de inserción en el proceso de producción y reproducción de la vida misma, sino además el conjunto de relaciones que los ligan a otros sujetos en el espacio doméstico, las creencias particulares, las prácticas e identidades sexuales y raciales”.¹⁹²

La separación de las esferas pública y privada en el orden social moderno es relevante justamente porque la esfera privada ha sido considerada como políticamente irrelevante; de ese modo, las relaciones que se reproducen en este espacio también lo son. Por ejemplo, según Pateman, el matrimonio es ignorado en el contrato originario, y este desplazamiento transmite la idea de que el contrato social da lugar a un orden social público que no tiene nada que ver con el orden social privado.¹⁹³ Esta ficción es importante en el análisis crítico e integral del derecho desde la perspectiva feminista, ya que aunque las regulaciones jurídicas se hayan fraccionado del mismo modo, distinguiendo un derecho privado y uno público, es necesario tener presente que están relacionados. Como señala Pateman, el espacio público “no puede ser comprendido por completo en ausencia de la esfera privada y [...] el significado del contrato original se malinterpreta sin ambas mitades de la historia, mutuamente interdependientes. La libertad civil depende del derecho patriarcal”,¹⁹⁴ división que además ha determinado el estatus jurídico de las mujeres.

Si bien el límite entre lo privado y lo público se ha difuminado, la ideología que la sustentó en el origen de su configuración, en el marco del estado moderno, aún se mantiene y condiciona el orden jurídico. El desafío feminista es establecer esta relación

¹⁹⁰ Joaquín Herrera Flores, “Los derechos humanos en el contexto de la globalización: Tres precisiones conceptuales”, en *Direitos humanos e globalização: Fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica*, coord. David Sánchez Rubio, Joaquín Herrera Flores y Carvalho de Salo (Río de Janeiro: Lumen Juris, 2002), 70.

¹⁹¹ Pateman, *El contrato sexual*, 12.

¹⁹² Alejandra Ciriza, “Democracia y ciudadanía de mujeres: Encrucijadas teóricas y políticas”, en *Teoría y filosofía política: La recuperación de los clásicos en el debate latinoamericano*, ed. Atilio Borón (Buenos Aires: CLACSO, 2001), 167.

¹⁹³ Pateman, *El contrato sexual*, 12.

¹⁹⁴ *Ibid.*, 13.

y develar su operación. La ideología patriarcal está fuertemente interiorizada y las formas en que se socializa son exitosas, de tal forma que las representaciones de las mujeres y el discurso que se levanta continúan legitimando las subordinación femenina. Por ello, retomando la postura de Celia Amorós, la teoría es necesaria para deslegitimar este sistema de ideas:

Estas razones explican la crucial importancia de la teoría dentro del movimiento feminista, o dicho de otra manera, la crucial importancia de que las mujeres lleguen a deslegitimar dentro y fuera de ella mismas un sistema que se ha levantado sobre el axioma de su inferioridad y su subordinación a los varones. La teoría feminista tiene entre sus fines conceptualizar adecuadamente como conflictos y productos de unas relaciones de poder determinadas, hechos y relaciones que se consideran normales, naturales, en todo caso inmutables.¹⁹⁵

Por otro lado, el feminismo también cuestiona las certezas que ofrece el *positivismo jurídico*. Este plantea que la noción de justicia adquiere un carácter objetivo en las normas escritas y promulgadas en observación de un procedimiento previamente acordado. Desde esta concepción filosófica, el derecho está dotado de razón y legitimidad, características que le otorga un conjunto de reglas previamente establecidas sin intervención de aspectos morales o políticos.

Las críticas feministas al derecho han desvirtuado el supuesto carácter objetivo del derecho, demostrando que responde a la racionalidad impuesta por el patriarcado como sistema de dominación, que a su vez se sustenta en la idea de la superioridad masculina frente a la inferioridad femenina. En tal sentido, estas críticas han demostrado que a diferencia de lo que propone el positivismo, la aplicación del derecho no es neutral, pues los operadores de justicia responden a una visión del mundo que naturaliza la desigualdad entre los sexos.

La ficción de la validez formal, que apuntala el positivismo, conlleva a su vez a otra que supone que quien legisla y quien interpreta el derecho es omnisciente, y que no requiere de ningún agente o ente externo para comprender los límites y fundamentos del derecho. Esta ficción también supone que el orden jurídico funciona casi automáticamente y se concede a sí mismo los criterios de validez que se aplican a todas las personas y relaciones reguladas por el derecho. Estos planteamientos constituyen, como afirma Joaquín Herrera, posturas metafísicas que ha sido necesario defender para

¹⁹⁵ Amorós y de Miguel, “Teoría feminista y movimientos feministas”, 61.

evadir la existencia de una relación del derecho con la ideología y el poder, y presentar a las normas jurídicas como “enunciados normativos neutrales y universales”.¹⁹⁶

Zillah Eisenstein, defendiendo el método marxista de interpretación de la realidad aplicado al feminismo, sostiene que el análisis de la realidad debe considerar prioritariamente la cuestión de la conciencia, como una parte relevante del estudio de la realidad social, así como la conexión entre lo público y lo privado, como determinante en la configuración de las sexualidades. Asimismo, la autora destaca la importancia que tiene la ideología en el estudio de la realidad.

Si bien reconoce que el marxismo no se ocupó de la categoría sexo como condición para la explotación, Eisenstein propone la utilización de la teoría marxista de las relaciones sociales para explicar las relaciones de patriarcado, por lo que no puede obviarse el estudio del poder en su sentido material e ideológico, así como sus conexiones: “Debemos utilizar el método transformado para comprender los puntos de contacto entre la historia patriarcal, la historia de clase y para interpretar la dialéctica entre sexo y clase, sexo y raza, raza y clase y finalmente, sexo, raza y clase”.¹⁹⁷ Eisenstein asegura que si no se consideran estas relaciones en el análisis de la realidad social, la dominación masculina será observada como un proceso separado y no como parte de las relaciones de poder.¹⁹⁸ Asimismo, para la autora es sumamente importante considerar que ningún proceso que atañe a una mujer puede comprenderse por fuera de las relaciones sociales, y que estas se reflejan en la ideología de la sociedad. Por ejemplo, la filiación no está desvinculada de las instituciones patriarcales de la familia y del matrimonio, de la misma forma que tampoco lo está el adulterio. De manera similar, la calificación de la violencia sexual, en unos casos como prostitución y en otras como violación, no adquiere sentido por fuera de las relaciones sociales del patriarcado.¹⁹⁹

Con base en estos presupuestos, ha de reconocerse el derecho como una práctica social, un discurso, que se formula y se aplica bajo los parámetros dictaminados por el poder que emana del sistema patriarcal, poder que atravieza todas las relaciones sociales y cuya reproducción es posible a través de un sistema de ideas, creencias, prácticas dominantes que muestran la realidad como neutral y no problemática, como si las desigual

¹⁹⁶ Herrera Flores, “Los derechos humanos en el contexto de la globalización”, 87.

¹⁹⁷ Zillah Eisenstein, “Algunas notas sobre las relaciones del patriarcado capitalista”, en *Patriarcado capitalista y feminismo socialista*, comp. Zillah Eisenstein (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1980), 47-9.

¹⁹⁸ *Ibid.*, 50.

¹⁹⁹ *Ibid.*, 55.

relaciones de poder entre hombres y mujeres son naturales, por lo tanto incuestionables y permanentes. El derecho es portador de esas ideas y representaciones, los mecanismos que utiliza las legitima y los operadores de justicia materializan la ideología a través de la implementación de esos mecanismos. Bajo estas consideraciones los análisis de la relación del derecho con el poder y la ideología, no pueden ser ajenas a los debates de una teoría jurídica.²⁰⁰

3.4. Más allá de la norma: el derecho como discurso social creador de identidades de género

Tal como reconoce Carol Smart, la complejidad del discurso social y el desplazamiento de este concepto al ámbito legal, han sido trabajados bajo la influencia del pensamiento de Foucault, cuya obra se destaca justamente por evidenciar la operación del discurso del poder.²⁰¹ Para el filósofo, un saber no existe al margen de una práctica discursiva; este saber puede alcanzar un estatuto científico, lo que se denomina *ciencia*, que no es otra cosa que el dominio constituido de objetos creados por los discursos en un tiempo y lugar determinados.²⁰²

Los discursos deben entenderse como un conjunto de enunciados, que son aquellas herramientas a las que el detentador del lenguaje recurre para nombrar, limitar, explicar o juzgar, y que se utilizan para configurar el objeto del discurso.²⁰³ Los enunciados adoptan varias formas, como relatos biográficos, razonamientos por analogía o deducción, e incluso análisis estadísticos.²⁰⁴ Estos enunciados, aunque generalmente están dispersos, son regidos por principios de organización y forman lo que Foucault denomina las *unidades del discurso*. Estas, según el autor, son difíciles de delimitar, pudiendo expresarse en grandes individualidades históricas, como son las disciplinas científicas, o de una forma más delimitada, como una obra.

El carácter científico de un discurso está basado en enunciados que se caracterizan por aparecer como proposiciones coherentes, aunque no lo sean, y que desarrollan descripciones relativamente exactas; estas son sometidas a verificación, lo cual permite

²⁰⁰ Carlos María Carcova, *Las teorías jurídicas pos positivistas* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 111 -112

²⁰¹ Smart, "La teoría feminista y el discurso jurídico", 41.

²⁰² Foucault, *La arqueología del saber*, 237.

²⁰³ *Ibid.*, 47.

²⁰⁴ *Ibid.*, 69.

elaborar teorías.²⁰⁵ A pesar de su aparente coherencia, las unidades discursivas son lugares problemáticos. Por ello, para Foucault es indispensable preguntar qué son, a qué tipo de leyes obedecen y qué hechos motivan su apareamiento.²⁰⁶

Los discursos manifiestos, visibles o expuestos suelen descansar sobre otros no explicitados: “una voz silenciosa como un soplo, una escritura que no es más que el hueco de sus propios trazos. Se supone así que todo lo que al discurso le ocurre formular se encuentra ya articulado en ese semisilencio que le es previo, que continúa corriendo obstinadamente por debajo de él”.²⁰⁷ Es por esto que el análisis del discurso obliga a buscar, escuchar e interpretar lo que no dice en forma expresa, porque los discursos no son lo que muestran ser:

[La tarea] consiste en no tratar —dejar de tratar— los discursos como conjunto de signos (de elementos significantes que envían a contenidos o representaciones), sino hacerlo, en cambio como prácticas que forman sistemáticamente los objetos de que hablan. Es indudable que los discursos están formados por signos pero lo que hacen es más que utilizar signos para indicar cosas. Es ese más lo que los vuelve irreductibles a la lengua y a la palabra. Es ese más lo que hay que revelar y hay que describir.²⁰⁸

Los discursos obedecen a *reglas de formación*, es decir a las condiciones sociales, históricas, etc., que determinan la existencia, conservación, modificación, incluso la extinción de los discursos²⁰⁹ y de sus objetos. Estos, según el autor, no son preexistentes, pues nacen en la práctica discursiva.²¹⁰ Por lo tanto, en el análisis del discurso es relevante identificar la singularidad de su acontecer, precisar las condiciones de su existencia, y determinar las relaciones que sus enunciados puedan tener con otros que están dispersos y son heterogéneos. Por esta razón, para Foucault “la pregunta adecuada a tal análisis se podría formular así: ¿cuál es, pues, esa singular existencia, que sale a la luz en lo que se dice, y en ninguna otra parte?”.²¹¹

En esta línea de reflexión, para la crítica jurídica, considerar al derecho solamente en su aspecto formal conduce a una perspectiva reduccionista, por lo que propone observarlo como un discurso que construye un mundo social. Como todo discurso, además de una dimensión social tiene una dimensión específica “porque produce sentidos propios y diferentes de los generados por otros discursos, [expresando] niveles de acuerdo

²⁰⁵ *Ibid.*, 236.

²⁰⁶ *Ibid.*, 69.

²⁰⁷ *Ibid.*, 38.

²⁰⁸ *Ibid.*, 68.

²⁰⁹ *Ibid.*, 55.

²¹⁰ *Ibid.*, 63.

²¹¹ *Ibid.*, 42.

y conflicto que operan en el interior de una formación histórico-social determinada.”²¹² De esta forma, el derecho, a través de sus instituciones jurídicas, se encarga de producir el objeto que interviene —para lo cual recurre a categorías y conceptos propios de este ámbito—, atribuyéndole funciones sociales y ofreciendo fundamentación a las ficciones que forman parte de su estructuración.²¹³

Esta perspectiva no tradicional de comprender el derecho conlleva la necesidad de reconceptuarlo, pero también de revisar sus fuentes como categorías objetivas y meramente racionales, como se ha pretendido que sea la norma desde el positivismo y los principios en el jusnaturalismo. Al concebir el derecho como una práctica social, es necesario examinar su vinculación con la ideología y el poder; esta idea es planteada por Lucía Assef en los siguiente términos:

entender al derecho como una práctica social específica en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada, implica no sólo una nueva concepción acerca del derecho, sino también, obviamente, una modificación o aporte significativo a la teoría de las fuentes, así como vincularlo a una dimensión política donde lo ideológico y el poder no serán elementos ni ajenos ni secundarios en el momento de intentar definirlo, o de mostrar cómo se presente a sí mismo y cómo funciona en la realidad.²¹⁴

De acuerdo con la teoría jurídica crítica, el discurso del derecho tiene por lo menos tres dimensiones. La primera corresponde a la producción normativa, a cargo de aquellos que, en función de reglas de atribución, están autorizados a la creación de las normas en su diversas expresiones (Constitución, leyes, decretos, etc.). La segunda está conformada por teorías y doctrinas que resultan del uso y aplicación de la primera dimensión, ya sea por parte de operadores de justicia o de académicos que ofrecen un carácter ideológico a las normas. Finalmente, la tercera dimensión es la menos evidente porque se devela en creencias y contenidos simbólicos que, constituyendo determinantes ideológicos, se colocan en el imaginario social.²¹⁵ La producción y el consumo del discurso jurídico dan lugar a un régimen de significados dominantes que está impregnado en las relaciones sociales.²¹⁶

²¹² Alicia Ruiz, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, comp. Haydée Birgin (Buenos Aires: Editorial Biblos / CEADEL, 2000), 21.

²¹³ *Ibid.*, 20.

²¹⁴ Lucía M. Assef, “La teoría crítica en la Argentina”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 21, vol. 2 (1998): 22, <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.02>

²¹⁵ Ruiz, “Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo”, 13.

²¹⁶ La idea de producción y consumo de semiótica es desarrollada por Bolívar Echeverría. Véase Bolívar Echeverría, *Definición de la cultura* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2010), 103.

Es justamente en el aspecto simbólico que la teoría crítica ha hecho incapié en poner atención; pues es lo que está oculto, sin vos, en el discurso. Este componente ha sido útil para ocultar o enmascarar los lugares de conflicto que dan lugar al apareamiento de enunciados utilizados por la práctica discursiva para concebir el objeto que busca regular. En esta operación, dice Lucía Assef, el sentido del discurso jurídico no necesariamente es lo que las palabras dicen sino lo que dejan de pronunciar:

puede verse cómo el sentido no siempre opera en dependencia lógica con las estructuras del sistema lingüístico, lo que nos exige poner nuestra atención en aquello que no está dicho en el discurso, o sea, dar curso a una función inversa a la del dogmatismo, que exige que sean dichas las palabras que deben decirse y no otras, porque el sentido ritualista, y antiguamente mágico, de lo dicho, así lo exige, so pena de no producir los efectos deseados.²¹⁷

La recreación del universo simbólico en la que interviene el derecho, impone en lo cotidiano una realidad social que se asume sin cuestionamientos e integra una visión del mundo que, a su vez, da lugar a creencias y conductas que forman subjetividades, las cuales, compartidas, generan una intersubjetividad que refuerza esa percepción de la realidad como verdadera.²¹⁸ Así, la jerarquización de las relaciones, los roles atribuidos a cada sexo o la sexualidad femenina y masculina se adoptan como verdades incuestionables, y sus significados son investidos por el derecho.

Desde una teoría crítica feminista se propone complejizar la relación de la categoría *género* en el derecho, utilizando su potencial crítico para estudiar al derecho más allá de sus aspectos normativos. Para lograrlo, se plantea abandonar la idea de que el *género* se reduce, en el derecho, a una técnica capaz de moldear a este en favor de los intereses de las mujeres. Se invita a observar el derecho como un discurso impregnado de significados que al mismo tiempo que construyen la subjetividad femenina, reproducen los elementos simbólicos del patriarcado moderno.²¹⁹ La crítica feminista propone entonces indagar en aquellos aspectos del discurso jurídico que no son obvios pero son determinantes en la configuración del orden social.²²⁰

²¹⁷ Assef, "La teoría crítica en la Argentina", 29.

²¹⁸ Alicia Ruiz, "De las mujeres y el derecho", en *Identidad femenina y discurso jurídico*, comp. Alicia Ruiz (Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires / Editorial Biblos, 2000), 12.

²¹⁹ Facio, "Hacia otra teoría crítica del derecho", 32.

²²⁰ Smart, "La teoría feminista y el discurso jurídico", 39-49.

3.5. Construcción discursiva del sujeto “Mujer” en el derecho.

De la misma forma en que el discurso del derecho opera en la creación de la realidad en la que interviene, también lo hace en la creación del *sujeto de derecho* al dotar de sentido a las características y conductas de las personas. La categoría de *sujeto* es central en la estructuración del derecho moderno, pues alrededor de ella se crean instituciones jurídicas que legitiman la intervención o no intervención del Estado en los diferentes aspectos de la vida de los seres humanos.

La descripción del *sujeto* en la modernidad alude a atributos innatos como la razón, la libertad y la autonomía, categorías que se formulan en el marco de un orden simbólico; este constituye la matriz del comportamiento social que opera a través de representaciones que nacen y se reproducen en las prácticas sociales.²²¹ La caracterización del sujeto *libre* para actuar y hacer todo aquello que el derecho no le prohíbe, dice Alicia Ruíz, constituye la ficción fundante, “con efectos terriblemente reales”²²², ya que las personas ingresan al mundo de lo jurídico determinadas por lo que dice el derecho que son y pueden hacer: “[a]sí, hombres y mujeres quedamos vestidos de la condición de sujetos de derecho. [...] El derecho nos constituye, nos instala frente al otro y ante la ley. Sin ser aprehendidos por el orden jurídico no existimos, y luego solo existimos según sus mandatos”.²²³

Para la crítica jurídica, las alusiones que el derecho hace al sujeto, tales como “ciudadano”, “víctima”, “deudor”, “mujer casada”, “cónyuge”, “púber”, etc., no conceptualizan lo que existe; pues, como afirma Lucía Assef, estos “son conceptos contruidos y no dados de antemano, a los que no solo cabe descubrir, sino a los que cabe desmontar para averiguar cómo se han constituido y cómo funcionan”.²²⁴ Justamente este aspecto es relevante para la crítica jurídica, ya que la subjetividad en el derecho tiene una estrecha relación con la ideología dominante; por ello se requiere develarla para mostrar su operación y funcionalidad en las relaciones sociales.

De este modo, con referencia a las mujeres como sujetos de derecho, Alicia Ruíz sostiene que “[l]as mujeres somos más que humanas, somos lo que nuestras vidas, nuestros sueños, nuestras posibilidades concretas nos permiten ser. Y en este poder ser como

²²¹ Assef, “La teoría crítica en la Argentina”, 26-7.

²²² Ruíz, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, 24.

²²³ *Ibíd.*

²²⁴ Assef, “La teoría crítica en la Argentina”, 27.

mujeres el derecho juega su papel”.²²⁵ Y es que el derecho, como instrumento legitimador del poder patriarcal del Estado, se ha encargado de atribuir selectivamente derechos a los sujetos creados con su discurso, de manera que solamente algunos de esos sujetos puedan contratar, acceder a servicios, e inclusive morir o matar al amparo de la ley.

Otro aspecto a destacar desde esta perspectiva es lo que Chantal Mouffe llama la crítica radical a la concepción racional del sujeto como unidad homogénea. Según esta autora, el sujeto como ente político se construye en una multiplicidad de discursos que lo pueden desplazar de un tipo de relación a otra; de esa forma “puede ser dominante en una relación y estar subordinado en otra”.²²⁶ En este mismo sentido, el sujeto de derecho no tiene un carácter fijo, puede ser movido de un lugar a otro por el discurso jurídico, por ejemplo de víctima a victimario o viceversa.

Cada posición del sujeto se construye en una estructura discursiva variable que está sometida a las condiciones sociales e históricas que propician el nacimiento de un ente del cual el derecho se ocupa. Por tanto, como afirma Chantal Mouffe, no se puede hablar de una identidad social que pueda ser estática y permanentemente adquirida:

Si la categoría “mujer” no corresponde a ninguna esencia unitaria y unificadora, el problema ya no debe ser tratar de descubrirla. Las preguntas centrales vienen a ser: ¿cómo se construye la categoría “mujer” como tal dentro de diferentes discursos?, ¿cómo se convierte la diferencia sexual en una distinción pertinente dentro de las relaciones sociales?, y ¿cómo se construyen relaciones de subordinación a través de tal distinción?²²⁷

Adicionalmente, es importante tener en cuenta, en la configuración de la subjetividad jurídica, la constitución relacional del sujeto de derecho. Es decir que el discurso jurídico ubica a los sujetos unos frente a otros o en relación con otros: deudor / acreedor, padres / hijos, abusador / abusada, mujer / varón; no se concibe en el derecho la existencia de un *sujeto sin otro*.²²⁸ En el discurso jurídico, mujeres y varones son contruidos dicotómicamente, diferencia que se realiza en base a algunas instituciones políticas sexuales tales como la virginidad, la monogamia, la maternidad obligatoria, la heterosexualidad, la prostitución, entre otras. El derecho no podría hacer esta operación al margen de otras instituciones de reproducción ideológica como la historia, la religión, la filosofía, la medicina, etc., que conjuntamente han dejado por sentado que las diferencias de género son naturales.

²²⁵ Ruiz, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, 20.

²²⁶ Chantal Mouffe, “Feminismo, ciudadanía y política radical”, en *El retorno de lo político*, trad. Marco Aurelio Galmarini (Buenos Aires: Paidós, 1999), 110.

²²⁷ *Ibid.*, 112.

²²⁸ Ruiz, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, 25.

El derecho esta impregnado de las representaciones de las mujeres, las cuales se han construido históricamente y han servido para justificar una supuesta “natural” inferioridad femenina, a partir de las diferencias anatómicas y fisiológicas entre hombres y mujeres. Piénsese por ejemplo en el arquetipo *mariano* de la mujer, presente en el derecho, es decir la mujer virginal, sumisa, madre, etc., a la cual el derecho promete protección, mientras que a aquella mujer que responde al arquetipo de Eva del relato judeocristiano, el derecho le ofrece castigo y disciplina. Estas ideas que pueden parecer simples y que están presentes históricamente en las representaciones de las mujeres, en opinión de Claude Thomasset, son “en realidad imposibles de extirpar de la conciencia colectiva”;²²⁹ de esta manera, bajo la pretensión de racionalidad, el discurso jurídico y el moral se juntan para delimitar los espacios masculinos y femeninos.

El discurso jurídico, al crear los sujetos masculinos y femeninos con entidades diferentes, también los ubica en espacios diferentes. Es así que lo público y lo privado se vuelven relevantes en la configuración de la subjetividad jurídica. Por ejemplo, en el derecho romano²³⁰ las personas se clasificaban, por un lado, en *sui iuris*, que caracterizaba a una persona independiente y que se traduce en la figura del *pater familias*, y, por otro lado, en *alienis iuris*, que corresponde a las personas sometidas a la *manus* o *potestas*, que eran básicamente las mujeres, los siervos y los hijos. En consecuencia, las mujeres no podían ejercer derechos políticos ni tampoco ocupar cargos públicos; en el derecho privado tampoco podían ejercer la *patria potestas* o tutela, prestar testimonio en un testamento, o proponer una acusación pública.²³¹

Pedro Bonfante afirma que en el derecho romano antiguo, las mujeres estaban sujetas a tutela perpetua, restringiendo inclusive su capacidad de heredar, así como tampoco eran consideradas capaces para contraer obligaciones.²³² La relación conyugal otorgaba al marido la potestad disciplinaria sobre la mujer, y solamente ella estaba sujeta

²²⁹ Claude Thomasset, “La naturaleza de la mujer”, en *Historia de las mujeres*, dir. Georges Duby y Michelle Perrot, trad. Marco Aurelio Galmarini (Madrid: Taurus 2003), 75.

²³⁰ Como *derecho romano* se conoce al conjunto de disposiciones jurídicas que dieron lugar a un verdadero ordenamiento legal que se aplicó en todo occidente, y se inició con la fundación de Roma, conocido como derecho romano antiguo, para luego extenderse hasta la codificación, realizada en el siglo VI por el Emperador Justiniano I, conocida como *Corpus Iuris Civilis*. El derecho romano que tuvo vigencia desde el 753 a. C. hasta el 565 d. C., aproximadamente, fue receptado por el derecho de occidente. Particularmente en el derecho latinoamericano y ecuatoriano, esta influencia se refleja en gran parte de instituciones jurídicas vigentes o recientemente derogadas.

²³¹ Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. Luis Bacci y Andrés Larrosa (Madrid: Editorial Reus, 1965), 54-5.

²³² *Ibid.*, 58.

a las sanciones de adulterio por quebrantar la fidelidad conyugal.²³³ En el derecho romano también se originaron las instituciones jurídicas destinadas exclusivamente a controlar el cuerpo de las mujeres. Un ejemplo de esto es la denominada *infamia*, con la que se calificó a una serie de acciones consideradas como condenables y cuyo cometimiento daba lugar a la disminución de la capacidad jurídica. En el caso de las mujeres, se catalogó como *infames* a aquellas que volvían a contraer matrimonio luego de enviudar antes de haber cumplido un año de luto.

Estas instituciones jurídicas, por más anacrónicas que parezcan, han continuado vigentes hasta décadas y años recientes en la legislación latinoamericana y particularmente la ecuatoriana. Por mencionar algunas, la figura de la *potestad marital*, vigente hasta los años setenta, conjugaba los derechos del marido sobre la mujer y sus bienes dentro del matrimonio y, de contrapartida, la obligación de la mujer de obedecer al marido.²³⁴ Asimismo, bajo una figura modernizada de la *infamia* del derecho romano, la legislación ecuatoriana hasta hace escaso tiempo, establecía exclusivamente, la prohibición para que la mujer viuda o divorciada vuelva a contraer matrimonio dentro de los trescientos sesenta y cinco días contabilizados desde la fecha de muerte del marido o de la inscripción de la sentencia de divorcio en el Registro Civil.²³⁵ De igual forma, hasta finales de la década de los ochenta, la legislación comercial ecuatoriana condicionaba a la mujer casada, para la realización de actividades comerciales con fines de obtención de beneficios económicos, a contar con la autorización de su marido, la cual debía ser otorgada mediante escritura pública.²³⁶

Durante siglos, el discurso jurídico, a través de estas y otras instituciones legales, se ha encargado de construir un sujeto femenino con características diferentes al sujeto masculino del derecho y ha tenido un rol simbólico determinante en la regulación de los roles sociales de hombres y mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado. A la par el discurso jurídico le ha otorgado legitimidad al poder del Estado para intervenir en todos los aspectos de la vida, estableciendo acciones o prohibiciones, señalando quien

²³³ *Ibid.*, 186-7.

²³⁴ Hasta 1970, fecha en que se realizó una reforma al art. 156 del Código Civil, el cónyuge tenía la facultad de administrar los bienes de la esposa y, hasta 1989, cuando se realizó una nueva reforma al artículo en mención, el marido mantuvo la potestad de imponer a la esposa la convivencia conjunta y a seguirle al lugar donde el ubique la residencia.

²³⁵ Estas regulaciones estaban contempladas en el Código Civil, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 104, de 20 de noviembre de 1970, y derogadas mediante reforma publicada en el Registro Oficial 526 de 19 de junio de 2015.

²³⁶ Ecuador, *Código de Comercio*, Registro Oficial 1202, Suplemento, 20 de junio de 1960. La norma fue suspendida por resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales, publicada en el Registro Oficial 224 de 3 de Julio de 1989.

puede contratar, contraer matrimonio, ocupar cargos, e inclusive matar o morir, develando así dónde y cómo está repartido el poder en la sociedad.²³⁷

El derecho, junto con otras instituciones como la iglesia, la escuela, la familia, etc., ha contribuido en la reproducción permanente e histórica de significados que dan forma a las estructuras de dominación masculina.²³⁸ Utilizando las categorías propuestas por Foucault, podría decirse que existe un régimen de saber-poder, que ha servido de fundamento para los discursos que configuran la subjetividad jurídica femenina partir de las representaciones sexuales que han sido desplazadas al derecho. De ahí la importancia de identificar el *hecho discursivo* del derecho; en este sentido, Foucault afirma que “el punto esencial es tomar en consideración [...] quiénes lo hacen, los lugares y puntos de vista desde donde se habla, las instituciones que a tal cosa incitan y que almacenan y difunden lo que se dice”.²³⁹

Para Carol Smart, el reconocer que la Mujer, como un sujeto dotado de características y atributos de género, “adviene a la existencia por medio del discurso jurídico”²⁴⁰, lleva a conceptualizar al derecho como una práctica o tecnología productora de género, en contraposición a las concepciones del derecho como sexista o masculino. Desde este punto de vista, dice la autora, el análisis del derecho ya no se lo hace respecto a sujetos que poseen un género, sino a la operación discursiva en la construcción de identidades de género:

La comprensión revisionista de que “el derecho tiene género”, en lugar de decir que el derecho es sexista o masculino ha llevado a una modificación de la pregunta. En vez de preguntar “¿Cómo puede el derecho trascender el género?” es más fructífero preguntar: “¿Cómo opera el género dentro del derecho, y cómo opera el derecho para producir género?”.²⁴¹

La relevancia de estas preguntas es que redefinen al derecho, antes visto como una institución neutral frente al género de los sujetos; es decir, se deja de observar al derecho como una institución que opera neutralmente frente a sujetos preexistentes, y se pasa a analizarlo como “uno de los sistemas (discursos) que producen no sólo las diferencias de género sino formas muy específicas de diferencias polarizadas”.²⁴²

²³⁷ Ruiz, “Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo”, 11.

²³⁸ Bourdieu, *La dominación masculina* (Barcelona: Anagrama, 1999), 50.

²³⁹ Foucault, *Historia de la sexualidad*, 1:15.

²⁴⁰ Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, 41.

²⁴¹ *Ibid.*, 40.

²⁴² *Ibid.*, 40.

Ahora bien, en la producción discursiva del derecho es necesario diferenciar, por un lado, la *Mujer* como sujeto con identidad dicotómica a la identidad masculina, y por otro lado, la de *un tipo de Mujer*, cuya identidad no solo la distancia del varón sino de otras mujeres.²⁴³ En esta línea, por ejemplo, Smart señala que “la prostituta es construida como la mala mujer, pero al mismo tiempo se erige en el epítome de la Mujer en contraposición al Hombre, porque es lo que cualquier mujer podría ser”.²⁴⁴

Esta diferencia es destacada por la autora, alertando que la categoría Mujer no es homogénea y oculta otras diferencias como las de clase, raza, edad, etc.²⁴⁵ Con esto se pone de relieve que la construcción discursiva de las mujeres en el derecho responde a un régimen dominante de significados condicionado por el contexto social, histórico y local en el que se produce, elemento que es esencial considerar en el estudio del derecho como productor de género.

En este mismo sentido, es relevante considerar en la construcción de una teoría crítica jurídica latinoamericana, el cuestionamiento que ha realizado el feminismo decolonial sobre la falsa neutralidad del discurso feminista occidental. Chandra Talpade, por ejemplo, critica el carácter monolítico del sujeto *mujer* que está presente en la mayoría de la literatura feminista de occidente. Asimismo, señala que desde la perspectiva de la academia feminista occidental,²⁴⁶ las mujeres aparecen como un colectivo con intereses y desafíos idénticos como, si las contradicciones de clase y raciales no los determinaran. Esta autora también cuestiona que los conceptos de género y patriarcado se proponen como únicos y válidos para todas las culturas:

Un análisis de la “diferencia sexual” en forma de una noción monolítica, singular y transcultural del patriarcado o la dominación masculina no puede sino llevarnos a la construcción de una noción igualmente reduccionista y homogénea de lo que yo llamo “la diferencia del Tercer Mundo” —ese concepto estable, antihistórico, que aparentemente oprime a la mayor parte, si no a todas las mujeres de estos países. Y es en la producción de esta “diferencia del Tercer Mundo” donde los feminismos occidentales se apropian y “colonizan” la complejidad constitutiva que caracteriza la vida de las mujeres de estos países.²⁴⁷

En esta línea de pensamiento, María Lugones considera necesario relevar el carácter político que tiene la colonización en la construcción de las relaciones de género, por lo que los análisis feministas no deben realizarse al margen del contexto social e

²⁴³ *Ibid.*, 43.

²⁴⁴ *Ibid.*, 44.

²⁴⁵ *Ibid.*, 57.

²⁴⁶ Talpade Mohanty, “Bajo los ojos de occidente”, 126.

²⁴⁷ *Ibid.*

histórico latinoamericano. Así, la autora propone incluir la *interseccionalidad* como categoría de análisis en la distribución patriarcal del poder y en la construcción de las relaciones de género en América.²⁴⁸ Lugones sostiene que el concepto de *interseccionalidad* ofrece un marco de análisis que permite relacionar las categorías de género, raza y clase, e identificar la exclusión tanto en la teoría como en la práctica de mujeres mestizas, indias y negras de los discursos y acciones que se han realizado a nombre de la Mujer.

Esta categoría de análisis permite observar que en los países colonizados por Europa, la referencia de *Mujer* ha estado asociada a las mujeres blancas burguesas, en tanto que “[l]as hembras no-blancas eran consideradas animales en el sentido profundo de ser seres ‘sin género’”.²⁴⁹ La inclusión de la categoría de *interseccionalidad* en el análisis del discurso jurídico proporcionaría elementos para investigar los mecanismos que este utiliza para la definición de identidades de género junto con las identidades raciales de las mujeres latinoamericanas.

3.6. El método de análisis del derecho.

Al asumir que el derecho es un proceso social, una práctica discursiva de producción de sentidos, que naturaliza y legitima las relaciones de poder, su análisis obliga a incorporar una *perspectiva transdisciplinaria*, recurriendo a categorías conceptuales y metodológicas de otras disciplinas, como la historia, la sociología, la filosofía, etc.. En este sentido las teorías jurídicas críticas feministas han adoptado el método *deconstructivista*, que deviene de la propuesta filosófica de Derrida,²⁵⁰ que aplicado al ámbito jurídico busca develar el carácter ideológico del discurso jurídico, tanto en la formulación como en la aplicación del derecho, busca evidenciar que el derecho aunque se muestre como neutral, enmascarado en la racionalidad de las argumentaciones jurídicas, en realidad son producto de elecciones atravesadas por las

²⁴⁸ Esta autora basa su propuesta en los aportes de Aníbal Quijano, quien reconoce en el concepto de raza un mecanismo de legitimación de las relaciones de dominación que nacieron con la colonización, lo que dio lugar, a su vez, a la imposición de la perspectiva europea en las instituciones de conocimiento y poder que se han proyectado a la actualidad, a lo que el autor denomina *colonialidad*. En este proceso, la separación del *cuerpo* y del *espíritu* justificó la teorización de las razas “inferiores”, y de sus cuerpos carentes de razón, como sujetos de estudio. En esta operación se estereotipó el cuerpo de las mujeres de razas categorizadas como inferiores.

²⁴⁹ María Lugones, “Colonialidad y género”, *Tabula Rasa*, n.º 9 (julio-diciembre 2008): 94, <https://doi.org/10.25058/issn.2011-2742>.

²⁵⁰ Vease Jaques Derrida, *La deconstrucción en las fronteras de la filosofía. La retirada de la metáfora* (Barcelona: Paidós, 1989)

ideas dominantes. De ese modo, se asume que el pensamiento jurídico está condicionado por prejuicios y estereotipos sobre la subjetividad femenina y la subjetividad masculina. La deconstrucción, además de develar las ficciones del derecho también debe conducir a una resignificación de las categorías con los que opera el derecho, lo cual es una tarea política,²⁵¹ y es que como menciona Alda Facio, la tarea de una teoría jurídica crítica feminista es también afectar al objeto de estudio, al derecho.²⁵²

Otro de los recursos metodológicos útil en el análisis del fenómeno jurídico es la *genealogía* de la ideología jurídica, con la cual se busca poner en evidencia las determinaciones históricas de la ideología dominante en el discurso jurídico a través del tiempo.²⁵³ El ejercicio de historización del derecho, no se reduce a una demostración de datos sobre regulación jurídicas en diferentes etapas históricas. Para la teoría jurídica crítica la variable histórica conciene a la definición del fenómeno jurídico, desde este enfoque, señala Carlos María Carcova “las funciones del derecho solo pueden identificarse acertadamente en la medida en que se especifica la formación social de que se trate. Lo que correlativamente supone recurrir a la utilidad de identificar notas generales y abstractas referidas a las funciones que el derecho cumplirá en cualquier tiempo, en cualquier, espacio [...]”.²⁵⁴

El ejercicio de la deconstrucción junto el genealógico, conduce a responder algunas inquietudes que normamente no se hace en los estudios del derecho. A la teoría jurídica crítica feminista le interesa establecer si el universo simbólico que condiciona el carácter político de la diferencia sexual como pilar del sistema de dominación patriarcal, ha resistido los avances legales y constitucionales. Le interesa identificar cual es la operación ideológica que el discurso jurídico realiza para configurar el régimen de poder saber que continúa, de múltiples formas, justificando la opresión femenina, y su relación con otros discursos y saberes.

Con base en estas categorías conceptuales y metodológicas, en los capítulos que siguientes se realizará un estudio del discurso jurídico penal ecuatoriano, particularmente de la operación que realiza en la construcción de la subjetividad e identidades femeninas,

²⁵¹ Alicia Ruíz, “Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo”, en e *Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, comp. Christian Courtis (Buenos Aires: Eudeba, 2001), 9

²⁵² Alda Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coord. Gioconda Herrera (Quito: FLACSO / CONAMU, 2000), 19

²⁵³ Álvaro Nuñez Vaquero, “Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica”, 119

²⁵⁴ Carlos María Carcova, *Las teorías jurídicas pos positivistas*, 136

el régimen de significados vigentes que el discurso punivo le otorga a lo femenino, intentando al mismo tiempo identificar las reglas de formación de esos discursos y sus determinaciones históricas y sociales. La investigación se preocupa especialmente de la configuración discursiva del sujeto mujer víctima y del sujeto mujer infractora, para lo cual como estrategia metodológica se han seleccionado dos tipos penales, el uno es el de trata con fines de explotación sexual, para el estudio de la configuración del sujeto mujer víctima en ese delito; y el delito del aborto, para el análisis de la construcción del sujeto mujer infractora.

Capítulo segundo

Las mujeres en el discurso jurídico penal

Este capítulo está organizado en tres secciones. La primera pretende contextualizar ideológicamente el ejercicio de poder punitivo con relación a las mujeres; para ello se ha realizado un rastreo histórico de las ideas sobre las mujeres, que han servido para justificar el ejercicio de violencia sobre sus cuerpos, a través de las instituciones de poder punitivo, siendo particularmente relevante y considerada como un punto clave la Inquisición, institución regentada por la Iglesia católica que consolidó la relación de pecado y delito. Asimismo, se destaca la corriente positivista, que intentó ofrecerle un carácter científico a las supuestas debilidades físicas y espirituales de las mujeres, que han explicado la desviación femenina, consideraciones estereotipadas que aún no han sido superadas en el discurso jurídico penal.

La segunda sección de este capítulo se aborda el tema de la construcción discursiva de la mujer víctima en el derecho penal, poniendo en evidencia como la formación de la subjetividad de la víctima no está desvinculada de las instituciones del orden de dominación masculina. Si bien la estrategia feminista consiguió visibilizar conductas de violencia contra las mujeres que durante mucho tiempo fueron aprobadas socialmente, y aunque con ello se formalizaron derechos de las víctimas de violencia física, sexual y psicológica, en esta sección se evidencia cómo las dimensiones del discurso jurídico que trascienden de la norma, se encargan de mantener la división genérica del mundo, desnaturalizando y hasta culpabilizando a las mujeres por las conductas de sus agresores. Esto obliga a analizar el discurso jurídico penal junto con los otros discursos del poder.

En la tercera parte del capítulo se trabaja sobre la construcción discursiva de la mujer infractora, rescatando el sistema de ideas que han propiciado la formulación de tipos penales en los que las mujeres son actoras de delitos. Así, se evidencia que estas figuras han tenido como fin disciplinar los cuerpos y la sexualidad femeninas que han escapado de los mecanismos de control del orden privado, toda vez que éste constituye el primer espacio de cautiverio y castigo de las mujeres.

Partiendo de la idea foucaltiana de que el derecho es un saber que se configura mediante una práctica discursiva, cuyos *enunciados* responden al poder en sus múltiples expresiones, en este capítulo se hace un rastreo de las *reglas de formación de los discursos* sobre las mujeres en el derecho penal, buscando establecer las condiciones sociales e históricas que condicionan su aparición, conservación e incluso su extinción, se identifican los *ámbitos institucionales* en los que se forman, y las *reglas de atribución de los discursos* por las cuales se otorga el poder a ciertas personas para dar sentido y significado a las prácticas sobre las que interviene el discurso penal y en las que son protagonistas las mujeres. Por ello, se rescata las voces que desde lugares privilegiados, como doctrinarios, jueces de altas cortes, profesores de derecho y generadores de opinión pública, interpretan la palabra del poder e instituyen categorías jurídicas impregnadas de ideología, que reproducen ideas estereotipadas sobre lo femenino y que han resistido a los avances normativos y constitucionales a favor de las mujeres.

1. El poder punitivo y las instituciones político-sexuales

La feminidad y la masculinidad han sido construidas dicotómicamente en el discurso jurídico; las diferencias del significado de ser hombre o ser mujer se han consolidado a lo largo del tiempo, con base en algunas instituciones políticas sexuales como lo son la prostitución, el matrimonio, la virginidad, la maternidad impuesta, la heterosexualidad, etc., categorías sociales que han tenido como función principal, la reglamentación y control del cuerpo y sexualidad de las mujeres. Las definiciones de estas instituciones están determinadas por las relaciones y los acuerdos que se estructuran de conformidad con el poder patriarcal; por lo tanto, están impregnadas de política.

En términos de Kate Millett, la *política sexual* en la que se edifica el dominio masculino se sustenta en aspectos ideológicos que se cultivan y reproducen por medio de la socialización y aceptación generalizada, y sin discusión, de la superioridad masculina. El ser hombre o ser mujer se configura con las ideas que responden a los requerimientos del grupo dominante. El rol sexual diferenciado asignado a hombres y mujeres sirve para sostener ese esquema de poder, diferencia que está encarnada en la conciencia individual y colectiva, como biológica y por tanto natural.²⁵⁵

²⁵⁵ Millett, *Política sexual*, 70-4.

Esta operación compleja requiere de la alianza entre varias instituciones de reproducción ideológica como la historia, la religión, la filosofía, la medicina, etc., que conjuntamente con el derecho, se encargan de configurar un contexto simbólico e ideológico, que produce y coloca en el imaginario social, las ideas y conceptos que caracterizan lo femenino diferenciándolo de lo masculino.

El origen de estas instituciones político-sexuales se identifica en el surgimiento mismo del orden social patriarcal. En este sentido, Federico Engels destaca que la familia monogámica no surge en la historia como un acuerdo voluntario entre hombre y mujer, ni como una expresión suprema de organización matrimonial; más bien respondió a la necesidad de garantizar al varón la procreación de hijos que puedan heredarle y asegurar la reproducción de la propiedad privada, para lo cual fue necesario el sometimiento de la mujer:

[La monogamia] entra en escena bajo la forma del esclavizamiento de un sexo por el otro, como la proclamación de un conflicto entre sexos, desconocido hasta entonces en la prehistoria. [...] [E]l primer antagonismo de clases que apareció en la historia coincide con el desarrollo del antagonismo entre el hombre y la mujer en la monogamia; y la primera opresión de clases, con la del sexo femenino por el masculino.²⁵⁶

El dominio masculino se instauró con este modelo de familia, otorgándole al varón el derecho sobre el cuerpo de la mujer, potestad que se ejerce con mayor amplitud en la medida que evoluciona la sociedad. Siendo el control de la sexualidad un elemento clave, se recurrió al castigo riguroso si la mujer no cumplía con la castidad marital.²⁵⁷ Al mismo tiempo fue necesaria la disociación de la sexualidad femenina, por un lado, en aquella útil para la reproducción —garantizando la legitimidad de los hijos del patriarca—, y por otro lado la sexualidad destinada para el placer de los hombres con “otras” mujeres. A la prostituta al mismo tiempo que se la considera como necesaria, también se la tiene como peligrosa; el cuerpo de la mujer pasó entonces a ser despreciado:

El heterismo es una institución social como otra cualquiera y mantiene la antigua libertad sexual en provecho de los hombres. De hecho no solo tolerado, sino practicado libremente, sobre todo por las clases dominantes, reprobese de palabra. Pero en realidad, esa reprobación nunca va dirigida contra los hombres que lo practican, sino solamente contra las mujeres; a estas se las desprecia y se las rechaza, para proclamar con eso una vez más, como ley fundamental de la sociedad, la supremacía absoluta sobre el sexo femenino.²⁵⁸

²⁵⁶ Engels, “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, 520.

²⁵⁷ *Ibid.*, 517.

²⁵⁸ *Ibid.*, 521-2.

En materia de sexualidad, la historia de la organización patriarcal se caracteriza por una serie de ideas y conceptos que legitiman la sujeción de los cuerpos y de la sexualidad de las mujeres, ideas que hasta la actualidad forman parte del imaginario social. Para sostener el dominio masculino sobre el cuerpo de las mujeres, fue necesario formular un sistema de ideas que justifiquen la degradación de lo femenino y al mismo tiempo la sobrevaloración de lo masculino. Recurriendo a las categorías de Foucault, se puede afirmar que el ejercicio de poder patriarcal produjo un saber que lo constituye, pues “no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber, ni de saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo relaciones de poder”.²⁵⁹

En este sentido, Claude Thomasset rescata las categorías aristotélicas sobre la diferencia sexual que en los siglos posteriores adquirieron niveles de sofisticación y fueron difundidas principalmente por las ideologías judeocristianas. A partir de la observación y comparación de los órganos femeninos y masculinos, Aristóteles llegó a la conclusión de que la mujer es la especie de macho inacabado o frustrado, y planteó la teoría del dimorfismo sexual. Por medio de esta tesis se explicaba que las mujeres, al tener poco calor natural, no permitían que sus fluidos entren en un proceso de cocción, por lo que estos tenían que ser expulsados en forma de menstruación. En contrapartida, la temperatura corporal del varón le permite a este transformar sus fluidos en semen, alcanzando la perfección por su capacidad creadora.²⁶⁰

En la teoría aristotélica, se propone el principio de *generación*, que es el que explica el origen de las especies y en base al cual el macho es el que puede transmitir el alma a través del movimiento del esperma. En contraposición, según este principio, la hembra solamente está provista de un material imperfecto que es la menstruación y que no ha logrado convertirse en esperma, debido a su débil calor corporal. Además, el nacimiento de mujeres se justifica en una afectación masculina provocada por la vejez u otra causa que debilita la fuerza creadora masculina.²⁶¹

Galeno, por su parte, heredero de la tradición hipocrática y siguiendo el pensamiento aristotélico, encontró en los órganos femeninos una similitud inversa con los órganos masculinos, lo que hizo suponer que la mujer también produce esperma pero a diferencia del hombre no alcanza el nivel de perfección necesario para la formación del

²⁵⁹ Foucault, *Vigilar y castigar*, 37.

²⁶⁰ Thomasset, “La naturaleza de la mujer”, 86-7.

²⁶¹ Giulia Sissa, “Filosofías del género: Platón, Aristóteles y la diferencia sexual”, en *Historia de las mujeres*, dirigido por Georges Duby y Michelle Perrot, trad. Marco Aurelio Galmarini (Madrid: Grupo Santillana, 2000), 126.

embrión.²⁶² Este proceso comparativo ha ido de la mano de valoraciones o juicios que destacan la menor dimensión de los órganos femeninos en relación a los masculinos como prueba infalible de su inferioridad.²⁶³

La doctrina aristotélica, respecto al poco calor natural de la mujer, se extendió en la Edad Media, siendo útil para la explicación que la filosofía escolástica hace del rol de María en la concepción de Jesucristo. Tomás de Aquino explica que el embrión, de origen divino que se formó en el cuerpo de María, se originó con el fluido menstrual que luego se convirtió en leche, con la cual se alimentó al niño que nació de su vientre.²⁶⁴ Esta especulación dio lugar al paradigma de la virginidad y santidad de María como dogma cristiano, categorías que serán centrales en la configuración de la identidad sexual femenina en los discursos del derecho clásico y moderno.

La idea de la inferioridad de la mujer también se utilizó para dar una explicación del porqué entró el mal al mundo, desarrollada en las versiones míticas de Pandora y Eva. En dichos relatos se responsabiliza a estas mujeres del sufrimiento humano y del pecado, con argumentos que han sido claves en la tradición patriarcal de occidente.²⁶⁵ En la mitología griega, Pandora es la mujer creada a partir del barro por Zeus, quien la llenó de atributos como la belleza, al tiempo que “configuró en su pecho mentiras, palabras seductoras y un carácter voluble”.²⁶⁶ Esta mujer, según el mito, fue la perdición de los hombres, pues hasta que ella desobedeció lo ordenado por Zeus, sobre la tierra los humanos no requerían fatigarse para alimentarse, tampoco habían enfermedades ni males que destruyan a los humanos; sin embargo, su conducta provocó la perdición del mundo:

Pero aquella mujer, al quitar con sus manos la enorme tapa de una jarra los dejó diseminarse y procuró a los hombres lamentables inquietudes. [...] Mil diversas amarguras deambulan entre los hombres: repleta de males está la tierra y repleto el mar. Las enfermedades ya de día ya de noche van y vienen a su capricho entre los hombres acarreamo penas a los mortales en silencio.²⁶⁷

En términos similares, la tradición judeocristiana relata el papel de la mujer en el destino del mundo. Eva, la primera mujer, encarna la desobediencia al mandato divino y carga sobre ella la culpa de todos los males del mundo. El libro sagrado del cristianismo

²⁶² Michael Foucault, *Historia de la sexualidad*, t. 3, *La inquietud del sí* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2012), 119.

²⁶³ Thomasset, “La naturaleza de la mujer”, 78-9.

²⁶⁴ Tomás de Aquino, *Compendio de teología* (Barcelona: Orbis, 1985), 162-86.

²⁶⁵ Millett, *Política sexual*, 114.

²⁶⁶ Hesíodo, “Trabajo y días”, en *Obras y Fragmentos*, trad. Aurelio Pérez Jiménez y Alfonso Martínez Díez (Madrid: Gredos, 1978), 126.

²⁶⁷ *Ibid.*, 127-9.

relata que Eva, la mujer creada de la costilla de Adán, desobedeció el mandato divino de no tomar el fruto del árbol prohibido, pues cayó ante la tentación del demonio encarnado en una serpiente, que la invitó a tomar justamente de ese fruto, advirtiéndole que haciéndolo alcanzaría la sabiduría. Eva, a su vez, ofreció el fruto del saber a Adán. Su desobediencia desató la ira divina condenándola así: “Multiplicaré en gran manera los dolores en tus preñeces, con dolor darás a luz los hijos; y tu deseo será para tu marido y él se enseñoreará de ti”, es decir que la voluntad de la mujer estaría en adelante sometida a la del varón.

Tomás de Aquino, de gran influencia en el pensamiento filosófico, explica que el demonio, teniendo como propósito apartar al hombre de la senda recta de la justicia, lo atacó en su lado más frágil, “tentando a la mujer, en la que era menor el don o la luz de la sabiduría”.²⁶⁸ Plantea, adicionalmente, que la grandeza y la perfección no eran la suerte trazada para la mujer, y que al intentar contrariar tal destino cayó en el pecado de la soberbia porque “deseó la elevación de una manera desordenada y [...] aspiró a la ciencia más allá de los límites que le estaban marcados”,²⁶⁹ desoyendo de esta forma el precepto divino. Estas ideas, que fueron difundidas en América a través de la doctrina católica impuesta por el proceso de colonización y posteriormente el de la colonialidad, justificaron la restricción de la participación de las mujeres en el ámbito político y científico.²⁷⁰

Los arquetipos *mariano* (*María*) y el de la *pecadora* (*Eva*), serán los que marcarán el discurso jurídico penal para regular las conductas de las mujeres. Estas ideas que pueden parecer simples y que están presentes históricamente en las representaciones de las mujeres, están profundamente arraigadas en la conciencia colectiva. Así, bajo la pretensión de racionalidad, el discurso jurídico y el discurso de la moral se juntan para delimitar los espacios masculinos y femeninos.

Los primeros esfuerzos codificadores de normas sintetizan las ideas de inferioridad femenina y superioridad masculina, tal como se evidencia en las instituciones

²⁶⁸ *Ibid.*, 150.

²⁶⁹ *Ibid.*, 151.

²⁷⁰ Al respecto es interesante el estudio que hace Ana María Goetschel sobre los imaginarios de las mujeres ecuatorianas a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, en donde recoge un extracto del informe al Congreso del Ministro del Interior en 1865, que dice: “Es verdad que la mujer no ha sido destinada para ser literata ni elevarse a las altas regiones de la política, pero debe estar adornada con nociones de instrucción primaria y especialmente de las peculiares a su sexo; si por lo general no le es permitido renunciar a las ocupaciones propias de su estado para brillar con el esplendor de las ciencias, debe embellecer su alma con hábitos de orden y trabajo y con los encantos de la virtud”. Véase Ana María Goetschel, “La posibilidad del imaginario”, en *Palabras del silencio: Las mujeres latinoamericanas y su historia*, comp. Martha Moscoso (Quito: Abya-Yala, 1995), 18.

del derecho romano que tuvo vigencia desde el 753 a. C. hasta el 565 d. C. aproximadamente,²⁷¹ y cuya influencia en el derecho latinoamericano y ecuatoriano se refleja en algunas de las instituciones jurídicas que aún están vigentes o han sido derogadas recientemente.

La figura de *pater familias* en el derecho romano, representa el poder dentro de las relaciones familiares: los varones eran los únicos que podrían ser *sui iuris*, esto es personas independientes, mientras que las mujeres eran *alienis iuris*, es decir personas sometidas a la *manus* o *potestas* del *pater familias*, sin posibilidad de tomar decisiones ni en el ámbito privado ni en el público.²⁷² Las mujeres estaban perpetuamente sometidas a la figura del padre o del marido.

La institución matrimonial se constituyó en el vínculo entre hombre y mujer necesario para garantizar una descendencia que se prolongue por varias generaciones. La relación matrimonial se amplió al relacionarse con las categorías de ciudadanía y nacionalidad, lo que permitió la expansión de la sociedad romana;²⁷³ pues la ciudadanía romana estaba determinada por el *origo* de padre, en el caso de los hijos nacidos dentro de matrimonio legítimo.²⁷⁴

El vínculo matrimonial marcaba normas relativas al estatus y la definición legal de los roles sexuales; así, el ser *pater familias* conllevaba la potestad de decidir sobre la vida de la mujer; en tanto que la mujer casada se constituía en *mater familias*, que implicaba la obligación de ofrecer al marido hijos legítimos.²⁷⁵ De ese modo, la fidelidad conyugal era una obligación exclusiva de las mujeres y, en consecuencia, el adulterio se instituyó como una conducta que solamente podía cometer la mujer por faltar a esta obligación.²⁷⁶ Así, la familia se configuró en el primer espacio del ejercicio del poder punitivo, cuya potestad estaba a cargo del *pater familias*.

Eugenio Zaffaroni plantea que el orden social moderno, corporativo y vertical, se sostiene en tres pilares. El primero es el poder del *pater familias*, que significa la inferiorización y subordinación de las mujeres, y consecuentemente el control de la

²⁷¹ Como *derecho romano* se conoce al conjunto de disposiciones jurídicas que dieron lugar a un verdadero ordenamiento legal que se aplicó en todo occidente, y se inició con la fundación de Roma, conocido como derecho romano antiguo, para luego extenderse hasta la codificación, realizada en el siglo VI por el Emperador Justiniano I, conocida como *Corpus Iuris Civilis*.

²⁷² Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, 54-5.

²⁷³ Yan Thomas, "La división de los sexos en el derecho romano", en *Historia de las mujeres*, dir. Georges Duby y Michelle Perrot, trad. Marco Aurelio Galmarini (Madrid: Taurus, 2001), 140.

²⁷⁴ *Ibid.*, 189-90.

²⁷⁵ *Ibid.*, 141.

²⁷⁶ Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, 186-7.

transmisión cultural. El segundo pilar es el poder punitivo, que implica el disciplinamiento a través de la coerción de los inferiores, mientras que el tercer cimiento es el “poder del saber del *dominus* o ciencia señorial que acumula capacidad instrumental de dominio (policía de discursos)”.²⁷⁷

El discurso teocrático de la Inquisición fue clave en la consolidación del poder punitivo y en el asentamiento de la organización patriarcal. La defensa de los dogmas eclesiales justificó el disciplinamiento sexual de la sociedad, en particular de las mujeres como transmisoras culturales; y es que como dice Foucault, la sexualidad no es un elemento inerte, más bien es uno de los elementos que ofrece mayor posibilidad de maniobras y estrategias en las relaciones de poder.²⁷⁸

La Inquisición se constituyó en la Edad Media en, “la manifestación más orgánica del poder punitivo”,²⁷⁹ cuyo ejercicio disciplinante ha sido descrito como de “inenarrable crueldad”.²⁸⁰ Las prácticas inquisitoriales recogidas en la obra titulada *El martillo de los brujos* —escrita en el siglo XIII por Heinrich Kramer y James Sprenger, dos monjes dominicos, y autorizada por la Iglesia católica mediante Bula del Papa Inocencio VIII en 1448—,²⁸¹ detalla a la luz de la filosofía patristica y escolástica, las conductas calificadas de malignas así como las características y naturaleza de los seres que las cometen.

Los autores explican que las mujeres son propensas al mal y a cometer actos de brujería debido a que son más débiles de espíritu y de cuerpo. Defienden la tesis de que la maldad en las mujeres no tiene comparación y, para justificar esta afirmación, toman varios referentes filosóficos cristianos:

Y de la maldad de las mujeres se habla en Ecclesiasticus, XXV: “No hay cabeza superior a la de una serpiente, y no hay ira superior a la de una mujer. Prefiero vivir con un león y un dragón que con una mujer malévolas”. [...] San Juan Crisóstomo dice en el texto: “No conviene casarse” (San Mateo, XIX). ¡Qué otra cosa es una mujer, sino un enemigo de la amistad, un castigo inevitable, un mal necesario, una tentación natural, una calamidad deseable, un peligro doméstico, un deleitable detrimento, un mal de la naturaleza pintado con alegres colores! [...] Y Séneca dice en sus Tragedias: “Una mujer ama u odia; no hay tercera alternativa. Y las lágrimas de una mujer son un engaño pues pueden brotar de una pena verdadera, o ser una trampa. Cuando una mujer piensa a solas, piensa el mal”.²⁸²

²⁷⁷ Eugenio Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*, comp. Haydée Birgin (Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000), 21.

²⁷⁸ Foucault, *Historia de la sexualidad*, 1:97.

²⁷⁹ Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, 23.

²⁸⁰ *Ibid.*, 21-2.

²⁸¹ Heinrich Kramer y James Sprenger, *Malleus Maleficarum (El martillo de los brujos)*, trad. Floreal Maza (Madrid: Orión, 1975), <http://www.mkmouse.com.br/livros/malleusmaleficarum-espanol-partei.pdf>.

²⁸² *Ibid.*, 50.

La inferioridad de las mujeres no solo es espiritual, según los autores también lo es en el nivel intelectual, pues la razón y la inteligencia son parte de la naturaleza de los hombres, por lo que afirman que las mujeres tienen el intelecto de un niño. En contrapartida, las mujeres son más carnales que los hombres y por lo tanto propensas a abominaciones de este tipo. Los autores manifiestan que la mujer es un animal imperfecto, ya que su creación fue defectuosa toda vez que fue formada a partir de una costilla curva del hombre.²⁸³ Además, concluyen en una original etimología del término *fémmina*, pues según explican, proviene de dos términos: *fe* y *minus*, cuyo significado es “que es muy débil para mantener y conservar la fe”.²⁸⁴

Estos y otros argumentos sirvieron para justificar, en los procesos de la Inquisición, el castigo a miles de mujeres cuyo comportamiento salía de la norma, y contienen elementos simbólicos que no han desaparecido del discurso punitivo vigente. Para Zaffaroni, la explicación del cruel ejercicio inquisitorio se debió en gran medida a la necesidad imperante de erradicar tradiciones culturales paganas transmitidas principalmente por las mujeres:

creo que no poca debe haber sido la importancia asignada a la erradicación de la religiosidad popular medieval, con sus supervivencias paganas, romanas y germánicas, y, consiguientemente, con la permanencia de una cultura fuertemente comunitaria. Ello debió llevar a primer plano la necesidad de controlar y subordinar a la mujer, como obstáculo a la verticalización social, pues por definición es la transmisora de una cultura que debía interrumpirse. El orden corporativo no podía establecerse sin eliminar las culturas comunitarias.²⁸⁵

En suma, el poder punitivo con relación a las mujeres, se asentó con base en las siguientes ideas: i) la debilidad fisiológica femenina, lo que las hace menos resistentes a caer en la tentación de cometer un acto de maldad; ii) la prevalencia de la carnalidad por sobre la espiritualidad; y iii) la necesidad de tutela y protección masculina.²⁸⁶ La idea de la tutela que se plantó en el discurso punitivo de la Inquisición se ha mantenido durante siglos, particularmente en la colonización, cuando este modelo se implementó para controlar a los colonizados considerados de *razas inferiores*.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ Eugenio Zaffaroni, “La mujer y el poder punitivo”, en *Sobre patriarcas, jerarcas, patronos y otros varones*, ed. Rosalía Camacho y Alda Facio (San José: ILANUD, 1993), 95.

²⁸⁶ *Ibid.*, 96.

El discurso de la tutela logró respaldo en el discurso científico del positivismo del siglo XVII, a través de la idea de que existen humanos superiores y otros inferiores.²⁸⁷ Respecto a las mujeres, la *ciencia* ratificó su inferioridad aduciendo que tienen un menor peso cerebral y que su debilidad las hace más vulnerables a cometer ciertos tipos de delitos acordes con su naturaleza carnal.²⁸⁸ Lombroso y Ferrero sostenían que la mujer se encuentra en un nivel inferior con relación al hombre en la cadena evolutiva de la especie, lo que la hace incapaz de cometer delitos; esto explicaría, según los autores, la menor tasa de criminalización femenina. Sin embargo, siguiendo el discurso punitivo de la Inquisición, señalan que las mujeres son seres peligrosos y, dada su naturaleza, pueden actuar con mayor crueldad. Para sustentar esta idea, Lombroso y Ferrero sacan a relucir las características femeninas de la astucia, el rencor y la falsedad.²⁸⁹ De esa forma, dice Zaffaroni, bajo el discurso positivista la mayor parte de la especie humana se catalogó como inferior, ya no con base en ideas *teológicas* sino *científicas*.²⁹⁰

El sometimiento de las mujeres al poder patriarcal ha sido tan necesario como el poder punitivo para mantener un orden social jerarquizado. En adelante, el poder punitivo se ha asegurado, de controlar a los controladores, y la familia se transformó en el espacio de disciplinamiento a cargo de los varones; su rol dominante ha requerido el ejercicio de la violencia para someter el cuerpo de las mujeres. La familia ejerce en el control social de las mujeres, a través de normas y prácticas tendientes a que ellas cumplan con el rol de esposas y madres; por lo tanto, su sexualidad se configura socialmente para cumplir con estos roles. La familia es el espacio y al mismo tiempo un mecanismo que debe garantizar que las mujeres sean domesticadas, es decir dóciles, pasivas, obedientes. La

²⁸⁷ De esta forma surgieron algunos estudios que buscaron racionalizar el concepto de raza. Uno de los estudios más conocidos se dio en el ámbito de las ciencias naturales, en el siglo XVIII; su autor fue el sueco Carlos Linneo, a quien se le atribuye la primera clasificación o taxonomía de las especies. En esta clasificación incluyó como subespecies a las diferentes razas humanas, asignándoles atributos sociales de acuerdo a sus características físicas y biológicas. Más adelante, en el siglo XIX, Georges Cuvier, afirmó que las razas mongolas y negras no habían avanzado, debido a causas intrínsecas. En el mismo siglo, Arthur de Gobineau publicó el *Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas*, en el cual afirmaba que la especie humana está organizada por una jerarquía racial, dentro de la cual las razas de piel oscura y de características animalescas, se encontraban en el nivel más bajo, mientras que la raza blanca, caracterizada por su intelecto, energía, intrepidez y gusto por la libertad, se encontraba en el nivel más alto de esa jerarquización. Véase: Hunt, *La invención de los Derechos Humanos*; Fernando Calderón, Martín Hopenhayn y Ernesto Ottone, *Esa esquivia modernidad: Desarrollo, ciudadanía y cultura en América Latina y el Caribe* (Caracas: UNESCO / Nueva Sociedad, 1996); y Martín Hopenhayn y Álvaro Bello, “Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe”, *Serie Políticas sociales* (CEPAL – ECLAC), n.º 47 (2001): 1-68, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5987/1/S01050412_es.pdf.

²⁸⁸ Zaffaroni, “La mujer y el poder punitivo”, 97-8.

²⁸⁹ Cesare Lombroso y Guglielmo Ferrero, *Criminal Woman, the Prostitute, and the Normal Woman*, trad. Nicole Hahn Rafter y Nary Gibson (Londres: Duke University Press, 2004), 75-105.

²⁹⁰ Zaffaroni, “La mujer y el poder punitivo”, 97.

protección legal que ha tenido la construcción de lo privado como espacio de familia ha sido determinante para que en lo cotidiano se convierta en un verdadero lugar de reclusión y violencia para las mujeres.²⁹¹

Alessandro Baratta, explicando la postura de la criminología crítica, resalta que los elementos simbólicos del orden social, como los roles sociales asignados a hombres y mujeres, condicionan aspectos sustanciales del sistema punitivo, lo cual se refleja en la tipificación de conductas, la duración de las penas, etc., en tanto que los aspectos materiales del sistema punitivo condicionan, a su vez, los elementos simbólicos del orden social, legitimando así su estructura vertical y jerarquizada.²⁹²

En este sentido se ha identificado al derecho penal como una maquinaria para el ejercicio de violencia legítima de potestad estatal para controlar las relaciones de trabajo y de propiedad; en consecuencia, el ejercicio del poder punitivo abona en la creación de una moral del trabajo y por lo tanto organiza y disciplina el orden público que permite su recreación.²⁹³ Así, esta *mecánica de poder*, en términos de Foucault,²⁹⁴ ha estado dirigida principalmente al control y disciplinamiento de los varones, dado que la división sexual del trabajo le asignó el rol productivo que se desarrolla en el espacio público, es decir que disciplina a los varones para que cumplan efectivamente su rol masculino.

Alessandro Baratta destaca que la intervención del sistema penal en el caso de las mujeres tiene un carácter subsidiario, toda vez que el control de las mujeres en los ámbitos de la sexualidad, reproducción y de la familia, se caracteriza por su carácter informal y se ejerce a través de mecanismos privados de dominio patriarcal.²⁹⁵

En la función disciplinante de los roles masculinos y femeninos, el sistema penal es complementario a otros mecanismos que también se ejecutan en la esfera pública, junto con los cuales influye en los sistemas de control informales que operan en la esfera privada para mantener las relaciones diferenciadas entre hombres y mujeres, como lo explica Lucila Larrandart:

El sistema de control penal actúa, en la esfera pública, de manera complementaria con los otros sistemas que forman parte de esta misma esfera (educación, política, economía) en la reproducción de las relaciones desiguales de propiedad, de producción y de consumo.

²⁹¹ Lucía Larrandart, “Control social, derecho penal y género”, en *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*, comp. Haydée Birgin (Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000), 90.

²⁹² Alessandro Baratta, “El paradigma del género: De la cuestión criminal a la cuestión humana”, en *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*, comp. Haydée Birgin, (Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000), 58.

²⁹³ *Ibid.*, 60.

²⁹⁴ Foucault, *Vigilar y castigar*, 160.

²⁹⁵ Baratta, “El paradigma del género”, 60.

Junto con los otros sistemas de la esfera pública, el sistema penal contribuyó, incluso de modo integrativo, con el sistema de control informal que actúa en la esfera privada, en la reproducción de las relaciones inequitativas de género. El sistema informal, en cambio actúa en la esfera privada, pero con el mismo fin.²⁹⁶

El sistema de control informal opera, según Lucía Larrandart en el nivel “educativo persuasivo”, constituido principalmente por la familia, los centros educativos y la iglesia,²⁹⁷ instituciones que actúan conjuntamente interiorizando normas de conducta²⁹⁸ cuyas técnicas son esenciales en la definición de una adscripción política de los cuerpos de las personas, lo que para Foucault constituye una “microfísica del poder”.²⁹⁹

Estos dispositivos coercitivos, a su vez, condicionan al sistema punitivo o control represivo que interviene cuando las personas rompen las normas de comportamiento trabajadas por el primer sistema. Los discursos de los sistemas formal e informal formatean los roles correspondientes a hombres y mujeres, construyendo simbólicamente identidades masculinas y femeninas.

La operación subsidiaria del sistema penal, como mecanismo de control social de las mujeres, se ha explicado bajo la premisa de que el sistema penal está dirigido, principalmente, a los varones que no han podido ser normados por la disciplina del trabajo o están fuera del mercado y de la economía formal, lo cual se evidencia en la población carcelaria mayoritariamente masculina. Así, en palabras de Zaffaroni, el sistema penal tiene como fin hacerse cargo de controlar a los controladores.³⁰⁰

Por otro lado, en el caso de las mujeres, mantener el control de su sexualidad y reproducción ha sido uno de los principales objetivos del patriarcado privado y del sistema punitivo formal; este último se activa cuando las mujeres escapan de la efectividad de los mecanismos de control y disciplinamiento del patriarcado privado, de esa forma el derecho penal se ocupa de las mujeres solamente con relación a comportamientos específicos, sea como víctimas o como actoras de conductas consideradas ilícitas. En todo caso, el tratamiento penal femenino ha estado relacionado exclusivamente con el control de las instituciones políticas sexuales del patriarcado.

²⁹⁶ *Ibid.*, 61.

²⁹⁷ Si bien la iglesia en abstracto constituye una institución moldeadora de conductas, la religión trasciende esta institucionalidad, pues no se requiere un acercamiento permanente a la iglesia para interiorizar las conductas respaldadas por dogmas de fe, que son difundidas en la familia, los centros educativos, los medios de comunicación, etc.

²⁹⁸ Larrandart, “Control social, derecho penal y género”, 88.

²⁹⁹ Foucault, *Vigilar y castigar*, 161.

³⁰⁰ Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, 25.

Tradicionalmente, el discurso penal, ha calificado como delincuentes a las mujeres que rompen con la norma impuesta en relación a sus roles tradicionales; para castigarlas, se han tipificado delitos como el adulterio, el aborto, el infanticidio, etc. De esa forma, la sexualidad y la maternidad se han convertido en ámbitos de disciplina y represión de las mujeres. Asimismo, el discurso penal ha categorizado específicamente como femeninas a las víctimas de delitos relacionados con los valores sexuales, por ejemplo, la violación, el estupro, el rapto, la explotación sexual, etc.

Zaffaroni enfatiza el peso simbólico del ejercicio punitivo y pone en duda el fin preventivo del sistema penal, asegurando que su función en realidad es evitar que el sistema social estructurado vertical y jerarquizadamente se desequilibre demasiado; por lo tanto, no interesa si en esta operación alimenta prejuicios absurdos e indignantes y promueve discriminaciones, pues lo importante es mantener y legitimar esa estructura social. Sobre esto, el autor recalca que “el poder punitivo tiene una importante dimensión simbólica que requiere de un ejercicio de cosificación de personas”.³⁰¹ Particularmente en el caso de las mujeres, tanto en su calificación de víctimas como de infractoras, el discurso penal apela a esa dimensión simbólica alimentada por prejuicios que históricamente se han ido reproduciendo sobre la inferioridad femenina.

2. La cuestión femenina y el delito: la construcción discursiva de la víctima

Con posterioridad a la Inquisición, dice Zaffaroni, los discursos criminológicos no se ocuparon de las mujeres, salvo referencias muy específicas. En efecto, la mayor parte de los discursos sobre el delito se han concentrado en conductas cometidas por varones, aspecto que no es inerte, pues, como plantea Foucault, es relevante no solo lo que los discursos expresan sino también lo que no dicen.³⁰² La posición de las mujeres en el derecho penal ha sido debatida recién en las últimas cinco décadas.

Las estrategias feministas que reivindican una modificación de la estructura patriarcal, sexista o masculina del derecho, así como el uso del derecho penal para demandar situaciones que no han sido consideradas como delitos, a pesar de ser reprochables, y cuyas víctimas son particularmente las mujeres, dieron paso a la

³⁰¹ Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, 34.

³⁰² Foucault, *La arqueología del saber*, 38.

visibilización de las mujeres a través del desarrollo de la corriente doctrinaria denominada victimología.³⁰³

La victimología se aparta de la criminología para reivindicar el rol de la víctima en el sistema penal, toda vez que la institucionalización del poder punitivo significó la confiscación de las víctimas, cuyo papel fue sustituido por el poder político. Zaffaroni desarrolla esta idea en los siguientes términos: “El señor (*dominus*) comenzó a seleccionar conflictos, y frente a ellos apartó a las víctimas y afirmó: la víctima soy yo. Así, el poder político pasó a ser también poder punitivo y a decidir los conflictos excluyendo a la víctima, que desapareció del escenario penal”.³⁰⁴ Este hecho significó entre otras cosas que el proceso penal se instituya como un acto de poder y que la decisión del juzgador no se encargue de los intereses de las víctimas sino de los del poder, cuyo discurso se levantó con base en la idea de que el derecho penal protege bienes jurídicos, que son calificados como tales en función del contexto histórico y social.

La visibilización de la víctima dentro del proceso penal se abrió paso en los debates de la *victimología*, que tiene su despliegue a mediados del siglo XX. El interés por la víctima surgió inicialmente en los estudios criminológicos positivistas, al indagar si ciertas particularidades del sujeto pasivo, como la edad, el estado de ánimo, la concupiscencia, etc., eran determinantes en la actuación del actor del delito. Es decir, utilizando la relación positivista causa-efecto, se buscaba establecer si la víctima había de alguna forma atraído al delincuente.³⁰⁵

Lola Aniyar de Castro destaca que desde esta posición se explicó el “síndrome de Estocolmo” —como se denominó al supuesto enamoramiento de la secuestrada por su secuestrador—,³⁰⁶ para lo cual se recurrió a las opiniones de psicólogos y psicoanalistas que explicarían la relación afectiva y de dependencia en delitos de violencia doméstica e incesto, representada en el mito griego de *Eros* y *Tánatos* (amor y muerte).³⁰⁷ Es decir

³⁰³ Baratta, “El paradigma del género”, 39.

³⁰⁴ Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, 21.

³⁰⁵ Lola Aniyar de Castro y Rodrigo Codino, *Manual de Criminología Sociopolítica* (Buenos Aires: EDIAR, 2013), 380-1.

³⁰⁶ *Ibid.*, 382.

³⁰⁷ En la mitología griega, *Eros* es el dios del amor y *Tánatos*, que no es un dios, representa la muerte. Su nombre proviene de la raíz etimológica *tha*, de la cual también proviene el término *thalamon*, que es el sitio de la casa donde vive la esposa (tálamo nupcial). El término *thanatos* aparece vinculado, al mismo tiempo, a la oscuridad y al encierro, y a la mujer y al amor. Freud estudió la relación ambivalente entre el amor y la muerte, admitiendo que en el instinto sexual existe un componente sádico (instinto de muerte), que puede alcanzar una total independencia y expresarse en la perversión y el daño del eros (conservador de la vida). Véase Sigmund Freud, “Mas allá del principio del placer”, en *Obras completas* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores / Editorial Biblioteca Nueva, 2012), 2507-41.

que se buscó en factores psicológicos y biológicos una interrelación entre el sujeto activo y el pasivo del delito. A partir de estas discusiones se asumieron algunas conclusiones:

1. Que se considerara que el Derecho Penal estaba fundado sobre concepciones psicológicas insuficientes acerca de la actitud de la víctima y su influencia sobre el delito. El delincuente comenzará a verse no necesariamente como el único responsable del hecho antijurídico, pues la actitud de la víctima puede concurrir, consciente o inconsciente al resultado.
2. Que habría que estudiar, a la manera positivista, la ‘naturaleza de la víctima’.
3. Que se empiece a hablar de una carga de peligrosidad de la víctima, que podía alimentar una diferente jurisprudencia penal [...].
4. Que era necesario asumir adicionales políticas profilácticas contra la criminalidad.
5. Que podría haber una cierta ‘participación culpable’ de la víctima que produciría una menor ‘participación punitiva’ del actor.³⁰⁸

Estas posturas han sido denunciadas por las corrientes feministas, porque desdibujan la naturaleza de las conductas en las que las mujeres son víctimas, reduciendo una problemática compleja y multicausal a factores eminentemente biológicos. Se cuestiona que conductas de violencia contra las mujeres sean observadas como resultado de impulsos naturales difíciles de controlar, en los que no necesariamente opera la premeditación como en otros tipos de delitos.

A partir de los años setenta, la víctima dejó de ser objeto de estudio de la criminología y se ubicó como objeto de debate en la naciente victimología, corriente desde la cual se demandó el reconocimiento de derechos específicos para las víctimas de delitos. Más adelante, en 1985, la Asamblea de Naciones Unidas adoptó la *Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*, la cual define como víctimas de delitos a “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.³⁰⁹

La Declaración extiende la definición de víctima, a los familiares o personas que estén a su cuidado y que tengan una relación cercana con la víctima directa, así como también a las personas que hayan sufrido daños con ocasión de su intervención para asistir a las víctimas en situación de peligro o prevenir su victimización.³¹⁰ Mediante este

³⁰⁸ Aniyar de Castro y Codino, *Manual de Criminología Sociopolítica*, 382-3.

³⁰⁹ ONU Asamblea General, *Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*, 29 de noviembre de 1985, párr. 1, A/RES/40/34.

³¹⁰ *Ibid.*, párr. 2.

instrumento, de forma pionera se reconocen, en el ámbito del derecho internacional, derechos para las víctimas de delitos, tales como el de acceder a la justicia en condiciones de dignidad, el de obtener una indemnización proporcional al daño, así como asistencia material, médica, psicológica y social.³¹¹

Las corrientes feministas recurrieron a estos nuevos conceptos para darle protagonismo a las mujeres, hasta entonces sujetos pasivos de los procesos penales. En este sentido, las reivindicaciones jurídicas feministas, en particular aquella que se adhiere a la estrategia reformista, postularon que el derecho debería ser racional, objetivo y universal, pero que fracasa en la respuesta que ofrece a los problemas de las mujeres, al negarles la igualdad formal y sustancial, así como al estar ausente del espacio privado – doméstico, a pesar de que este constituye un ámbito de dominación masculina y de subordinación femenina.³¹² La indiferencia del derecho con respecto a temas que afectan a las mujeres se denunció desde esta estrategia feminista, aduciendo que esa despreocupación transmite socialmente el mensaje de que esos problemas femeninos son insignificantes y que el derecho debe ocuparse de otros aspectos que la sociedad demanda como relevantes, como la protección de la propiedad privada, por ejemplo.

Asumiendo como cierto que el derecho penal protege bienes jurídicos, desde el reformismo legal se demandó la criminalización de conductas que no habían sido del interés del ámbito punitivo estatal, como la violencia en el espacio doméstico, y en general múltiples formas de violencia física, psicológica y sexual. De ese modo, se obligó al derecho penal a reconocer como bienes jurídicos protegidos la vida e integridad personal de las mujeres. A la par de esta táctica, se demandó el endurecimiento de sanciones para ilícitos cuyas víctimas eran mujeres y que ya estaban contemplados en las normas penales, como el caso de la violación, estupro, etc., configurándose así una alianza entre el feminismo y el poder punitivo.

2.1. De víctima de un sistema de opresión a víctima de un delito

Desde diferentes posturas feministas críticas se calificó a la violencia sexual como una manifestación de la opresión patriarcal, de modo que la eliminación de esta expresión de poder dependía sobre todo de la transformación del orden social. Catharine MacKinnon destaca que el feminismo identificó a la sexualidad como “ámbito primario

³¹¹ *Ibid.*, párr. 4-17.

³¹² Olsen, “El sexo del derecho”, 36.

del poder masculino”,³¹³ para lo cual se explicó cómo opera la socialización de género, proceso mediante el que las mujeres asumen la representación masculina de la sexualidad femenina, adoptándola como parte de su identidad. De ese modo, dice MacKinnon, el “sexo como género y el sexo como sexualidad se definen mutuamente, pero es la sexualidad la que determina el género y no a la inversa”.³¹⁴

En otras palabras, la construcción de la sexualidad femenina no se hace al margen de la visión masculina del mundo, lo que deriva en la concepción generalizada de la disponibilidad sexual de los cuerpos femeninos; pues, según la autora, “[l]a mujer a través de los ojos del hombre es objeto sexual, aquello a través de lo cual el hombre se conoce a sí mismo como hombre y como sujeto a la vez”.³¹⁵

En esta línea de reflexión, Alda Facio destaca como uno de los pilares del orden patriarcal, la *erotización de la dominación*, operación compleja que ha conseguido relacionar el placer con el dolor, cuyo efecto es la dominación político-sexual de las mujeres por parte de los hombres, y la aceptación de esta relación a punto de ser un elemento relevante en los modelos de feminidad y masculinidad imperantes:

Lo que caracteriza a la cultura patriarcal desde el punto de vista político-sexual es la represión sexual de las mujeres y la distorsión de la sexualidad femenina y masculina mediante la erotización de la dominación y la violencia. De allí que conceptos aparentemente neutrales y aplicables a toda la humanidad, como el de libertad sexual, denoten su sesgo androcéntrico al ser compatibles con el modelo de masculinidad en el sistema patriarcal.³¹⁶

Alda Facio subraya la complejidad de este proceso, considerándolo como uno de los obstáculos en la lucha para organizar una sociedad que tenga como base el reconocimiento de la diferencia, ya que la erotización de la dominación, como mecanismo de poder, está respaldado fuertemente en otras instituciones patriarcales que se han convertido en reproductoras de valores e ideas que lo refuerzan y son, por tanto, cómplices del sometimiento sexual de las mujeres.³¹⁷

La erotización de la violencia no es una cuestión abstracta; al contrario, es una expresión del poder que está presente en todos los discursos predominantes, como lo es también el discurso jurídico penal. Esto se evidencia, por ejemplo, en el siguiente texto,

³¹³ MacKinnon, “Feminismo, marxismo, método y Estado”, 174.

³¹⁴ *Ibid.*, 177.

³¹⁵ *Ibid.*, 185.

³¹⁶ Alda Facio y Lorena Fries, “Feminismo, género y patriarcado”, *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, n.º 6, (2005): 287, <http://repositorio.ciem.ucr.ac.cr/jspui/handle/123456789/122>.

³¹⁷ *Ibid.*, 288.

extraído de un tratado de derecho penal, que aborda el tema de la violación sexual: “se afirma que en ocasiones, el fragor mismo de la lucha, el contacto de los cuerpos, los tocamientos del violador, excitan la libido de la mujer, despiertan los instintos, hasta el extremo de transformar la primitiva voluntad de defensa en un verdadero deseo sexual”.³¹⁸

Como puede apreciarse, el discurso de un tratadista de derecho penal, seguramente leído y utilizado en la formación de profesionales del derecho, transforma en su narrativa un acto de violencia sexual en un acto de placer, idea generalizada que en casos concretos se traduce en el examen exhaustivo de la víctima y su comportamiento durante el acto de violencia.

A inicios de los años noventa, a propósito de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena,³¹⁹ organizaciones de mujeres de todo el mundo pusieron en evidencia la dimensión de la violencia contra las mujeres, diferenciándola de otras expresiones de violencia social y destacando que esa manifestación de violencia tiene como origen la diferencia sexual que a su vez es la base de la condición de subordinación de las mujeres.

En esta cumbre se develó que las víctimas de este tipo de violencia son mujeres de todas las edades, que de formas diferentes la experimentan a lo largo de sus vidas. El resultado de esta estrategia se vio reflejada en la Declaración y Programa de Acción de Viena, que compromete a los Estados, entre otras medidas, a:

eliminar todas las formas de acoso sexual, la explotación y la trata de mujeres, a eliminar los prejuicios sexistas en la administración de la justicia y a erradicar cualesquiera conflictos que puedan surgir entre los derechos de la mujer y las consecuencias perjudiciales de ciertas prácticas tradicionales o costumbres, de prejuicios culturales y del extremismo religioso.³²⁰

Así se configuró el concepto de *violencia contra la mujer* como parte del discurso del derecho de los derechos humanos, al reconocerla como una grave violación de sus postulados. Además de este encuentro internacional, en 1994, bajo el auspicio de la ONU, se llevó a cabo la Conferencia del Cairo y, en 1995, la Conferencia de Beijing, experiencias que junto con la naciente normativa internacional relativa a los derechos de

³¹⁸ Lisandro Martínez, *Derecho penal sexual* (Bogotá: Editorial Temis, 1977), 253.

³¹⁹ En 1993, la Organización de Naciones Unidas celebró la Conferencia Mundial de Derechos Humanos y aprobó la *Declaración y Programa de Acción de Viena*.

³²⁰ ONU Asamblea General, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, 25 de junio de 1993, párr. 38, A/RES/157/23, https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf.

las mujeres,³²¹ permitieron ubicar la problemática de la violencia de género en el discurso del derecho. Particularmente, en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, de 1993, propuso que la definición de *violencia contra la mujer* “alude a todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.³²²

Este concepto conlleva una connotación política que fue utilizada estratégicamente por el activismo feminista. Por un lado, releva el sentido de la diferencia sexual en el ejercicio de la violencia y, por otro, desarma la tradicional separación de lo público y lo privado, este último como ámbito no tocado por el Estado en los temas de interés de las mujeres. Así, la Declaración comprometió a los Estados a intervenir con su ejercicio punitivo en estos ámbitos, mediante la implementación de sanciones penales, además de civiles y administrativas “para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia”.³²³

A nivel regional, la violencia contra la mujer se reguló específicamente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en 1994 por la Asamblea General de la OEA. Este instrumento prevé como obligación de los Estados, adoptar diligentemente medidas para sancionar la violencia, además de las medidas adecuadas para prevenirla y erradicarla.

Este contexto propició, como una estrategia feminista, el uso del derecho penal a favor de los derechos de las mujeres. Si bien una de las más importantes críticas feministas al derecho había reconocido en su rama penal un mecanismo de poder masculino —lo cual se evidenciaba en la genealogía de legitimación de las normas, en la jurisprudencia, en la doctrina jurídica y el propio aparato judicial—, en el nuevo contexto político se justificó el potencial simbólico del derecho para revertir su función y para modificar la realidad discriminatoria en beneficio de las mujeres; para esto se consideró legítimo proponer reformas legislativas en el ámbito penal.³²⁴

³²¹ ONU Asamblea General, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, 18 de diciembre de 1979, A/RES/34/180; *Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra las Mujeres*, 20 de diciembre de 1993, A/RES/ 48/104.

³²² ONU Asamblea General, A/RES/48/104, art. 1.

³²³ *Ibid.*, art. 4, literal d).

³²⁴ Susana Chiarotti, “Utilizar la ley como herramienta de cambio: El CLADEM, red regional de feministas que trabajan con el Derecho”, en *De lo privado a lo público: 30 años de lucha ciudadana de las*

Susana Chiarotti, al repasar la experiencia latinoamericana, destaca que la adopción del discurso criminalizador y la defensa de un reforzamiento del poder punitivo del Estado, pusieron a las feministas latinoamericanas en confrontación con la criminología crítica, a través de la cual se había denunciado, hasta entonces, el ejercicio disciplinante y castigador del poder punitivo contra las mujeres:

Un [...] elemento definitorio era el especial cruce entre la criminología crítica, a la cual se adherían las fundadoras, con el feminismo. Esto originaba debates acalorados, especialmente con los criminólogos varones a la hora de reclamar sanciones para la violencia de género, o el agravamiento de penas en casos de violencia sexual, ya que por un lado, la criminología crítica reclamaba la disminución de las penas de privación de libertad, y por otro el feminismo exigía la desnaturalización de la violencia, para lo cual se debía considerar a las agresiones contra la mujer como un delito.³²⁵

Probablemente, uno de los trabajos más polémicos e influyentes en este debate sea el de Gerlinda Smaus, quien asumió la representación del feminismo para dar una respuesta a quienes, desde la criminología crítica defendían el abolicionismo penal. Un primer aspecto de confrontación que plantea Smaus, es aseverar que la postura del abolicionismo de no ofrecer una respuesta penal a la violencia sexual no representa en nada el sentir y pensar de las mujeres, porque el abolicionismo es una corriente integrada por hombres que analiza y critica el derecho penal que se aplica a otros hombres:

son siempre los “otros”; la mayoría de las veces hombres de clases subalternas, hacia quienes ellos, a menudo sin que les sea reclamado, emprenden sus esfuerzos por liberarlos [...]. Los adversarios de los abolicionistas en conflicto son “hombres” que ocupan posiciones en instituciones estatales, y por esto se trata de un conflicto intrasexual.³²⁶

Smaus defiende la idea de que, a diferencia de los *otros* conflictos, el generado por la violencia sexual afecta a las mujeres, quienes no tienen la misma proporción de representación en el Estado y en el espacio laboral que los hombres. Por ello, según la autora, es comprensible que las mujeres se aparten del abolicionismo, que busca una forma idealizada de resolver conflictos al margen del sistema penal, y en su lugar utilicen este mecanismo para declarar públicos y políticos sus problemas.³²⁷ Aunque Smaus es consciente de las pocas posibilidades de que el derecho penal, como herramienta del

mujeres en América Latina, coord. Nathalie Lebon y Elizabeth Maier (Ciudad de México: Siglo XXI Editores / UNIFEM, 2006), 382.

³²⁵ Chiarotti, “Utilizar la ley como herramienta de cambio, 383.

³²⁶ Gerlinda Smaus, “Abolicionismo: El punto de vista feminista”, *No Hay Derecho*, n.º 7 (1993): 10-1.

³²⁷ *Ibíd.*

patriarcado, modifique radicalmente la situación de las mujeres, la autora apela al poder simbólico de este para que sean reconocidos los problemas de las mujeres.³²⁸

La alianza del feminismo con el poder punitivo fue el resultado de un contexto emergente, pues el poder castigador del Estado que ha sido la principal herramienta disciplinante de la sociedad desde el siglo XIII,³²⁹ por primera vez se presentaba con un discurso a favor de las causas de las mujeres. Convencidas del poder simbólico del derecho penal, se creyó encontrar en sus mecanismos, los necesarios para erradicar del imaginario social, a través del castigo, la supuesta natural subordinación femenina y la consecuente naturalización de la violencia; fue entonces estratégico darle identidad a la *víctima* de esta forma de violencia.

En el Ecuador, al igual que otros países de América Latina, la estrategia de reforzar el poder criminalizador del derecho también fue adoptada como forma de reivindicación de derechos por parte de organizaciones de mujeres que promovieron la promulgación de una legislación especial para sancionar la violencia en el ámbito doméstico.³³⁰ También fue parte de la estrategia definir las sanciones penales para las agresiones sexuales sufridas por las mujeres como expresión del dominio masculino,³³¹ acción que contribuyó a la visibilización de las mujeres en el derecho penal, en la posición de víctimas.

Sin duda, como resalta Roxana Vásquez, al hacer un balance de las estrategias jurídicas feministas latinoamericanas, el feminismo aportó en la construcción de perspectivas críticas desmontando la narrativa hegemónica que ha explicado cómo está organizado el mundo, denunciando las condiciones injustas en las que se desenvuelven las vidas de las mujeres, y visibilizando situaciones ignoradas o defendidas con argumentos que han justificado una natural inferioridad de las mujeres. En este sentido, la autora hace referencia a “[s]ociedades y Estados que se construyeron afirmando una dicotomía y una jerarquía del mundo público respecto del mundo privado, de la misma forma que de las lógicas productivas respecto de las reproductivas, y utilizando la violencia como modo más execrable de dominio”.³³²

³²⁸ *Ibid.*, 11-2.

³²⁹ Foucault, *Vigilar y castigar*, 88-9.

³³⁰ La Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia fue promulgada en noviembre de 1995.

³³¹ En las reformas al Código Penal de 1998 se reformaron sustancialmente las figuras de violación, violación agravada, acoso sexual, proxenetismo y corrupción de menores.

³³² Roxana Vásquez, “En torno a las experiencias vividas: Un breve recorrido por nuestras conversaciones”, en *Los derechos de las mujeres en clave feminista: Experiencias del CLADEM*, ed. Roxana Vásquez (Lima: CLADEM, 2009), 262.

No obstante, al trasladar la problemática de las violencias contra las mujeres al ámbito penal, se desintegró la complejidad de las expresiones sociales que está en el origen de la desigualdad de los sexos. En esta línea, Roberto Bergalli y Encarna Bodelón afirman que “[l]a plasmación normativa de un conjunto de reivindicaciones sociales conlleva en muchos casos a la pérdida del sentido originario de la reivindicación y su nueva reubicación en un contexto simbólico y semántico diferente.”³³³

Con esto se quiere decir que la complejidad del fenómeno de la violencia contra las mujeres se ve reducida y simplificada en una norma, cuya aplicación se realiza en casos concretos e individuales, sin afectar realmente la multicausalidad de la conducta que propugna castigar. Precisamente este carácter del derecho ha sido objeto de cuestionamiento para la teoría jurídica crítica, al denotar que las normas ofrecen una cobertura a algunos casos y en determinadas circunstancias; esto hace que sea imposible afirmar que el derecho ofrece una respuesta universal a un problema general.³³⁴ Así, las mujeres violentadas son vistas, no como víctimas de una estructura compleja de dominación patriarcal, sino como objetos de conductas particulares calificadas como delitos.

En opinión de Elena Larrauri, quien ha producido varios trabajos sobre la crítica feminista al derecho penal, resulta contradictorio que al mismo tiempo que se denuncie al derecho penal como patriarcal, se lo invoque a favor de las mujeres; con ello, advierte la autora, se contribuye a extender peligrosamente su poder represivo. Aunque reconoce que su utilización puede servir para enviar un mensaje a la sociedad de que las conductas de violencia contra la mujer merecen el reproche social, Larrauri duda del efecto simbólico esperado, ya que al delegar al derecho penal la resolución de conflictos individuales, se invisibiliza la responsabilidad social en la producción de las estructuras en donde se originan esos conflictos, porque obviamente esa no es la función del derecho penal.³³⁵ También hace notar que el carácter selectivo con el que opera el derecho penal conlleva que no se castigue a todos los hombres que violentan a las mujeres, sino solo a aquellos que pertenecen a una determinada raza y clase social.³³⁶

³³³ Roberto Bergalli y Encarna Bodelón, “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 9 (1992): 56, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1992-10004300074.

³³⁴ Olsen, “El sexo del derecho”, 39.

³³⁵ Elena Larrauri, *Mujeres y sistema penal* (Buenos Aires: Euros Editores / BdeF, 2008), 37-9.

³³⁶ *Ibid.*, 39.

Para las posturas críticas, la criminalización de estas conductas condujo a la pérdida de los elementos simbólicos que se expresan en la denuncia de las violencias de género y, aunque se reconoce que esta opción fue vista como la única para ofrecer voz, dignidad y subjetividad moral a las mujeres, este fin no se ha cumplido: “La expresión de dicha violencia mediante el sistema penal tiene la perversa consecuencia de convertirlas en víctimas, más que ayudarlas a construir subjetividad”,³³⁷ lo cual no es poco relevante, pues conlleva consecuencias políticas difíciles de ignorar. La sola enunciación de la víctima en el derecho no convierte a las mujeres en un sujeto de derechos dentro del proceso penal, ya que esa subjetividad se formula desde el mismo discurso dominante.

2.2. La subjetividad de la víctima no es ajena al discurso del poder.

En la línea del pensamiento foucaultiano, para este trabajo se ha asumido que los discursos contienen un conjunto de enunciados seleccionados y utilizados por quien tiene el poder, para nombrar, delimitar y dar forma al objeto del discurso.³³⁸ Los enunciados del discurso pueden tomar diferentes formas, pero están orientados por unidades discursivas que pueden expresarse en una disciplina científica o en una forma más delimitada como una obra.

El derecho está configurado por un conjunto de enunciados que aparecen como proposiciones coherentes, e inclusive ha pretendido, desde la visión positivista, tener el estatuto de científico. Sin embargo, como plantea Foucault, las unidades discursivas, a pesar su aparente coherencia, son lugares problemáticos, por lo que es indispensable indagar a qué prescripciones responden y qué motivos han dado lugar a su apareamiento.³³⁹

Como se ha revisado en líneas anteriores, la construcción del enunciado de *mujer víctima* en el derecho penal, responde a la coyuntura generada inicialmente por la disputa de la criminología con el derecho penal. Esta disputa se enfocó en rescatar al sujeto pasivo del derecho y traerlo de vuelta al proceso penal, del cual había sido expulsado cuando el Estado asumió la vindicta pública, debate que terminó abriéndose en una corriente particular denominada victimología. Esta última ha demandado el reconocimiento de derechos de las víctimas, postura que tuvo cabida en las estrategias jurídicas feministas,

³³⁷ Bergalli y Bodelón, “La cuestión de las mujeres”, 62.

³³⁸ Foucault, *La arqueología del saber*, 47.

³³⁹ *Ibid.*, 69.

siendo utilizada como herramienta para evidenciar que la violencia de género no se daba en abstracto, sino en cuerpos de mujeres.

Sin embargo, el discurso sobre las mujeres víctimas en la victimología no es neutro, su constitución se hace en el marco de ideas estereotipadas sobre lo femenino y masculino que se han ido reproduciendo a lo largo de la historia, de una forma muy compleja a través de varias instituciones. Esto se evidencia en la descripción realizada por el reconocido criminólogo mexicano, Luis Rodríguez Manzanera en un artículo que reseña las posturas presentadas en las conferencias internacionales de victimología, realizadas en Belgrado en 1973, en Boston en 1976 y en Münster en 1979. Particularizando los casos de violación, Rodríguez señala que las ponencias presentadas han sido cada vez más numerosas, complejas y elaboradas, aportando gran información sobre las víctimas, las circunstancias de victimización y el *modus operandi* criminal. El autor concluye afirmando que:

los remedios propuestos en cuanto a la conducta de la víctima son de lo más variados, hay quienes proponen no oponer resistencia y considerar la violación como un accidente casi normal en la vida moderna; por el contrario hay quien aconseja que la víctima debe luchar y defenderse, tratar de sacar los ojos al agresor o estrellarle los genitales, hay quienes opinan que lo mejor es aprender la psicología del violador y tratar de convencerlo de lo criminal de su acto.³⁴⁰

Para este autor, la victimización de las mujeres se debe, en gran medida, a la influencia del movimiento feminista; en su opinión, a partir de la publicación de *Vindicación de los derechos de la mujer*, de Mary Wollstonecraft, en 1792, que denunciaba la inferioridad social y política de las mujeres, el movimiento feminista mermó la autoestima de ciertos grupos de mujeres que han adherido a sus tesis. Según este criminólogo, la situación es peor ya que “ahora, estando convencidas de que son víctimas, empiezan a creer o a estar convencidas de que las percepciones que sobre ellas poseen los demás son reales, válidas y justifican su victimización”, lo que ha llevado a que las mujeres se autoidentifiquen como un grupo que sufre opresión dando lugar a relaciones asimétricas con sus parejas.³⁴¹

Como se planteó en el primer capítulo, los discursos visibles, los que se muestran, suelen descansar sobre otros discursos que no son explícitos. El discurso jurídico es una práctica social que forma sistemáticamente los objetos a los que se refiere, y obedece a

³⁴⁰ Luis Rodríguez Manzanera, “Simposios internacionales de victimología”, *ILANUD al día*, n.º 10 (1981): 47.

³⁴¹ Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología* (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1988), 194.

*reglas de formación*³⁴² que son las condiciones sociales e históricas que determinan la existencia y la extinción de los discursos. La crítica jurídica ha asumido que el derecho al ser una práctica social, se manifiesta en éste los acuerdos y conflictos entre los grupos o actores sociales que disputan la delimitación de los objetos de regulación, por lo que la ideología y el poder no son elementos ajenos a la formación discursiva del derecho.

El análisis del rol de la mujer víctima en el discurso penal, no puede hacerse al margen del espacio simbólico que impone en lo cotidiano una *realidad* asumida sin discusiones, dando lugar a creencias y conductas que forman subjetividades, las cuales, reproducidas colectivamente, generan una intersubjetividad que refuerza esa percepción de la realidad como verdadera.³⁴³ De ese modo, la superioridad masculina y la inferioridad femenina, los roles sexuales atribuidos a hombres y mujeres, se asumen como verdades incuestionables, cuyos significados han sido tradicionalmente reforzados por el derecho. Por ello, las categorías utilizadas por el discurso penal no deben ser analizadas sin relacionarlas con las contenidas en discursos producidos en otros ámbitos del derecho y que producen representaciones sobre la mujer que han sido aceptadas sin cuestionamientos.

Tradicionalmente, al equiparar a la mujer a un infante, el derecho la ha concebido como un ser que requiere tutela y protección masculina, exigiéndole en contrapartida, obediencia y sumisión: “el marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido”, expresaba textualmente el Código Civil ecuatoriano al referirse a las obligaciones y derechos entre cónyuges.³⁴⁴ De esta forma, en el ámbito doméstico, la ley le ha ofrecido al marido poder sobre los cuerpos y pertenencias de la mujer, como expresaba con claridad la figura de la *potestad marital* en la legislación civil ecuatoriana, definiéndola como “el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer”.³⁴⁵

Entre los derechos del marido sobre la mujer, derivados de esta institución, se reconoció el de “obligar a la mujer a vivir con él y seguirle a donde quiera que traslade su residencia”.³⁴⁶ El sometimiento de la mujer al marido implicó para ella la imposibilidad

³⁴² Foucault, *La arqueología del saber*, 55.

³⁴³ Ruiz, “De las mujeres y el derecho”, 12.

³⁴⁴ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 1202, Suplemento, 20 de agosto de 1960, art. 155.

³⁴⁵ *Ibid.*, art. 156.

³⁴⁶ *Ibid.*, art. 157.

de actuar por sí misma en un proceso judicial, así como tampoco podía celebrar ningún contrato, ni aceptar herencias o donaciones.³⁴⁷

Como puede apreciarse, aunque el derecho no diga expresamente que la mujer es un ser inferior, al estar sometida al varón, representado como un ser superior, la subjetividad femenina y masculina diseñada por el derecho legitima esta relación de poder jerárquicamente establecida. Esta idea de superioridad masculina en el ámbito doméstico conllevó la cesión estatal de su potestad punitiva a favor de los miembros varones del espacio doméstico con relación a las mujeres de la casa, facultándoles legalmente a castigarlas.

Así, hasta las reformas de 1983, estaba vigente la norma que autorizaba al marido a golpear e inclusive matar a su esposa si era sorprendida en adulterio. Si bien la disposición decía “*el cónyuge que golpee, hiera o mate al otro si lo sorprende en flagrante delito de adulterio*”,³⁴⁸ es necesario recordar que el derecho no es neutro y aunque pueda alegarse que el eximente penal alcanzaba tanto a hombres como mujeres, no puede obviarse el universo ideológico en el que construyen los referentes de la sexualidad femenina, particularmente en el ámbito doméstico donde claramente se ha establecido que la mujer le debe obediencia al marido. Y es que de acuerdo a la doctrina penal, el honor masculino tiene mayor peso que la vida de una mujer, como lo hace notar el criminólogo positivista Rafael Garofalo al afirmar que:

la universal delicadeza del sentimiento de la honra sirve doquiera para disculpar a un marido que dé muerte a su esposa, sorprendida entre los brazos de un seductor. El sentimiento de amor propio es la razón por la cual se encuentra disculpa para aquel que hace uso de las armas en el momento en que acaba de sufrir una intolerable afrenta.³⁴⁹

El ejercicio de poder punitivo en el espacio privado no ha sido facultad exclusiva del cónyuge; pues se ha extendido, mediante el discurso jurídico penal, a todos los varones del hogar. En este sentido, hasta el año 1989 estaba vigente en el Código Penal ecuatoriano, la disposición que contenía un eximente para los casos en que el padre,

³⁴⁷ Mediante las reformas introducidas al Código Civil el 4 de junio de 1970, se eliminó el requerimiento de autorización del marido para que una mujer pueda contratar o administrar sus propios bienes. Sin embargo, no fue sino hasta 1989 que se eliminó la disposición referente al deber de tutela del marido y la obligación de obediencia de la mujer, así como el derecho del marido de obligarla a vivir y seguirlo donde fije su residencia. Asimismo, hasta las reformas del 19 de junio de 2015, se presumía legalmente que el administrador de los bienes de la sociedad conyugal era el marido.

³⁴⁸ Esta disposición fue derogada cuando el adulterio dejó de ser una conducta punible de conformidad con lo dispuesto en artículo final del *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial 511, 10 de junio de 1983. Énfasis añadidos.

³⁴⁹ Raffaele Garofalo, *La criminología*, trad. Pedro Dorado Montero (Buenos Aires: Euros Editores, 2005), 324.

abuelo o hermano provoque lesiones, golpee e inclusive le quite la vida a la hija, nieta o hermana que había sido encontrada manteniendo relaciones sexuales no autorizadas, lo que se denominaba como *acto carnal ilegítimo*.³⁵⁰ Así, se autorizaba a los varones a castigar a las mujeres mediante la violencia física e inclusive con la muerte cuando las encontraban realizando conductas sexuales *no legítimas*, es decir aquellas que de acuerdo con la moral cristiana se mantienen fuera del matrimonio o no tienen como fin la procreación. La noción de *acto carnal ilegítimo* se torna ambigua pero esa imprecisión resulta funcional para el rol disciplinante de la sexualidad de las mujeres.

El sexo, dice Foucault, ha sido utilizado como centro de la disciplina y las regulaciones, lo cual se evidencia con el lugar que ha ocupado la sexualidad de las mujeres en el discurso punitivo, llegando a justificar el asesinato de estas en manos de los hombres, cuando han roto las normas impuestas sobre su sexualidad. La muerte es la representación del poder masculino sobre las mujeres, en palabras de Foucault, es símbolo del poder soberano “cuidadosamente recubierta por la administración de los cuerpos y la gestión de la vida”.³⁵¹

Este control sobre el cuerpo de las mujeres tiene una dimensión política, a la que Foucault se refiere como *biopolítica*, convirtiendo al poder-saber en un dispositivo de transformación de la vida. Este ejercicio opera a través de instituciones de poder que configuran lo que él llama el *biopoder*, que cuenta con el sistema jurídico como uno de sus mecanismos para imponer la *norma*:

La ley no puede no estar armada, y su arma por excelencia es la muerte; a quienes la transgreden responde, al menos a título de último recurso, con esa amenaza absoluta. La Ley se refiere siempre a la espada. Pero un poder que tiene como tarea tomar la vida a su cargo necesita mecanismos continuos, reguladores, correctivos. Ya no se trata de hacer jugar la muerte en el campo de la soberanía, sino de distribuir lo viviente en un dominio de valor y de utilidad. Un poder semejante debe cualificar, medir, apreciar, jerarquizar.³⁵²

La venia estatal que se ha ofrecido a los varones, mediante el derecho penal ecuatoriano, para tomar la vida de las mujeres, contiene varios significados que se reproducen en el imaginario social con la ayuda de otras instituciones del ámbito *educativo persuasivo*.³⁵³ En primer término, ratifica el poder de los varones respecto a las mujeres: esto implica no solo que los varones pueden entonces controlar el cuerpo de las

³⁵⁰ Derogado por Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales, publicado en Registro Oficial 224, de 3 de Julio de 1989.

³⁵¹ Foucault, *Historia de la sexualidad*, 1:130.

³⁵² *Ibid.*, 134.

³⁵³ Larrandart, “Control social, derecho penal y género”, 88.

mujeres, sino que además, estas se convierten en propiedad en el ámbito real pero también en el simbólico.

Adicionalmente, en estas figuras está presente el concepto del honor masculino que se revela en el ejercicio de poder y control sobre las mujeres, esto es, en el ser todo un varón.³⁵⁴ El orden de dominación masculina exige de las mujeres el cumplimiento de los roles históricamente impuestos, como la obediencia y sumisión al marido o al padre: al varón. Por su parte, las mujeres son portadoras de la condición social de los hombres: si son *buenas mujeres*, entonces el honor masculino está resguardado.³⁵⁵ Esto le da un significado particular a ciertas conductas, como por ejemplo el adulterio, que se observa según la jurisprudencia como “la más grande ofensa que puede inferirse al marido”,³⁵⁶ y se relativiza cuando la conducta es cometida por el marido, como lo hace ver el penalista ecuatoriano Enrique Echeverría, afirmando que “[l]a situación es más grave con respecto a la mujer [y] menos escandalosa en tratándose del marido”.³⁵⁷

La idea de propiedad sobre las mujeres por parte de los varones no es un aspecto insignificante; al contrario, es de total relevancia en la construcción de la identidad masculina, es parte del *ser* masculino: “La mujer es propiedad del hombre en el patriarcado, tanto en el plano real como en el imaginario, esto significa que no solo es un dato en la estructura social, sino que es un componente de la subjetividad masculina en cuanto imaginario: en cuanto deseos, expectativas, temores, frustraciones, identificaciones”.³⁵⁸

Pierre Bourdieu explica este complejo proceso a través de la *dominación simbólica* expresada en el *habitus*, que configura una serie de conceptos, representaciones y conductas que configuran la subjetividad y que se ponen de manifiesto en “esquemas

³⁵⁴ La percepción del honor se ha construido en relación con aspectos de clase y raza. En el estudio que realiza Natalia León Galarza, de varios expedientes judiciales instaurados por divorcio o conflictos maritales, en el siglo XVIII y XIX en la ciudad de Cuenca, se evidencia que la pérdida del honor causaba mayor alarma en familias que pertenecían a las elites, en cuyos alegatos se observa una apelación a los apellidos. Por otro lado, cuando los hechos involucraban a familias de estratos sociales medios y bajos, la alarma era menor. Véase Natalia León Galarza, *La primera alianza: El matrimonio criollo, honor y violencia conyugal, Cuenca 1750 -1800* (Quito: Nueva Editorial, 1997).

³⁵⁵ Bourdieu, *La dominación masculina*, 89.

³⁵⁶ Ecuador Corte Suprema de Justicia Cuarta Sala, “Sentencia”, en *Gaceta Judicial n.º 10*, 30 de septiembre de 1985, Serie 14. (LEXIS).

³⁵⁷ Enrique Echeverría, *Derecho penal ecuatoriano* (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1958), 152.

³⁵⁸ José Manuel Salas y Álvaro Campos Guadamuz, *Explotación sexual comercial y masculinidad: Un estudio regional cualitativo con hombres de la población general* (San José: Organización Internacional del Trabajo, 2004), 66, https://hopiweb.com/trabajo-social/biblioteca_digital/gen_fem_masc/masculinidades/Explotaci%C3%B3n%20Sexual%20Comercial%20y%20Masculinidades%20-%20OIT.pdf.

mentales y corporales”.³⁵⁹ Esta construcción simbólica, expone el autor, no consiste en un simple trabajo performativo que ordena las representaciones del cuerpo, sino que implica una transformación corporal y mental que “impone una definición diferenciada de los usos legítimos del cuerpo, sexuales sobre todo, que tiende a excluir del universo de lo sensible y de lo factible todo lo que marca la pertenencia al otro sexo”.³⁶⁰

Bourdieu sostiene que el honor masculino es el producto de un trabajo social de asignación de sentido que registra, en la mente y el cuerpo, la manera en que se debe actuar y pensar. Este proceso da lugar a una identidad social transformándose en un hábito, en una regulación de carácter social asumida sin cuestionamientos por todas las personas:

La condición masculina en el sentido de *vir* supone un deber-ser, una *virtus*, que se impone a “eso es natural”, indiscutible. Semejante a la nobleza, el honor se inscribe en el cuerpo bajo el conjunto de disposiciones aparentemente naturales, a menudo visibles en una manera especial de comportarse, de mover el cuerpo, de mantener la cabeza, una actitud, un paso, solidario de una manera de pensar y de actuar, un *ethos*, una creencia, etc., gobierna al hombre honorable, al margen de cualquier presión externa. [...] La nobleza o pundonor [...] es el producto de un trabajo de nominación y de inculcación al término del cual una identidad social instituida por una de estas líneas de demarcación místicas, conocidas y admitidas por todos que dibuja el mundo social se inscribe en una naturaleza biológica, y se convierte en hábito, ley social asimilada.³⁶¹

La virilidad en el *habitus* masculino tiene una dimensión ética, que exige del hombre mantener e incrementar el honor, lo cual se expresa en la virilidad física que debe ser demostrada constantemente y se manifiesta en el poder y dominio sexual, así como en la demostración de aptitudes la guerra, lucha y para el ejercicio de violencia real o simbólica, que constituye un fundamento poderoso del orden social.³⁶²

En suma, la categorización de la violencia contra las mujeres como infracciones penales y la consecuente calificación de víctimas a quienes la padecen, no se hacen en abstracto ni al margen de un universo simbólico, reforzado por el derecho que le ha ofrecido al varón el *derecho* de castigar a las mujeres.

De ese modo, según Elena Larrauri, el derecho penal en realidad no fue formulado desde el poder como una herramienta para castigar la violencia contra la mujer, sino para limitarla.³⁶³ Se podría también decir que el derecho penal lo que busca es ofrecer una racionalidad al ejercicio de violencia estatal, mediante procesos de normalización social

³⁵⁹ Bourdieu, *La dominación masculina*, 24.

³⁶⁰ *Ibid.*, 37.

³⁶¹ *Ibid.*, 67-8.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ Larrauri, *Mujeres y sistema penal*, 7.

que frenen la reacción de quienes la sufren, porque esas relaciones ya entraron en la racionalidad jurídica.³⁶⁴ Desde esta perspectiva se explica el poco ánimo del poder punitivo estatal de perseguir conductas consideradas asuntos privados, así como de categorizar como infractores a los agresores, o como víctimas a las mujeres que sufren en sus cuerpos diversas formas de violencia que en suma son la expresión de un sistema de opresión.³⁶⁵

La violencia contra las mujeres no es epifenoménica al Estado; y es que como afirma Engels, el Estado “no es un poder impuesto desde fuera de la sociedad”,³⁶⁶ es un poder que nace de la sociedad y siempre es de la clase políticamente dominante.³⁶⁷ En el mismo sentido, Max Weber identifica al Estado como una entidad que se ubica en una relación de dominación que viabiliza el ejercicio de una violencia legítima por parte de los dominadores sobre los dominados.³⁶⁸

El Estado moderno que se origina en la ficción de un contrato social, dice Carole Pateman, es en realidad un pacto sexual-social en el cual se origina el derecho político y que “explica por qué es legítimo el ejercicio del derecho”.³⁶⁹ El Estado moderno, cuya narrativa se construye como la historia de la libertad, omite mencionar que la libertad civil es un atributo de los hombres y no de las mujeres; en realidad, dice la autora, el contrato originario dio lugar a la configuración del patriarcado moderno.³⁷⁰

El orden patriarcal como sistema de dominación requiere, para mantenerse y reproducirse, de un régimen simbólico que permita la implantación y reproducción de ideas que perpetúan las diferencias entre hombres y mujeres, que justifique la violencia como mecanismo disciplinador, y que promueva un modelo de masculinidad hegemónica heteronormada, elementos que no han sido removidos y siguen vigentes, incrustados en

³⁶⁴ Katia Ballesteros e Ivannia Monge, “Lectura crítica del Código Penal desde la agresión contra las mujeres en la relación de pareja”, en *Sobre patriarcas, jerarcas, patronos y otros varones*, ed. Rosalía Camacho y Alda Facio (San José: ILANUD, 1993), 35.

³⁶⁵ Vale mencionar como ejemplo el pronunciamiento del Ministro del Interior del Ecuador, en el mes de julio de 2018, sobre el secuestro de una niña de 12 años que se encontraba embarazada producto de una violación. Este dijo, minimizando el hecho, que se trataba de un “delito de orden familiar”, y se refirió al violador y secuestrador como la “pareja” de la niña. Véase El Universo, “Mauro Toscanini se disculpa por decir que supuesto violador de niña era su pareja”, *El Universo*, 4 de julio de 2018, <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/07/04/nota/6843092/mauro-toscanini-se-disculpa-decir-que-supuesto-violador-nina-era-su/>.

³⁶⁶ Engels, “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, 606.

³⁶⁷ *Ibid.*, 607.

³⁶⁸ Max Weber, *Economía y sociedad* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000), 1057.

³⁶⁹ Pateman, *El contrato sexual*, 9-10.

³⁷⁰ *Ibid.*, 11.

la configuración del Estado, y se evidencian en el tratamiento y la respuesta que ofrece el poder punitivo a las víctimas de violencia patriarcal.

La banalización de la violencia sexual en los discursos de quienes tiene el poder de generar opinión pública, facilita la reproducción colectiva de creencias sobre las conductas de hombres y de mujeres que transforman percepciones en realidades. Este es el caso del pronunciamiento de un Presidente del Ecuador, refiriéndose al tema del acoso sexual, en el que señaló que los hombres son vulnerables de ser acusados de esta conducta, sosteniendo adicionalmente: “a veces veo que [las mujeres] se ensañan con aquellas personas feas en el acoso. Es decir que el acoso es cuando viene de una persona fea, pero si la persona es bien presentada, de acuerdo con los cánones, suelen no pensar necesariamente en que es un acoso”.³⁷¹ Bajo este criterio, los hombres son víctimas de las mujeres quienes no sufrirían acoso, sino que manipularían esta figura para alejar solo a los hombres feos y aceptar los acercamientos de los hombres atractivos.

Los discursos que se revelan desde la ideología dominante se encargan además de recalcar que la violencia contra las mujeres pertenece al ámbito privado para justificar la no intervención estatal. Desde esta perspectiva cabe considerar la provocadora reflexión, ya mencionada, de Elena Larrauri, que alude a que la inclusión de la violencia contra las mujeres en el campo del derecho penal nunca tuvo la intención de erradicarla sino apenas de moderarla y, podría decirse, de castigar solo sus excesos y en ciertos casos, para de esa forma legitimar el ejercicio punitivo.

El acoso sexual se tipificó como delito en la legislación ecuatoriana con las reformas introducidas al Código Penal en el año 2005.³⁷² Sin embargo, esto no es suficiente para modificar la política sexual que institucionaliza la dominación masculina

³⁷¹ El Comercio, “Lenin Moreno es noticia internacional por declaraciones sobre acoso”, El Comercio, 3 de febrero de 2020, <https://www.elcomercio.com/actualidad/lenin-moreno-medios-internacionales-acoso.html>.

³⁷² El artículo 511-A señala lo siguiente: “Quien solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima, o a su familia, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena será reprimido quien, de conformidad con lo previsto en el inciso anterior, actúe prevaliéndose del hecho de tener a su cargo trámites o resoluciones de cualquier índole.

El que solicitare favores o realizare insinuaciones maliciosas de naturaleza sexual que atenten contra la integridad sexual de otra persona, y que no se halle previsto en los incisos anteriores, será reprimido con pena de prisión de tres meses a un año.

Las sanciones previstas en este artículo, incluyen necesariamente la prohibición permanente de realizar actividades que impliquen contacto con la víctima.

Si el acoso sexual se cometiere en contra de personas menores de edad, será sancionado con prisión de dos a cuatro años”.

en la cual la mujer representa el ser cuya sexualidad existe socialmente para otra persona.³⁷³ Luis Rodríguez Manzanera, en un estudio sobre la victimología femenina, reconoce que las mujeres que en mayor medida están expuestas a acoso sexual son aquellas que trabajan fuera del hogar, pero al mismo tiempo afirma: “El acoso sexual no es una desviación alguna, es una forma común de ser del varón frente a la mujer”.³⁷⁴

Desde ese punto de vista, el autor sugiere que las medidas de prevención adecuadas frente a la violencia sexual contra las mujeres serían, entre otras: contar con un seguro de desempleo que aplicaría en los casos en que la mujer demuestre que el acoso sexual es causa suficiente para abandonar un empleo; la elaboración de manuales con indicaciones sobre los lugares corporales, del agresor, que las mujeres deben golpear para evitar una violación; e, inclusive, ofrecer “cursos de defensa personal para mujeres que por su trabajo salen a deshoras a la calle”.³⁷⁵ En estos planteamientos subyace la idea de una masculinidad caracterizada por un ejercicio de la sexualidad naturalmente agresiva, y en contrapartida, una representación de la sexualidad y de los cuerpos femeninos como entidades disponibles y accesibles a los hombres. Pero además, el discurso parece insinuar que existe un horario adecuado o aceptable para que las mujeres estén expuestas en el espacio público, algo que jamás se consideraría en el caso de los hombres. Como explica Catharine MacKinnon, la mujer a través de la mirada masculina hegemónica es objeto sexual, “aquello a través de lo cual el hombre se conoce a sí mismo como hombre y como sujeto a la vez”.³⁷⁶

Adicionalmente, la crítica feminista ha cuestionado la desnaturalización de los bienes jurídicos protegidos, cuando el discurso jurídico penal declara la protección de bienes diferentes. Así, en la primera década de las reformas penales en la región, los textos normativos, a pesar de criminalizar conductas violentas contra las mujeres, se caracterizaban por un enunciado discursivo que hacía énfasis en la moralidad y las buenas costumbres, antes que en la integridad personal de las mujeres. Esto se aborda en un informe de 2005, elaborado por el Comité de Latinoamérica y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, CLADEM, sobre el tema: “Los únicos países que han hecho un cambio significativo [...] fueron Argentina y Paraguay. Los demás países se mantuvieron como bien jurídico máximo a ser protegido en el apartado de los delitos

³⁷³ MacKinnon, “Feminismo, marxismo, método y Estado”, 180.

³⁷⁴ Rodríguez Manzanera, *Victimología*, 196.

³⁷⁵ *Ibid.*, 203.

³⁷⁶ MacKinnon, “Feminismo marxismo, método y Estado”, 185.

sexuales, las buenas costumbres, la familia o la moralidad pública”.³⁷⁷ En Ecuador, un ejemplo sobre este aspecto es el enfoque familista de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, vigente hasta el 2018. La negociación de esta norma obligó a las actrices políticas que la impulsaban a ceder frente a los decisores en la insistencia de relacionar como un lazo genético, la mujer y la familia.³⁷⁸

El derecho es portador de las representaciones de las mujeres y la constitución de la mujer como sujeto víctima en el derecho, no se configura al margen de un orden simbólico que es la base del comportamiento social que reproduce las representaciones femeninas en las prácticas sociales, de ahí que la mujer violentada, aunque en la dimensión formal normativa del derecho se la enuncie como víctima, en la dimensión que corresponde a la interpretación no hay garantía que el discurso la reconozca como tal y al no hacerlo opera la otra dimensión del discurso jurídico, la simbólica a través de la cual, las conductas de control masculino sobre el cuerpo y sexualidad de las mujeres no se asumen como reprochables porque son vistas como parte de un orden natural y aceptado en forma generalizada.

2.3. La reputación en la configuración discursiva de la subjetividad de la víctima

La honra o reputación femenina ha sido determinante en la configuración de la subjetividad de la víctima en el discurso jurídico penal. La reputación de las mujeres está relacionada básicamente a su experiencia sexual. La honra o el honor traducido en la virginidad y castidad de las mujeres, responde al ideal de la imagen femenina: el arquetipo mariano ha sido resaltado como el ejemplo a seguir por las mujeres y, por lo tanto, a defender socialmente. Ana María Goetschel recoge los elementos del discurso religioso reflejado en el *Panegírico de la Beata Mariana de Jesús, Azucena de Quito*, que merece ser traído a este texto para apreciar el imaginario mariano, personificado en una mujer que ha constituido un emblema en la tradición católica ecuatoriana:

La beata es una azucena entre las espinas de la mortificación y su dolor por Cristo “porque en proporción de lo punzante de las espinas está la belleza de la flor”; comenzó a ayunar desde el pecho de su madre y atormentó igualmente su inocente cuerpo, conservándose

³⁷⁷ CLADEM, *Dossier sobre violencia doméstica en América Latina y el Caribe* (Lima: CLADEM, 2005), 150.

³⁷⁸ Salgado, “La Ley 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia”, 121.

siempre “pura como un ángel”, manifestando horror al contacto corporal y huyendo de todo trato y familiaridad con los hombres.³⁷⁹

Las virtudes que configuran este modelo de mujer deben ser, en el universo simbólico del patriarcado, resaltadas y protegidas. En consecuencia, cualquier acercamiento de los hombres a las mujeres despertará sospechas y suspicacias respecto a la integridad de la honradez de ellas. Este arquetipo es trasladado al discurso penal, requiriendo de las mujeres esta condición para que el derecho penal actúe en casos de violencia sexual en sus cuerpos, como lo destaca el jurista y ex juez de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Luis Humberto Abarca Galeas: “La honestidad se halla restringida a la esfera sexual y dice relación a la normal conducta de la mujer en sus relaciones con el sexo opuesto, al recato y moderación que siempre puede observar en el trato con los hombres, absteniéndose de insinuaciones lúbricas, exhibicionismo y de toda relación sexual ilícita”.³⁸⁰

La virginidad como objeto de protección se introdujo en uno de los primeros Códigos Penales ecuatorianos, que rezaba: “Los que violaren la virginidad de una mujer mayor de catorce años y menor de veintiuno, sin fuerza ni violencia, sino por seducción y halago, serán castigados con seis meses a tres años de prisión”.³⁸¹ La referencia a la protección de la virginidad bajo amenaza de sanción se mantuvo hasta finales del siglo XIX. Estas normas enmascaran aspectos del discurso penal que operan de una forma simbólica para conservar la división moral de las conductas y de los lugares que ocupan los hombres y las mujeres. Los códigos penales posteriores, en lugar de hacer referencia explícitamente a la virginidad femenina, la sustituyeron por los conceptos de pudor³⁸² y honestidad.³⁸³

El honor ha sido un elemento central en la tipificación de los delitos cometidos contra las mujeres como, por ejemplo, la tradicional figura de rapto, contemplada en la ley penal ecuatoriana hasta reciente data. El Código Penal sancionaba el rapto, “con fines deshonestos”, de una mujer menor de dieciocho años, aún en los casos en que haya

³⁷⁹ Boletín Eclesiástico No. 12, Año XIX, Quito, Agosto 1 de 1907, citado en: Ana María Goetschel, *Mujeres e imaginarios: Quito en los inicios de la modernidad* (Quito: Abya Yala, 1999), 21-2.

³⁸⁰ Luis Humberto Abarca Galeas, *Los delitos sexuales en el código penal y jurisprudencia del Ecuador* (Riobamba: Edipcentro, 1994), 141.

³⁸¹ Ecuador, *Código Penal*, Registro Auténtico 1871, 3 de noviembre de 1871, art. 395.

³⁸² Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 61, Suplemento, 18 de abril de 1906.

³⁸³ En el Código Penal de 1938 se introduce la figura del estupro como delito contra la integridad sexual de una mujer honesta, figura que se mantuvo hasta las reformas al Código Penal de 2005.

consentido ser raptada.³⁸⁴ Sin embargo, en el mismo texto se preveía la suspensión de la acción penal si el raptor contraía matrimonio con la menor raptada, hasta que haya sido “definitivamente declarada la nulidad del matrimonio”.³⁸⁵

Esta disposición pone un peso específico en la deshonestidad como objeto y fin de la conducta penal, esto que el rapto de una mujer menor de edad debe tener como propósito mantener relaciones sexuales con ella, hecho que conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia constituye “un grave atentado a la moral y al derecho”,³⁸⁶ pues la deshonra de la menor se extiende también a su familia, frente a lo cual la misma disposición propone como solución, que la menor y el raptor contraigan matrimonio con lo cual quedaría redimido el honor personal y familiar. La honra se convierte en el objeto de protección de la tipificación del delito y no la libertad sexual de la mujer raptada. Al analizar esta figura, el penalista ecuatoriano, ex Conjuez de la Corte Suprema de Justicia y ex Vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales, Enrique Echeverría afirma que en la práctica la persecución penal de este delito se da cuando el rapto es escandaloso o ha trascendido,³⁸⁷ es decir si llega a ser de conocimiento público, deshonrando con ello a la familia y a la mujer. Por su parte Luis Abarca, señala que la consumación de este delito se produce cuando la menor se encuentra bajo dominio y poder del raptor y despojada de su libertad sexual; sin embargo, si la menor es casada, no debe ser considerada víctima de rapto, pues en su opinión estaría cometiendo adulterio, faltando a la fe conyugal.³⁸⁸

En el mismo sentido, el honor femenino estaba referenciado en la figura del estupro, que tipificaba como delito “la cópula con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño, para alcanzar su consentimiento”.³⁸⁹ Aquí, la honestidad se refiere básicamente a la ausencia de experiencia sexual de la víctima del ilícito. La sanción prescrita se aplicaba si la víctima era mayor de catorce y menor de dieciocho años. La reputación, advierte Elena Larrauri, puede parecer un aspecto superado por el derecho penal, pero produce efectos reales: una mujer, para calificar como víctima de un delito de violencia sexual, debe demostrar haber llevado una vida *honest*a y haber defendido

³⁸⁴ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971. Última modificación: 10 de febrero de 2014, arts. 529-31.

³⁸⁵ *Ibid.*, art. 532.

³⁸⁶ Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Gaceta Judicial n.º 3*, 29 de septiembre de 1967. (LEXIS).

³⁸⁷ Echeverría, *Derecho penal ecuatoriano*, 160.

³⁸⁸ Abarca Galeas, *Los delitos sexuales en el Código Penal*, 210-1.

³⁸⁹ La figura del estupro fue reformada en 2005, eliminando la frase “mujer honesta” y reemplazándola por “persona”, mediante *Ley No. 2*, publicada en Registro Oficial 45 de 23 de junio de 2005. La figura permaneció así hasta la promulgación del Código Integral Penal, en 2014.

heroicamente su honestidad durante el acto de violencia. Así, el discurso que ha levantado la doctrina penal al respecto, ha exigido en la valoración de los delitos de violencia sexual, la resistencia seria y constante por parte de la víctima.

En este punto de reflexión, vale la pena mencionar la propuesta doctrinaria de Francesco Carrara, un autor obligado en los estudios tradicionales de derecho penal, quien al referirse al tema de la *violencia carnal* dice que la resistencia de la mujer violentada debe manifestarse con gritos o actos de fuerza que demuestren que se oponía a la voluntad del atacante; no es suficiente que se haya limitado a decir que no quiere. La explicación que ofrece el jurista para que la simple negativa no sea suficiente es que “el juez siempre quedará dudando de si esa mujer, que al oponerse con la voz se prestaba con el cuerpo, quería o no quería el acto obsceno y así difícilmente podrá afirmar en la sentencia, con la certeza que se quiere, el elemento objetivo de la violencia”.³⁹⁰

Además, Carrara afirma que, de otra forma, el imputado podría alegar que no consideró su conducta un acto de violencia porque, según el autor, “es muy sabido por antiquísima sentencia, confirmada por la creciente experiencia de todos los siglos, que, en esos casos bajo las apariencias de una renuencia exterior, se oculta casi siempre un deseo vivísimo de consentir”. En otras palabras, Carrara asume que cuando una mujer se niega a tener relaciones sexuales, en principio, el agresor debe entender que sí quiere.

Si el juez tuviera dudas sobre los hechos y no contara con pruebas directas, el autor considera que este debe recurrir a indicios de violencia —tales como gritos al momento de los hechos, la vestimenta desarreglada, el cabello descompuesto—, en tanto otros elementos excluirían la violencia, tales como que los hechos hayan sucedido en un lugar concurrido, el que no haya rasgos de desorden en la ropa, o que la mujer denuncie los hechos con demora. En suma, para que exista violencia, la resistencia de la mujer dice Carrara, debe ser *seria y constante*: “Seria, es decir no fingida para simular honestidad, sino que en realidad exprese una voluntad decididamente contraria; constante, esto es, mantenida hasta el último momento, no comenzada al principio y luego abandonada para dar lugar al concurso en el goce mutuo”.³⁹¹

El pensamiento del docto en derecho penal fue difundido en las facultades de derecho de América Latina y ha tenido una gran influencia en la formación de profesionales del derecho, siendo también replicado en el Ecuador. Esto se refleja en el texto de Luis Abarca, quien sostiene que en los casos de violación debe considerarse la

³⁹⁰ Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal* (Bogotá: Editorial Temis, 2000), 2: 252.

³⁹¹ *Ibid.*, 254.

resistencia de las víctimas —la cual debe ser *real* y supone una resistencia física y esforzada de la víctima—, y califica de resistencia aparente a la manifestación verbal de negarse a tener relaciones sexuales, pues esta, en opinión del jurista, es solo una reacción convencional:

No es tal la simple oposición verbal, la reserva mental, ni la objeción de que el lugar no es adecuado. No es tampoco real la resistencia formal o convencional que oponen ciertas mujeres, en especial cuando no están acostumbradas a tener relaciones sexuales, para guardar las apariencias, ya que en realidad desean entregarse, por lo que esta resistencia solo es aparente, y es manifestación del pudor femenino, del papel pasivo que desempeña la mujer en la relación sexual y su función realmente consiste en excitar a quien desea entregarse, y no pasa de ser un simple recato, un tira y afloja normal en el juego del amor. [...] La resistencia es real, aunque la mujer luego de ofrecer toda resistencia de que es capaz, comprendiendo la inutilidad de su esfuerzo, cede o se abandona a la lujuria del agente activo.³⁹²

Adicionalmente, el autor manifiesta que la resistencia, además de ser real, debe ser *oportuna*, lo que quiere decir que debe oponer resistencia en cuanto tenga la posibilidad de hacerlo; la víctima debe exteriorizar la resistencia demostrando que se está oponiendo al acceso carnal pretendido por el agresor.³⁹³

Las concepciones previas que configuran esta noción de violencia sexual responden al sistema de ideas reproducido durante siglos hasta la actualidad, sobre las conductas sexuales femenina y masculina, en el que se resalta la carnalidad y sensualidad femenina y la exacerbada e incontrolable sexualidad masculina. Estas características, que son formuladas como naturales a través de los enunciados de la doctrina penal, terminan transformando una agresión sexual en un encuentro apasionado no reprochable socialmente sino, al contrario, apreciado como una respuesta natural de la dominación masculina.

Desde estas perspectivas, se incorpora la resistencia junto con la honestidad como elementos de los delitos sexuales, nos establecidos en la dimensión formal del discurso jurídico, pero que está presente en la dimensión simbólica del discurso jurídico penal, y como afirma Elida Aponte, esta idea continúa rondando las mentes de fiscales y jueces que forman parte de la maquinaria de la administración de justicia penal.³⁹⁴ Esto se puede evidenciar en una reciente sentencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la

³⁹² Abarca Galeas, *Los delitos sexuales en el Código Penal*, 104.

³⁹³ *Ibid.*, 105.

³⁹⁴ Elida Aponte Sánchez, “La prueba genética e impunidad en el delito de violación sexual”, *Capítulo Criminológico: Revista de las disciplinas del Control Social*, n.º 3, vol. 31 (jul.-sept. 2003): 77.

cual se resuelve un recurso de casación, presentado por el acusado en un caso de violación.³⁹⁵

El argumento central del recurso es sobre el uso de la violencia para perpetrar el delito como elemento del tipo penal, pues según alega el acusado, la violencia debe ser previa para configurar el delito y no posterior, es decir las amenazas ejercidas luego del acceso carnal, no dan lugar al delito de violación.³⁹⁶ Los y la jueza de la Corte, en el análisis que realizan, reafirman la idea de que la violación es “uno de los modos de ofender la honestidad, mirada ésta como el derecho a la reserva sexual”³⁹⁷ Citando además a Carrara y otros autores de la misma línea, afirman que la honestidad se asimila a los conceptos de “pudor, recato, compostura, decencia y moderación, todo lo que es protegido por la ley, aunque no lo único, pues también se protege la libertad y el honor sexual de la familia [...]”.³⁹⁸ Adicionalmente señalan:

Lo más importante que debemos indicar respecto a este tipo penal es que, según la doctrina, en la mayoría de casos es un “delito de pena”, pues se ha llegado a tener la convicción de que la mayor parte de los procesados por violación son simples víctimas de “sus víctimas”, pues cuando la resistencia de la víctima es realmente sincera y eficaz la violación se torna imposible, a no ser de que concurren circunstancias que no permitan que la víctima pueda oponer resistencia frente a aquel que comete el hecho injusto.³⁹⁹

Como dice Foucault, los discursos no son un simple cruce de palabras y cosas, detrás de esas palabras hay reglas que definen la existencia de una realidad; los discursos no son solamente signos sino prácticas que dan forma a los objetos de que tratan, los discursos son más que signos y “[e]s ese más lo que los vuelve irreductibles a la lengua y a la palabra. Es ese más lo que hay que revelar y hay que describir”.⁴⁰⁰

³⁹⁵ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Juicio No. 01901-2020-0007*, 22 de enero de 2021.

³⁹⁶ El tipo penal al que se refiere es el que constaba en el artículo 512 del Código Penal vigente hasta el año 2014, que decía: Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: 1) Cuando la víctima fuere menor de catorce años; 2) Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y 3) Cuando se usare la violencia, amenaza o intimidación.

³⁹⁷ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Juicio No. 01901-2020-0007*, 22 de enero de 2021.10

³⁹⁸ *Ibíd.*

³⁹⁹ *Ibíd.*, 11

⁴⁰⁰ Foucault, *La arqueología del saber*, 68.

Los estereotipos revelados en el discurso jurídico penal, asegura Alberto Bovino, terminan convirtiéndose en elementos típicos de hecho o presunciones de derecho.⁴⁰¹ La respuesta judicial pone en escena la disputa simbólica en la que se confrontan diferentes perspectivas del mundo, pero la sentencia refleja la perspectiva del Estado, como detentador del “monopolio de la violencia simbólica legítima”.⁴⁰²

Otro elemento clave que no se debe pasar por alto es la *edad* para la calificación de una víctima de delito sexual. En opinión de Enrique Echeverría, una mujer de dieciséis años “tiene conocimientos suficientes —teóricos en la mayor parte de casos, prácticos en otros— sobre las relaciones amorosas, sobre la cantidad de fe que debe darse a las ofertas y promesas de un varón”.⁴⁰³

Por su parte Abarca Galeas considera que la determinación de la edad en los delitos sexuales como el de violación, se basa en factores naturales y fisiológicos característicos de la especie humana y, particularmente con relación al ámbito ecuatoriano, dice: “por regla general, en miembros de nuestra raza y en nuestro país, a los doce años se inicia la pubertad que es el momento de la vida para la procreación; y que se caracteriza por el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios. El menor púber tiene ya, cierta aptitud física y síquica para la práctica de actos sexuales”.⁴⁰⁴ En estas opiniones subyacen ideas de la carnalidad y sensualidad femenina, descalificando a las mujeres como víctimas del delito de violencia sexual en función de su edad; se relaciona entonces edad con honestidad. Así, desde la racionalidad patriarcal, una mujer adulta no podría ser considerada víctima, como señala Rodríguez Manzanera al reflexionar sobre la identificación de víctimas de incesto. El autor se pregunta: “¿qué sucede si la hija es adulta?”, y supone que en este tipo de casos se trataría de relaciones voluntarias entre adultos, lo cual implica “una típica ausencia de víctima”.⁴⁰⁵

Marvin Wolfgang plantea varios cuestionamientos respecto a la relación entre edad y gravedad del delito: “¿se debe considerar una agresión contra una persona mayor como más grave que una agresión contra una persona de 16 años o de 30 años?”, o “¿una violación a una mujer virgen es más grave que a una anciana de 85?”. Finalmente el autor

⁴⁰¹ Alberto Bovino, “Delitos sexuales y justicia penal”, en *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*, comp. Haydée Birgin (Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000), 189.

⁴⁰² Bourdieu, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *La fuerza del derecho*, Pierre Bourdieu y Ghunther Teubner (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000), 197.

⁴⁰³ Echeverría, *Derecho penal ecuatoriano*, 155.

⁴⁰⁴ Abarca Galeas, *Los delitos sexuales en el Código Penal*, 92.

⁴⁰⁵ Rodríguez Manzanera, *Victimología*, 293.

sostiene que el ataque a una mujer virgen es mucho más atroz que la agresión sexual a una mujer anciana.⁴⁰⁶

El derecho no debe ser apreciado solamente como un conjunto de normas que pueden ser moldeadas para favorecer a un grupo de personas.⁴⁰⁷ El derecho más allá del aspecto formal, en su interpretación y aplicación conlleva un proceso complejo de reproducción simbólica que no se puede apreciar fácilmente. Carol Smart afirma que el discurso jurídico, más que las propias ciencias biológicas, contribuye a un proceso de fijación de género, en la medida que acentúa una rígida diferencia entre lo masculino y lo femenino.⁴⁰⁸

2.4. Objetivación del bien jurídico y de la víctima.

El concepto de bien jurídico como paradigma de la dogmática penal tiene un lugar importante en la justicia penal, pues esta lo supone como aquel valor o bien moral considerado valioso en una comunidad, y cuya conservación es necesario garantizar a través de la promulgación normas que permitan la actuación del Estado cuando ese bien jurídico es lesionado o está en peligro de serlo. En este sentido, el daño al bien jurídico protegido provocaría no solo una afectación individual sino una lesión social.⁴⁰⁹

El valor socialmente defendido, que constituye el objeto del bien jurídico, está limitado por el marco axiológico de la Constitución y, en la medida que hay un desarrollo en el reconocimiento de derechos, también se apela al derecho penal para protegerlos. El problema, afirma Albin Eser, es que este proceso hace un particular direccionamiento hacia los autores de las conductas que vulneran los bienes jurídicos *socialmente* protegidos, en tanto que la víctima desaparece detrás del bien jurídico, porque lo que el derecho penal hace es desindividualizar el conflicto:

Con la correspondiente espiritualización del concepto de injusto, partiendo de una lesión individual y llegando a una lesión institucional, defendida en la manualística más moderna, sin tan siquiera un atisbo de conciencia de su carácter problemático, en

⁴⁰⁶ Marvin E. Wolfgang, “Conceptos básicos en la teoría victimológica: Individualización de la víctima”, *ILANUD al día*, n.º 10 (1981): 72.

⁴⁰⁷ Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, 48.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, 67.

⁴⁰⁹ Albin Eser, “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 49 (1996): 1034-6. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=246519>

efecto se ha llegado, en la relación entre bien jurídico y víctima, a una exaltación de aquél a costa de ésta.⁴¹⁰

Si bien es cierto, como se dejó sentado en líneas anteriores, en las últimas décadas se ha dado un importante movimiento demandando el reconocimiento de derechos de las víctimas de delitos, debate que ha tenido cabida en las estrategias jurídicas feministas que han promovido y apoyado reformas legales, lo que ha implicado la tipificación de delitos o el endurecimiento de sanciones en ilícitos cuyas víctimas son mujeres. No obstante, estos logros no han conseguido reivindicar materialmente a las mujeres como sujetos de derechos, ni han conseguido que los bienes jurídicos que se declaran como protegidos, sean realmente bienes morales socialmente defendidos.

Piénsese por ejemplo en la honestidad, la obediencia, la sumisión y la maternidad: son valores que son resaltados en las mujeres y que entran en contradicción con los de libertad sexual, independencia y autonomía, que son vistos más bien como características anti femeninas. Las mujeres víctimas de violencia que son sometidas a los procesos judiciales son examinadas para verificar que sean portadoras de los valores defendidos por el sistema de ideas que sostiene y reproduce el patriarcado. De ahí que en un proceso de violencia sexual, se desplaza al bien jurídico protegido declarado formalmente, esto es el de la *libertad sexual de la mujer*, y lo que se vuelve relevante es la *honestidad* de la mujer, de modo que la víctima deja de ser observada como tal si no es portadora de este bien socialmente defendido. De esta forma, el bien jurídico protegido se cosifica y la víctima se objetiviza en la medida que es examinada para verificar si es portadora de los valores de la moral sexual dominante.

En esta línea, el jurista ecuatoriano Abarca Galeas dice que la protección penal se extiende a un orden sexual que exige un determinado comportamiento sexual de las personas y que se pone de manifiesto en un conjunto de derechos y obligaciones que guían las relaciones entre hombres y mujeres en la sociedad.⁴¹¹

Este orden da lugar a una moral sexual que comprende los valores éticos que, por un lado, sostienen el orden sexual y justifican la intervención del derecho penal cuando el bien jurídico que se ofende constituye un ataque al orden sexual⁴¹² y, por otro lado, determinan la “calidad de las personas que adecúan su conducta sexual a la ética, es decir,

⁴¹⁰ *Ibid.*, 65.

⁴¹¹ Abarca Galeas, *Los delitos sexuales en el Código Penal*, 24.

⁴¹² *Ibid.*, 36.

a la moral sexual objetivamente considerada”.⁴¹³ De esta manera, afirma el autor, en el ámbito sexual únicamente se encuentran protegidos quienes han actuado de acuerdo al mandato sexual ordenado, es decir “que el sujeto pasivo de un delito sexual tiene que tener la calidad de honesto dentro de la esfera sexual [...] [y] la honestidad en términos generales significa conformidad de las acciones sociales con las exigencias de la moralidad pública [...][:] es honesto sexualmente todo aquel que observa la conducta sexual socialmente exigible; caso contrario, esto es, si no observa dicha conducta, será deshonesto sexualmente”.⁴¹⁴

Desde esta perspectiva, el derecho penal no estaría formulado para proteger la integridad y libertad sexual de las mujeres, sino los valores sexuales impuestos por el orden patriarcal, que se materializan en el cuerpo de la mujeres, el cual debe ser conservado sin contacto sexual hasta que sea autorizado por las normas del orden social. La virginidad es considerada un tributo para aquel hombre legitimado a tomarlo; si ese cuerpo femenino ha sido despojado de ese atributo, es despreciado socialmente.

El orden social, sostiene Bourdieu, configura los cuerpos como una realidades sexuadas y están impregnados de los principios desde los cuales se percibe el mundo: “El programa social de percepción incorporado se aplica en todas las cosas del mundo, y en primer lugar al cuerpo en sí, en su realidad biológica: es el que construye la diferencia entre los sexos biológicos de acuerdo a los principios de visión mítica del mundo arraigada en la relación arbitraria de dominación de los hombres sobre las mujeres [...]”.⁴¹⁵ El uso legítimo del cuerpo es potestad de los hombres no de las mujeres, pues no son dueñas de sus cuerpos porque han sido expropiados como objetos de otros.

Como afirma Marcela Lagarde, el poder patriarcal se expresa generalmente articulado a otras formas de poder: no es solo sexista, sino también es clasista y racista,⁴¹⁶ de manera que es importante considerar la variable racial en la construcción cultural del bien jurídico protegido, tan relevante en el derecho penal. La sociedad ecuatoriana como parte de América Latina, está marcada por el proceso de colonización que a su vez le dio un carácter político al concepto de raza, construido en base a distinciones biológicas determinadas por genotipos y fenotipos, y que se expresan en las características físicas de las personas. Si bien se ha establecido que el uso del término *raza* es muy antiguo, el

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ *Ibid.*, 25.

⁴¹⁵ Bourdieu, *La dominación masculina*, 19-20.

⁴¹⁶ Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres*, 96.

desarrollo de su cobertura ideológica tiene como momento crucial el proceso de conquista y colonización europea de América.⁴¹⁷

Según Aníbal Quijano, la conformación del mundo colonial capitalista, además de inaugurar formas de explotación en torno al mercado, que dieron lugar nuevas formas de relaciones sociales materiales, también produjo nuevas identidades históricas; de esta forma, las categorías *blanco*, *mestizo*, *indio* y *negro*, fueron determinantes de las relaciones de dominación y sustanciales en la conformación de una cultura de racismo y etnicismo que a su vez dio lugar a “nuevas relaciones sociales intersubjetivas”.⁴¹⁸

Sobre estas categorías se construyeron imaginarios sociales y estereotipos discriminatorios respecto a las personas y grupos de personas que no eran europeas. Si bien el mestizaje, en nuestra región, relativizó la jerarquización rigurosa al cuestionar la idea de pureza racial, también es cierto que se formó con un sesgo elitista: pues los mestizos se reconocían principalmente como herederos de los atributos europeos, negando la participación en el mestizaje de los pueblos indígenas y negros, que se convirtieron en “los otros”, negación que tiene implicaciones discriminatorias.⁴¹⁹

En este contexto político-cultural, la honestidad femenina se construyó como una categoría que regula la sexualidad de mujeres blanco-mestizas con hombres blanco-mestizos. En el estudio de Jenny Londoño sobre la legislación colonial y los delitos contra la mujer, se resalta la prescripción de castigos a conductas de violencia sexual contra las mujeres y el tratamiento diferencial que se daba dependiendo del origen racial de la víctima. La autora señala, por ejemplo, que el estupro se castigaba bajo las normas del derecho canónico, obligando al ofensor a casarse con la víctima, así como a la entrega de una dote; también identifica casos en los que se sometió a la mujer con violencia y se castigó con cárcel al agresor. Sin embargo, Londoño aclara que el reproche social frente a estas conductas dependía de la pertenencia racial y estamental de la mujer:

Pero esto solo se cumplía cuando se trataba de una mujer española o criolla; en el caso de una mestiza se cumplía rara vez y, en el caso de una india o esclava, nunca, pues los conceptos de honra femenina y honor masculino, que regían a la sociedad colonial, funcionaban fundamentalmente para las mujeres de los estratos sociales aristocráticos y pudientes y no regían para las mujeres de la plebe.⁴²⁰

⁴¹⁷ Hopenhayn y Bello, “Discriminación étnico-racial y xenofobia”, 7.

⁴¹⁸ Aníbal Quijano, *Raza, etnia y nación en Mariátegui: Cuestiones abiertas* (Buenos Aires: CLACSO, 2014), 757-8, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140507040653/eje3-7.pdf>.

⁴¹⁹ Calderón, Hopenhayn y Ottone, *Esa esquiva modernidad*, 8.

⁴²⁰ Jenny Londoño, *Entre la sumisión y la resistencia: Las mujeres en la Real Audiencia de Quito* (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 2014), 74.

Al respecto, es importante traer a la reflexión la crítica que la jurista afroestadounidense Kimberlé Crenshaw introduce sobre la ausencia de la interseccionalidad⁴²¹ como categoría analítica en los casos de los delitos sexuales a mujeres negras en Estados Unidos. La autora dice que limitarse a caracterizar las normas que sancionan este tipo de delitos como herramientas de control masculino es reduccionista en relación con las mujeres negras, porque históricamente nunca ha existido interés por proteger la honestidad de las mujeres negras; pues existe un estereotipo de las mujeres afrodescendientes como sexualmente promiscuas, que influye también en el sistema legal.⁴²²

Las mujeres negras señala Crenshaw, deben enfrentar estos estereotipos para ser calificadas como víctimas: a la hora de sopesar entre la palabra de una mujer negra en contra de la palabra de un hombre blanco, las decisiones judiciales se inclinan hacia la del hombre blanco.⁴²³ En el ámbito ecuatoriano, cuya nacionalidad se ha construido en base a las diferencias raciales, la problemática que plantea Crenshaw no está ausente, y es que, como también lo describe Jean Rahier en un estudio sobre la representaciones femeninas en el Ecuador, las imágenes de las mujeres afroecuatorianas están asociadas a sus cuerpos “como una encarnación del mito de la Venus negra, objeto sexual por excelencia”.⁴²⁴ Sin embargo, no hay estudios en el ámbito del derecho sobre esta variable.

Otro aspecto que considerar es la identificación de discursos *científicos* positivistas patriarcales que desplazan el objeto de protección, concentrándose en caracterizaciones de la víctima para determinar la existencia de un delito. Por ejemplo, es interesante destacar una particular clasificación de víctimas de Luis Rodríguez Manzanera, quien propone que hay cinco tipos de víctimas mujeres.

La primera es la *Víctima inocente*, dentro de la cual se integra a las niñas; el segundo tipo es la *Víctima de culpabilidad menor*, que caracteriza a aquella que, debido a un convencimiento religioso, ha aceptado que se realicen ciertas prácticas sobre su cuerpo “como la desfloración colectiva o casos de aborto por indignancia”;⁴²⁵ la tercera

⁴²¹ La interseccionalidad es una herramienta teórica y metodológica que permite hacer evidente cómo se entrecruzan las múltiples formas de opresión como género, raza, clase, sexo, etc., y que en el derecho se expresan tanto en omisiones como en discriminaciones expresas.

⁴²² Kimberlé Crenshaw, “A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Law and Politics”, en *The Politics of Law: A Progressive Critique*, ed. David Kairys (Nueva York: Panteon Books, 1990), 204.

⁴²³ *Ibid.*, 216.

⁴²⁴ Jean Rahier, “Mami ¿qué será lo que quiere el negro? Representaciones racistas en la revista *Vistazo* 1957-1991”, en *Ecuador racista: Imágenes e identidades*, ed. Emma Carvone y Freddy Rivera (Quito: FLACSO, 1999), 91.

⁴²⁵ Rodríguez Manzanera, *Victimología*, 196.

clase es denominada *Victima tan culpable como el infractor*, dentro la cual está la mujer joven que disfruta del estupro por la ilusión de las promesas realizadas por el infractor, y en la que también está “aquella que acepta la relación simbiótica con su pareja permitiendo que le peguen, y en ocasiones ella misma provocando a su conveniencia dicha agresión”⁴²⁶; una cuarta clasificación es la de la *Victima más culpable que el agresor*, en la cual se encuentran mujeres con patologías o problemas como la menopausia, que de forma inconsciente provocan las agresiones para de ese modo explotar un rol de víctimas; adicionalmente, en esta categoría están “aquellas que simulan o imaginan ya las victimizaciones, exagerando el daño que reciben [...]”⁴²⁷; y finalmente, la última clasificación del autor corresponde a la *Victima fortuita* que es aquella que por causas naturales o humanas sufre daño, como por ejemplo un desastre natural o un accidente.⁴²⁸

En esta misma línea de pensamiento, el abogado ecuatoriano Luis Abarca considera necesario considerar que en los delitos sexuales, en ciertos casos, se evidencian “anomalías sexuales de la víctima”,⁴²⁹ que configuran las causas de un comportamiento criminal, como son los casos de mujeres “exhibicionistas, ninfómanas, y las eternas coquetas de tendencia sádica, porque gozan provocando sexualmente a los varones que les rodean, haciéndoles sufrir moralmente”.⁴³⁰ A estas mujeres, dice el autor, se las identifica por su forma de vestir, peinarse, bailar, o en casos más impúdicos como aquellas que exhiben sus senos, piernas y nalgas,⁴³¹ lo que en su opinión “despierta la avidez sexual de los sujetos predispuestos a cometer atentados contra el pudor no consentido o a cometer violaciones tornándose esta mujer en víctima propiciatoria”.⁴³² Se entiende entonces que la manifestación de un comportamiento fuera de la norma establecida por el orden social patriarcal constituye una invitación a la violencia sexual.

Estas concepciones respecto a las víctimas no son inocuas, pues, al estar respaldadas en la supuesta autoridad del saber de los juristas, se configura una identidad simbólica de las víctimas. Estas ideas no han sido superadas y continúan siendo parte de la narrativa de los discursos penales, perpetuando los estereotipos que culpabilizan a las mujeres de las diferentes formas de violencia que viven en lo cotidiano, inclusive de la

⁴²⁶ *Ibid.*, 197.

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ *Ibid.*

⁴²⁹ Abarca Galeas, *Los delitos sexuales en el Código Penal*, 267.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² *Ibid.*, 268.

forma más extrema , esto es, el femicidio, tal como se aprecia en el relato de una perito en el marco de una investigación por este delito:

[...] ella fue víctima provocadora porque provocó al infractor para que cometa esta infracción, encontrándose ella en condiciones de vulnerabilidad al encontrarse sola, delicada de salud, quien además tenía dos centímetros menos en una de sus piernas y uno en sus brazos, de estatura pequeña y disparidad, por lo que no opuso resistencia, siendo Abigail quien le pidió que sean novios, y ante el rechazo, se enojó, se fue a la cocina y Carlos Pasquel le clavó el cuchillo, manteniendo ellos una relación esporádica, manifestando ella interés en que la relación se dé mientras que él no estaba de acuerdo.⁴³³

El derecho requiere tener certezas de la victimización: los operadores jurídicos examinan la honestidad, la edad, la forma de vestir y comportarse de las mujeres para calificarlas como víctimas, se verifican las huellas que la resistencia a la violencia deben dejar, como se establece una sentencia de la Corte Nacional, se caracteriza: “en los medios empleados por el sujeto activo en el cuerpo de la víctima y que son suficiente para neutralizar su resistencia, por lo tanto la agresión dejará huellas visibles en la ropa y en especial en las partes eróticas [...]”⁴³⁴

También se recurre a peritajes que determinen la “veracidad del testimonio”,⁴³⁵ de manera que son expertos los que califican si la víctima miente o es honesta en su relato, como si fuera posible racionalizar objetivamente los criterios de apreciación de un testimonio, al margen de la experiencia personal y las representaciones que se tenga sobre las mujeres y su comportamiento, como si las percepciones sobre la sexualidad femenina no fueran parte del ordenamiento social. El *informe de veracidad del testimonio* es un procedimiento común, que se activa con el pedido de la Fiscalía a los Institutos de Criminología del país, donde expertos analizan el testimonio de la víctima en base a tres criterios, a saber: *estructura lógica*, bajo el que se examina que el testimonio de la víctima tenga sentido coherente y lógico, lo cual se aprecia cuando los distintos detalles narrados encajan entre sí; el criterio de *producción desestructurada*, que supone que la información ofrecida debe estar esparcida a través del testimonio para ser creíble y no lo es cuando los hechos son narrados de forma lineal y estructurada; y finalmente, el criterio que se refiere a la *cantidad de detalles*, bajo el cual se valora si la víctima ofrece detalles de tiempo,

⁴³³ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Tribunal de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio n.º 17282-2016-01331*, 24 de febrero de 2017, 14.

⁴³⁴ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Juicio No. 01901-2020-0007*, 22 de enero de 2021, 12

⁴³⁵ Ecuador Instituto de Criminología Julio Endara, “Informes de veracidad de testimonio” n.º 073-IPP, de 4 de marzo de 2015, y n.º 235-IPP, de 31 de agosto de 2015.

lugar, acciones, objetos y personas. La ausencia de al menos dos de estos criterios da como resultado la falta de credibilidad y la calificación de pseudo víctimas.

El cuestionamiento que cabe hacer es si esta valoración, aunque se encubra en un formato científico, puede realmente ser objetiva si quien la realiza lo hace desde una racionalidad patriarcal. Si la perspectiva sobre el comportamiento sexual femenino y masculino está determinada por parámetros sexistas, la palabra de la víctima de una agresión sexual siempre estará en duda.

La comprensión de la división sexual desde una perspectiva androcéntrica configura el mundo social, forma parte de los cuerpos y de las prácticas habituales de las personas. Como dice Bourdieu, la organización social, sus instituciones, funcionan como una gran maquinaria simbólica que fortalece el dominio masculino en el que se sostienen, construyendo los cuerpos como realidades sexuadas en el que se reflejan los principios de visión y división de los sexos, y “convierte a las mujeres en objetos simbólicos, cuyo ser es un ser percibido, [lo que] tiene el efecto de colocarlas en un estado permanente de inseguridad corporal o, mejor dicho de dependencia simbólica. Existen fundamentalmente por y para la mirada de los demás, es decir, en cuanto que objetos acogedores, atractivos, disponibles”.⁴³⁶

El discurso jurídico no se configura al margen de las representaciones de las mujeres y de los hombres que forman el mundo social. Quien tiene el poder de enunciar produce y reproduce las representaciones sobre sí mismo y *las otras*, para justificar su cosificación. El derecho y el Estado participan con sus instituciones en la reproducción de las relaciones de poder que configuran asimétricamente la organización social; el poder no solamente excluye, discrimina, oculta, también produce objetos y saberes que son asumidos como verdades.

Cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una reciente sentencia estableció la responsabilidad internacional del estado ecuatoriano, al determinar que el uso de los estereotipos de género en los procesos judiciales influyeron determinadamente en la vulneración del derecho de acceso a la justicia de una niña que sistemáticamente sufrió violencia sexual en el ámbito educativo.⁴³⁷ En este caso, la Corte IDH observa el tratamiento que una Corte nacional ofreció al delito de acoso sexual que sufrió la víctima, por parte de un docente, que además era la segunda autoridad del centro

⁴³⁶ Bourdieu, *La dominación masculina*, 86.

⁴³⁷ Corte IDH, “Sentencia de 24 de junio de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador, 24 de junio de 2020.

de estudio, desde los catorce años hasta los dieciseis en que se quitó la vida. Los jueces de la Corte nacional concluyeron que no existía delito porque el docente no persiguió a la alumna, sino que fue ella quien requirió sus *favores docentes*, hecho que según los jueces ecuatorianos, constituyó el *principio de la seducción*, con lo cual se caracteriza a la víctima como *provocadora* y se atribuye la responsabilidad de la violencia sufrida.⁴³⁸ La Corte IDH, dejó establecido que “Los estereotipos de género distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la eventual revictimización de las denunciadas”.⁴³⁹ Mitos y creencias, que todavía siguen vigentes y reproduciéndose, como se ha mostrado en líneas anteriores, en una reciente sentencia de la Corte Nacional.

Las problemáticas planteadas evidencian que existe una idealizada posición de la víctima en el proceso penal, pues la mujer de carne y hueso, no la *mujer* normativa formulada en el discurso jurídico, tiene que convencer todavía a los operadores de justicia que ha sido violentada y que no ha hecho nada para provocar tal conducta, o, en otras palabras, que se han comportado como la moral patriarcal espera que lo hagan. La falsa neutralidad del derecho queda en evidencia cuando se realiza la tarea de decodificar su discurso como saber que reproduce la realidad social, y esto solo se puede hacer, como propone Celia Amorós,⁴⁴⁰ cuestionando la razón patriarcal que se presenta como una serie de ficciones que esconden lo que verdaderamente protege el derecho.

3. Eva, la infractora

El discurso jurídico penal ha reforzado los roles diferenciados de hombres y mujeres. En las últimas décadas se ha observado la recuperación en el derecho penal, al menos formalmente, de las mujeres como víctimas de delitos. De otro lado, las mujeres que infringen la ley han tenido un tratamiento diferente por parte del derecho penal, institución que ha dirigido su operación tradicionalmente a la población masculina, en la medida que cumple roles en el ámbito público, mientras que respecto a las mujeres, ha primado la disciplina familiar.

⁴³⁸ *Ibid.*, párr. 190 -1.

⁴³⁹ *Ibid.*, párr. 189.

⁴⁴⁰ Amorós y de Miguel, “Teoría feminista y movimientos feministas”, 24-5.

El patriarcado dio paso a la privatización del control social punitivo, delegándole al *pater familias* la potestad de disciplinar a las mujeres; en este sentido, Eugenio Zaffaroni señala que el patriarcado y el poder punitivo son aliados indispensables en el apuntalamiento de un orden social jerarquizado: “El patriarcado junto con la confiscación de las víctimas y el establecimiento de la verdad por interrogación violenta son formas de las tres vigas maestras sobre las que se asienta un mismo poder estructuralmente discriminante”.⁴⁴¹ Pues, según el autor, el *poder punitivo* junto con el *poder del pater familias*, y la consecuente subordinación de las mujeres; y, el *poder del saber*, con el consiguiente dominio de los discursos, constituyen los pilares sobre los cuales asienta su poder jerarquizado la sociedad corporativa y verticalizada.⁴⁴²

La representación de la mujer infractora está asociada a la de *Eva*, del relato judeocristiano, aquella que es inferior en el don de la sabiduría y que al pecar de soberbia y desobediencia es la culpable de la entrada del demonio al mundo.⁴⁴³ Eva es la primera mujer infractora porque “aspiró a la ciencia más allá de los límites que le estaban marcados”.⁴⁴⁴ Eva es el símbolo del pecado, la encarnación de lo malo. Sin duda una de las instituciones que fortaleció esta idea fue la Inquisición, que se ocupó de castigar precisamente a aquellas mujeres que, por estar relegadas al trabajo de cuidado, experimentaron pócimas y remedios para curar a los hijos, pero que jamás fueron calificadas como médicas sino como brujas.⁴⁴⁵

La Inquisición fue una institución de represión de la Iglesia católica que también operó eficientemente en América Latina, así lo hace saber Jenny Londoño, en un estudio sobre las mujeres en la Real Audiencia de Quito. La autora destaca que la mayoría de las mujeres sometidas a los procesos inquisitorios pertenecía a los estratos más bajos de la sociedad colonial —mujeres mulatas, negras, mestizas e indias—, recalcando que en la mayor parte de casos los procesos fueron contra mujeres mulatas. Las acusaciones versaban principalmente sobre prácticas mágicas, como la elaboración de pócimas amatorias, así como la utilización de remedios ancestrales en base a yerbas como la coca, pero también se procesaron casos en contra de mujeres por tener una vida sexual desordenada; fueron entonces acusadas de curanderas, supersticiosas y promiscuas.⁴⁴⁶

⁴⁴¹ Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, 19.

⁴⁴² *Ibid.*, 20.

⁴⁴³ De Aquino, *Compendio de teología*, 150-1.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, 151.

⁴⁴⁵ Aniyar de Castro, *Criminología de los Derechos Humanos*, 204.

⁴⁴⁶ Londoño, *Entre la sumisión y la resistencia*, 185-97.

Este proceso marcó en adelante el discurso punitivo sobre las mujeres, confundiendo pecado y delito. De esta forma, el ejercicio punitivo privado era el encargado de conservar los valores de la moral sexual cristiana en el hogar. La mujer idealizada ha sido desde entonces la que responde al arquetipo mariano, esto es, casta, obediente, madre y esposa. Así, afirma Lola Aniyar de Castro, la ruptura de las normas socioreligiosas que regulan el rol sexual de la mujer determina también la reacción social del derecho penal:

Las mujeres infractoras eran, pues por rebelarse al rol social sexual asignado, las pecadoras sexuales, las brujas las ebrias, las de vida desordenada, ¡las desobedientes! Nada ha cambiado demasiado [...] a pesar del grado de incorporación de la mujer al trabajo productivo, sólo que ahora lo vemos más sutilmente reflejado.⁴⁴⁷

El disciplinamiento de las mujeres ha operado en primer término mediante la aplicación de los mecanismos de *control social informal*,⁴⁴⁸ cuya intervención se realiza por un lado en un nivel *educativo persuasivo*, como denomina Lucila Larrandart al conjunto de instituciones sociales que tienen por fin interiorizar en las mujeres las normas y valores del patriarcado, siendo principalmente las encargadas de esta tarea, la familia, la escuela y la iglesia.⁴⁴⁹ Cuando las mujeres no actúan conforme a las normas que debían haber sido aprehendidas, entonces opera el *control represivo*, que puede ser difuso o institucional. En el primer caso, son enunciados y discursos que condenan los comportamientos que salen de la norma y que construyen los estereotipos y prejuicios; por su lado, el control represivo institucional funciona en las instituciones educativas, médicas, psiquiátricas, de policía, judiciales, etc.⁴⁵⁰

El control social informal es el conjunto de procesos sociales que se encargan de producir a la mujer, en los términos que el universo simbólico del patriarcado califica como normal, pero también se encargan de mantenerla en los roles asignados, lo que requiere un programa complejo de interiorización que lleva a naturalizar esos roles. Actúa en primer lugar la familia, que constituye el espacio primigenio de domesticación de las mujeres donde se aprende la docilidad, la sumisión, la delicadeza y la maternidad como comportamientos socialmente valorados.

El orden familiar restringe el accionar de las mujeres primordialmente al ámbito privado, carácter que ha justificado la abstención estatal delegando la potestad punitiva

⁴⁴⁷ Aniyar de Castro, *Criminología de los Derechos Humanos*, 205.

⁴⁴⁸ Eugenio Zaffaroni, *Derecho Penal: Parte General* (Buenos Aires: EDIAR, 2000), 24-5.

⁴⁴⁹ Larrandart, "Control social, derecho penal y género", 88.

⁴⁵⁰ Zaffaroni, *Derecho Penal*, 25.

al *pater familias* —inclusive haciéndola extensiva a todos los varones de este reducto familiar—, convirtiendo así al espacio doméstico en un lugar de reclusión y castigo para las mujeres. Hasta finales del siglo XIX e inicios del siglo XX las mujeres ni siquiera podían salir de su hogar, debiendo resignarse a soportar múltiples formas de violencia marital; pues, si se atrevían a huir de estas condiciones, eran acusadas de abandono de hogar, como lo rescata Martha Moscoso:

En muchos casos se utilizó la fuerza pública para obligarla a volver. Ante esta circunstancia, cuando la mujer planteaba un juicio de divorcio tenía que acudir de inmediato al Intendente de Policía o el Comisario con el fin de dar a conocer sobre su actuación legal y evitar de esta manera que la capturaran por abandono de hogar. Seguidamente debía solicitar su “depósito” en una casa “honrada y de confianza”.⁴⁵¹

El sometimiento y disciplinamiento de las mujeres en el hogar ha estado respaldado por varias figuras del derecho civil y penal, que ya han sido examinadas en párrafos anteriores, tales como la institución de la potestad marital, vigente en la legislación ecuatoriana hasta hace treinta años. A través de ella se exigía obediencia al marido, lo que derivaba en otras disposiciones legales que restringían la capacidad de actuar de la mujer dentro del matrimonio como, por ejemplo, la prohibición de realizar contratos sin autorización del marido. En el ámbito penal no solo se ha tolerado la violencia física, psicológica y sexual contra las mujeres, sino que inclusive se ha justificado su muerte en manos de maridos, padres, abuelos y hermanos, a través de eximentes penales.⁴⁵²

De ese modo, el discurso jurídico ha contribuido en la delimitación y conducción de lo privado como espacio de control social informal, en palabras de Lucila Larrandart: “La delimitación de la privacidad encuadra el espacio de la acción femenina. Es allí donde quizá se encuentren los verdaderos lugares de reclusión, puesto que en la familia, en la vida cotidiana, existe una dimensión disciplinaria”.⁴⁵³

Junto con la familia, el disciplinamiento de las mujeres ha estado a cargo de la educación y de la iglesia. Ana María Goetschel destaca cómo en el caso ecuatoriano, en

⁴⁵¹ Martha Moscoso, *Y el amor no era todo: Mujeres, imágenes y conflictos* (Quito: Abya-Yala / DGIS Holanda, 1996), 42.

⁴⁵² El eximente penal que justificaba la muerte de la cónyuge adúltera fue derogado una vez que el adulterio dejó de ser delito por lo dispuesto en artículo final del *Código de Procedimiento Penal, Ley No. 143*, publicada en Registro Oficial 511 de 10 de junio de 1983; en tanto el eximente que justificaba la muerte de una mujer encontrada en acto carnal ilegítimo, cometida por el padre, abuelo o hermano, fue derogado mediante resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales, publicado en Registro Oficial 224 de 3 de julio de 1989.

⁴⁵³ Larrandart, “Control social, derecho penal y género”, 90.

la configuración de la República hasta el siglo XX, las virtudes enfatizadas en la educación impartida a las mujeres en los colegios católicos, eran la humildad, la obediencia y la caridad. Asimismo, “la sujeción del propio juicio al ajeno y el no tener criterio eran virtudes dignas de imitar en la mujer así como despreciar y rechazar el cuerpo y sus sentidos”.⁴⁵⁴ De esta manera se inculcaba la resignación y sumisión al rol establecido. Las mujeres que transgreden estas normas representan a la pecadora, la mujer que merece ser castigada por faltar al cumplimiento de las virtudes femeninas.⁴⁵⁵

Los mecanismos de control social informal ejercen una fuerte dosis de punición, y es que, como afirma Foucault, en todos los sistemas disciplinarios se encuentran mecanismos penales que operan con regulaciones propias, ilícitos especificados y sus correspondientes sanciones así como su propios procedimientos y juicios, siendo competencia de esta penalidad disciplinaria aquellas conductas que no se ajustan a la regla, es decir las llamadas desviaciones.⁴⁵⁶

La relación entre las ideas de pecado y delito femenino estableció una necesaria alianza del discurso punitivo y el religioso en el disciplinamiento de las mujeres desviadas. Según Carlos Aguirre, la relevancia de la religión en la *redención* de las mujeres se sustenta en los estereotipos de las mujeres delincuentes, en los que subyace, por un lado, la idea de que su falta obedece a carencia de moralidad y, por otro, la idea de que siendo más dóciles por naturaleza requieren medidas correctivas espirituales.⁴⁵⁷ En general, sostiene el autor, se consideraba que era poco probable que las mujeres cometieran conductas criminales en la misma medida que lo han hecho los varones; consecuentemente, y bajo la hipotética docilidad natural de las mujeres, a diferencia de los varones, su reforma no merecía la aplicación del mismo régimen disciplinario, sino más bien requería de buenos consejos y sistemas de protección, procesos en los cuales la religión jugaba un rol importante.⁴⁵⁸ De ese modo, cuando la operación del control social educativo persuasivo fracasa, se activa el control formal para castigar a las mujeres calificadas como *desviadas* por no cumplir con los rígidos roles impuestos por la moral patriarcal.

⁴⁵⁴ Ana María Goetschel, “Sobre machos, adúlteras y caballeros”, en *Antigua modernidad y memoria presente*, ed. Tom Salman y Eduardo Kingman (Quito: FLACSO, 1999), 77.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, 76.

⁴⁵⁶ Foucault, *Vigilar y castigar*, 208-9.

⁴⁵⁷ Carlos Aguirre, “Mujeres delincuentes, prácticas penales y servidumbre doméstica”, en *Lima, familia y vida cotidiana en América Latina: Siglos XVIII-XX*, coord. Scarlett O'Phelan Godoy (Lima: Universidad Católica del Perú, 2003), 205.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

En el caso ecuatoriano, Ana María Goetschel relata que antes de la época republicana un gran número de casas de hacienda tenían sus propios lugares de encierro para mujeres, niños y adolescentes, así como varios conventos también fueron destinados para este fin, siendo el más antiguo de la ciudad de Quito el denominado Camarote de Santa Marta, fundado en 1595.⁴⁵⁹ Este lugar estaba destinado para reformar a las mujeres de “vida escandalosa y disoluta”, pero también se constituyó como un lugar de albergue seguro para las mujeres que afrontaban procesos de separación conyugal. Además fue un centro de educación para jóvenes huérfanas mestizas y descendientes de españoles.⁴⁶⁰

Desde finales del siglo XIX este lugar de reclusión operó como cárcel pública, como parte del Hospital Civil de Quito, lugar donde se recluía a las mujeres que cometían infracciones previstas en el Código de Policía, o sirvientas que se habían fugado de las casas y haciendas; pues esta normativa establecía sanciones a las nodrizas, cocineras o sirvientas que faltaren uno o más días al cumplimiento de sus deberes,⁴⁶¹ y la Policía tenía como obligación perseguirlas y capturarlas a petición de sus padres o patrones. También se registran casos de mujeres reclusas por conspiración política y, hasta el siglo XX, había mujeres retenidas por petición de sus cónyuges,⁴⁶² o de la Vicaría de la Arquidiócesis, a pedido de los maridos.⁴⁶³

En el marco de la reforma moral y política impulsada por el gobierno de García Moreno, en 1871 se invitó a la congregación religiosa del Buen Pastor para que se encargue de reformar a las mujeres delincuentes y salvaguardar a aquellas que eventualmente podían ser corrompidas.⁴⁶⁴ El establecimiento se organizó en tres secciones: una destinada a las *penitentes voluntarias*, en la cual se internaba a mujeres de vida licenciosa; otra sección era consagrada a las de la *preservación*, generalmente huérfanas y viudas; y una tercera sección, reservada para las mujeres sentenciadas.

En 1875 se creó otra sección denominada *Magdalenas*, destinada a mujeres “penitentas que quieran abandonar enteramente la mala vida y perseverar en su

⁴⁵⁹ Ana María Goetschel, *Moral y orden: La delincuencia y el castigo en los inicios de la modernidad en el Ecuador* (Quito: FLACSO / Abya-Yala, 2019), 121-2.

⁴⁶⁰ María Isabel Viforcós, “Los recogimientos, de centros de integración social a cárceles privadas: Santa Marta de Quito”, en *Ciudad y vida urbana en la época colonial*, ed. Jorge Núñez Sánchez (Quito: Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad Central del Ecuador, 1999), 205.

⁴⁶¹ Ecuador, *Código de Policía General*, Registro Oficial 924, 28 de octubre de 1904. Última modificación: 14 de enero de 1936, arts. 128 y 131.

⁴⁶² Carolina Larco, “Visiones penales y regímenes carcelarios en el Estado Liberal de 1912 a 1925” (tesis doctoral, Programa de Historia de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011), 185-92, <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3013>.

⁴⁶³ Goetschel, *Moral y orden*, 123.

⁴⁶⁴ Goetschel, *Mujeres e imaginarios: Quito en los inicios de la modernidad*, 40.

rehabilitación”.⁴⁶⁵ La solicitud de encierro e inclusive el tiempo de permanencia en el centro podían ser requeridos y establecidos arbitrariamente por el padre o el esposo, hasta que este perdonara a la mujer el haber *dado un mal paso*.⁴⁶⁶ Ana María Goetschel afirma que el castigo que se aplicaba a las mujeres en el Buen Pastor constituía sobre todo un escarmiento frente al daño moral, y se acompañaba de actividades de formación para el trabajo: “una mezcla de fines morales y económicos en donde lo determinante era la redención del alma. A más de las primeras letras e historia sagrada, les enseñaban costura, bordados, coser a mano y a máquina, tejer, hilar, hacer encajes lavar y planchar”.⁴⁶⁷

A pesar de que el advenimiento del liberalismo suponía la separación entre el Estado y la Iglesia, el ejercicio punitivo sobre las mujeres continuó a cargo de la orden religiosa puesto que el delito y el pecado eran nociones equivalentes en el caso de las mujeres. Carolina Larco desarrolla esta idea en los siguientes términos: “Con el transcurso del tiempo las religiosas de la Caridad gozaban de cierto prestigio por sus métodos severos y eficaces en asuntos correccionales y en la educación de huérfanas a su cargo. La pervivencia de los juicios morales que condenaban la conducta femenina, justificaba la existencia y la demanda de sitios de corrección.”⁴⁶⁸ Cabe mencionar que la legislación punitiva de la época liberal ratificaba el poder del *pater familias*, otorgándole la potestad de solicitar el encierro de menores de edad en casas correccionales, por solicitud de padres o guardadores que denunciaren alguna falta.⁴⁶⁹

Las actividades que debían cumplir las mujeres detenidas estaban destinadas a reconducirlas a sus roles naturales. Así, dice María Goetschel, se dedicaron a lavar y planchar ropa, actividades que “lejos de fomentar la capacitación para el trabajo y la reinserción laboral, enfatizaron en las tareas domésticas más rutinarias”.⁴⁷⁰ La administración directa o indirecta del ejercicio punitivo de las mujeres por parte de la congregación del Buen Pastor, se mantuvo en el Ecuador hasta los años ochenta.⁴⁷¹ A

⁴⁶⁵ APL, *Mensajes e informes a la Asamblea de 1877*, “Informe del Gobernador de la Provincia de Pichincha p. XLII”, citado en: Goetschel, *Mujeres e imaginarios: Quito en los inicios de la modernidad*, 98.

⁴⁶⁶ Larco, “Visiones penales y regímenes carcelarios”, 41.

⁴⁶⁷ Goetschel, *Mujeres e imaginarios: Quito en los inicios de la modernidad*, 41.

⁴⁶⁸ Larco, “Visiones penales y regímenes carcelarios”, 177.

⁴⁶⁹ Ecuador, *Código de Policía*, Registro Oficial 151, 8 de agosto de 1906, art. 127. El texto de este artículo disponía lo siguiente: “Los Jueces de Policía pueden destinar a una casa de corrección o establecimiento de Artes y Oficios, hasta por 90 días, a los menores de 18 años, cuyos padres o guardadores así lo solicitaren por escrito, denunciando alguna falta”.

⁴⁷⁰ Goetschel, *Moral y orden*, 143.

⁴⁷¹ En 1954 se creó oficialmente el Centro de Orientación Femenino, como una dependencia del Penal García Moreno. Su administración se encargó a la congregación del Buen Pastor, la cual entregó

pesar de que la administración de los centros de rehabilitación femeninos pasó a ser laica, estos continuaron siendo espacios genéricamente discriminantes; pues las actividades de *rehabilitación* de las mujeres han estado dirigidas a su adaptación a los roles femeninos tradicionales.⁴⁷² En este sentido, Lola Aniyar de Castro sostiene que desde hace mucho tiempo hasta la actualidad, el tratamiento a las mujeres reclusas ha estado basado en “crearles hábitos de orden, disciplina, curarles la moral que, al desviarse de las expectativas, se demuestra enferma.”⁴⁷³

En suma, los diferentes mecanismos de control social han dirigido su operación al disciplinamiento de la sexualidad y reproducción de las mujeres, de tal forma que estas se han convertido en lugares de regulación, disciplinamiento y represión del discurso penal, como se evidencia en la tipificación de delitos que tienen por sujetos activos a las mujeres.

3.1. Los discursos punitivos sobre las desviadas

El discurso discriminatorio de la Inquisición, con el cual se justificó el ejercicio punitivo en los cuerpos de las mujeres, alegando su debilidad de espíritu, excesiva carnalidad y tendencia al mal, fue reemplazado varios siglos después por el discurso “científico” del positivismo, que justificó la existencia de seres humanos superiores e inferiores, creando métodos que permitían la verificación de tales afirmaciones con base en las diferencias biológicas. Así, durante los siglos XVIII y XIX aparecen varios textos de expertos en clasificación de la especie humana, como lo destaca la historiadora Lynn Hunt. La autora resalta el trabajo de Arthur Gobineau titulado *Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas* y difundido en Europa en el siglo XIX, en el cual se caracteriza a la raza blanca como perseverante, inteligente, ordenada y amante de la libertad, en contrapartida de las razas de piel oscura, caracterizadas como animalescas, nada intelectuales y sensuales.⁴⁷⁴

Con relación a las mujeres, Hunt destaca el trabajo del fisiólogo francés Pierre Canabis, quien afirmó que éstas tienen fibras musculares y masa cerebral más débiles, lo

definitivamente esta función al Estado una vez que se promulgó el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, en 1982.

⁴⁷² Susy Garbay Mancheno, “Discriminación de género: Situación de las mujeres detenidas”, en *Diversidad: ¿Sinónimo de discriminación?*, ed. Patricio Benalcázar (Quito: INREDH, 2001), 116-20.

⁴⁷³ Aniyar de Castro, *Criminología de los Derechos Humanos*, 205.

⁴⁷⁴ Hunt, *La invención de los Derechos Humanos*, 196.

que las hacía incapaces para el ejercicio de cargos públicos, pero aptas para el rol de esposa, madre y enfermera.⁴⁷⁵ En este sentido, Zaffaroni afirma que con el desarrollo de teorías positivistas se intentó explicar y justificar *científicamente* la superioridad masculina hegemónica:

De este modo la mayoría de la especie humana pasó a ser inferior, por no decir casi toda. Fueron inferiores los colonizados, los hombres y mujeres de piel oscura, todas las mujeres, todos los niños, todos los adolescentes, casi todos los viejos, es decir, todos, salvo un reducido grupo de hombres blancos, en plenitud de potencia, casados, con hijos, con mujer dócil, heterosexuales y que no se apartasen de las ideas y valores de su propio grupo. Este fue el nuevo grupo de inquisidores que se fundó en una “ciencia” tan o más falsa que la teología del antiguo grupo.⁴⁷⁶

Si las desviaciones fueron examinadas desde el dogma teológico en la Inquisición, el positivismo lo hizo desde la criminología, ofreciendo supuestas bases científicas para explicar los motivos y las causas de las transgresiones a partir del estudio de las características de quienes las comenten, asociándolas con la clase y los fenotipos biológicos. De esa forma se llegó a identificar la delincuencia con la pobreza y la marginalidad, considerando la pobreza como factor potencialmente fuerte de la delincuencia, y a percibir al delincuente como anormal o enfermo.⁴⁷⁷

El italiano César Lombroso, médico legista considerado como el pionero de la criminología positivista, dedujo que hay una predeterminación biológica para delinquir, la cual se evidencia en la configuración física y en un retraso en el desarrollo evolutivo. En sus estudios se ocupó también de buscar las explicaciones de la delincuencia femenina, desarrolladas con mayor detalle en la obra titulada, sugerentemente, *La mujer delincuente, la prostituta y la mujer normal*.

Lombroso cree encontrar, en las mujeres desviadas, características masculinas tanto en lo físico como en lo psicológico, y plantea que las mujeres delincuentes son propensas a cometer ciertos tipos de delitos como la prostitución, conducta que según él es el prototipo de la desviación femenina. Este autor afirma haber identificado características comunes en las prostitutas : “las características principales de la mujer que comercia con su cuerpo, son la pereza y la carencia total de sentido moral”.⁴⁷⁸ Asimismo, asegura que las mujeres que se dedican a la prostitución son seres incompletos, cuyo

⁴⁷⁵ *Ibid.*, 193.

⁴⁷⁶ Zaffaroni, “La mujer y el poder punitivo”, 97.

⁴⁷⁷ Aniyar de Castro y Codino, *Manual de Criminología Sociopolítica*, 33-45.

⁴⁷⁸ Cesare Lombroso, *Los criminales* (Barcelona: Centro Editorial Presa, s/f), 29.

desarrollo físico y psíquico, además de presentar un proceso degenerativo, se ha visto involucrado por una “herencia morbosa”.⁴⁷⁹

De acuerdo con sus estudios, Lombroso afirma reconocer características físicas que diferencian a las prostitutas de las ladronas, afirmando que “la capacidad craneana de las primeras es inferior a la de las segundas y muy particularmente a las mujeres de buena sociedad [...]. [P]or el contrario, los zigomas y las mandíbulas se encuentran más desarrollados en las prostitutas, que de esta suerte tienen un número mayor de anomalías [...]”,⁴⁸⁰ en tanto que las ladronas “poseen menos signos de degeneración física”.⁴⁸¹ El autor sostiene que a diferencia de la mujer prostituta, la ladrona, si bien presenta un gran número de características físicas y morales que la diferencian notablemente de la mujer honrada, no presenta una diferencia tan abismal como en el caso de la prostituta.⁴⁸² Lombroso llega también a la conclusión de que la maternidad, como función eminentemente femenina, hace que las mujeres delincuentes manifiesten ciertos sentimientos piadosos a diferencia de los hombres.⁴⁸³

En la obra del médico legista se encuentra, como en el relato judeocristiano de Eva, la idea de que esta es instrumento del demonio para separar al hombre del camino recto.⁴⁸⁴ Esta representación es utilizada para relativizar el comportamiento criminal de un varón que no responde totalmente a las características físicas del delincuente nato. El criminólogo, al analizar el caso del asesino de un oficial francés, lo describe como una persona insensible moralmente, que actuaba como un estafador, concluyendo que no se hubiera convertido en un verdadero criminal⁴⁸⁵ si no hubiera sido influenciado por la maldad de una mujer: “En suma puede decirse que en él existía un estafador, y sobre todo un libertino, criminaloide, que luego fue un criminal de oficio influido por la constante preocupación de la mujer. Yo estoy absolutamente persuadido de que sin Gabriela Bompard, Miguel Eyraud no hubiera pasado de ser un simple estafador”.⁴⁸⁶

Algunos autores que se han preocupado por el tema de las mujeres infractoras en América Latina, como lo son Rosalía Camacho, Alda Facio, Eugenio Zaffaroni, Lola Aniyar de Castro y Rosa del Olmo, coinciden en afirmar que la mayoría de los estudios

⁴⁷⁹ *Ibid.*, 30.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, 27.

⁴⁸¹ *Ibid.*, 29.

⁴⁸² *Ibid.*, 31.

⁴⁸³ *Ibid.*, 33.

⁴⁸⁴ De Aquino, *Compendio de teología*, 150.

⁴⁸⁵ Lombroso hace una clasificación general entre *criminales*, para referirse a los verdaderos criminales, y *criminaloides*, para referirse a los atenuados.

⁴⁸⁶ Lombroso, *Los criminales*, 61-2.

criminológicos tradicionales no se han ocupado de la criminalidad femenina más allá de conductas vinculadas con su rol reproductivo. Tradicionalmente se ha considerado que debido a la pasividad femenina y su inteligencia disminuida, las mujeres son incapaces de cometer actos criminales en la misma proporción que los varones.

Rosa del Olmo, criminóloga latinoamericana, ha realizado un esfuerzo por rescatar los debates que, desde esta disciplina, se han realizado en el siglo XX respecto a las mujeres infractoras. Así, destaca un trabajo también positivista del norteamericano Otto Pollack, publicado en 1950, titulado *Criminality of Women*.⁴⁸⁷ El autor propone la tesis de la *criminalidad femenina camuflada*. Esta se basa en la naturaleza femenina que hace que las mujeres sean instigadoras del delito más que ejecutoras, así como naturalmente tramposas, conclusión a la que el autor llega en razón de la morfología femenina, que permitiría simular un orgasmo y ocultar la falta de este.⁴⁸⁸

Adicionalmente, la teoría de Pollack identifica a la manipulación y la pasividad como características de las mujeres que delinquen, y considera que los roles naturales de cuidado de las mujeres les ofrecen la oportunidad de utilizar esas características para cometer crímenes en sus condiciones de amas de casa, sirvientas, enfermeras y maestras. Sin embargo, el autor anuncia que la demanda de las mujeres por alcanzar la igualdad con los hombres implicará una modificación en las características de la criminalidad femenina, pues tenderá a masculinizarse dejando así de ser camuflada. Por otro lado, Pollack explica que la causa de que exista menor población carcelaria femenina en comparación a la masculina, sería un *principio de caballerosidad* que obligaría a los operadores policiales y de justicia a inhibirse de detenerlas y de juzgarlas.⁴⁸⁹

La perspectiva positivista sobre las mujeres que delinquen entró en debate en los años setenta, cuando criminólogas liberales norteamericanas introdujeron la categoría género, en lugar de la de sexo, en los debates criminológicos. Fueron principalmente las obras de Freda Adler, *Sister in Crime: The Rise of the New Female Criminal*, y de Rita Simon, *Women and Crime*, las que buscaron apartarse de las explicaciones positivistas de la criminalidad femenina, para encontrar las causas de la escasa participación de mujeres en conductas criminales, en los roles de género —que las ha confinado al espacio

⁴⁸⁷ Rosa del Olmo, “Teorías sobre la criminalidad femenina”, en *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*, coord. Rosa del Olmo (Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998), 21; Milciades Vizcaíno Gutiérrez, “Mujeres en la criminalidad: Más preguntas que respuestas”, *Criminalidad*, n.º 1, vol. 52 (2010): 315-6, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3621667>.

⁴⁸⁸ Otto Pollack, *Criminality of Women*, 1950, citado en Del Olmo, “Teorías sobre la criminalidad femenina”, 22.

⁴⁸⁹ *Ibíd.*

doméstico, reduciendo su participación en el ámbito público—, más no en la fisiología femenina. Freda Adler explicó que el incremento de la criminalidad femenina en los años setenta se debía a la influencia del *Movimiento de Liberación Femenina*, que ha dado lugar a que mujeres muy jóvenes desafíen los roles sociales impuestos.⁴⁹⁰ Por su parte, Rita Simon planteó que la creciente participación femenina en la fuerza laboral ofrece a las mujeres oportunidades de cometer delitos que antes solamente las tenían los varones.⁴⁹¹

Los trabajos de Adler y Simon han merecido varias objeciones, entre las cuales cabe destacar las de las feministas latinoamericanas Alda Facio y Rosalía Camacho, quienes consideran que la conducta delictiva de las mujeres no está relacionada con su permanencia en el hogar; de hecho, estas autoras afirman que una revisión de la historia desde una perspectiva de género, evidencia que las mujeres han participado y promovido movilizaciones sociales recurriendo a conductas que para nada podrían calificarse de sumisas o discretas.⁴⁹² Lo que sucede, dicen, es que el desarrollo doctrinario sobre el problema de la criminalidad femenina está disperso en estudios específicos, en tanto que en los tratados generales de criminología, el tema está ausente. Facio y Camacho inclusive advierten que la llamada criminología crítica —que denuncia que el sistema punitivo, mediante el proceso de criminalización secundaria,⁴⁹³ tiende sus redes sobre aquellos grupos de personas desventajadas socialmente, en razón de la clase social, del origen étnico o nacional, etc.—, omite incluir la diferencia sexual y las relaciones de género como variables de poder que también orientan el ejercicio del poder punitivo.

En suma, las autoras afirman que los discursos criminológicos de las últimas décadas, igual que otras disciplinas, son construidos desde una visión androcéntrica y reproducen estereotipos sexistas sobre las conductas de las mujeres, presentes en la criminología tradicional. Además, estas representaciones son difundidas en otros

⁴⁹⁰ Freda Adler, *Sister in Crime: The rise of the New Female Criminal* (New York: McGraw-Hill Companies, 1976), 5-19.

⁴⁹¹ Rita Simon, *Women and Crime* (Lexington: Lexington Books, 1977), 19.

⁴⁹² Rosalía Camacho y Alda Facio, “En busca de las mujeres perdidas: Una aproximación crítica a la criminología”, en *Sobre patriarcas, jerarcas, patronos y otros varones*, ed. Rosalía Camacho y Alda Facio (San José: ILANUD, 1993), 104.

⁴⁹³ La criminalización es el resultado de un proceso complejo de funcionamiento de las diferentes agencias del sistema penal, por el cual se selecciona a un grupo de personas para someterles al ejercicio de coacción penal. Se entiende a la *criminalización primaria* como el acto de selección de conductas que son categorizadas como delitos en la ley, procedimiento que le corresponde al órgano legislador; en tanto que la *criminalización secundaria* consiste en la aplicación del poder punitivo en personas concretas a las que se les atribuye el cometimiento de alguna de las conductas calificadas como delitos. Véase Eugenio Zaffaroni, *Derecho Penal*.

discursos paralelos como los que constan en medios de comunicación, la iglesia, la educación, la literatura, etc., reforzando la caracterización de la mujer desviada.

Rosa del Olmo, por su parte, considera que la mayoría de los estereotipos femeninos planteados por la criminología positivista, constituye el origen de la respuesta penal a las mujeres que infringen la ley. Estos estereotipos, afirma, se han arraigado en los países latinoamericanos donde ha sido relevante la formación positivista del derecho: “Esta formación de nuestros administradores de justicia puede condicionar el tipo de sentencia que recibe la mujer criminal, por lo demás claramente estigmatizada en nuestros textos legales cuando diferencian la sanción en términos de la ‘mujer honesta’ y la ‘mujer prostituta’.”⁴⁹⁴

De otro lado, María Graziosi señala que la herencia positivista en el derecho penal ha marcado la presencia femenina en su discurso principalmente desde dos aspectos. El uno se refiere al control de la sexualidad mediante la formulación de los delitos de adulterio, aborto e infanticidio, es decir conductas relacionadas directamente a los roles femeninos; el otro aspecto se refiere a la necesidad de limitar el castigo penal provocado en el cuerpo femenino,⁴⁹⁵ pues, como afirma Carmen Antony, las conductas cometidas por mujeres que atentaban el honor familiar, se juzgaban en el ámbito privado con un acentuado sentido religioso, más que ilícitos contra la sociedad se consideraban ilícitos contra la religión. Al trascender estas conductas al ámbito punitivo público, su criminalización se ha formulado alrededor de los valores sexuales. De ese modo, los puntos nucleares de la problemática se concentran en la sexualidad y en la maternidad, en función a las cuales se han diseñado los mecanismos de disciplinamiento y castigo.⁴⁹⁶

3.2. Las mujeres infractoras en el discurso penal ecuatoriano

Como se planteó previamente, la criminalidad femenina no es un tema que ocupe los tratados de criminología, y más bien están dispersos en varios libros y artículos específicos en los cuales predominan posturas que intentan encontrar en las características fisiológicas de la mujer la principal motivación de la conducta criminal. El discurso penal

⁴⁹⁴ Del Olmo, “Teorías sobre la criminalidad femenina”, 21.

⁴⁹⁵ Marina Graziosi, “Infirmas sexus: La mujer en el imaginario penal”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, comp. Alicia Ruiz (Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires / Editorial Biblos, 2000).

⁴⁹⁶ Carmen Antony García, “Mujer y cárcel: El rol genérico en la ejecución de la pena”, en *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*, coord. Rosa del Olmo (Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998), 63.

ecuatoriano no ha escapado de esta perspectiva positivista. Es así que en un estudio de Jaime Barrera, publicado en 1943, titulado *La mujer y el delito*, se plantea que existe una carga biológica desigualmente repartida entre hombres y mujeres, lo cual sería la explicación para un condicionamiento sexual-social de las mujeres:

La mujer, en tanto vive atada por y para el sexo. [...] El sexo, que para el hombre es un aparte placentero y sin complicaciones en la vida, es para la mujer la vida misma, y eso condiciona su vida social y su consideración jurídica. Porque el sexo, que liga inevitablemente la vida de la mujer a un episodio, que es fugaz para el hombre, la coloca en una situación de inferioridad respecto a él.⁴⁹⁷

De esta argumentación se desprende que la esencia del ser femenino es su sexualidad, a partir de la cual se exteriorizan características como el *altocentrismo*, término que utiliza el autor para referirse a la “dependencia fatal a otros”, y según el cual la mujer tiene la imperativa necesidad de amar a alguien, lo que le lleva a subordinarse y depender de otras personas.⁴⁹⁸ A diferencia del hombre, dice Barrera, la mujer tiene una inteligencia intuitiva más no racional, por tal razón la mujer no pueden comprender el concepto de justicia en abstracto, pues el entendimiento de este requiere una inteligencia racional de la cual carece.

El condicionamiento sexual y la falta de racionalidad femenina se expresan, según el autor, en otras características comunes en las mujeres, como la vanidad y coquetería, que no son otra cosa que “juegos de atracción sexual”,⁴⁹⁹ así como la mitomanía. Por lo demás, considera que la mujer tiene una débil noción de lealtad aunque un alto sentido del honor gracias al pilar religioso que ha sostenido la honra femenina; sin embargo, cuando este llega a faltar, “la mujer se encuentra sola, desalentada e indecisa, pudiendo entregarse a todos los excesos.”⁵⁰⁰

Siguiendo a los autores positivistas del siglo XVII, principalmente a Lombroso, Barrera relaciona las funciones fisiológicas de las mujeres con la tendencia a delinquir. Por ejemplo, señala que durante la menstruación las mujeres sufren una alteración que, aunque dure pocos días, ofrece “un ambiente propicio para la comisión de delitos o actos violentos que denotan irascibilidad y malestar”.⁵⁰¹ Adicionalmente, el autor dice que existe una criminalidad, calificada por él como *sexual*, que estaría latente desde la pubertad hasta el matrimonio o el primer contacto sexual de las mujeres. En este proceso,

⁴⁹⁷ Jaime Barrera, *La mujer y el delito* (Quito: Universidad Central del Ecuador, 1943), 21-2.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, 28-31.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, 30.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, 23.

⁵⁰¹ *Ibid.*, 80.

ellas viven una ilusión amorosa, sintiendo no solamente entusiasmo por las emociones que llegan a conocer por primera vez, sino también celos, rabia y desesperación, sentimientos que las llevarían a cometer envenenamientos, desfiguraciones y suicidios.⁵⁰² Por otro lado, el climaterio femenino es considerado como el período crítico de las mujeres porque, en opinión del autor, materializan los sentimientos de venganza, odio y celos, y además porque en esta etapa las mujeres sufren una virilización del carácter que las vuelve potencialmente peligrosas.⁵⁰³

En este mismo sentido, el penalista Francisco Pérez Borja, con relación a la respuesta penal frente las mujeres infractoras, dice que no es el sexo en sí motivo para que el derecho penal actúe con mayor benevolencia con las mujeres. Sin embargo, considera que hay condiciones relacionadas con la fisiología femenina que pueden ser motivo de atenuación penal. También para este autor las funciones biológicas naturales de las mujeres son patologías que justificarían eventualmente una circunstancia de disminución de la responsabilidad penal:

Hay ciertos estados de la mujer que son causas de trastornos mentales, como la menstruación, el embarazo, el parto, la lactancia, la edad crítica, pudiendo producir verdaderos casos de enajenación mental o solamente transitorios, y la responsabilidad desaparecerá o disminuirá de acuerdo con las reglas de enajenación mental que estudiamos [...] pero la enfermedad será la circunstancia de la irresponsabilidad o atenuación, más no el sexo.⁵⁰⁴

Las afirmaciones que hacen los juristas ecuatorianos aportan en la construcción de una subjetividad femenina estereotipada al estigmatizar las funciones biológicas de las mujeres como estados patológicos, lo que hace suponer que desde la infancia hasta la vejez las mujeres estarían trastornadas emocionalmente y por lo tanto proclives a cometer conductas irracionales y criminales.

Las posturas positivistas sobre criminalidad femenina refuerzan los estereotipos de la inferioridad de las mujeres, al mismo tiempo que destacan aquellos relacionados a la lujuria, la carnalidad y la debilidad de espíritu como factores determinantes en el cometimiento de ciertos tipos de delitos; con ello prevalece la idea de que existen conductas delictivas de naturaleza femenina y otras de naturaleza masculina, tal como se evidencia en un estudio realizado por Rosa Carmen Proaño sobre la criminalidad entre 1841 y 1850, en el Ecuador.

⁵⁰² *Ibid.*, 82.

⁵⁰³ *Ibid.*, 82-3.

⁵⁰⁴ Francisco Pérez Borja, *Apuntes para el estudio del Código Penal* (Quito: Universidad Central del Ecuador, 1975), 1: 386.

La autora destaca que hay delitos “exclusivamente masculinos” como los abusos sexuales, los allanamientos y el faltamiento a la autoridad, en tanto que hay otros cometidos particularmente por las mujeres, como la provocación de heridas, el adulterio y las calumnias. Llama la atención la explicación que la autora ofrece respecto a este último: “pues siempre tuvimos fama de lengua larga”,⁵⁰⁵ es decir que para Proaño la falta de prudencia es una característica natural femenina, elemento que se viene reproduciendo por siglos. Precisamente, en el texto *El martillo de las brujas*, los autores hacen una descripción de la mujer como un ser débil y fácilmente corrompible por el demonio, explicando que una de las razones de esto es que “[...] tienen una lengua móvil, y son incapaces de ocultar a sus congéneres las cosas que conocen por las malas artes y como son débiles, encuentran una manera fácil y secreta de reivindicarse por medio de la brujería”.⁵⁰⁶

En otro estudio, realizado por Víctor Vega y Manuel González, que se ocupa de describir la población penitenciaria en el Ecuador en los años ochenta, se destaca la poca participación femenina en actos delictivos. Basados en el pequeño porcentaje que representan las mujeres del total de la población carcelaria, y estando la mayoría relacionada al tráfico de estupefacientes, los autores las caracterizan de la siguiente forma:

son personas con problemas económicos y sociales álgidos, es decir desocupadas, subempleadas, de hogares desintegrados, madres solteras que han pertenecido a hogares numerosos y pobres, migrantes nacionales y extranjeras, muchas de las cuales poseen algo rasgos físicos de belleza, en fin, esta población está constituida por personas que ante los obstáculos de la subsistencia están decididas a hacer cualquier cosa por conseguir pan para sus hijos y mejorar sus condiciones, pues, todas las otras oportunidades les son negadas, por las limitaciones impuestas en el defectuoso sistema capitalista establecido.⁵⁰⁷

En este discurso se observa una sobreespecificación de las mujeres infractoras, que las caracteriza como mujeres sin el respaldo masculino, que recurren a la delincuencia para poder cumplir con el rol de la maternidad, carentes de oportunidad para progresar exclusivamente a causa del orden económico excluyente. Llama la atención la descripción de la belleza física que las caracteriza; de modo semejante, la narrativa inquisitoria

⁵⁰⁵ Rosa Carmen Proaño, “La criminalidad en el Ecuador entre 1841 y 1850”, *Archivos de Criminología, Neurosiquiatría y Disciplinas conexas* (Universidad Central del Ecuador), n.º 28 (1986-1987): 98.

⁵⁰⁶ Kramer y Sprenger, *Malleus Maleficarum (El martillo de los brujos)*, 50.

⁵⁰⁷ Víctor Vega Uquillas y Manuel González Miño, “Tendencias de la criminalidad en el Ecuador: Delincuencia femenina”, *Archivos de Criminología, Neurosiquiatría y Disciplinas conexas* (Universidad Central del Ecuador), n.º 28 (1986-1987): 107.

alertaba del uso de la belleza femenina para embrujar a los hombres: “Zarcillo de oro en la nariz del puerco es la mujer hermosa y apartada de la razón”.⁵⁰⁸

El atractivo físico no se identifica en los estudios que caracterizan a la población carcelaria masculina, pero sí en este estudio referido a las mujeres, particularmente a aquellas vinculadas a delitos relacionados con drogas. La relación entre narcotráfico y la belleza de las mujeres ha sido explotada en la literatura y en series de televisión, destacando la función de la belleza femenina como tributo del narco, pero poco se ha indagado sobre la belleza como un código de reputación masculina y sujeción de las mujeres involucradas en este tipo de delitos.⁵⁰⁹

También se identifican discursos críticos a las perspectivas tradicionales sobre la criminalidad femenina. Por ejemplo, Grimaneza Narváez sostiene que el incremento de la participación femenina en delitos relacionados con narcotráfico es un fenómeno que tiene que ver con los procesos de criminalización de las mujeres basados en estereotipos como los descritos previamente. La autora afirma que las expresiones cotidianas y sutiles de la mayor parte de la sociedad reflejan desprecio y una perspectiva estereotipada de las mujeres delincuentes, mientras al mismo tiempo se menosprecia el peligro de esos prejuicios: “hay un desconocimiento sobre la historia, cultura y realidad personal de las mujeres, por parte del resto de la sociedad. Frente a la existencia de prejuicios arraigados y una profunda discriminación hacia las mujeres infractoras, existe una negación de la importancia y gravedad de estos prejuicios”.⁵¹⁰ Y es que en los casos de las conductas delictivas que son cometidas tanto por hombres como por mujeres, las circunstancias difieren, así como las motivaciones y el alcance. En general la producción de literatura jurídica sobre las mujeres infractoras en el Ecuador es casi nula; los escasos trabajos identificados encasillan la criminalidad femenina en conductas relacionadas con los roles sexuales.

3.2.1. La adúltera, la mala madre, la puta y la esposa desobediente

⁵⁰⁸ Kramer y Sprenger, *Malleus Maleficarum (El martillo de los brujos)*, 50.

⁵⁰⁹ Claudia Castelletti Font, “Las narcas: Estereotipos de género en los roles y funciones de las mujeres que integran una asociación ilícita para el tráfico de drogas”, en *Género y Justicia: Estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica*, coord. Marianella Ledesma (Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2016), 307-8.

⁵¹⁰ Grimaneza Narváez Silva, “Mujeres privadas de libertad y derechos humanos”, *Archivos de Criminología, Neurosiquiatría y Disciplinas Conexas* (Universidad Central del Ecuador), n.º 34 (2002-2003): 58.

El ejercicio punitivo para el gobierno del cuerpo y la sexualidad de las mujeres se ha realizado a mediante de varias figuras penales, como es el caso del *adulterio*, que siguiendo la tradición del derecho romano ha tenido como destinatarias de la sanción, principalmente las mujeres. El delito de adulterio en el Ecuador, que se incluyó en el Código Penal de la incipiente República, sancionaba a las mujeres con una pena privativa de libertad y la pérdida de sus gananciales. Junto con la sanción, se estableció la figura del *indulto conyugal*, mediante la cual se dejaba de aplicar el castigo en los casos en que el marido afectado perdonaba a la mujer adúltera: “El marido puede suspender los efectos de estas penas perdonando a la mujer, y consintiendo reunirse con ella”.⁵¹¹

La persecución penal o el perdón de la pena dependía exclusivamente del marido, pues solamente él podía acusarla, salvo en tres situaciones: la primera, si había consentido en la relación de adulterio; la segunda, si en forma voluntaria y arbitraria había abandonado a la mujer o, la tercera, si mantenía una concubina en la misma casa de habitación de la cónyuge o fuera de ésta pero de forma notoria y pública.⁵¹² Esta tercera excepción constó solamente en el Código Penal de 1837.

El jurista ecuatoriano Sergio Páez, al explicar la tipificación del adulterio y el castigo exclusivamente para las mujeres, previsto en el Código Penal, afirma que esto obedece a la subordinación de la mujer al marido: “[...] se castiga solamente a la mujer y al cómplice o correo en el delito, toda vez que el hombre por su situación especial de dominio y sometimiento de la mujer no es sujeto de delito”.⁵¹³

El matrimonio supone un acuerdo de sexualidad opresiva para las mujeres, que se expresa en la exigencia de la más rígida monogamia para la mujer, en contra partida de la poligamia masculina. El Código Penal de 1938 incluyó en la formulación del delito de adulterio, al marido como sujeto activo, pero “cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal”.⁵¹⁴ Al respecto, el abogado ecuatoriano Reinaldo Chico, en una publicación de 1981, considera irracional el tratamiento diferencial al adulterio masculino y femenino en los siguientes términos:

⁵¹¹ Ecuador, *Código Penal*, Registro Auténtico 1837, 14 de abril de 1837, art. 486.

⁵¹² *Ibid.*, art. 488.

⁵¹³ Sergio Páez Olmedo, *Génesis y evolución del derecho penal ecuatoriano* (Quito: Editorial Universitaria, 1984), 161.

⁵¹⁴ Ecuador, *Código Penal*, Registro Auténtico 1938, 22 de marzo de 1938, art. 479: “Serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años:

- 1.- La mujer que cometiere adulterio;
- 2.- El correo de la mujer adúltera;
- 3.- El marido cuando tuviere manceba dentro o fuere de la casa conyugal; y
- 4.- La manceba del marido”.

No hallamos razón ni justicia en la notoria diferencia que la ley establece entre el adulterio de la mujer y el adulterio del marido. [Para] [l]a mujer [...] son tantos delitos del adulterio cuantos son los actos sexuales extraconyugales; pues el adulterio de la mujer constituye un delito instantáneo, que se perpetra y se consuma con cada uno de dichos actos. En cambio, para el marido el adulterio viene a ser uno de los excepcionales delitos permanentes. El marido comete adulterio no en relación a los actos sexuales que realice, sino en relación a su situación de amancebamiento [...] Así la ley le da al marido carta blanca para que realice libremente actos sexuales extraconyugales, aunque sean centenares y millares si no cae en amancebamiento, que es lo que la ley realmente castiga [...]. Es duro de aceptar tan injusta diferencia, por mucho que se diga que con el adulterio de la mujer hay el peligro de que ésta introduzca en el hogar, como legítimos, hijos ajenos.⁵¹⁵

La exigencia de exclusividad de la mujer al marido es un aspecto nuclear de la institución del matrimonio, pues la mujer casada está bajo poder del marido y debe ofrecerle hijos legítimos. El matrimonio da lugar a una especie de derecho sexual sobre la mujer, ella es pertenencia del marido, mientras que el marido se pertenece a sí mismo.⁵¹⁶

El delito de adulterio, junto con el perdón conyugal, se mantuvo en el Código Penal hasta 1983,⁵¹⁷ representando simbólicamente a la *mujer objeto*, portadora de la condición social de los hombres,⁵¹⁸ en tal sentido puede ser castigada penalmente, abandonada o tomada y perdonada por el cónyuge. Pues se ha entendido que los cuerpos de las mujeres casadas pertenecen al marido, e inclusive se ha regulado la muerte femenina como castigo de potestad legítima del marido, esto gracias al eximente penal que establecía la ausencia de responsabilidad para “el marido que matare a su mujer cuando la sorprenda en acto carnal con un hombre [...]”⁵¹⁹, figura que estuvo presente en la legislación penal ecuatoriana hasta 1983.⁵²⁰ El poder patriarcal se expresa en la potestad de decidir sobre la vida de las mujeres: quien ejerce el poder se adjudica el derecho a castigar y vulnerar bienes materiales y simbólicos, y al hacerlo, acumula y reproduce el poder.⁵²¹

⁵¹⁵ Reinaldo Chico Peñaherrera, *Reflexiones sobre los delitos sexuales en el Código Penal Ecuatoriano* (Cuenca: Colegio de Abogados del Azuay, 1981), 17-8.

⁵¹⁶ Michel Foucault, *Historia de la sexualidad*, t. 2, *El uso de los placeres* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2011), 159-60.

⁵¹⁷ Entonces el adulterio constaba en el artículo 503 del Código Penal, que fue suprimido por una reforma al Código de Procedimiento Penal publicada en el Registro Oficial 511 de 10 de junio de 1983.

⁵¹⁸ Bourdieu, *La dominación masculina*, 89.

⁵¹⁹ Ecuador, *Código Penal*, Registro Auténtico 1837, 14 de abril de 1837, art. 446.

⁵²⁰ Suprimido por el artículo final del Código de Procedimiento Penal, *Ley No. 143*, Registro Oficial 511, 10 de junio de 1983.

⁵²¹ Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres*, 139.

La alianza entre el poder punitivo público y el privado para castigar a las mujeres se hace evidente incluso con relación a la aplicación de las penas. Tal como señala Marina Graziosi, más que castigar a las mujeres, el sistema penal buscaba educarlas.⁵²² Así, en la primera ley penal ecuatoriana, mientras para los varones condenados el destino era la cárcel, para las *mujeres honestas* el encierro se podía llevar a cabo “en sus casas o deposit[ándolas] en un monasterio”.⁵²³ En este sentido, Lola Aniyar de Castro afirma que no es de extrañarse si desde tiempos remotos el tratamiento que se daba a la mujer infractora tenía como fin disciplinarla en hábitos de orden y en los roles propios de su sexo, curarle la moral afectada por su conducta desviada y preferiblemente con el apoyo de la religión, toda vez que pecado, moral y delito se intrincan.⁵²⁴

De acuerdo con Foucault, el poder punitivo constituye parte de la anatomía política, que al mismo tiempo es una mecánica de poder que establece las formas de apresamiento del cuerpo de las personas para que actúen como se quiere que lo hagan, “con las técnicas, según la rapidez y la eficacia que se les determina. La disciplina fabrica cuerpos sometidos, ejercitados, cuerpos dóciles”.⁵²⁵

Como se mencionó en líneas anteriores, la maternidad es uno de los elementos centrales de la identidad femenina y ha sido objeto de control social tanto de las instituciones del patriarcado privado como la familia, la educación, la religión, la medicina, así como de los mecanismos de control social formal, como es el sistema jurídico. En este sentido, los tipos penales de aborto e infanticidio han sido necesarios y funcionales para mantener el rol de la mujer-madre en la sociedad y garantizar el dominio patriarcal sobre el cuerpo de las mujeres.

El discurso jurídico penal ha justificado, respecto a los tipos penales de *aborto* e *infanticidio*,⁵²⁶ la intervención estatal en el ámbito de la reproducción, señalando que se tratan de delitos contra la vida. No obstante, esta argumentación oculta otra dimensión del discurso punitivo, que está configurado por los relatos patriarcales que se encargan de fortalecer y reproducir los elementos de la identidad femenina en el imaginario social. El argumento de la protección de la vida como bien jurídico se relativiza al contemplar una atenuación de la pena si estas conductas se han cometido con el fin de ocultar la *deshonra*.

⁵²² Graziosi, “Infirmas sexus”, 149.

⁵²³ Ecuador, *Código Penal*, Registro Auténtico 1837, 14 de abril de 1837, art. 35.

⁵²⁴ Aniyar de Castro, *Criminología de los Derechos Humanos*, 205.

⁵²⁵ Foucault, *Vigilar y castigar*, 160.

⁵²⁶ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, derogado el 14 de febrero del 2014, arts. 444 y 453.

Desde 1871 se ha contemplado una atenuación significativa de la pena si el aborto se lo hacía para ocultar su deshonra, fórmula que estuvo vigente hasta la promulgación de un nuevo Código Penal en el año 2014.⁵²⁷

Lo mismo ha ocurrido con el infanticidio, figura que aparece por primera vez en el Código Penal de 1938 y estuvo vigente hasta el 2014, contemplando una atenuación de la pena si la muerte del hijo es provocada para ocultar la deshonra de la madre; más aún, esta medida beneficiaba también a los padres y abuelos maternos del recién nacido, que lo mataban para encubrir la *deshonra* de la hija o de la nieta respectivamente.⁵²⁸

Es decir, el bien jurídico protegido en los delitos de aborto e infanticidio, no ha sido la vida sino el honor, concepto que se extiende a la familia como guardiana de la virtud femenina, entendida como un conjunto de atributos que caracterizan el ideal femenino, entre los cuales está el recato sexual que garantizaría la virginidad; esta, a su vez, se convierte en un tributo al varón que tomará a la mujer como esposa y solo entonces ella estaría autorizada socialmente a mantener relaciones sexuales sin que su honor se vea mancillado. Carrara, al caracterizar el infanticidio, dice que el tratamiento particular de esta conducta, separándolo de otro tipo de homicidios, se debe a la necesidad moral de ofrecer un trato considerado a la mujer que siendo ilegítimamente fecundada, da muerte a un ser “que se le presenta como un enemigo de su honra”.⁵²⁹

La relación entre el patriarcado privado y el sistema punitivo formal se evidencia en la atenuación de la sanción por infanticidio para los padres y los abuelos maternos, formalizando así el rol de la familia en el control social de las mujeres. Pues aunque el sistema penal interviene para castigar la conducta de dar muerte a un niño o niña, al atenuar la pena a estos miembros de la familia, coloca en el imaginario social la idea de que su actuación, aunque sea excesiva, estaba moralmente justificada en nombre de la honra de la hija o nieta. Es importante hacer notar que una mujer cuya honra estaba en duda, no se beneficiaba de este atenuante. Como sostiene Marcela Lagarde, en estas figuras penales las *mujeres malas*, *las mujeres de mala fama* quedan excluidas de la atenuación de la pena.⁵³⁰

⁵²⁷ Hasta la reforma al Código Penal de 2014, el aborto voluntario era sancionado con una pena privativa de libertad de uno a cinco años, pero si se lo practicaba para ocultar la deshonra de la madre se aplicaba una atenuación de la pena de seis meses a dos años.

⁵²⁸ El Código Penal vigente hasta febrero de 2014 sancionaba con una pena de dieciséis a veinticinco años a quien mate a un descendiente; sin embargo, se establece que si esta muerte es inducida por la madre o por los abuelos maternos para esconder la deshonra, la sanción disminuye a una pena de tres a seis años.

⁵²⁹ Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal* (Bogotá: Editorial Temis, 2005), 3: 264.

⁵³⁰ Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres*, 487.

La defensa de la maternidad aparece inclusive en una disposición que aparenta defender la integridad de una mujer infractora embarazada, al prohibir que mientras dure el período de gestación, sea privada de libertad. Esta disposición, incluida en el primer Código Penal ecuatoriano de 1837, se ha mantenido hasta la actualidad con algunas variaciones. Hasta la reforma de 1960 se establecía que no se notificará a una mujer embarazada con una sentencia que imponga pena de reclusión sino hasta un tiempo posterior al parto.⁵³¹ En el Código Penal de 1971 se estableció la prohibición de privar de libertad y de notificarla con sentencia de prisión o reclusión hasta noventa días después del parto. En opinión del penalista ecuatoriano Enrique Echeverría, el sustento de esta disposición tiene como fin evitar que la mujer sea impactada con una noticia que pueda provocar voluntaria o involuntariamente un aborto.⁵³²

La defensa del rol femenino de la maternidad no solo se convierte en justificación para disciplinar penalmente a las mujeres que se niegan a cumplirlo, sino también para ofrecerle un tratamiento diferenciado, atenuando la violencia de la respuesta penal, con el fin de garantizar que materialice el destino materno.

Otra figura que no se puede pasar por alto es la de la *prostitución*, que ha tenido un tratamiento particular en la legislación penal ecuatoriana; pues, aunque lo que se ha criminalizado ha sido la promoción y la explotación de la prostitución bajo las figuras de rufianería, corrupción de menores y proxenetismo, las mujeres prostitutas han sido vistas como un peligro para la moral y para la sociedad, y por lo tanto han sido objeto de persecución legal y social.

El discurso penal ecuatoriano sobre la prostitución tiene varios matices, pues por un lado se condena moralmente a las mujeres, incluso sin son menores de edad, y al mismo tiempo se alude a un discurso proteccionista como el que plantea el jurista Francisco Pérez Borja: “Es alarmante el número crecido de niñas que han hecho de la prostitución un modo de vivir, y si la miseria, el afán de lujo, pueden ser y son las causas, no son las únicas [...]. No es que dé de moralista ni crea que la prostitución sea un delito; pero sí como fácilmente se comprende, se debe evitar la corrupción de menores”.⁵³³

Carolina Larco destaca que en el Camarote de Santa Marta, que operaba como una cárcel anexa al Hospital Civil de Quito, estaban retenidas mujeres por haber

⁵³¹ En el Código Penal de 1837 se establecía como tiempo perentorio cuarenta días posteriores al parto; a partir del Código de 1871, se determinó el período de sesenta días después del parto; y, en 1971, noventa días posteriores al parto.

⁵³² Echeverría, *Derecho penal ecuatoriano*, 121.

⁵³³ Pérez Borja, *Apuntes para el estudio del Código Penal*, 1: 231.

contravenido el Código de Policía, y que, inclusive hasta las primeras décadas del siglo XX, se encerraba en este lugar a mujeres por prostitución.⁵³⁴ En efecto, la criminalización de las mujeres prostitutas se ha hecho a través de otras normas punitivas diferentes al Código Penal. Al amparo de un discurso sanitario, el Código de Policía del Ecuador de 1904, vigente hasta 1960, otorgó al Poder Ejecutivo la potestad de establecer sanciones pecuniarias y privativas de libertad al ejercicio de la prostitución:

El Poder Ejecutivo, de acuerdo con las Juntas de Sanidad o Higiene, dictará los reglamentos que juzgase oportunos para precaver y combatir la elefancia, la sífilis y en general toda enfermedad contagiosa, así como la prostitución y la rufianería. [...] ⁵³⁵ Las penas que se impongan en dichos reglamentos podrán ser de multa de uno a cien sucres o prisión de uno a sesenta días, aislamiento o clausura, según los casos, los peligros o la necesidades de cada lugar.⁵³⁶

La criminalización de la prostitución a través de leyes secundarias no era una práctica exclusiva del Ecuador; pues en una publicación de los años ochenta, Elías Carranza señala que la mayoría de las legislaciones de Latinoamérica prevén figuras para perseguir la prostitución como contravenciones municipales y de policía, imponiendo en la mayor parte de los casos penas privativas de libertad más elevadas que ciertos tipos penales, acompañadas de sanciones pecuniarias, lo que constituye en opinión de este autor otra forma de explotación de la prostitución:

El rápido trámite que permite privar de su libertad en forma reiterada a estas mujeres por períodos de tiempo que oscilan alrededor de treinta días en los distintos países, hace que las autoridades que detentan el ejercicio directo de este poder ejerzan, en muchos casos, el rol de mafia “paraoficial” de explotación de la prostitución sobre estos sectores de la población.⁵³⁷

En el caso ecuatoriano, junto con el Código de la Policía, reglamentos sanitarios normaban el ejercicio de la prostitución. Así, en 1926 entró en vigencia el Reglamento de Profilaxis Venérea, por el cual se obligaba a las mujeres prostitutas a realizarse exámenes médicos, obtener carnets y permisos, así como a someterse a tratamientos. El reglamento también establecía procedimientos de denuncias por incumplimiento de estas disposiciones, que estaban a cargo de la Comisaría Municipal, imponiéndoles multas o

⁵³⁴ Larco, “Visiones penales y regímenes carcelarios”, 175-85.

⁵³⁵ Ecuador, *Código de Policía*, Registro Oficial 924, 28 de octubre de 1904, art. 161.

⁵³⁶ *Ibid.*, art. 152.

⁵³⁷ Elías Carranza, “Desarrollo y tendencias de la criminalidad y algunos criterios para su prevención”, *Derecho Penal y Criminología* (Universidad Externado de Colombia), n.º 21, vol. 1 (1983): 384-99.

remitiéndolas a la cárcel,⁵³⁸ y más adelante, con el Código Sanitario, se dispuso el obligatorio internamiento a quienes padecían una enfermedad venérea y se negaban a tratarse o habían abandonado el tratamiento.⁵³⁹ De esta forma, aunque la prostituta no ha sido categorizada formalmente como criminal o delincuente, su subjetividad se construye a partir de la idea de la mujer peligrosa porque atenta contra las buenas costumbres: si toda mujer lleva la marca de la tentación, las prostitutas son las más peligrosas.

En una conferencia del Dr. Alfredo Fournier, titulada *Para nuestros hijos cuando tengan dieciocho años: Consejos de un médico*, publicada en el Ecuador a inicios del siglo XX, se describe claramente esa representación, y con ello la justificación del ejercicio punitivo sobre los cuerpos de las prostitutas. El texto, destinado a hombres que están dejando la adolescencia, les previene de la peligrosa tentación femenina: “Ya sois jóvenes y por este mismo hecho debéis esperar que la provocación femenina se fije en vosotros como presa fácil de explotar”;⁵⁴⁰ a continuación lanza la advertencia de que esta provocación se encuentra en todas partes y se presenta bajo diversas formas. Sin embargo, el texto previene sobre todo de las mujeres prostitutas:

Notad esto que es de capital importancia: las provocaciones que os acabo de hablar, emanan casi invariablemente del peor orden de prostitutas a saber, de las que en el lenguaje administrativo se llaman clandestinas o rebeldes (porque escapan de la vigilancia higiénica de la Policía). Entre todas, estas son las más peligrosas, porque no están médicamente vigiladas; [...] Con certeza la prostituta vigilada es mucho menos peligrosa que la prostituta clandestina, porque es examinada médicamente cada ocho días y secuestrada en el caso de que esté reconocida como enferma o sospechosa.⁵⁴¹

Las leyes sanitarias y policiales configuran una especie de sistema punitivo subalterno que complementa el discurso jurídico penal, ocupándose de lo que no dice expresamente el Código Penal. Así, a través del discurso de la higiene y la sanidad, el Estado asume la potestad de disciplinar el cuerpo de las mujeres prostitutas, que representan la disociación de la sexualidad femenina, aquella sexualidad erótica destinada a la satisfacción del placer masculino. El discurso penal no criminaliza formalmente a las prostitutas porque su figura es requerida en las convenciones del patriarcado, pero sí es necesario disciplinarlas, controlarlas para que no enfermen a los hombres que pagan para

⁵³⁸ Ecuador Dirección General de Sanidad y de la Zona Central, *Reglamento de profilaxis venérea para la Zona Central* (Quito: Imprenta Nacional, 1926).

⁵³⁹ Ecuador, *Código Sanitario*, Registro Oficial 78, 4 de septiembre de 1944, art. 60, num. 4.

⁵⁴⁰ Alfredo Fournier, *Para nuestros hijos cuando tengan dieciocho años: Consejos de un médico. Conferencia acerca de la profilaxis de las enfermedades venéreas* (Quito: Imprenta de la Universidad Central del Ecuador, 1904), 21.

⁵⁴¹ *Ibid.*, 22.

tener sexo con ellas: “Las disciplinas establecen una ‘infra-penalidad’; reticulan un espacio que las leyes dejan vacío; califican y reprimen un conjunto de conductas que su relativa indiferencia hacía sustraerse a los grandes sistemas de castigo”.⁵⁴²

El discurso jurídico penal también se ha ocupado de las mujeres casadas que trasgreden las normas sociales y han escapado del castigo privado. Esto es evidente por ejemplo en el primer Código Penal ecuatoriano, en el cual constaba una sección titulada *De las mujeres contra sus maridos*, en la cual se disponía que las mujeres que, hallándose bajo autoridad de sus maridos, cometieren alguna falta o notable desacato que no se haya enmendado con requerimientos, amonestaciones o castigos domésticos, podían ser presentadas a la justicia para ser reprendidas y hacerles conocer sus deberes.⁵⁴³ La representación de las mujeres en este discurso es equiparable a la de los niños; pues el discurso asimila las conductas y la respuesta penal de forma similar a los casos de faltas contra los padres, cometidos por sus hijos menores.⁵⁴⁴

En el caso ecuatoriano, el Código de Policía de 1906 también sirvió como herramienta para la criminalización de las mujeres casadas que abandonaban el hogar conyugal. Esto se estableció como una contravención de tercera clase, previendo una sanción pecuniaria, con prisión de cinco a seis días, o con una sola de las penas, para “[l]as mujeres casadas que sin justa causa o sin el correspondiente permiso de la Policía, abandonaren el hogar doméstico”;⁵⁴⁵ la misma sanción se previó inclusive para quienes recibían en sus casas a las mujeres prófugas del hogar.⁵⁴⁶

Las mujeres, dice Marcela Lagarde, materializan su existencia social a través de las instituciones del matrimonio y la maternidad: ser madre y esposa es vivir conforme con las reglas que le dan sentido a su ser.⁵⁴⁷ Desde la concepción patriarcal, el matrimonio es el camino a la maternidad y un mecanismo que, se supone, garantiza la certeza del parentesco y la exclusividad afectiva de las mujeres, lo que constituye según Lagarde, “[l]a fijación vital de cada mujer a un solo ‘amo’, ‘dueño’, o ‘propietario’ [...]”.⁵⁴⁸

Si bien es cierto que estas figuras, a excepción del aborto, han desaparecido de la dimensión formal del discurso penal, no puede afirmarse que también lo han hecho de la normatividad social. La eliminación de varias de las figuras penales ha obedecido en gran

⁵⁴² Foucault, *Vigilar y castigar*, 208.

⁵⁴³ Ecuador, *Código Penal*, Registro Auténtico 1837, 14 de abril de 1837, arts. 310 y 313.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, 309.

⁵⁴⁵ Ecuador, *Código de Policía*, Registro Oficial 151, 8 de agosto de 1906, art. 41, num. 31.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, num. 30.

⁵⁴⁷ Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres*, 280-2.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, 334.

medida a la estrategia feminista que denunció el carácter discriminatorio de esas instituciones jurídicas, promoviendo su expulsión del derecho junto con otras reformas penales. Los compromisos internacionales asumidos por el Ecuador, con la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Belem do Pará, condujeron a eliminar la consideración del honor como atenuante en los delitos de aborto e infanticidio, aduciendo que su permanencia en la normativa penal, más que en un sustento jurídico, se basaba en un razonamiento moral.⁵⁴⁹

4. Condenadas por su sexo: relación entre víctimas e infractoras

Las figuras que se han revisado y que han perdurado hasta hace pocos años en el discurso jurídico penal en unos casos, y hasta la actualidad en otros, han aportado en la configuración de representaciones de las mujeres, reproduciendo las divisiones genéricas del mundo, es decir, asignando roles y comportamientos a hombres y mujeres, ofreciéndole un sentido a cada una de sus conductas, asignando a cada uno un lugar. El discurso jurídico penal, en el caso de las mujeres, ha girado particularmente en torno a su cuerpo y sexualidad, con base en un orden simbólico que representa a la mujer como cuerpo / sexo propiedad de otro y para otro, idea que se reproduce de forma individual y colectiva hasta lograr presentarse como una verdad en el ser del mundo social.

Piénsese, por ejemplo, en las dimensiones simbólicas del femicidio, figura penal de reciente data en el Ecuador. La muerte legítima de mujeres a manos de esposos fue proscrita de la legislación penal; sin embargo, su fundamento, el poder punitivo sobre el cuerpo y subjetividad de las mujeres, no se ha eliminado del imaginario social. Así lo evidencian varias investigaciones sobre este tema, en las que se destaca que una de las motivaciones en los casos de muerte de mujeres por parte de sus parejas o ex parejas, son los celos⁵⁵⁰ o la decisión de las víctimas de separarse del agresor o iniciar una nueva relación.⁵⁵¹ El arraigado sentido de propiedad sobre las mujeres, junto con el honor, están

⁵⁴⁹ UNIFEM / UNICEF, *La mujer en los códigos penales de América Latina y el Caribe hispano*, (Quito: UNIFEM, 1996), 72.

⁵⁵⁰ Leonor Fernández Lavayen, *La respuesta judicial del femicidio en Ecuador* (Quito: Comisión Ecuménica de Derechos Humanos / Corporación Promoción de la Mujer, 2017), 76.

⁵⁵¹ Susy Garbay Mancheno, “El femi(ni)cidio como expresión de dominio patriarcal”, en *Horizonte de los derechos humanos, 2012*, ed. Gina Benavidez y Gardenia Chávez (Quito: UASB, 2012), 280.

incrustados socialmente en el ser masculino, valores que exigen ser defendidos inclusive si esto significa la muerte de las mujeres.

Marcela Lagarde afirma que la delincuente y la víctima son cautivas de su condición genérica, de su ser femenino materializado en el delito.⁵⁵² La correspondencia entre las mujeres víctimas de delitos y las mujeres delincuentes se evidencia en varios sentidos, como en que la mayor parte de los delitos cometidos contra las mujeres lo son por parte de hombres, que se expresan en todo tipo de agresiones: físicas, psicológicas y sexuales, fenómenos que en forma inversa no ocurren. De otro lado, la figura del aborto, que persiste aún en la legislación penal, dirige la sanción a aquellas mujeres que renuncian a la maternidad como destino inexcusable. Los debates que alrededor del aborto que se dieron a propósito de la elaboración del Código Orgánico Integral Penal en el 2014 y las reformas en el 2019, revelaron los mecanismos del discurso jurídico para perpetuar los significados del cuerpo de las mujeres, dentro del orden de dominación masculina. De ese modo el discurso jurídico penal, lejos de ser neutro, opera con base en estereotipos y prejuicios, reforzando las diferentes formas de discriminación, por lo que cabe cuestionar la pretensión de que el instrumento de poder discriminatorio más violento pueda convertirse en un elemento de lucha contra la discriminación.

Para Foucault, es importante desprenderse de la ilusión de que la penalidad es ante todo una forma de reprimir delitos, sea en forma severa o indulgente. Por ello, propone analizar lo que denomina “sistemas punitivos concretos”, como productos sociales que no pueden ser explicados solamente desde la apariencia jurídica. Pues, la sanción del delito es solo un elemento, ya que las medidas punitivas no son solamente mecanismos para castigar, sino que tienen también el fin de sostener un régimen social, en el cual el cuerpo es el objeto de una “economía política”, que requiere cuerpos disciplinados, útiles y sometidos.⁵⁵³

Los cuerpos están imbuidos de relaciones de poder y de dominación que no están únicamente en las relaciones estatales, están en el núcleo del orden social y permean de diferentes formas todas las relaciones. El discurso del poder punitivo se respalda en una estructura objetiva, en la cual el ejercicio específico de formalización o producción del derecho supone escoger y seleccionar posiciones, valores e ideologías que pueden ser antagónicas. Sin embargo, como señala Bourdieu, el *ethos* de los operadores judiciales y

⁵⁵² Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres*, 471.

⁵⁵³ Foucault, *Vigilar y castigar*, 33-4.

la racionalidad de los argumentos que se apelan para realizar esa elección de intereses y valores, coinciden con la visión dominante del mundo.⁵⁵⁴

El derecho penal opera selectivamente para ofrecer una satisfacción simbólica, mediante la selección de personas que se encasillan en los estereotipos construidos previamente. En el caso de las mujeres víctimas, el poder punitivo solo se ocupa de un porcentaje mínimo de conflictos, dejando sin resolver la gran mayoría en los que las mujeres son afectadas, pero promueve la idea de que tiene la capacidad de resolver una problemática estructural, con la criminalización de unos cuantos infractores. De otro lado, en el caso de las mujeres infractoras, se ha levantado un falso discurso de que el poder punitivo es más blando porque las mujeres cometen menos delitos que los hombres, constancia que se hace en función de la población carcelaria femenina.⁵⁵⁵ Sin embargo, el discurso penal formula varios dispositivos de control sobre los cuerpos de las mujeres, con los cuales se reproduce constantemente la división genérica del mundo social.

El discurso jurídico penal incorpora la división sexual, tanto en su conceptualización como en su práctica, de manera que al referirse a los sujetos sobre los que actúa, no lo hace en forma neutral. Así, se observa una construcción discursiva de la *Mujer* en el derecho penal, como categoría contrapuesta a la del varón; pero también se formulan discursivamente varios tipos de mujeres, diferenciándolas entre sí, como la mujer honrada, la mujer sin honra, la mujer provocadora, la mujer inocente, la mala madre, etc.

El obviar esto en el análisis del derecho, apunta Carol Smart, conlleva a la invocación de la categoría *Mujer* como no problemática, lo cual puede conducir a la exclusión de las mujeres que no están representadas en esa categoría abstracta.⁵⁵⁶ Por ejemplo, piénsese en la trata con fines de explotación sexual, cuyas víctimas son principalmente mujeres; a pesar de ello, su calificación como víctimas, en la argumentación jurídica, está condicionada en gran medida por su edad. Una mujer mayor de dieciocho años difícilmente será considerada como víctima de este delito, pues será catalogada como prostituta aludiendo que ya es una mujer adulta, así como tampoco será calificada como víctima de delito de violación una mujer prostituta. La mujer normativa,

⁵⁵⁴ Bourdieu, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, 204.

⁵⁵⁵ De acuerdo con un informe de la Defensoría del Pueblo, a enero de 1919, del total de la población carcelaria del Ecuador, la femenina constituía apenas el 7%. Véase Defensoría del Pueblo del Ecuador, “Informe sobre situaciones violentas registradas en casos de privación de libertad”, *Defensoría del Pueblo*, abril de 2019, <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2372/1/DEOI-DPE-007-2019.pdf>.

⁵⁵⁶ Smart, “La teoría femenina y el discurso jurídico”, 43.

la que está referida en el texto formal del derecho, no representa a todas las mujeres que enfrentan estos delitos.

Una muestra de la complejidad que representa la dicotomía entre la formalidad y la realidad jurídica, se evidencia en el pronunciamiento de la Corte Constitucional frente a la consulta que realizó la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, referente a la contradicción entre dos normas del Código de Procedimiento Penal. La una norma era de carácter general y establecía que toda acción preprocesal o procesal carece de eficacia probatoria si no se observan las garantías del debido proceso;⁵⁵⁷ la otra norma disponía que en una situación de urgencia, la policía podía pedir directamente al juez la práctica de una prueba y luego notificar al Fiscal.⁵⁵⁸ Con base en esta disposición, en casos de violación, se solicitaba la práctica del examen médico ginecológico; pues obviamente, si se consideraba toda la tramitación prevista para otro tipo de pruebas, esto es notificar al acusado, resolver si objeta la prueba, etc., las evidencias se perderían. Sin embargo, los jueces consultantes ya habían declarado previamente la nulidad del examen ginecológico en casos de violación, por hacerlo preprocesalmente.⁵⁵⁹

Frente a la consulta, la Corte Constitucional dictaminó que no encontraba contradicción en las disposiciones expuestas, ya que las víctimas tienen derecho a la verdad y los imputados al debido proceso; y si bien la Constitución prevé excepciones para realizar actos urgentes dentro del proceso penal,⁵⁶⁰ definitivamente estos son inválidos si violan el derecho al debido proceso de los encausados.⁵⁶¹ Como puede observarse, esta decisión que desde un punto de vista tradicional podría ser valorada como ecuaníme, dificulta el acceso a la justicia a las víctimas de agresiones sexuales, en cuyos casos el resultado del examen médico ginecológico suele ser una de las pruebas claves

⁵⁵⁷ Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial 555, Suplemento, 24 de marzo de 2009, art. 80: “Ineficacia probatoria.- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías”.

⁵⁵⁸ *Ibíd.*, art. 210: “Actos probatorios urgentes.- En caso de urgencia, la policía debe requerir directamente al juez que practique algún acto probatorio, sin perjuicio de notificar de inmediato al Fiscal”.

⁵⁵⁹ Ecuador Corte Provincial de Pichincha, Tribunal Penal, “Sentencia”, en *Juicio n.º 249-2008*, 23 de junio de 2008.

⁵⁶⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 81: “La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley”.

⁵⁶¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, *Proceso n.º 0001-09-SCN-CC*, 14 de mayo de 2009.

para el impulso de un proceso penal, prueba que solo arrojará evidencias si se práctica inmediatamente después de la agresión. La decisión de la Corte Constitucional ignora la posición de desventaja que las víctimas de agresión sexual tienen en el funcionamiento de una estructura judicial excluyente y discriminatoria.

Los movimientos feministas han recurrido, en las últimas décadas, al uso del derecho penal como una estrategia táctica, pretendiendo transformarlo en una herramienta a favor de la causa de los derechos de las mujeres. No obstante, desde una perspectiva crítica cabe preguntarse si el discurso jurídico penal, siendo un instrumento violento y discriminator, puede realmente ser un aliado de una corriente política y de pensamiento emancipadora.

Es importante no perder de vista el carácter artificioso del poder punitivo que suele justificar su ineficiencia para resolver las conductas discriminatorias, argumentando falta de poder, pero que al adquirirlo, gracias a la mayor demanda de su uso, lo que hace es configurar una institucionalidad más poderosa para el ejercicio de control patriarcal; pues su discurso apuntala la reproducción de un orden social jerarquizado, el cual deriva en el control de las mujeres. Así, con relación al aborto, cabe recordar que, después del fracasado intento por introducir la despenalización del aborto en casos de violación, en el debate del nuevo Código Penal, el poder Ejecutivo, luego de mostrar un claro despliegue de ejercicio de dominación masculina,⁵⁶² transfirió a la rectoría de la Presidencia de la República la denominada Estrategia Nacional Intersectorial de Planificación Familiar, designando a su cargo a una representante de uno de los movimientos religiosos más reaccionarios y anti aborto del Ecuador.⁵⁶³ De esa forma se consolidó una nueva alianza entre el Estado y la iglesia para el control y disciplinamiento de las mujeres.

Generalmente suele apelarse al efecto preventivo del discurso jurídico penal, para lo cual se recurre como ejemplo a los pocos casos que se resuelven favorablemente para las mujeres, buscando con ello crear un efecto simbólico en la sociedad. Aceptar esta consideración es creer que los agresores se abstendrán de cometer conductas de violencia

⁵⁶² En el año 2013, mientras se debatía el contenido del Código Orgánico Integral Penal, tres asambleístas mujeres pertenecientes al mismo movimiento político del Presidente Correa, propusieron incluir en la agenda la despenalización del aborto en casos de violación, Sin embargo, el hecho fue totalmente aplacado con la amenaza del Presidente de renunciar a su cargo si esto sucedía, además de tachar a las asambleístas de deslealtad hacia él. El mandatario solicitó al órgano disciplinario del partido que las sancionen, y amenazó con impulsar una revocatoria de sus mandatos en caso de ser necesario. Las asambleístas ofrecieron públicamente disculpas al Presidente Rafael Correa y se sometieron a las sanciones disciplinarias.

⁵⁶³ María Soledad Varea Viteri, *El aborto en Ecuador: Sentimientos y ensamblajes* (Quito: FLACSO, 2018), 36.

física, sexual y/o psicológica contra las mujeres por el solo hecho de que el poder punitivo haya incluido ciertas figuras penales en su normativa o, en su defecto haya incrementado drásticamente las sanciones previstas para conductas ya tipificadas. Esta táctica puede ser arriesgada, por un lado, se corre el peligro de generar un efecto neutralizante en las estrategias feministas, y por otro lado, se ofrece la oportunidad al poder punitivo para justificar la criminalización de las mujeres. Lo cierto es que el discurso jurídico penal, no previene nada ni tiene un efecto simbólico poderoso de carácter disuasivo, como lo demuestra el incremento alarmante de casos de femicidio, así como tampoco las mujeres han dejado ni dejarán de recurrir a abortos clandestinos, a pesar de su criminalización.

Frente a lo afirmado, parece necesario problematizar la relación del derecho y el género como categoría analítica, abandonando la idea simplista de que el derecho puede ser moldeado con facilidad, con la utilización de algunas variables o técnicas jurídicas. El sentido y alcance de los discursos están limitados por las formas en que se estructura el poder, y que son las causantes de la reproducción de las discriminaciones contra las que se batalla. El uso del poder punitivo no puede ser sino solo una táctica entre otras, y ni siquiera la más relevante; no se trata de abdicar o menguar la estrategia, más bien es indispensable fortalecerla, pero para ello es necesario que al detenerse en la táctica no se pierda de vista la estrategia.⁵⁶⁴

En los capítulos siguientes se analiza la configuración discursiva de la subjetividad e identidad de la mujer víctima en el delito de trata con fines de explotación sexual; y, de la mujer infractora en el delito de aborto. En el primer caso, es una figura penal relativamente nueva, mientras que el delito de aborto consta desde la primera ley penal ecuatoriana. Se hará una revisión y análisis de las reglas de formación de los discursos sobre las mujeres en estas figuras, los enunciados con los que se configuran sus identidades en el discurso jurídico penal ecuatoriano, haciendo un ejercicio de deconstrucción para develar la operación ideológica que conduce a mantener las representaciones estereotipadas de las mujeres en el discurso jurídico penal ecuatoriano.

⁵⁶⁴ Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, 27.

Capítulo tercero

La identidad femenina de la víctima en el discurso jurídico penal en el delito de trata de personas con fines de explotación sexual

En este capítulo se abordará el problema de la construcción de la subjetividad e identidad femenina a través del discurso jurídico penal, en la figura de la trata con fines de explotación sexual, incluida en el catálogo de ilícitos en el derecho penal ecuatoriano, hace casi dos décadas. Se rescatan aquellos elementos simbólicos presentes en las narrativas sobre la prostitución y su significación social en el ejercicio punitivo. Las ambigüedades de su tratamiento y abordaje se reflejan en las formas diversas en que ha sido abordada en el derecho, desde un delito contra la moral y las buenas costumbres hasta un delito contra la libertad sexual en la figura de la explotación sexual, intentando hacer un deslizamiento desde la idea de la mujer corrompida a la de la mujer víctima.

La tipificación de la trata de personas con fines de explotación sexual ha pretendido que se ofrezca un reproche social y jurídico a la cosificación y mercantilización de los cuerpos femeninos para satisfacer la demanda sexual masculina; sin embargo, su inclusión en la normativa penal, así como su aplicación, no ha estado exenta de conflictividad debido a que el correlato de este delito es la prostitución, institución que es legitimada en el orden social patriarcal. Por lo tanto, no es posible construir discursivamente a la mujer víctima de explotación sexual eludiendo los imaginarios, mitos y creencias que existen sobre la prostitución y la mujer prostituta.

Para el desarrollo de este capítulo, además de una revisión bibliográfica, se hizo una revisión y análisis de catorce sentencias. Es importante señalar que no es posible establecer un número preciso de casos que se han judicializado y concluido en sentencia, lo cual se debe a varias razones. En primer término es el carácter de reservado de los procesos, por otro lado, la información que tienen diferentes fuentes, esto es Policía, Fiscalía y Consejo de la Judicatura difieren considerablemente, a esto se suma que algunos casos que son investigados como trata con fines de explotación sexual terminan

siendo procesados por otras figuras similares, o inclusive explotación laboral.⁵⁶⁵ En todo caso, las sentencias a las que se pudo acceder son tanto condenatorias como absolutorias, las cuales son analizadas para identificar la operación ideológica que realiza el discurso jurídico en las dimensiones correspondientes a la interpretación y a la simbólica, en la configuración de la identidad de las víctimas de este delito.

1. El sentido político de los discursos sobre la comercialización sexual de los cuerpos femeninos

El año de mis noventa años quise regalarme una noche de amor loco con una adolescente virgen. Me acordé de Rosa Cabarcas, la dueña de una casa clandestina que solía avisar a sus buenos clientes cuando tenía una novedad disponible.

[...] Tienes una suerte de bobo, me dijo. Encontré una pavita mejor de la que querías, pero tiene un percance: anda apenas por los catorce años. No me importa cambiar pañales, le dije en chanza sin entender sus motivos. No es por ti, dijo ella, pero ¿quién va a pagar por mí los tres años de cárcel?

Nadie iba a pagarlos, pero ella menos que nadie, por supuesto. Recogía su cosecha entre las menores de edad que hacían mercado en su tienda, a las cuales iniciaba y exprimía hasta que pasaban a la vida peor de putas graduadas en el burdel histórico de la Negra Eufemia. Nunca había pagado una multa, porque su patio era la arcadía de la autoridad local, desde el gobernador hasta el último camaján de alcaldía, y no era imaginable que a la dueña le faltaran poderes para delinquir a su antojo. [...]

La niña estaba en el cuarto desde las diez, me dijo; era bella, limpia y bien criada, pero estaba muerta de miedo, porque una amiga suya que escapó con un estibador de Gayra se había desangrado en dos horas.⁵⁶⁶

La narrativa que antecede, extraída de la obra *Memorias de mis putas tristes*, de Gabriel García Márquez, y que forma parte de la tradición literaria latinoamericana, ha sido traída a este texto para introducir el tema que se abordará en este capítulo, y que busca identificar los aspectos ideológicos que operan en la construcción de la identidad femenina en la figura penal de la trata de personas con fines de explotación sexual. El texto en mención relata con naturalidad y romanticismo la negociación que se realiza sobre el cuerpo de una niña, para satisfacer el placer de un hombre adulto mayor. Esta conducta, aunque está proscrita legalmente, como refiere el texto, socialmente es reconocida, aceptada y tolerada.

La realidad social está construida con base en imaginarios sobre los hombres y las mujeres. El texto literario, si bien puede ser catalogado como ficcional, contiene una

⁵⁶⁵ Ecuador, Ministerio de Gobierno, *Plan de Acción contra la Trata de personas, 2019 – 2030* (Quito: Ministerio de Gobierno, 2019), 75

⁵⁶⁶ Gabriel García Márquez, *Memorias de mis putas tristes* (Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2004), 1 - 12

importante dimensión mimética. Como señala Horst Nitschack, no es difícil encontrar en textos literarios las configuraciones tradicionales de las representaciones polarizadas de las mujeres desde la perspectiva masculina: las unas encargadas de reafirmar la masculinidad mediante actos de veneración y obediencia, encarnadas en las madres, esposas e hijas, y las otras, frente a las cuales tiene que reafirmar su virilidad. Esta polarización, dice Nitschack, constituye una expresión de una política con la cual se enfrenta a “lo otro”.⁵⁶⁷

Aunque son múltiples los factores y aristas que inciden en esta conducta objeto de intervención del derecho penal, se comenzará analizando el carácter político de la sexualidad. Kate Millet afirma que el coito, aunque se muestre como una acción humana netamente biológica y física, que además pertenece al ámbito de la vida privada de las personas, “es un microcosmo representativo de las actitudes y valores aprobados por la cultura”.⁵⁶⁸ Desde esa perspectiva, la autora sostiene que el sexo como categoría social tiene una importante dimensión política, dado el lugar que ha ocupado en la historia hasta la actualidad, en la relaciones sociales de hombres y mujeres.⁵⁶⁹ En este sentido, ha de entenderse que las relaciones sexuales se enmarcan en el contexto de lo que Millet denomina una *política sexual*, comprendiendo por política “el conjunto de relaciones y compromisos estructurados de acuerdo con el poder, en virtud de los cuales un grupo de personas queda bajo el control de otro grupo”.⁵⁷⁰

Considerando la propuesta de Foucault, se entiende por poder las múltiples relaciones de fuerza que son constitutivas del ámbito en el que se materializan y esta presente en todas las relaciones, por lo tanto son inmanentes también de las relaciones sexuales,⁵⁷¹ por lo que propone no limitarse a concebir la sexualidad simplemente como un impulso natural, pues es una vía que franquea las relaciones de poder, especialmente complejas entre hombres y mujeres, así como entre viejos y jóvenes. Según Foucault, en las relaciones de poder “la sexualidad no es el elemento más inerte, sino, más bien, uno de los que están dotados de la mayor instrumentalidad: utilizable para el mayor número de maniobras y capaz de servir de apoyo, de bisagra, a las más variadas estrategias”.⁵⁷²

⁵⁶⁷ Horst Nitschack, “Vírgenes, putas y emancipadas en el mundo imaginario de los adolescentes”, en *Estudios sobre sexualidades en América Latina*, ed. Kathya Araujo y Mercedes Prieto (Quito: FLACSO, 2008), 111-3.

⁵⁶⁸ Millet, *Política sexual*, 67.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, 68.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, 67.

⁵⁷¹ Foucault, *Historia de la sexualidad*, 1: 88.

⁵⁷² *Ibid.*

El poder requiere instituir un saber sobre el sexo; así, poder y saber se articulan en diferentes discursos, algunos de los cuales corresponden a ámbitos del conocimiento científico que no son desinteresados, pues las relaciones de poder hacen posible instituir la sexualidad como objeto de ese campo del saber.⁵⁷³ Sin duda, la narración inicial, que constituye un discurso entre otros tantos, describe varias conductas que se dan alrededor de un delito que implica la transacción comercial del cuerpo de una niña y su virginidad para satisfacer el apetito sexual de un hombre y recoger, como trofeo simbólico, la virtud de la mujer niña.

La perspectiva androcéntrica de la organización y reproducción del orden social, dice Bourdieu, está ungida por la “objetividad de un sentido común” entendido como un “consenso práctico y dóxico sobre el sentido de las prácticas”.⁵⁷⁴ Este *sentido común* da objetividad a las estructuras de dominación que ofrecen privilegios a los hombres en todos los espacios sociales, como el de la sexualidad, cuyas prácticas operan como matrices de percepciones de la forma de pensar y de actuar de todos los miembros de una sociedad.⁵⁷⁵

Los discursos forman parte de lo que Bourdieu denomina mercado de bienes simbólicos, como el ámbito en el cual estos bienes se producen, circulan y se consumen y que sirven para objetivar las estructuras de dominación. Estos bienes simbólicos no son solamente representaciones mentales, son en sí un régimen estructural que están impregnadas en las cosas y en los cuerpos, y determinan la construcción social de las relaciones, asignando a las mujeres el estatus de objetos de intercambio en función de los intereses masculinos.⁵⁷⁶ En este mercado de bienes simbólicos, dice Bourdieu “el valor simbólico de las mujeres para su intercambio, es su reputación, su castidad constituida en medida fetichizada de la reputación masculina, y por tanto del capital simbólico de todo linaje.”⁵⁷⁷

2. Disociación de la sexualidad femenina: La función sexual de la mujer en el orden social patriarcal

El universo simbólico, configurado por la producción, distribución y consumo de bienes simbólicos, crea significados y ubica en lugares concretos a las personas en tanto

⁵⁷³ *Ibid.*, 91-2.

⁵⁷⁴ Bourdieu, *La dominación masculina*, 49.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ *Ibid.*, 57-60.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, 63.

actores sociales. La explotación sexual no se da al margen de la reproducción de ese orden simbólico que da lugar a una racionalidad sobre la sexualidad masculina y la sexualidad femenina, que han sido percibidas y vividas de formas diferentes en las distintas épocas históricas y espacios geográficos, pero condicionadas a los códigos morales impuestos por el patriarcado. En términos de Millet, la sexualidad no se da en abstracto, es parte de la política sexual que ha sido aceptada o aprobada implícitamente conforme a las normas de patriarcado.⁵⁷⁸

En el caso de América Latina, podría afirmarse sin duda que las ideas sobre la sexualidad, así como sus restricciones y prohibiciones están fuertemente construidas a partir de las ideas de la tradición cristiana, que ha satanizado la dimensión erótica de las mujeres, propugnando como modelo ideal femenino, la mujer casta y asexual, representado en la figura de María virgen. En contrapartida a este modelo, está la figura de Eva, quien en la narrativa judeocristiana es presentada como la causante de la pérdida de la pureza, con la toma de conciencia sobre la desnudez de su cuerpo y el de su pareja Adán, a quien sedujo e hizo probar aquello que estaba prohibido por la divinidad. El pecado de ambos destruye el idílico mundo del Edén y Eva será castigada pariendo con dolor; pero además, la punición decreta: “tu deseo será para tu marido y él se enseñoreará de ti”. De esa forma, la representación de las mujeres en las culturas influenciadas por el cristianismo será el de la carnalidad expresada en una sexualidad que debe ser doblegada y administrada por los hombres.

En el caso ecuatoriano, Ana María Goetschel detalla la operación ideológica llevada a cabo a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, a través de los discursos religiosos que junto con prácticas contribuyeron en la construcción de la feminidad.⁵⁷⁹ El modelo que se impulsaba a seguir a las mujeres de todos los estratos era el de la Virgen María, cuyo arquetipo era resaltado en la figura local de Mariana de Jesús, de la cual se decía que alcanzó la santidad por su extrema humildad y renuncia a su voluntad: “La sujeción de su propio juicio al ajeno y no tener criterio era una virtud digna de imitar, así como recibir agravios, desprecios e insultos no sólo con resignación, sino con alegría”.⁵⁸⁰ Se destacaba también como virtud el rechazo al cuerpo, expresado a través de autocastigos y martirios como signos de profunda devoción divina. Como señala Carolina

⁵⁷⁸ Millet, *Política sexual*, 72.

⁵⁷⁹ Goetschel, *Mujeres e imaginarios: Quito en los inicios de la modernidad*, 10.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, 21.

Larco, “su imagen empezaría a ser catapultada como modelo de ascetismo necesario para la configuración de códigos morales y regulación social de las conductas”.⁵⁸¹

El discurso religioso ha tenido mucha relevancia en la configuración de prescripciones sociales y morales que han determinado los ámbitos en los que las mujeres pueden socializar. En opinión de Ana María Goetschel, los elementos simbólicos trabajados por la ideología religiosa han permanecido latentes en la construcción de la subjetividad femenina.⁵⁸²

Uno de los elementos de este discurso y de la política religiosa, es la austeridad sexual, particularmente exaltada en el caso de las mujeres hasta entrado el siglo XX. Aunque en la segunda mitad del siglo se fue difuminando y perdiendo importancia la idea del martirio del cuerpo como ideal de santidad,⁵⁸³ la perspectiva de la moral religiosa no ha perdido peso en las regulaciones referentes a la sexualidad. Así, por ejemplo, lo dejó ver en el ámbito ecuatoriano, la implementación de la política de educación sexual denominada Plan Familia, en el año 2015,⁵⁸⁴ respaldada vehementemente por el entonces presidente de la República, con el cual se propuso un abordaje de la educación sexual desde un enfoque de los valores morales de la tradición cristiana, desde cuya perspectiva se impulsa como regla general la abstinencia sexual y reservar su práctica para la reproducción.⁵⁸⁵

Al mismo tiempo que se ha exigido de las mujeres un comportamiento pudoroso y un uso de su sexualidad limitado al fin de la reproducción, el sistema patriarcal ofrece una justificación a la lujuria masculina. Como señala Kaufman, la socialización de las

⁵⁸¹ Carolina Larco Chacón, “Mariana de Jesús en el Siglo XVII: Santidad y regulación social”, *Procesos: Revista Ecuatoriana de Historia*, n.º 15 (2000): 55, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1519/1/RP-15-ES-Larco.pdf>.

⁵⁸² Goetschel, *Mujeres e imaginarios: Quito en los inicios de la modernidad*, 15.

⁵⁸³ Ana María Goetschel, “Del martirio del cuerpo a su sacralización”, *Procesos: Revista Ecuatoriana de Historia*, n.º 12 (1998): 27, <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/procesos/article/view/2067/1853>.

⁵⁸⁴ La política pública denominada Plan Familia reemplazó, en el 2015, la vigente hasta entonces desde el 2011: la Estrategia Intersectorial de Prevención del Embarazo Adolescente y Planificación Familiar.

⁵⁸⁵ En el Enlace Ciudadano n.º 413, realizado el 28 de febrero de 2015 en Quito, el entonces presidente de la República afirmaba: “Se cometieron varios excesos que sí me molestan... Era un hedonismo, no se hablaba de responsabilidad... Puro hedonismo, puro placer... El antiguo ENIPLA decía: goza y si tienes problemas anda al centro de salud ... Ese era el mensaje, eso está equivocado, la base de la sociedad no es el centro de salud es la familia, y primero tienen que hablar con sus padres, consultarlos... Me acuerdo cuando me recibieron unos jóvenes (señala el pecho haciendo alusión a la frase que portaban) *soy libre y disfruto del sexo sin restricciones*, con ese criterio mi perro Segismundo también es libre, es un exceso intolerable”. Véase Ecuador Secretaría General de Comunicación, “Enlace Ciudadano Nro. 413 desde Quito, Pichincha”, video de YouTube, a partir del Enlace Ciudadano realizado el 28 de febrero de 2015 en el Estadio de la Liga Barrial de Carcelén Alto, en Quito, 3 de marzo de 2015, 1:30:00 a 1:31:10, <https://www.youtube.com/watch?v=ICtQe6sgqfE>.

masculinidades está determinada por principios organizadores de los roles sexuales que deben cumplir los hombres. Aunque las ideas imperantes pueden variar en los diferentes tipos de sociedades así como también varían en los diferentes contextos históricos, parte importante del ideal masculino enfatiza en las habilidades sexuales.⁵⁸⁶ Kaufman también destaca, como elemento central de la socialización masculina, al poder y su equiparación con la dominación:

Los hombres como individuos interiorizan estas concepciones en el proceso de desarrollo de sus personalidades ya que, nacidos en este contexto, aprendemos a experimentar nuestro poder como la capacidad de ejercer el control. Los hombres aprenden a aceptar y a ejercer el poder de esta manera porque les otorga privilegios y ventajas que ni los niños ni las mujeres disfrutaban en general. La fuente de tal poder está en la sociedad que nos rodea, pero aprendemos a ejercerlo como propio. Este es un discurso de poder social, pero el poder colectivo de los hombres no sólo radica en instituciones y estructuras abstractas sino también en las formas de interiorizar, individualizar, encarnar y reproducir estas instituciones, estructuras y conceptualizaciones del poder masculino.⁵⁸⁷

La identidad sexual masculina se define con el cumplimiento del mandato de diferenciarse de lo femenino, ya que el hombre debe ratificar cotidianamente que en su ser no hay rastros de femineidad. La defensa de la virilidad constituye una lucha diaria en la construcción de la identidad masculina, la cual está fuertemente relacionada con el ejercicio de la sexualidad activa.

Según Carla Donoso y Cristian Matus, “En los hombres heterosexuales, dicha sexualidad se asumirá como un atributo que se estará constantemente fabricando para poder cumplir con la obligación de diferenciarse del ser mujer y del ser homosexual”.⁵⁸⁸ Por su parte, al referirse a la virilidad, Bourdieu dice que esta se aprecia y se califica en el desenvolvimiento sexual, reproductor y social, así como también en la habilidad para la guerra, la lucha y en general el ejercicio de la violencia.

La virilidad es validada por el entorno social, y básicamente por otros hombres, para lo cual se han instituido diversos ritos sociales que constituyen un verdadero ejercicio de violencia, como lo es participar en violaciones grupales o visitar burdeles.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ Michael Kaufman, “Los hombres, el feminismo y las experiencias contradictorias del poder entre los hombres”, 3-4, <https://www.michaelkaufman.com/wp-content/uploads/2008/12/los-hombres-el-feminismo-y-las-experiencias-contradictorias-del-poder-entre-los-hombres.pdf>.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, 5.

⁵⁸⁸ Carla Donoso y Cristian Matus, “Trayectorias y simultaneidades: Una mirada desde la subjetividad de jóvenes clientes de prostitución a la construcción de identidad masculina”, en *Masculinidad/es: Identidad, sexualidad y familia*, ed. José Olvarría y Rodrigo Parrini (Santiago de Chile: FLACSO, 2000), 142.

⁵⁸⁹ Bourdieu, *La dominación masculina*, 69-70.

La prostitución en muchos casos es la puerta para el inicio de la experiencia erótica de los varones jóvenes. A diferencia de lo que ocurre con las mujeres, este acercamiento es sobrevalorado entre sus pares. Así, a través de estas experiencias, los jóvenes son sometidos a múltiples formas de presión para convertirse en *hombres*.⁵⁹⁰

De este modo, la recreación de la virilidad masculina requiere de la prostitución como institución para satisfacer la exacerbada sexualidad social de los hombres. Esto también ha sido justificado por los discursos religiosos, como el propuesto en el Medio Evo por Agustín de Hipona, para quien la prostitución, aunque sea comparable a una cloaca cargada de inmundicia, es necesaria para salvaguardar la santidad del resto de personas; pues de desaparecer, la lujuria lo invadiría todo, afirmaba el filósofo.⁵⁹¹

Así, el orden social patriarcal, requiere de la escisión de la sexualidad femenina, la una destinada a la procreación y otra destinada al placer masculino, lo cual a su vez implica la categorización de mujeres *buenas y malas*. Shulamit Firestone, considerando categorías freudianas, dice que se produce una estamentatización de las mujeres: “Aquellas que se parecen a la madre son buenas, y por lo tanto, uno no debe abrigar sentimientos sexuales hacia ellas; aquellas que se diferencian de la madre, que no crean una respuesta total, son sexuales y, por lo tanto malas [...] [L]as prostitutas pagan con sus vidas esta dicotomía.”⁵⁹²

Los discurso jurídicos no se construyen al margen de estas representaciones de las mujeres y de los hombres. En su obra *La mujer y el delito*, Jaime Barrera, penalista ecuatoriano de mediados del siglo XX, siguiendo la idea agustiniana sobre la prostitución, la justifica en aras de satisfacer la necesidad sexual masculina y, por otro lado, por la urgencia moral de conservar íntegramente la virtud femenina hasta llegar a un matrimonio legítimo: “Las premisas de este tema serían la irrefrenable necesidad sexual del hombre y la necesidad moral de que la mujer conserve su virtud y llegue íntegra al matrimonio legítimo, la necesidad de tener una clase especial de mujeres, libres de virtud, que puedan satisfacer los instintos del hombre”.⁵⁹³ Sin embargo, el mismo autor califica a la prostitución como una actividad aberrante, al afirmar: “Es en sí misma, la mayor ofensa a la más pura y noble feminidad; es negación de la maternidad, pues es el medio de los

⁵⁹⁰ Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres*, 452.

⁵⁹¹ San Agustín, “De Ordine”, en *Obras completas de San Agustín: Escritos filosóficos* (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994), 1: II.IV, 2.

⁵⁹² Shulamith Firestone, *La dialéctica del sexo*, trad. Ramón Ribé Queralt (Barcelona: Editorial Kairós, 1976), 90.

⁵⁹³ Barrera, *La mujer y el delito*, 59.

abortos constantes y de la esterilidad máxima”.⁵⁹⁴ Este discurso ambiguo sobre la sexualidad femenina en la figura de la prostituta, maldita pero necesaria, se encontrará presente en las diferentes dimensiones del discurso jurídico penal ecuatoriano como se verá más adelante.

A inicios del siglo XX Pedro Zambrano develó en un estudio salubrista publicado en 1924 que un importante porcentaje de mujeres y de niñas de corta estaban involucradas en actividades de prostitución y estaban contagiadas de enfermedades venéreas, hecho que fue explicado por factores sociales como la pobreza, la falta de instituciones que las acojan y protejan y la difícil edad que las hacía presa fácil de los hombres.⁵⁹⁵ El autor adicionalmente hace una relación de esos factores con el origen étnico de las mujeres:

la raza mestiza o la vencida, la que carece de medios económicos necesarios para la subsistencia, es la que mayor tributo paga a la prostitución; luego viene la blanca, la que encuentra dificultades de conseguir trabajo para mitigar su hambre y vestir modestamente. No obstante se puede objetar a esto diciendo que no es falta absoluta de empleo, sino el espíritu propio de esta raza de querer ganar mucho dinero con poco trabajo, y únicamente, por ese prurito mal fundado, se entregan muchas mujeres a los malos hábitos para conservar el soberbio lujo, causa de un infame vicio, adquirido entre diversiones y halagos.⁵⁹⁶

En el Ecuador, la reforma moral impulsada por el Estado conservador, en un primer momento consideraba a la prostitución como una falta grave a los valores cristianos, buscando una severa represión por parte de las autoridades, mientras que el liberalismo sembró la matriz de la reglamentación de la prostitución con una connotación sanitaria. Sin embargo, según la historiadora Sophia Checa, para las mujeres prostitutas esto significó enfrentar un doble estigma, por un lado el de la pecadora propia de la tradición cristiana, y por otro lado, el de la infectada:

Así, en ella se conjugaron el peligro moral y el sanitario. La conformación de este prototipo, vigente en muchos sentidos hasta nuestros días, demuestra cómo dos discursos que en primera instancia podrían ser vistos como fruto de posturas distantes y muchas veces opuestas, confluyeron sin mayores fricciones. Para la Iglesia y el Estado laico, ellas fueron un grupo funcional. La instancia eclesiástica las usó para fijar el límite entre las mujeres “buenas” y las “malas” (sistema de lo abyecto); y el Estado y sus instancias

⁵⁹⁴ *Ibid.*, 161.

⁵⁹⁵ Pedro J. Zambrano, *Estudio sobre la prostitución en Quito* (Quito: Imprenta Nacional, 1924), 24.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, 21.

sanitarias, para achacarles la propagación de los males venéreos, convirtiéndolas en el segmento social al cual sí era factible controlar, vigilar y regular.⁵⁹⁷

Lo cierto es que no ha sido, ni desde un Estado basado en valores cristianos ni tampoco desde el Estado laico, que se ha observado desde una perspectiva integral la complejidad de la institución de la prostitución, y menos todavía el reconocimiento de la dignidad de las prostitutas, más aún cuando esta institución se justifica por el sistema de ideas que reproduce y sostiene el patriarcado como sistema de dominación, ofreciendo a los hombres la potestad simbólica y real de apropiarse del cuerpo de las mujeres. En este contexto, el derecho produce discursivamente la subjetividad de las prostitutas diferenciándolas de las mujeres honradas. Como plantea Judith Butler, hay una matriz excluyente que da lugar a la formación de *no sujetos*, seres despreciados a partir de los cuales se constituyen los *sujetos*. De esa forma, dice la autora, “el sujeto se constituye a través de la fuerza de la exclusión y la abyección, una fuerza que produce un exterior constitutivo del sujeto, un exterior abyecto que, después de todo, es ‘interior’ al sujeto como su propio repudio fundacional”.⁵⁹⁸ La subjetividad de la prostituta marcará la diferencia entre la región de las mujeres buenas y las malas.

3. Los cuerpos de las mujeres como objetos de convenios sexuales

La prostitución no debe ser observada como un hecho marginal que rompe la lógica del orden social; al contrario, su existencia no puede explicarse por fuera de cosificación sexual de todos los cuerpos femeninos. Aunque no puede negarse la participación de hombres en actividades sexuales pagadas, esta práctica, como señala Marcela Lagarde, a diferencia de lo que sucede con las mujeres, “no define la condición genérica masculina”.⁵⁹⁹ Generalmente, los diferentes discursos sobre la prostitución la muestran como una problemática de mujeres, ocultando *a los otros* que participan en la negociación de los cuerpos femeninos, los varones. Ya se ha explicado en líneas anteriores que la prostitución es una expresión del ejercicio del derecho sexual masculino, por el cual el patriarcado facilita el acceso al cuerpo de las mujeres.

⁵⁹⁷ Sophia Checa Ron, “Prostitución femenina en Quito: Actores, perspectiva moral y enfoque médico. Primera mitad del siglo XX”, *Procesos: Revista Ecuatoriana de Historia*, n.º 43 (2016): 143, <http://hdl.handle.net/10644/5231>.

⁵⁹⁸ Judith Butler, *Cuerpos que importan: Sobre los límites materiales y discursivos del sexo* (Buenos Aires: Paidós, 2002), 19-20.

⁵⁹⁹ Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres*, 439.

La prostitución y las prácticas relacionadas a esta actividad suelen ser abordadas y justificadas desde múltiples posturas, como por ejemplo la ya explicada necesidad de mantener una casta de mujeres destinadas a satisfacer el impulso sexual masculino, lo que ha derivado en la especialización de un grupo de mujeres para atender a esta demanda, idea que está recogida en el cliché, “la profesión más antigua del mundo” utilizada para hacer referencia a la prostitución y empleada como justificativo por los proxenetes.⁶⁰⁰

Esta idea generalizada hace suponer que hay un acuerdo de partes para negociar el precio y las condiciones en que se ofrece una especie particular de servicios: los de carácter sexual. Al respecto, Carole Pateman plantea analizar este tipo de pacto comercial sexual, en el marco de la historia misma del contrato originario, sobre el cual se sustenta la noción del estado moderno. El contrato social es el acuerdo por el cual las personas abandonan su estado de naturaleza y las consecuentes inseguridades a las que están expuestas, para constituir un estado de libertad civil universal amparada por el Estado. No obstante, sostiene Pateman, el contrato social que da origen al derecho político, al mismo tiempo que garantiza la libertad de los varones instituye la dominación de las mujeres.

El estado patriarcal moderno ofrece a los varones varios mecanismos para que puedan ejecutar el contrato social/sexual, es decir para que puedan hacer efectivo el derecho a acceder al cuerpo de las mujeres. Uno de estos dispositivos es el *contrato* de matrimonio, que es una vía socialmente aceptada para acceder sexualmente a las mujeres, a tal punto que, bajo la noción del débito marital, las mujeres generalmente no han podido negociar las relaciones sexuales con sus parejas, resultando en una imposición ineludible para la esposa. Esta concepción sobre los roles sexuales excluye del imaginario social la posibilidad de que se produzca una violación sexual dentro del matrimonio.

Asimismo, está el *contrato* de prostitución como otro dispositivo del patriarcado, para que los hombres puedan exigir como derecho acceder sexualmente al cuerpo de las mujeres con base en la transacción comercial de sexo a cambio de dinero. Ahora bien, la dimensión de la prostitución y su diversificación, entendiendo que en esta actividad están inmersas una serie de *empresas* tales como centros nocturnos, servicios de acompañantes, turismo con fines sexuales, etc., no se pueden entender al margen del capitalismo como

⁶⁰⁰ Tatiana Cordero et al., *La industria del sexo local: Cultura, marginalidad y dinero* (Quito: Corporación Promoción de la Mujer, 2002), 179.

modelo económico imperante que requiere la recreación permanente de la mujer cosificada, exaltando a través de diferentes formas el erotismo femenino.⁶⁰¹

La alta demanda masculina de experiencias sexuales comerciales ha dado lugar a una verdadera industria sexual, cuyas actividades son defendidas y legitimadas en una sociedad de mercado. En este contexto, se aduce que las mujeres que participan en estas actividades son contratadas libremente como *trabajadoras del sexo*, para prestar una clase de servicios como cualquier otro. Desde esta perspectiva se ha tendido a sustituir el término prostitución por *trabajo sexual, mercado sexual o industria del sexo*; el de prostitutas por *trabajadoras sexuales o sexoservidoras*; los proxenetas se han convertido en *gerentes o intermediarios*; y, la demanda masculina en *consumidores de prostitución o compradores de sexo*, significados que no hacen sino esconder el carácter patriarcal de la prostitución y la consecuente explotación de las mujeres.⁶⁰²

Desde una perspectiva crítica, Cecilia Lipszyc señala que el paradigma de acumulación que consolidó la globalización neoliberal a partir de los años noventa, también influyó en la prostitución y sus múltiples manifestaciones, incorporando a la denominada industria del sexo, miles de mujeres, niñas y niños “producto de los nunca imaginados niveles de exclusión y pobreza que este nuevo patrón de acumulación produjo en nuestros países”.⁶⁰³ La dimensión de esta problemática, vista desde la perspectiva económica del libre mercado, se agudizó a partir del informe de la OIT publicado en 1998, cuya autora, Lin Lean Lim, plantea que la prostitución debería ser asimilada como un eslabón más de la industria global, tomando en cuenta la cantidad de recursos que produce y moviliza.⁶⁰⁴

Esta postura no hace otra cosa que promover la aceptación social de una práctica que si bien produce renta, lo hace a costa del uso del cuerpo de las mujeres. Carole Pateman cuestiona que si se observa a la prostitución solamente como una transacción laboral, se oculta el carácter político de la diferencia sexual, y con ello el significado del

⁶⁰¹ Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres*, 429.

⁶⁰² Susy Garbay Mancheno, “¿La prostitución una institución patriarcal?”, *Aportes Andinos*, n.º 31 (2012): 75-80, <https://www.uasb.edu.ec/documents/1841990/2608423/Aportes+Andinos+No.31/9ae460c2-114f-4a18-8dd8-6a4cce20d4e3>.

⁶⁰³ Cecilia Lipszyc, “Mujeres en situación de prostitución: ¿Esclavitud sexual o trabajo sexual?”, en *Prostitución: ¿Trabajo o esclavitud sexual?* (Lima: CLADEM, 2003), 56.

⁶⁰⁴ Organización Internacional del Trabajo, “La economía del sexo: La Industria del sexo: los incentivos económicos y la penuria alimentan el crecimiento”, *Trabajo*, n.º 26 (1998): 10-4, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/dwcms_080688.pdf.

acceso al cuerpo de las mujeres en el patriarcado. En este sentido aclara que no es la fuerza de trabajo la que se negocia, sino el cuerpo de la mujer:

La masculinidad y la feminidad son identidades sexuales: el yo no se subsume por completo en su sexualidad, pero la identidad es inseparable de la construcción sexual del yo. En el patriarcado moderno la venta de cuerpos de las mujeres en el mercado capitalista implica la venta de un yo [...]. La historia del contrato sexual revela que la construcción patriarcal de la diferencia entre masculinidad y feminidad es la diferencia política entre libertad y sujeción y que el dominio sexual es el medio más importante por el que los varones afirman su virilidad. Cuando un varón hace un contrato de prostitución no está interesado en los servicios no corpóreos sexualmente indiferentes, sino que hace un contrato en el que compra el uso sexual de una mujer por un período dado.⁶⁰⁵

En la prostitución, la transacción que se hace es sobre el cuerpo femenino para ser utilizado como si se tratara de cualquier otro bien o mercancía; por lo tanto, dice Pateman, no se puede pasar por alto del análisis el contrato original, el que da lugar al patriarcado moderno y con ello el derecho sexual de los hombres que se ve reafirmado públicamente en la prostitución.⁶⁰⁶ Partiendo del planteamiento de Pateman, podría afirmarse que la sexualidad, en sentido marxista, ha adquirido un carácter de mercancía y fetiche.⁶⁰⁷ La sexualidad tiene un valor de uso y un valor de cambio, y como cualquier otra mercancía se compra y se vende, anulando el carácter humano y social de las personas.⁶⁰⁸

Siendo un mercado el que oferta los cuerpos de las mujeres a los prostituyentes, requiere diversificar las *mercancías*, es decir los cuerpos cosificados de las mujeres, utilizando para ello los cuerpos de niñas y adolescentes. Este aspecto es rescatado de forma empírica en una investigación realizada en Centroamérica con hombres que pagan por tener sexo con niñas y adolescentes, en la cual se sistematizan las ideas, mitos e imaginarios que los hombres tienen respecto a la sexualidad femenina y que justifican, desde su perspectiva, su mercantilización:

El cuerpo joven adquiere carácter de objeto, aparece [...] la imagen del cuerpo joven comparado con un automóvil, cuya posesión brinda a su dueño estatus e imagen ante los otros [...]. La posesión del artículo o del cuerpo nuevo es vivido como la posibilidad de estrenarlo; es decir, de usarlo, sin que nadie antes lo hubiera tocado. En esto consiste el triunfo no tanto sobre la muchacha, sino sobre los otros hombres.⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ Pateman, *El contrato sexual*, 285.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, 287.

⁶⁰⁷ Karl Marx, *El Capital*, t. 1 (Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1976), 38.

⁶⁰⁸ Salas y Campos, *Explotación sexual comercial y masculinidad*, 76.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, 124.

En el Ecuador, algunas investigaciones realizadas sobre este tema arriban a similares conclusiones. Con relación a las mujeres, los *clientes* que son hombres de todos los estratos sociales, las prefieren principalmente muy jóvenes por su cuerpo y su falta de experiencia;⁶¹⁰ de ese modo las niñas y adolescentes son ofertadas como mercancías novedosas por las cuales deben pagar más dinero que por las adultas.⁶¹¹ La comercialización de cuerpos femeninos no es visto como un problema, sino como un mal necesario para la satisfacción de necesidad biológicas masculinas, de iniciación de la sexualidad e inclusive como una medio para prevenir las violaciones y la homosexualidad.⁶¹² Estas ideas arraigadas en la cultura hacen que la prostitución sea legitimada socialmente, omitiendo develar las relaciones de poder presentes en dichas transacciones.

4. Los discursos jurídico-penales sobre las prostitutas

Como se analizó en el capítulo anterior, la prostitución se ha desenvuelto entre el rechazo social y la regulación legal. Si bien las normas penales no han criminalizado formalmente a las mujeres prostitutas, se ha perseguido penalmente las conductas de promoción y explotación de la prostitución. No obstante, la idea generalizada de la mujer prostituta como peligrosa para la moral y para la salud ha dado lugar a la instauración de dispositivos para el control de sus cuerpos y su punición.

De conformidad con lo dispuesto en Código de Policía ecuatoriano, vigente desde inicios del siglo XX hasta mediados del mismo, se otorgó potestad al Poder Ejecutivo para dictaminar reglamentaciones con el fin de *combatir*, junto a las enfermedades contagiosas, a la prostitución, estableciendo a través de estos reglamentos sanciones pecuniarias y privativas de libertad para las prostitutas.⁶¹³ En este contexto, se dictaron normas sanitarias a través de las cuales se obligaba a las mujeres prostitutas a someterse a exámenes y controles médicos, y a obtener permisos para el ejercicio del meretricio, sancionando con multas y cárcel el incumplimiento de estas disposiciones.⁶¹⁴

En el primer Código Penal ecuatoriano de 1837, se introdujo normas que criminalizaban la prostitución ajena en el capítulo titulado *De los rufianes y de los que*

⁶¹⁰ Cordero et al., *La industria del sexo local*, 202.

⁶¹¹ Garbay Mancheno, “¿La prostitución una institución patriarcal?”.

⁶¹² Cordero et al., *La industria del sexo local*, 202.

⁶¹³ Ecuador, *Código de Policía*, Registro Oficial 924, 28 de octubre de 1904, art. 152.

⁶¹⁴ Ecuador, *Código Sanitario*, Registro Oficial 78, 4 de septiembre de 1944, art. 60, num. 4.

corrompen jóvenes. Desde entonces hasta la actualidad, en la dimensión formal del discurso penal se invisibiliza del rol de la demanda masculina en la prostitución y se representa a las mujeres como corrompidas, responsables de su prostitución tal como se refleja en los siguientes enunciados: “Toda persona que recibiere en su casa a mujeres para que allí abusen de sus cuerpos, será condenada [...]”;⁶¹⁵ o “Los maridos que a sabiendas, consintieran que sus mujeres abusen de sus cuerpos o las induzcan a que hagan tal abuso, serán infames y condenados [...]”.⁶¹⁶ Estas y otras disposiciones que hacen alusiones similares se mantuvieron hasta mediados del siglo XX.

El Código Penal de 1871 sancionaba a quienes “se ejercitaren habitualmente en la rufianería”, delito que se incluía en el capítulo *De la prostitución o corrupción de la juventud y de los rufianes*, fórmula que se mantuvo en el Código de 1889. En el Código Penal de 1906, la rufianería habitual se sancionaba excepto en los casos en que se dirigía una casa de tolerancia: “El que recibiere mujeres en su casa para que allí abusen de sus cuerpos, será castigado con prisión de tres a cinco años, si no fuere director de una casa de tolerancia, establecida conforme a los reglamentos que la Policía expidiere para esta clase de casas”.⁶¹⁷ A continuación, el texto rezaba: “Los que se ocuparen habitualmente en la rufianería, salvo el caso de la excepción anterior, serán castigados con dos a cinco años de prisión [...]”.⁶¹⁸ La misma figura se mantuvo en el Código Penal de 1938 pero se cambió el título del capítulo por *De la corrupción de menores, de los rufianes y de los ultrajes públicos a las buenas costumbres*, conservando esta tipificación en el Código Penal de 1971 hasta su reforma en 1998.

4.1. Transformación del discurso punitivo: De mujer corrompida a mujer víctima

Hasta finales de los años noventa en que se realizó una reforma significativa al tipo penal de proxenetismo, la prostituta había estado representada en el derecho penal como la mujer corrompida que se dedicaba a realizar transacciones con su cuerpo, pero no era considerada como víctima de una conducta ilícita. La violencia sexual fue visibilizada por movimientos feministas desde diferentes posturas, evidenciando que se

⁶¹⁵ Ecuador, *Código Penal*, Registro Auténtico, 14 de abril de 1837, art. 294.

⁶¹⁶ *Ibid.*, art. 295.

⁶¹⁷ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 61, Suplemento, 18 de abril de 1906, art. 374.

⁶¹⁸ *Ibid.*, art. 375.

trataba de una problemática generalizada y sistemática que afectaba a la mayoría de las mujeres y que, siendo un fenómeno de gran complejidad, implicaba replantear la construcción de los roles sexuales y derrumbar los mitos de la sexualidad masculina y femenina que sustentan la organización patriarcal. En este sentido, las conductas sexuales violentas toleradas en todas las sociedades fueron rechazadas, desplazando su debate del ámbito de la moral y las buenas costumbres, al de la violencia patriarcal.

Los movimientos de mujeres ecuatorianos no se quedaron al margen de la ola reformista impulsada en toda la región, que además contaba con un contexto favorable para ello, toda vez que el Estado había asumido el compromiso de viabilizar los acuerdos establecidos en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994 y en la Plataforma de Acción de Beijín de 1995. Adicionalmente, el Estado ecuatoriano había ratificado en 1995 la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, que define este tipo de violencia como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”,⁶¹⁹ asumiendo el compromiso de modificar o incluir disposiciones legales tendientes a sancionar toda forma de violencia contra las mujeres.⁶²⁰

Este marco representó una oportunidad para las organizaciones de mujeres y feministas, que consideraban que el problema de la desigualdad social y la violencia contra las mujeres podría ser en gran medida resuelto mediante reformas legales, ampliando los márgenes del derecho androcéntrico liberal para incluir a las mujeres. Nació entonces un interés por intervenir en el derecho penal, tradicionalmente utilizado como un instrumento de poder patriarcal para el ejercicio de control sobre los cuerpos y sexualidad femeninas a través de figuras como el aborto o el adulterio, no obstante lo cual, se confiaba en su potencial simbólico para dar una asignación negativa a conductas que afectaban particularmente a las mujeres, calificándolas como injustos penales.

Bajo la idea de que el derecho penal protege bienes jurídicos, las organizaciones que propugnaban los derechos de las mujeres se esforzaron en hacer que la integridad sexual, física y psíquica de las mujeres se traduzcan en bienes jurídicos que el derecho penal debía proteger a través de la tipificación de conductas que expresen las diferentes

⁶¹⁹ OEA Asamblea General, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, 9 de junio de 1994, art. 1, AG/RES. XXIV-O/94.

⁶²⁰ *Ibid.* art. 7.

formas de violencia. Con relación a la prostitución se buscó eliminar la noción de honestidad que ofrecía un tratamiento discriminatorio a las mujeres prostitutas:

La noción de honestidad es utilizada en los Códigos Penales para discriminar a las mujeres que se dedican al comercio sexual. Según la doctrina penal, la mujer prostituta no es honesta. Esta posición es contraria a los estándares internacionales de Derechos Humanos y por lo mismo, deben derogarse las normas penales que atenúen las sanciones cuando los delitos afectan a mujeres en situación de prostitución [...].⁶²¹

En 1998 se realizó una importante reforma al Código Penal ecuatoriano, por la cual se modificaron los tipos penales de violación, proxenetismo y corrupción de menores y se incluyó la figura del acoso sexual.⁶²² El objetivo del uso del derecho penal, era conseguir el reproche social y jurídico a las formas de opresión sexual sistemáticamente ejercidas contra las mujeres; no obstante, el proceso de criminalización no ha cumplido con las expectativas, ya que una problemática social compleja y con múltiples dimensiones como es la violencia sexual, es reducida por el discurso penal a casos particulares.⁶²³

Con la indicada reforma se modificó el delito de proxenetismo, que hasta entonces había mantenido la formulación establecida desde la primera normativa penal ecuatoriana, de tal forma que en la nueva enunciación del tipo penal, se estableció como delito la conducta de promover o facilitar la prostitución de una persona, excepto si esas conductas se llevaban a cabo en casas de tolerancia que funcionen con las debidas autorizaciones y cumplan con las disposiciones reglamentarias previstas para ello.⁶²⁴

Adicionalmente, se extendió la figura penal de proxenetismo a otras conductas: explotar la ganancia obtenida por una persona que se dedica a la prostitución,⁶²⁵ sustraer mediante seducción o engaño a una persona para entregarla a otro con el fin de que tenga relaciones sexuales,⁶²⁶ y promover o facilitar la entrada o salida del país o el traslado del territorio ecuatoriano de personas para que ejerzan la prostitución.⁶²⁷

Con estas reforma se introdujo la categoría de *víctima* para referirse a las personas afectadas por las conductas ilícitas, reemplazando así los enunciados: *persona prostituida*

⁶²¹ UNIFEM / UNICEF, *La mujer en los códigos penales*.

⁶²² Cantos, “Escenarios de aplicación de los derechos humanos de las mujeres”, 99.

⁶²³ Bergalli y Bodelón, “La cuestión de las mujeres”, 55. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1992-10004300074.

⁶²⁴ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, 22 de enero de 1971, primer artículo innumerado del capítulo “De los delitos de proxenetismo y corrupción de menores”, introducido mediante *Ley No. 105*, Registro Oficial 365, 21 de julio de 1998.

⁶²⁵ *Ibid.*, tercer artículo innumerado.

⁶²⁶ *Ibid.*, cuarto artículo innumerado.

⁶²⁷ *Ibid.*, quinto artículo innumerado.

o corrompida, mujeres que abusan de su cuerpo o mujer que se prostituye, que constaban en la legislación penal anterior. Respecto a la edad de las víctimas, al igual que la normativa anterior a la de 1971, se establecieron agravantes si las víctimas eran menores de catorce años.⁶²⁸ Sin embargo, en la reforma de 1998 se vela la identidad femenina que constaba antes en la redacción del tipo penal, mediante el uso del término *mujer*, y se lo reemplaza por el neutro *persona*. Si bien es cierto que hombres y mujeres pueden ser víctimas de estas figuras delictivas, mayoritariamente son mujeres, y al invisibilizarlas también se esconde el significado patriarcal de la prostitución.

El discurso penal sobre la prostitución ha guardado coherencia con el discurso sanitario que reforzaba la legalidad de esta actividad, pues las denominadas casas de tolerancia han sido los lugares autorizados para realizar las transacciones alrededor de la prostitución, mientras se cumpla con las regulaciones sanitarias establecidas en el Código de la Salud, que textualmente decía: “Prohíbese el ejercicio clandestino de la prostitución. La prostitución es tolerada en locales cerrados, y quienes la ejerzan deben someterse periódicamente a los exámenes profilácticos”.⁶²⁹ Adicionalmente se disponía que los prostíbulos que funcionen bajo cualquier denominación, esto es casas de tolerancia, casas de citas, etc., “necesitarán permiso sanitario y estarán sujetos a las respectiva reglamentación”.⁶³⁰

En la norma sanitaria se mantiene la representación de la prostituta como una mujer peligrosa, una amenaza a la salud pública que hay que controlar, vigilar y de ser necesario sancionar. En este sentido recae en las prostitutas la obligación de realizarse exámenes periódicamente, y si se detectare el contagio de alguna enfermedad venérea, la obligación de buscar tratamiento bajo amenaza de sanción: “Quien padeciendo un mal venéreo no se tratare o abandonare el tratamiento será sancionado, sin perjuicio de su internación compulsiva”.⁶³¹

A pesar de que las reformas al Código Penal realizadas en el año 1998 ampliaron el tipo penal de proxenetismo, no problematizaron la prostitución como actividad que mercantiliza el cuerpo de las mujeres para la satisfacción sexual masculina. Por otro lado,

⁶²⁸ También se establecen como circunstancias agravantes, además de la edad de las víctimas, el hecho de usar violencia, engaño o cualquier mecanismo de coacción, si la víctima no se encuentra en posibilidad de dar su consentimiento, si el autor del delito es pariente o tiene el cuidado de la víctima, si esta se encuentra en situación de abandono o extrema necesidad económica, y si el autor hace del proxenetismo su forma de vida.

⁶²⁹ Ecuador, *Código de la Salud*, Registro Oficial 158, 8 de febrero de 1971, art. 77.

⁶³⁰ *Ibíd.*, art. 78.

⁶³¹ *Ibíd.*, art. 76.

el texto no hacía una referencia explícita de la edad tolerada para el ejercicio de la prostitución, pues la única relación constaba en el caso de la circunstancia agravante, esto es cuando se promovía la prostitución por fuera de un lugar legalmente establecido, en cuyo caso se agravaba la pena si la víctima era menor de catorce años. Así, los discursos jurídicos ambiguos sobre la prostitución han terminado beneficiando el ejercicio masculino en el acceso permitido al cuerpo de las mujeres, incluidas niñas, lo cual hace a su vez que se distorsione el objetivo que se pretendía con el uso del derecho penal, es decir generar un reproche social y penal a conductas que afectan la integridad sexual de las mujeres.

4.2. Ambivalencias en la construcción discursiva de los cuerpos de las mujeres en la explotación sexual.

En 1999 la Organización Internacional del Trabajo aprobó el Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil,⁶³² por el cual el Estado ecuatoriano, como parte de este instrumento, se comprometió a adoptar inmediatamente medidas eficaces tendientes a prohibir y eliminar un catálogo de actividades en las que participen personas menores de 18 años, entre las cuales consta “la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas”.⁶³³

La denominación *prostitución infantil* reconoce la participación de niñas en esta actividad, en tanto que la asociación de prostitución como trabajo, refuerza la idea de su legalidad, nociones que como se verá más adelante, se siguen reproduciendo en el discurso jurisprudencial. En todo caso, este nuevo marco jurídico fue aprovechado para impulsar nuevos procesos reformistas tendientes a incluir en la normativa tipos penales que sancionen el involucramiento de personas menores de dieciocho años en la prostitución. No obstante, las posturas no estaban exentas de tensiones sobre cómo abordar jurídicamente esta problemática ya que no podía eludirse el tema de la prostitución, que ha sido debatida y regulada desde diferentes perspectivas.

Por un lado ha estado la línea de pensamiento que propugna un régimen reglamentario, que es el que ha regido en la legislación penal ecuatoriana, es decir el que permite la prostitución en lugares autorizados que cumplen con las reglamentaciones sanitarias, tributarias, laborales, etc., y criminaliza su ejercicio al margen de estas reglas.

⁶³² OIT, *Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil*, 17 de junio de 1999. N.º 182.

⁶³³ *Ibid.* art. 3, literal b).

Desde otra corriente, se ha considerado que la prostitución debe ser legalizada sin reglamentaciones. De otro lado está la postura denominada abolicionista, que considera que la prostitución no debe ser tolerada.⁶³⁴ Las diferentes posturas sobre el tratamiento a la prostitución no han escapado de los debates de las organizaciones feministas.

Por un lado, están aquellas que plantean que se debe legalizar la prostitución y considerarse como una forma de trabajo asalariado, apelando a las nociones de libertad sexual y autodeterminación. Frente a esta propuesta, Carole Pateman opina que los debates feministas que respaldan la prostitución como trabajo y defienden la sindicalización de las prostitutas, no conllevan necesariamente una defensa de la prostitución, pero tampoco la cuestionan; más aún, las argumentaciones de esta corriente se basan en la defensa contractualista de la prostitución, es decir en la idea de que la prostituta intercambia la fuerza de trabajo por dinero, posición desde la cual se responsabiliza de la sistemática discriminación de las mujeres dedicadas a esta actividad, a la prohibición legal o a una sociedad sexualmente hipócrita.⁶³⁵

Por otro lado, el abolicionismo considera a la prostitución como una expresión de poder que se sostiene en las ideas generalizadas del privilegio sexual masculino:

La prostitución pone al descubierto un concepto de sexualidad que privilegia la gratificación masculina, por medio de un acuerdo comercial que se caracteriza por la dominación y control de parte de quien paga (el cliente), para poder utilizar el cuerpo de una persona (la prostituta). Dado el poder que el dinero otorga al cliente y las relaciones asimétricas entre cliente y prostituta, la prostitución puede propiciar brutalidad y violencia.⁶³⁶

En la medida que resulta imposible conciliar estas dos posturas antagónicas sobre la mirada de la prostitución y los regímenes legales que deben regularlas, en casos que involucran personas menores de dieciocho años, se optó por calificarla como *explotación sexual*,⁶³⁷ o también *explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*, denominación adoptada en el Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, promovido por varias agencias de Naciones Unidas junto con la campaña End Child Prostitution in Asian Tourism (ECPAT), en 1996.⁶³⁸

⁶³⁴ Cordero et al., *La industria del sexo local*, 31.

⁶³⁵ Pateman, *El contrato sexual*, 15.

⁶³⁶ Rosa Dominga Trapasso, "La prostitución en contexto", en *Prostitución: ¿Trabajo o esclavitud sexual?* (Lima: CLADEM, 2003), 47.

⁶³⁷ Cordero et al., *La industria del sexo local*, 17.

⁶³⁸ Red de organizaciones trabajando para la eliminación de la explotación sexual comercial (ECPAT), *Informe global de monitoreo de la acciones en contra de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes: Ecuador* (Bangkok: ECPAT, 2010), 6, https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2016/04/Global_Monitoring_Report-ECUADOR.pdf.

De esta forma, en el año 2000 las organizaciones ecuatorianas Feministas por la Autonomía y el Taller de Comunicación Mujer, presentaron a la Comisión de la Mujer, el Niño y la Familia del Congreso Nacional, una propuesta de reforma al Código Penal para tipificar la explotación sexual y delitos conexos, denunciando que la normativa entonces vigente, le ofrecía el mismo tratamiento a la explotación sexual infantil que a la prostitución adulta.⁶³⁹ Más aún, en un estudio realizado por la OIT se demostró que los centros de tolerancia que funcionaban legalmente, eran lugares de explotación infantil:

En Ecuador, la prostitución es prohibida pero tolerada dentro de locales por ello los ‘locales’ de tolerancia tienen un aspecto legal en su funcionamiento, es allí donde se facilita y se oferta ‘trabajo’ (denominación utilizada para ocultar la explotación sexual) a las menores de edad y se genera una demanda de los “servicios sexuales” de las mismas. La explotación se ampara, entonces, en el comercio sexual.⁶⁴⁰

Las reformas penales presentadas no fueron viabilizadas en aquella ocasión y tuvieron un compás de espera hasta el año 2005 en que fue posible la inclusión de la figura de explotación sexual. Es importante mencionar que para esta nueva reforma, el Ecuador había ratificado el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, conocido como Protocolo de Palermo.⁶⁴¹ Si bien no se trata de un instrumento de derechos humanos, varias organizaciones internacionales de derechos humanos y organismos del Sistema Internacional de Derechos Humanos confluieron para influir en la elaboración del Protocolo, haciendo notar que históricamente se había utilizado el concepto de *trata de personas* para criminalizar los procesos migratorios, particularmente a las mujeres, quienes desde una perspectiva moralista han sido estigmatizadas al ser vinculadas a la prostitución, ignorado sus derechos como víctimas de un terrible delito.⁶⁴²

De acuerdo con el Protocolo de Palermo, la trata de personas supone toda conducta que implique la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas con fines de explotación de cualquier tipo, incluida la explotación sexual, la cual ha sido

⁶³⁹ Cordero et al., *La industria del sexo local*, 27-31.

⁶⁴⁰ Mariana Sandoval, *Dimensión, naturaleza y entorno de la explotación sexual comercial de niñas, y adolescentes en el Ecuador* (Lima: OIT / IPEC, 2002), 33, http://white.lim.ilo.org/ipec/documentos/lb_final_esci_ecuador.pdf.

⁶⁴¹ ONU Asamblea General, *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 15 de noviembre de 2000, A/RES/55/25.

⁶⁴² Eliane Pearson, *Manual Derechos Humanos y Trata de Personas*, trad. José Gabriel Borrero y Gerardo Heller (Bogotá: Alianza Global contra la Trata de Mujeres, 2003), 31-3.

conseguida utilizando el engaño, fraude, rapto, coacción, abuso de poder, entre otros medios. Adicionalmente el Protocolo establece que el consentimiento ofrecido por la víctima no es relevante cuando se han utilizado los medios señalados, y que inclusive se considerará como trata de personas, aunque no se utilice ninguno de aquellos medios para conseguir la explotación de niños y niñas, es decir personas menores de 18 años.⁶⁴³

Una vez que entró en vigor el Protocolo Palermo se contó con una definición de *trata de personas* y los Estados parte se comprometieron a adaptar la normativa penal interna para sancionar este delito; por su parte el Estado ecuatoriano declaró como política prioritaria “el combate al plagio de personas, tráfico ilegal de migrantes, explotación sexual y laboral; y, otros modos de explotación y prostitución de mujeres, niños, niñas y adolescentes, pornografía infantil y corrupción de menores”.⁶⁴⁴

En este contexto, varias organizaciones no gubernamentales y gubernamentales confluyeron para presentar reformas al Código Penal que se materializaron en la eliminación de la figura de atentado contra el pudor, la ampliación del tipo penal de violación, la eliminación de la condición de “mujer honesta” en el delito de estupro, la ampliación del tipo penal de acoso sexual y la tipificación del delito de trata de personas y el de explotación sexual. Adicionalmente se estableció la acumulación de penas hasta un máximo de treinta y cinco años. Con estas reformas se creía haber logrado cambiar la perspectiva del bien jurídico protegido en torno a estos delitos:

El bien jurídico que se defendía eran esas manifestaciones estereotipadas de la familia que contribuían a la división de las mujeres entre buenas y malas. En consecuencia, no se defendía a todas las mujeres sino solo a aquellas consideradas “castas”, “honestas”, “doncellas”, preocupándose no tanto por el honor de la víctima como sí por el honor del varón, que tiene con ella una relación institucionalizada.[...] Lo importante sin embargo,

⁶⁴³ El Protocolo de Palermo, en el artículo 3, determina los elementos de la definición de trata de personas en la siguiente forma: “a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.”

⁶⁴⁴ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1981*, Registro Oficial 410, 31 de agosto de 2004, art. 1.

es que si antes se priorizaba más a la propiedad, hoy el bien jurídico que se defiende es el cuerpo y en definitiva la vida de las personas [...].⁶⁴⁵

Las modificaciones conseguidas planteaban un escenario idílico respecto a la administración de justicia, pues se esperaba que el nuevo marco legal fuera suficiente para no dejar en la impunidad los casos de violencia sexual, como lo rescata Violeta Mosquera al sistematizar esta experiencia: “Ningún juez en el futuro, podrá beneficiar a un infractor con una sentencia menor o absolución, disfrazando conceptos para hacerlo. Tampoco caben consideraciones morales o religiosas que otorguen valor a la virginidad y a la continencia [...]”.⁶⁴⁶

Con relación al delito *de trata de personas*, la reforma al Código Penal de 2005 introdujo una tipificación fraccionada. En el capítulo *Del delito relativo a la trata de personas* se penalizaron las conductas que dan lugar a este ilícito; sin embargo, en la formulación del tipo se obvió incluir entre los fines de explotación el de carácter sexual:

Constituye delito de trata de personas, aunque medie el consentimiento de la víctima, el promover, inducir, participar, facilitar o favorecer la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta, con fines de explotación ilícita, con o sin fines de lucro.

Para efectos de esta infracción, se considera explotación toda forma de trabajos o servicios forzados, esclavitud laboral, venta y/o utilización de personas para mendicidad, conflictos armados o reclutamiento para fines delictuosos.⁶⁴⁷

De otro lado, en el capítulo denominado *De los delitos de explotación sexual* se tipificó como delito las conductas que configuran la trata de personas con fines de explotación sexual:

El que promueva, induzca, participe, facilite o favorezca la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta con fines de explotación sexual, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años. Si la víctima fuere una persona menor de dieciocho años de edad, se aplicará el máximo de la pena.⁶⁴⁸

Esta división resulta por lo menos sospechosa, toda vez que los criterios del tratamiento que se ofrecía a las víctimas de uno y otro delito diferían. Uno de esos

⁶⁴⁵ Violeta Mosquera Andrade, *Mujeres congresistas: Estereotipos sexistas e identidades estratégicas, Ecuador 2003-2005* (Quito: Abya-Yala / FLACSO, 2006), 125-6.

⁶⁴⁶ CONAMU / UNIFEM, “Por el derecho a una vida libre de violencia: ¿Por qué es necesario reformar el Código Penal?”, citado en Mosquera Andrade, *Mujeres congresistas*, 122.

⁶⁴⁷ Primer artículo innumerado del capítulo “Del Delito Relativo a la Trata de Personas”, agregado mediante *Ley No. 2*, Registro Oficial 45, 23 de junio de 2005.

⁶⁴⁸ Séptimo artículo innumerado del capítulo “De los Delitos de Explotación Sexual”, agregado mediante *Ley No. 2*, Registro Oficial 45, 23 de junio de 2005.

aspectos disímiles era el relacionado al consentimiento de las víctimas. Pues, a pesar de que el estándar internacional contemplado en el Protocolo de Palermo establece que el consentimiento de la víctima de cualquier edad no es relevante —lo que significa que aunque una persona asegure haber aceptado las condiciones de explotación esto no constituye un eximente de la sanción penal—, la reforma estableció que “[e]n los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad, será irrelevante [mientras que en] los delitos de trata de personas, el consentimiento será irrelevante”.⁶⁴⁹ Es decir que si una mujer mayor de dieciocho años, víctima de trata con fines de explotación sexual, dentro del proceso penal aseguraba que había consentido en ello, entonces era relevante para que el juez considerare la no existencia de una infracción penal.

Adicionalmente, aunque la edad de la víctima se consideró como circunstancia agravante para los dos delitos, en el caso de la trata de personas se agravaba la infracción si la víctima era menor de catorce años, en tanto que en el delito de trata con fines de explotación sexual se consideró agravante solo si la víctima era menor de doce años. Es decir, si se trataba de un caso de trata con fines de explotación laboral y la víctima tenía trece años, la edad sí constituía agravante del delito, pero si se trataba de explotación sexual no lo era, pues para serlo la víctima debía tener menos de doce años.

También es importante resaltar que las transacciones que se realizan en el marco de la trata de personas sin fines de explotación sexual se criminalizaron, de forma que las personas que vendían, compraban o realizaban cualquier transacción alrededor de la entrega de una persona para ser explotada con cualquier fin, excepto el sexual, tenían una sanción.⁶⁵⁰ No obstante, en el caso de la trata con fines de explotación sexual no se estableció ninguna sanción para las transacciones que se realizan en torno a la entrega de una persona con ese fin. El único caso para el cual se previó una sanción fue el de turismo sexual infantil: “El que, por cualquier medio, adquiera o contrate actividades turísticas, conociendo que implican servicios de naturaleza sexual con personas menores de

⁶⁴⁹ Cuarto artículo innumerado del capítulo “Disposiciones Comunes a los Delitos Sexuales y de Trata de Personas”, agregado mediante *Ley No. 2*, Registro Oficial 45, 23 de junio de 2005.

⁶⁵⁰ Cuarto artículo innumerado del capítulo “De los Delitos Relativos a la Trata de Personas”, agregado mediante *Ley No. 2*, Registro Oficial 45, 23 de junio del 2005: “Quien venda, compre o realice cualquier transacción, en virtud de la cual una persona es entregada, por pago o cualquier otro medio, con fines de explotación, será sancionado con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años”.

dieciocho años de edad, será sancionado con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años”.⁶⁵¹

Junto con el delito de trata con fines de explotación sexual, se introdujeron otros tipos penales muy parecidos, pero con penas menores, que también forman parte del espectro de lo que se categoriza como explotación sexual:

Quien con violencia, amenaza, intimidación o engaño utilizare a personas mayores de edad, en espectáculos que impliquen la exhibición total o parcial de su cuerpo con fines sexuales, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años.⁶⁵²

El que induzca, promueva, favorezca, facilite la explotación sexual de personas menores de dieciocho años de edad, o de las que tienen discapacidad, a cambio de remuneración o cualquier otra retribución, o se apropie de todo o parte de estos valores, será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años y el comiso de los bienes adquiridos con los frutos del delito y al pago de la indemnización de daños y perjuicios.⁶⁵³

Además de los tipos penales introducidos en la reforma del año 2005, se conservaron los de proxenetismo que fueron objeto de la reforma del año 1998 y que preveían sanciones mucho menores a los delitos de explotación sexual:

El que promoviere o facilitare la prostitución de otra persona será sancionado con pena de prisión de uno a tres años, salvo que tuviere a su cargo una casa de tolerancia, establecida conforme a los reglamentos que la autoridad competente expidiere para esta clase de establecimientos.⁶⁵⁴

Se impondrá pena de dos a cuatro años de prisión al que explotare la ganancia obtenida por una persona que ejerciere la prostitución.⁶⁵⁵

Se reputará como proxenetismo la conducta del que mediante seducción o engaño sustrajere a una persona para entregarle a otro con el objeto de que tenga relaciones sexuales.⁶⁵⁶

Será sancionado con pena de dos a cuatro años el que promoviere o facilitare la entrada o salida del país o el traslado del territorio de la República de personas para que ejerzan la prostitución.⁶⁵⁷

La múltiple tipificación de conductas en las que se manifiesta la explotación sexual condujo a la dificultad de la judicialización de casos dada la ambigüedad de las normas. Esto a su vez derivó que en la práctica los casos fuera procesados bajo la figura

⁶⁵¹ Cuarto artículo innumerado del capítulo “De los Delitos de Explotación Sexual”, agregado mediante *Ley No. 2*, Registro Oficial 45, 23 de junio del 2005.

⁶⁵² *Ibid.*, segundo artículo innumerado.

⁶⁵³ *Ibid.*, séptimo artículo innumerado.

⁶⁵⁴ Primer artículo innumerado del capítulo “De los delitos de proxenetismo y corrupción de menores”, agregado mediante *Ley No. 105*, Registro Oficial 365, 21 de julio de 1998.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, tercer artículo innumerado.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, cuarto artículo innumerado.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, quinto artículo innumerado.

de *proxenetismo* en lugar de los de *explotación sexual*,⁶⁵⁸ con lo cual se desnaturalizó el sentido inicial de la reforma, es decir, la utilización del derecho penal para establecer un reproche social y jurídico a las conductas que implican la comercialización del cuerpo de mujeres, especialmente niñas, con fines de explotación sexual, y con ello que el derecho penal acoja como bien protegido la libertad e integridad sexual de las mujeres.

De esta verificación de la dimensión formal del discurso penal que da lugar a la tipificación de la trata con fines de explotación sexual, surgen varios cuestionamientos: ¿Cuál es la razón del fraccionamiento del tipo penal? ¿Por qué no era relevante, para la determinación del ilícito, el consentimiento de la víctima de explotación sexual y solamente si la víctima tenía menos de dieciocho años? ¿Qué motivaciones determinaron que no se criminalice la demanda de la explotación sexual, pero sí la de la explotación laboral? . A los discursos, dice Foucault, no es suficiente escudriñarlos para determinar de qué teoría implícita provienen, a qué posturas morales se asocian o a qué ideología dominante responden; también hay que interrogarles sobre los efectos de poder-saber que aseguran, y sobre qué contexto y qué relación de fuerzas hacen que su utilización sea necesaria.⁶⁵⁹

Los procesos de definiciones en el discurso penal están relacionados con la estructura de la sociedad; por lo tanto sus categorías no se construyen al margen de la política sexual que se organiza sobre las percepciones que se tienen de los cuerpos de las mujeres, el rol de la sexualidad masculina y femenina, y las relaciones de poder y subordinación entre los sexos. Las ideas sobre la disociación de la sexualidad femenina, que han justificado históricamente la institución de la prostitución, están arraigadas en el imaginario social, entendido en el sentido que plantea Bourdieu, no como una mera representación mental sino como un régimen de significados que está incrustado en los cuerpos.⁶⁶⁰

El derecho como un discurso social no se escapa de este sistema; al contrario, da cabida a la reproducción de esas ideas e imaginarios y lo hace de múltiples formas, unas explícitas y otras no tanto, pero que en todo caso son útiles para configurar, a través de sus enunciados, la subjetividad femenina desde una visión androcéntrica. Si bien la tipificación de la trata con fines de explotación sexual podría considerarse, en principio,

⁶⁵⁸ Susy Garbay Mancheno, *Trata de personas, impunidad, administración de justicia y derechos humanos: Informe temático n.º 1* (Quito: Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2010), 29-31.

⁶⁵⁹ Foucault, *Historia de la sexualidad*, 1:96.

⁶⁶⁰ Bourdieu, *La dominación masculina*, 57.

como un importante avance —tomando en cuenta además que la mayor parte de las víctimas son mujeres—,⁶⁶¹ la forma en que fue tipificada por primera vez en el legislación ecuatoriana enmascara las ideas generalizadas sobre la prostitución, cuya demanda está constituida básicamente por hombres.

Al ser la prostitución una actividad legal y socialmente aceptada, el derecho penal entra en conflicto porque, por un lado, debe ofrecer una respuesta a la demanda construida en el discurso de los derechos de las mujeres —que le pide sancionar una conducta que mercantiliza el cuerpo de las mujeres para el disfrute sexual de los varones, y por tanto defender como bien jurídico la libertad e integridad sexual de las mujeres—, pero por otro lado, no le interesa anular el derecho de los hombres de acceder al cuerpo de las mujeres a través de la prostitución. Así, el doble parámetro que se utiliza para la criminalización de las diferentes formas de explotación y de la explotación sexual pareciera ofrecer una respuesta ambigua pero satisfactoria a los intereses del patriarcado.

De esta forma se produce una especie de cortocircuito al pretender compendiar en el discurso jurídico penal una problemática de gran complejidad. Es por esto, como señala Bergalli, que continuamente se denuncian las deficiencias de las leyes penales cuando se trata de tipificar conductas que afectan a las mujeres, así como la desviación en su aplicación, mutilando las manifestaciones sociales que las motivan, y eliminando el sentido primigenio de la demanda social y su emplazamiento a un escenario simbólico y semántico distinto.⁶⁶²

4.3. El significado patriarcal de lo femenino en la figura de la trata con fines de explotación sexual

Uno de los primeros casos en los que se aplicó la figura de trata con fines de explotación sexual fue el denominado *La Luna*, debido al nombre de un conocido prostíbulo de la capital ecuatoriana, en el cual luego de un operativo, se rescató a catorce menores de edad que declararon haber sido obligadas a mantener relaciones sexuales a cambio de dinero. También se comprobó que el *administrador* y el *propietario* del lugar

⁶⁶¹ Según datos ofrecidos por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, al menos las tres cuartas partes del total de víctimas de trata son mujeres. Véase ONUDC, “Informe Mundial sobre la Trata de Personas 2018”, ONUDC, 7 de enero de 2019, <https://reliefweb.int/report/world/informe-mundial-sobre-trata-de-personas-2018-resumen-ejecutivo-y-cap-tulo-regional>.

⁶⁶² Bergalli y Bodelón, “La cuestión de las mujeres”, 56.

falsificaron los documentos de identidad de las niñas para alterar los datos relacionados a la edad, y de esa forma eludir su responsabilidad.

En este caso, un tribunal emitió una sentencia condenatoria en contra del dueño del prostíbulo, el administrador y varias personas que realizaban diferentes actividades en la gestión y funcionamiento del lugar donde se explotaba sexualmente a las niñas.⁶⁶³ Esta sentencia fue objeto de un recurso de casación, mediante el cual se dejó en libertad a los acusados, utilizando en su discurso eufemismos para mutar el sentido de la acción ilícita como una simple actividad mercantil. Así, en relación al dueño del lugar de explotación, que inicialmente fue acusado de autor del delito de explotación sexual, la Corte Nacional aclara:

En efecto, el hecho de ser propietario del establecimiento en que funciona el Night Club y el haber pagado los impuestos no constituye facilitación para el ejercicio de la prostitución como erradamente afirma el juzgador ya que la facilitación significa gramaticalmente hacer fácil o posible que la menor ejerza la prostitución, proporcionándole la ayuda necesaria para tal ejercicio. El facilitador no convence a la víctima para que ejerza el comercio carnal si no que aquella decide ejercerlo por sí misma o se encuentre ejerciendo, pero enfrenta dificultades para ejercerlo por primera vez o para continuar ejerciéndole y por lo cual, acude al facilitador para que remueva los obstáculos que le impidan dedicarse a la prostitución o continuar ejerciendo el comercio sexual; de tal modo que, entre el facilitador y la facilitada necesariamente debe haber un contacto o trato, en el que se exprese el monto económico que recibe por la facilitación, en consideración a que el delito de explotación es un delito de lucro. Por tanto, el fallo condenatorio dictado contra el acusado [...] ahora recurrente se encuentra inmotivado porque se encuentra en contradicción o es incoherente con los hechos efectivamente probados en la audiencia de juzgamiento⁶⁶⁴

La narrativa jurídica citada, observada desde una postura crítica, deja entrever las ideas dominantes sobre la prostitución, que no permiten cuestionar el ejercicio de poder y violencia contra las mujeres, y en este caso mujeres niñas, que son nombradas como víctimas pero al mismo tiempo como prostitutas. Así, el discurso hace suponer que en este caso las niñas se dedicaban a la actividad como una elección de vida y que el dueño del lugar, el que se enriquecía del ilícito, al cumplir con las obligaciones tributarias, realizaba una actividad legal ofreciendo un espacio para que las niñas puedan llevar a cabo sus labores.

Además del propietario, en primera instancia se acusó de complicidad a varias personas que tenía diferentes funciones dentro del lugar de explotación, como el cobro de

⁶⁶³ Ecuador Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. “Sentencia”, en *Juicio n.º 871-2009*, 11 de noviembre de 2011, Registro Oficial Edición Especial 38, 7 de agosto de 2013, 10.

⁶⁶⁴ Ecuador Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Juicio n.º 871-2009*, 25 de noviembre de 2009, 2.

dinero de las actividades de explotación del cuerpo de las menores, o la de asegurarse de que ellas propicien el consumo de licor por parte de los *clientes*. Sin embargo, los jueces de la Corte Nacional consideraron que no eran cómplices de un ilícito, sino trabajadores:

Es de considerar también que los trabajadores de los Night Club prestan servicios lícitos y personales a su empleador y a cambio reciben un estipendio necesario para la mantención de sus familias, por lo que no se les puede atribuir complicidad por realizar un trabajo lícito bajo la dependencia de su patrono, quien es el responsable de las conductas ilícitas que realiza pero en ningún caso sus trabajadores.

El discurso jurídico es un discurso social que otorga sentido a las conductas sobre las que interviene, les atribuye un significado, y configura la realidad sobre la que actúa. Aunque la dimensión formal del discurso penal se muestra en apariencia coherente con la demanda de un sector de la sociedad de criminalizar la explotación sexual, la sola regulación no lo garantiza, porque ni su tipificación ni su aplicación en casos concretos están exentas de determinaciones ideológicas que reproducen el orden social patriarcal.

En este sentido, Alessandro Baratta sostiene que desde una perspectiva crítica, el sistema de justicia penal es observado como un “sotossistema social que contribuye a la producción material e ideológica (legitimación) de las relaciones sociales de desigualdad”.⁶⁶⁵ De esta forma, en la sentencia aludida, el discurso que se considera legítimo por provenir de jueces de la Corte Nacional de Justicia, les da un significado a los hechos objeto de la causa penal, desmontando la idea de que se trata de un acto condenable, sino al contrario de una actividad legal en la que participan las mujeres niñas por su propia voluntad, y reproduciendo de forma implícita la idea de la víctima culpable de la tradición positivista.

Este discurso se identifica en otras sentencias resueltas por la Corte Nacional de Justicia. En un caso que resuelve un recurso de casación presentado por la Fiscalía de El Oro, de una sentencia emitida por el Tribunal Primero de lo Penal, por la cual absolvió a uno de acusados y copropietario del burdel *La Fuentecita*,⁶⁶⁶ los jueces ratificaron la sentencia absolutoria con un elaborado y confuso argumento. En efecto, afirman que el delito en mención es de carácter “consensual”, pues para los jueces la víctima de este delito acepta prostituirse, en tanto que el facilitador de la prostitución es un intermediario comercial, que lo que hace es ofrecerle a la prostituta la infraestructura y los clientes. Por

⁶⁶⁵ Baratta, “El paradigma del género”, 57.

⁶⁶⁶ Ecuador Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Juicio n.º 75-2010*, 11 de febrero de 2010, Registro Oficial Edición Especial 429, 15 de abril de 2013.

esto, en opinión de la más alta Corte de Justicia, era menester que entre el cliente y el facilitador exista una relación directa para que se configure el delito:

El proxenetismo es un delito consensual porque en la promoción de prostitución, el sujeto activo acepta prostituirse; en tanto que en la facilitación de la prostitución ya se encuentra prostituida, pero en todo caso, la ayuda que presta el facilitador no es carácter principal, porque el sujeto pasivo ya se encuentra prostituido y solamente le presta el local o le busca los clientes para que pueda realizar el comercio sexual, tan cierto es esto que, cuando la casa es de tolerancia funciona con la debida autorización de la autoridad competente, lo cual excluye la tipicidad de la conducta facilitadora. Sin embargo, para que la conducta sea típica se requiere que el sujeto activo y el pasivo se relacionen o tengan contacto, en el sentido de que la segunda solicita la ayuda o facilitación del sujeto pasivo; por lo que, si no existe esta relación, la conducta no es típica.⁶⁶⁷

Otro de los casos juzgados con las reformas del 2005 fue el denominado *El triángulo*, en razón del nombre del prostíbulo ubicado en la provincia de Imbabura, en el que luego de un operativo policial que se realizó con cobertura de medios de comunicación, en el 2009, encontraron encerradas con candados a varias mujeres de origen colombiano que habían sido trasladadas bajo engaños desde su país natal para ser explotadas sexualmente: “El domingo 26 de abril del 2009, en horas de la madrugada en delito flagrante, personal de la Policía han allanado el Nigth Club denominado El Triángulo, y en las habitaciones ubicadas a un lado del inmueble, han encontrado ciudadanas colombianas encerradas con candados, siendo rescatadas por la Policía; quienes habían sido traídas al país con engaños [...]”.⁶⁶⁸

El lugar fue allanado para rescatar a las víctimas y se receptó los testimonios urgentes, diligencias que dieron inicio a una investigación por el delito de trata con fines de explotación sexual, sin embargo, estas actuaciones que fueron autorizadas por un juez de garantías penales de Imbabura, fueron posteriormente invalidados por el mismo juez, con lo cual se absolvió a los explotadores. Esta decisión fue ratificada por la Segunda Sala de lo Penal y posteriormente por la Corte Nacional de Justicia al resolver un recurso de casación presentado por la Fiscalía. Los jueces de la más alta corte de justicia recurren al discurso de la formalidad jurídica para respaldar la decisión de los jueces inferiores:

Ya que la sentencia dictada por la Corte Provincial valora la prueba en base a las reglas de la sana crítica, esto es que aplicaron la recta razón e inteligencia humana, es decir como dispone el Art. 86 ibídem; es necesario señalar que es obligación exclusiva del recurrente establecer con claridad y precisión las normas jurídicas que cree han sido vulneradas y demostrar cómo se afectó en la sentencia recurrida.- La sentencia dictada por la Sala de

⁶⁶⁷ *Ibid.*, 2.

⁶⁶⁸ Ecuador Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Juicio n.º 457-2010*, 27 de abril de 2012, Registro Oficial Edición Jurídica 70, 18 de mayo de 2016, 1.

lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, se encuentra debidamente motivada tanto en los hechos, como en las normas jurídicas que tienen pertinencia en el presente caso, como disponen los Arts. 304-A, 309 y 345 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo que dispone el Art. 76, numeral 7, literal I, es decir, los juzgadores actuaron aplicando correctamente la ley y con ella la valoración de la prueba.⁶⁶⁹

La tipificación de la explotación sexual no es suficiente para que el derecho asuma la protección de la libertad e integridad sexual como bienes jurídicos, aunque así rece en sus enunciados. El discurso penal trascendiendo su dimensión formal, se encarga de fortalecer las ideas y significados que el patriarcado defiende sobre la prostitución, la sexualidad y los cuerpos femeninos, pero de esta operación no solo se ocupan los discursos de las sentencias absolutorias, sino también de las que resuelven sancionar la explotación sexual cuando se refieren a las víctimas, que además son niñas de corta edad, como *trabajadoras sexuales* o *sexo servidoras*.⁶⁷⁰ Inclusive si la víctima es una niña con discapacidad auditiva y verbal, se la identifica como trabajadora sexual:

Efectuados los allanamientos son encontradas algunas menores de edad que prestaban servicios sexuales y ciertas evidencias, pues dichos locales funcionaban como prostíbulos clandestinos, sin tener autorización para esas actividades [...] en este caso no solo existe una víctima menor de edad, sino que es una persona discapacitada, sordo muda, que se la encuentra trabajando en los cabarets de propiedad del acusado; que también se llegó a determinar que una de las menores que ejercía prostitución en uno de estos centros allanados, era la hermana del acusado.⁶⁷¹

Estos enunciados del discurso penal refuerzan la idea generalizada de la sexualización de los cuerpos femeninos, legitimando así el ejercicio del poder y dominación masculina que está incrustado en el orden social y que el derecho no es capaz de remover porque su producción y reproducción no se da al margen de estas concepciones. Como señala Bergalli, “[e]sta es la gran paradoja: mientras la desigualdad existe en el ‘ser’, la igualdad ‘debe ser’. ¡Extraordinaria capacidad ésta de las formas y el saber jurídico que mediante un procedimiento de “positivación” de los derechos logra dar respuesta y satisfacer las demandas que en el terreno social quedan huérfanas”.⁶⁷²

⁶⁶⁹ *Ibíd.*, 4.

⁶⁷⁰ Ecuador Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Penal, “Sentencia” en *Juicio n.º 1413-2009*, 22 de marzo de 2012, Registro Oficial Edición Jurídica 65, 16 de mayo de 2016; Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Penal, “Sentencia” en *Juicio n.º 881-2009*, 27 de agosto de 2012, Registro Oficial Edición Jurídica 26, 2 de mayo de 2016; Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Juicio n.º 215-2012*, 15 de mayo de 2012, Registro Oficial Edición Especial 505, 18 de febrero de 2016; Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Penal “Sentencia” en *Juicio no. 1129-2015*, 4 de febrero de 2016.

⁶⁷¹ Ecuador Corte Nacional de Justicia del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 215-2012*, 15 de mayo de 2012, Registro Oficial Edición Especial 505, 18 de febrero de 2016, 2.

⁶⁷² Bergalli y Bodelón, “La cuestión de las mujeres”, 72.

4.4. La edad: elemento identitario de la víctima de trata con fines de explotación sexual en la narrativa penal

Las últimas reformas a la normativa penal ecuatoriana se llevaron a cabo en el año 2014, mediante la expedición del Código Orgánico Integral Penal. Como era de esperarse, las organizaciones feministas y de mujeres vieron en este proceso la oportunidad para demandar las tradicionales reivindicaciones exigidas al derecho penal, esto es que sancione con severidad las conductas que afectan los derechos de las mujeres. Con relación a las conductas de explotación sexual, el nuevo texto eliminó la figura de proxenetismo y se formularon varias figuras que tipifican algunas expresiones de la explotación sexual.

El tipo penal de *trata de personas* fue unificado de forma que sanciona con la misma pena y bajo los mismos criterios, la captación, transporte, traslado, entrega, acogida para sí o para un tercero, de una o más personas, sea fuera o dentro del país con cualquier fin de explotación, incluida la de carácter sexual. Se define como explotación “toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o trabajo, obtenidos de: [...] [l]a explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil”.⁶⁷³

Además de la trata de personas, se tipifica en otra disposición el delito de *explotación sexual de personas* que sanciona a quien en beneficio de sí mismo o de terceras personas “venta, preste, aproveche o dé en intercambio a otra para ejecutar uno o más actos de naturaleza sexual”.⁶⁷⁴ Junto con estas figuras se incluye la de *prostitución forzada* que criminaliza a quien “obligue, exija, imponga, promueva o induzca a otra en contra de su voluntad para realizar uno o más actos de naturaleza sexual”⁶⁷⁵, siempre y cuando estas conductas se lleven a cabo en determinadas circunstancias:

1. Cuando se aproveche de condiciones de vulnerabilidad de la víctima o se utilice violencia, amenaza o intimidación.

⁶⁷³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 91.

⁶⁷⁴ *Ibíd.*, art. 100.

⁶⁷⁵ *Ibíd.*

2. Cuando el infractor mantenga o haya mantenido una relación familiar, consensual de pareja, sea cónyuge, conviviente, exconviviente, pareja o expareja en unión de hecho, de familia o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima.
3. Cuando tenga algún tipo de relación de confianza o autoridad con la víctima.⁶⁷⁶

También forman parte de los delitos de explotación sexual las figuras de turismo sexual y pornografía infantil, en cuyos casos se sanciona también las transacciones alrededor de estos delitos, como es la contratación de actividades turísticas que conlleven servicios sexuales así como la compra de material que contenga pornografía infantil. En los demás delitos no se contemplan sanciones para los *usuarios* o *consumidores* de las otras formas de explotación sexual.

Un aparente cambio sustancial con relación a la anterior ley es que explícitamente se establece que el consentimiento de la víctima de cualquier edad no constituye ni eximente ni atenuante penal.⁶⁷⁷ No obstante, ya en la aplicación, esta disposición entra en conflicto con otra que establece que “en los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante”.⁶⁷⁸

En cuanto a las sanciones, las reformas aprobadas contemplan un severo endurecimiento de penas y uniformidad de estas. Así, para los delitos de trata de personas, explotación sexual y prostitución forzada, se prevé sanciones entre trece y dieciséis años de privación de libertad, pudiendo llegar a veintiséis años en el delito de trata y diecinueve años en el caso de explotación sexual, si se configuran determinadas circunstancias agravantes. Con estas reformas, el discurso jurídico penal sobre la explotación sexual supera, al menos formalmente, la idea contemplada en la ley anterior que relacionaba este concepto exclusivamente con menores de edad.

A pesar de la terminología neutra incorporada en los tipos penales, la explotación sexual se materializa en los cuerpos de las mujeres; por su parte, el discurso jurídico penal plasmado en la jurisprudencia se encarga de seleccionar a las mujeres que considera afectadas por estas conductas y desecha a otras en función de la edad. De este modo, la minoría de edad aparece como un elemento determinante para considerar la configuración de la explotación sexual. Para ello, los juzgadores utilizan varios argumentos a través de los cuales van incorporando en los elementos del ilícito, otros que no constan en la dimensión formal del discurso jurídico.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, art. 101.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, art. 110, num. 5.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, art. 175.

En uno de los casos que se juzga por el delito de trata de personas con fines de explotación sexual,⁶⁷⁹ el juez afirma qué edad es un elemento del tipo penal:

En cuanto al elemento normativo, en el caso de trata de personas, es la minoría de edad, lo que fue probado con la incorporación a juicio de la partida de nacimiento de la menor M.B. C.A., quien a la fecha de los hechos contaba con 14 años seis meses de edad, pues nació el 26 de abril del 2000 [...].⁶⁸⁰

Similar argumentación aparece en otra sentencia condenatoria de trata con fines de explotación sexual, en la cual el juzgador, al hacer la valoración jurídica de la conducta denunciada, afirma que si bien no se ha constatado que la niña haya sido amenazada o forzada, no es necesario probarlo ya que, de acuerdo con el Protocolo de Palermo, en casos de trata de personas cuando las víctimas son menores de dieciocho años, el delito se configura aún cuando no se evidencie ninguna forma de coacción. En palabras del juez, esto “tiene su razón de ser porque el consentimiento de los menores es irrelevante, ante lo cual el sometimiento, como elemento objetivo del tipo, se lo deduce precisamente de la minoridad de la víctima”.⁶⁸¹ Además, se refuerza esta idea invocando la norma del Código Integral Penal que dispone en que en casos de delitos contra la integridad sexual, el consentimiento ofrecido por la víctima menor de dieciocho años es irrelevante,⁶⁸² cuando el mismo Código establece que en los casos de trata, el consentimiento de la víctima, sin determinar la edad, es siempre irrelevante.⁶⁸³

⁶⁷⁹ Art. 91: “Trata de personas.- La captación, transportación, traslado, entrega, acogida o recepción para sí o para un tercero, de una o más personas, ya sea dentro del país o desde o hacia otros países con fines de explotación, constituye delito de trata de personas.

Constituye explotación, toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo, obtenidos de:

1. La extracción o comercialización ilegal de órganos, tejidos, fluidos o material genético de personas vivas, incluido el turismo para la donación o trasplante de órganos.
2. La explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil.
3. La explotación laboral, incluido el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas y el trabajo infantil.
4. Promesa de matrimonio o unión de hecho servil, incluida la unión de hecho precoz, arreglada, como indemnización o transacción, temporal o para fines de procreación.
5. La adopción ilegal de niñas, niños y adolescentes.
6. La mendicidad.
7. Reclutamiento forzoso para conflictos armados o para el cometimiento de actos penados por la ley.
8. Cualquier otra modalidad de explotación”.

⁶⁸⁰ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Tribunal de Garantías Penales de Quito, “Sentencia”, en *Juicio n.º 17842-2014-0750*, 4 de noviembre de 2015, 16.

⁶⁸¹ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Loja, Tribunal de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio n.º 11258-2016-00163*, 1 de septiembre de 2017, 7.

⁶⁸² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 175.

⁶⁸³ *Ibid.*, art. 110, num. 5.

La asociación de la edad con la configuración del delito no es un aspecto menor, pues sirve para asegurar que en los casos en que las víctimas son mayores de dieciocho años, sea un argumento para desechar la ilicitud de la conducta. Y es que la edad de las víctimas aparece vinculada a la capacidad de ofrecer consentimiento aunque este, de acuerdo con el Código Integral Penal y el Protocolo de Palermo, no es relevante en ningún caso en el delito de trata de personas. En un dictamen absolutorio, por ejemplo, se justifica el sobreseimiento de una persona procesada por delito de trata de personas con fines de explotación sexual, argumentando falsamente que el Protocolo de Palermo considera irrelevante el consentimiento exclusivamente de las personas menores de edad:

El Protocolo admite que el ejercicio de la libre voluntad de la víctima a menudo se ve limitado por la fuerza, el engaño o el abuso de poder. Se respeta la capacidad de los adultos de tomar por sí mismos decisiones acerca de su vida, concretamente en cuanto a las opciones de trabajo y migración. Sin embargo, en el Protocolo se excluye la defensa basada en el consentimiento cuando se demuestre que se ha recurrido a medios indebidos para obtenerlos. Un niño no puede consentir en ser objeto de trata; el Protocolo excluye toda posibilidad de consentimiento cuando la víctima es menor de 18 años.⁶⁸⁴

Con base en esta falaz argumentación, la juzgadora en ese caso concluye que las “denunciantes ejercían la prostitución de manera voluntaria y lo único que reclamaban es una deuda”,⁶⁸⁵ transformando así uno de los elementos con los que se buscaba probar la explotación, que era la falsa oferta de una retribución económica. En otro caso cuyos hechos son similares pero las víctimas son menores de edad, la falta de la entrega de dinero a las niñas fue considerada como “otra fase del engaño ejercido en las víctimas, las que una vez sometidas al círculo delictivo son objeto de amenazas contra su persona y de sus familiares.”⁶⁸⁶

En otro caso estudiado, que termina con una sentencia condenatoria por el delito de trata con fines de explotación sexual, en lugar de invocar la definición del delito contenido en la normativa penal, que establece como sujetos pasivos a las personas de cualquier edad,⁶⁸⁷ se recurre al concepto que recoge el Código de la Niñez y

⁶⁸⁴ Ecuador, Unidad Judicial Penal de la Parroquia Quitumbe, “Dictamen de sobreseimiento definitivo”, en *Juicio n.º 17283-2018-01211*, 13 de diciembre de 2018, 9.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, 10.

⁶⁸⁶ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Tribunal de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio n.º 17282-2017-01869*, 22 de junio de 2018, 17.

⁶⁸⁷ Art. 91: “[...] Constituye explotación, toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo, obtenidos de: [...] 2. La explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil”.

Adolescencia, que determina que la explotación sexual constituye la prostitución y pornografía infantil,⁶⁸⁸ cuyos sujetos son únicamente niños y niñas.⁶⁸⁹

Desde esta perspectiva, la explotación sexual es asumida por el discurso jurídico penal como un problema de edad y consentimiento, de forma que se reprocha jurídicamente los casos que involucran a niñas y adolescentes porque son consideradas incapaces de tomar decisiones sobre su sexualidad, como consta en uno de los casos revisados:

El Tribunal, acertadamente arriba a la conclusión de que, el acusado conoció y quiso la realización ahondando en la vulnerabilidad de la víctima pues se trata de una menor de edad a quien la ley no le da facultad de decisión sobre su sexualidad, por cuanto se trata de una persona, que no tiene la facultad de autodeterminación física y psíquica y un nivel de conciencia claro para decidir sobre su comportamiento sexual.⁶⁹⁰

Argumento similar se identifica en otra sentencia condenatoria cuyas víctimas son dos adolescentes. Al referirse a los bienes jurídicos quebrantados los juzgadores señalan: “no se puede hablar solo de libertad sexual como bien jurídico protegido, dada la edad de las víctimas, que no tienen condición de prestar válidamente su consentimiento ni de decidir sobre su libertad sexual, por lo que el Estado precautela en este caso también la indemnidad o intangibilidad sexual de los niños, niñas y adolescentes”.⁶⁹¹ Al mismo tiempo, se deja claro que el reproche penal no es al pacto para comercializar los cuerpos de las mujeres, el problema es que el pacto es para comercializar con cuerpos de menores de edad porque constituye un atentado a la “salud colectiva, la moral sexual pública, las buenas costumbres, el normal desarrollo de las relaciones sexuales [...]”.⁶⁹²

El discurso jurídico penal puede invisibilizar a una mujer adulta y nombrar como víctima únicamente a la menor de edad, aún cuando las dos hayan pasado por la misma experiencia: En uno de los casos analizados, un hombre las mantiene bajo su dominio, les obliga a prostituirse, les obliga a entregar diariamente una cantidad de dinero sin que ellas puedan disponer de alguna parte de esa *ganancia*, las agrede físicamente y

⁶⁸⁸ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003.

⁶⁸⁹ Art. 69: “Concepto de explotación sexual.- Constituyen explotación sexual la prostitución y la pornografía infantil. Prostitución infantil es la utilización de un niño, niña o adolescente en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. Pornografía infantil es toda representación, por cualquier medio, de un niño, niña y adolescente en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas; o de sus órganos genitales, con la finalidad de promover, sugerir o evocar la actividad sexual”.

⁶⁹⁰ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Tribunal de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio n.º 17284-2014-0750*, 4 de noviembre de 2015, 15-6.

⁶⁹¹ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Manabí, Tribunal de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio n.º 13284-2016-00728*, 21 de marzo de 2017, 75.

⁶⁹² *Ibid.*, 78.

psicológicamente. Inclusive en la investigación inicial se reconoce a las dos mujeres como víctimas de explotación, como lo hace saber el relato testimonial de un miembro de la policía: “yo la iba a meter presa a la señora VMP quien es mayor de edad, hablé con el fiscal y me dijo que ella era víctima”;⁶⁹³ no obstante, en la parte resolutive, los jueces la abandonan, se la deja de nombrar y se estatuye jurídicamente como víctima de trata con fines de explotación sexual, únicamente a la menor de edad.⁶⁹⁴

Robert Gordon propone que para identificar los imaginarios y representaciones que están presentes en el discurso jurídico, es necesario también fijarse en aquellas formas en que se muestra no controvertido o neutral, y no solamente en los enunciados a través de los cuales el derecho de forma explícita muestra a qué expresión del poder responde.⁶⁹⁵ Es decir, también es importante poner atención a lo que el discurso omite decir, porque eso que no se dice es un vaciado que debilita desde el interior lo que dice ese discurso.⁶⁹⁶

En otro de los casos estudiados se observa cómo, a través de diferentes voces, se va atribuyendo sentido a hechos para que dejen de ser ilícitos y se transformen en una situación que forma parte del paisaje social: la prostitución. El caso trata de una niña de catorce años encontrada en un burdel, pero que había sido víctima de violencia sexual previamente y había estado en condición de calle desde los once años. La voz de una profesional de psicología que actúa como perita sirve para desplazarla de la condición de víctima a la condición de trabajadora sexual:

La niña en la entrevista narró que venía de un hogar disgregado y mencionaba abuso sexual por parte de un inquilino en la casa de sus abuelos [...] que mencionó a un señor de nombre César, quien la había tenido sexualmente primero cuando ella llegó al prostíbulo, y luego la había puesto a disposición de los clientes; que ella sobrevive mediante aceptar y dejar; [...] que cuando la evaluó, ella no estaba en situación de víctima y estaba asintomática y para ella el trabajo sexual ya no era traumático y lo ve como algo normal.⁶⁹⁷

En el mismo proceso, también participa en la configuración de la subjetividad jurídica, la voz de una profesional de la medicina, quien interpreta el significado de las lesiones en el cuerpo de la niña como muestras de relaciones sexuales consentidas y no impuestas con violencia:

⁶⁹³ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, Tribunal de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio n.º 12283-2016-00839*, 25 de noviembre de 2016, 3.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, 9.

⁶⁹⁵ Gordon, “Nuevos desarrollos en la teoría jurídica”, 332.

⁶⁹⁶ Foucault, *La arqueología del saber*, 38.

⁶⁹⁷ Ecuador Tribunal de Garantías Penales de Loja, Corte Provincia de Justicia de Loja, “Sentencia”, en *Juicio n.º 11258-2016-001663*, 1 de septiembre de 2017, 6.

Una sugilación es lo que comúnmente se conoce como un “chupete”, que es una equimosis superficial que produce un color morado pero no es dolorosa, y que este tipo de sugilaciones se dan en una relación consentida y se encuentran en zonas erógenas y escondidas como el cuello, las mamas y los glúteos, porque son motivo de vergüenza; que por lo general las trabajadoras sexuales no tienen relaciones sexuales con afecto, y no van a permitir que se les deje sugilaciones.⁶⁹⁸

El discurso jurídico interactúa con otros discursos sociales como el de la psicología o la medicina, a través de mecanismos sutiles pero determinantes que van configurando, mediante los rituales del derecho (como las pericias, los testimonios, las audiencias), la subjetividad femenina en la explotación sexual; esta subjetividad queda estatuida en la sentencia: “el Tribunal considera que la prueba actuada por la fiscalía, no ha logrado comprobar de forma fehaciente la existencia material de la infracción, ni la responsabilidad penal del acusado, como para que se pueda dictar sentencia condenatoria; o al menos surge la duda, la que por imperativo mandato de la Constitución y la Ley, debe ser aplicada a favor del reo”.⁶⁹⁹ De este modo, aunque se trata de una niña, el juez que tiene el poder de enunciar y establecer quién es víctima y quién no, termina movilizándola del estatus víctima de explotación sexual al de prostituta, narrativa que tiene un significado político, pues en el imaginario social quien se prostituye lo hace porque así lo decide.

Alicia Ruíz recalca que el discurso jurídico deja su marca en la configuración de las identidades mediante inagotables interpelaciones que se van enlazando con relativa estabilidad. La categoría de víctima o de otro sujeto no es instituida por el derecho de una sola vez y para siempre, así como tampoco la instituye de una sola forma; en realidad el discurso jurídico realiza una operación compleja y hasta contradictoria.⁷⁰⁰ Aun cuando la minoría de edad aparece en el discurso jurídico penal, en la dimensión correspondiente a la interpretación, como un elemento determinante para la categorización de la víctima de trata con fines de explotación sexual, no siempre es suficiente. En este caso la niña había vivido experiencias sexuales desde muy temprana edad, escapó varias veces de su casa y vivió en la calle, lo que también parece haber sido valorado para no considerarla jurídicamente como víctima.

En los discursos que se utilizan para estatuir jurídicamente la explotación sexual, está ausente cualquier referencia a la idea de la superioridad masculina que se materializa

⁶⁹⁸ *Ibid.*, 8.

⁶⁹⁹ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Loja, Tribunal de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio n.º 11258-2016-00163*, 1 de septiembre de 2017, 13.

⁷⁰⁰ Ruíz, “De las mujeres y el derecho”, 14.

en el uso de la fuerza y violencia sobre el cuerpo de las mujeres, aunque se reconoce la existencia de la relación de poder adultocéntrica para explicar la vulnerabilidad de las niñas que han sido objeto de la explotación: “El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, libertad sexual, dignidad humana, los mismos que fueron vulnerados por los procesados al ejecutar el delito [...] aprovechándose de su bajo nivel económico y la relación de poder, entendiéndose éste, por la diferencia de edad entre los procesados con las víctimas [...]”.⁷⁰¹ Sin embargo, al mismo tiempo que se hace este reconocimiento, no se pasa por alto el examen de la *resistencia* de las víctimas al ejercicio de violencia sexual; entonces se recurre a la pericia médica para que explique por qué no hay huellas físicas que demuestren cuánta oposición pusieron las víctimas para impedir ser violentadas, o en su caso justificar sobre la imposibilidad de resistencia física de la víctima en la imposición de la conducta sexual.⁷⁰² Todas estas son operaciones simbólicas que utiliza el derecho para ofrecer un significado de lo femenino en las conductas que se relacionan con su cuerpo y su sexualidad.

El elemento de la edad de la víctima de los delitos de trata con fines de explotación sexual no es considerado como relevante en la dimensión formal del discurso penal, sin embargo, en su aplicación, a través de las decisiones judiciales, se transmiten concepciones ideológicas, creencias, mitos e imaginarios, haciendo de la edad un elemento determinante en la configuración de la identidad de la víctima de estos delitos. Como afirma Alicia Ruíz, el discurso jurídico es complejo y paradójico en la enunciación que cada uno de los actores hace: adicionando, cambiando o eliminando sentidos, el derecho juega un rol importante en la creación de subjetividad e identidad individual y social.⁷⁰³

Las teorías jurídicas críticas insisten en dejar de observar al derecho solamente en su dimensión formal, para en lugar de ello trascender la normatividad y asumir que el derecho es un discurso social que legitima las relaciones de poder y contribuye en la configuración del orden social. El discurso jurídico penal tiene la potestad de prescribir lo que es reprochable y lo que no lo es, y con ello naturaliza las relaciones sociales mediante un proceso de “legitimación selectiva”⁷⁰⁴ de algunas de esas relaciones. En un

⁷⁰¹ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Manabí, Tribunal de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio n.º 13284-2016-00728*, 21 de marzo de 2017, 82.

⁷⁰² Ecuador Corte Provincial de Manabí, Tribunal de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio n.º 13284-2016-00728*, 21 de marzo de 2017, 5-6 y 73.

⁷⁰³ Ruíz, “De las mujeres y el derecho”, 14.

⁷⁰⁴ *Ibíd.*

informe elaborado por varias organizaciones, advierten del impacto que tienen los estereotipos de género tienen en la ineficaz respuesta judicial y la consecuente desprotección de las víctimas.⁷⁰⁵ Así mismo se cuestiona la recompensa social que en una sociedad patriarcal se ofrece a quienes, desde la demanda, promueven la explotación sexual: “Sigue imperando las creencias y valores sobre el delito y sobre las víctimas de una sociedad machista y adultocéntrica y se naturalizan y premian estereotipos sobre los usuarios de trata que deberían ser sancionados social y punitivamente.”⁷⁰⁶

La explotación sexual se expresa en diferentes conductas que afectan principalmente a las mujeres; las narrativas de las víctimas, en sus testimonios, dan cuenta de inimaginables niveles de violencia a las que han sido sometidas con el fin de convertirlas en objetos de satisfacción sexual masculina. Sin embargo, estas conductas no pueden ser analizadas sin tomar en cuenta a la prostitución, como una institución patriarcal legitimada y legalizada en el marco de una política sexual que se sustenta en la idea de la superioridad masculina, que es aceptada de manera general y que asegura un lugar de privilegio a los varones en el ámbito de la sexualidad.⁷⁰⁷

Como señala Kate Millet, en el patriarcado el sentido de culpa y vergüenza que infunde la sexualidad recae infaliblemente en la mujer, a la que siempre se considera culturalmente como responsable en toda circunstancia. Al mismo tiempo, hay todo un trabajo simbólico para cosificar los cuerpos femeninos, lo que conduce a que las mujeres sean representadas frecuentemente como objetos sexuales y menos como personas.⁷⁰⁸

Si bien el derecho incorpora las demandas de criminalización de las conductas de explotación sexual, su aplicación no está exenta de conflicto porque al hacerlo no tiene la intención de afectar el derecho masculino para acceder al cuerpo de las mujeres. De esa forma, a través del discurso jurídico penal, la adultez de las mujeres se convierte en un elemento justificativo para calificar las conductas de explotación sexual como prostitución, desplazándolas así al ámbito de la legitimidad.

La idea del derecho penal como herramienta para proteger los derechos de las mujeres o modificar el orden social que reproduce y naturaliza la violencia sexual contra

⁷⁰⁵ Grupo de Trabajo por los Derechos Humanos de las Mujeres, Niñas, Niños y Adolescentes, et al., Informe sobre trata de personas y explotación de la prostitución. Ecuador, Septiembre 2020, párr. 14, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_CSS_ECU_43492_S.docx

⁷⁰⁶ *Ibid.*, párr. 61

⁷⁰⁷ Millet, *Política sexual*, 72-3.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, 118.

las mujeres en el delito de trata, constituye un espejismo.⁷⁰⁹ Las categorías y conceptos incluidos en la normativa penal no se hacen por fuera de los cimientos epistemológicos y ontológicos del patriarcado en el derecho. Así, cuando el derecho define a los sujetos, lo hace bajo la determinación del contexto en el cual interviene.⁷¹⁰

A través del discurso jurídico se instituye a las víctimas de explotación sexual desde la perspectiva del patriarcado, y aún cuando esto se hace a través de sentencias condenatorias, las víctimas se convierten en sujetos de conductas individuales que son calificadas como ilícitos, pero no como víctimas de un complejo sistema de opresión. A fin de cuentas, el discurso jurídico individualiza la violencia contra las mujeres escondiendo su carácter estructural. Siguiendo la idea de Catharine MacKinnon —quien reflexiona sobre los límites del derecho penal en cumplir con las aspiraciones del feminismo de proteger a las mujeres de la violencia—, se podría afirmar que las reformas penales se basan en la idea de que la criminalización de la explotación sexual la vuelve una conducta ilegítima y reprochable socialmente. No obstante, con estas reformas no se confrontan las razones por las que las mujeres son objeto de explotación sexual ni el rol de Estado en este hecho. Aun cuando el discurso penal en su dimensión formal sugiera que la explotación sexual es reprobable, su tipificación conlleva que en algunos casos se castigue a pocas personas que promueven una conducta que legitima los elementos de la identidad masculina y que al hacerlo son aplaudidas.⁷¹¹

⁷⁰⁹ Aunque resulta extremadamente difícil determinar la dimensión de esta problemática, de lo que se sabe de la información disponible se reconoce que las víctimas de este delito son básicamente mujeres incluidas mujeres transexuales. No es posible tampoco determinar el total de casos judicializados puesto que la información es reservada, pero también porque hay una distorsión entre los datos de la Policía Nacional, de la Fiscalía y de la Función Judicial, a lo que se suma el hecho de que con frecuencia los hechos se procesan bajo otras figuras que tienen elementos similares. En todo caso se evidencia que los casos que llegan a sentencia son muy pocos. Véase: Ecuador, Ministerio de Gobierno, *Plan de Acción contra la Trata de personas, 2019 – 2030* (Quito: Ministerio de Gobierno, 2019), 36 - 78

⁷¹⁰ Mary Dietz e Isabel Vericat, “El contexto es lo que cuenta: Feminismo y teorías de la ciudadanía”, *Debate Feminista*, vol. 1 (1990): 110-1, doi:10.2307/42623887.

⁷¹¹ MacKinnon, “Feminismo, marxismo, método y Estado”, 202-3.

Capítulo cuarto

La construcción de la identidad femenina en el discurso jurídico penal sobre el aborto

El aborto es uno de temas más controversiales de abordar en el debate jurídico, convirtiéndose permanentemente en un ámbito de disputa entre los argumentos de la moral cristiana y de los derechos de las mujeres. Es uno de los pocos temas que perteneciendo al ámbito de lo privado y que involucra la decisión personal de las mujeres, ha merecido la atención e influencia de la Iglesia católica, comprometiendo el postulado del laicismo como carácter de los Estados modernos y mostrando que la Iglesia en alianza con el poder político mantiene un influyente control en temas relacionados a la moral sexual.

Pero el aborto también es un tema de abordaje complejo dentro del feminismo jurídico, pues las estrategias para avanzar en su despenalización han tomado varias vías: la una es apelar a los derechos de la mujeres y su autonomía personal, toda vez que la capacidad reproductiva compromete el cuerpo, la vida y la seguridad de las mujeres. Por otro lado, también se ha utilizado como una estrategia a corto y mediano plazo, la negociación de una ampliación en las causales de no punición, que se mantienen en la mayoría de las legislaciones penales de América Latina, a todos los casos en que el embarazo es producto de una agresión sexual. Para ello se recurre a la narrativa del sufrimiento de la mujer que ha sido violada, dolor equivalente a tortura o trato cruel. No obstante, este argumento no ha sido suficiente; no ha calado en una sociedad de tradición católica que propugna el sufrimiento como una forma de penitencia y purificación.⁷¹² En contrapartida, el argumento de las organizaciones movilizadas en oposición del aborto es que el sufrimiento de las mujeres no es por el embarazo producto de la violación sino por la experiencia del aborto, que se evitaría si tuvieran asistencia psicológica y afectiva.

Adicionalmente, las estrategias feministas encaminadas a la despenalización del aborto se han enfrentado a la noción de la personalidad jurídica del embrión, concepto que ha sido construido simbólicamente y jurídicamente, y que en el discurso jurídico penal

⁷¹² Julieta Lemaitre Ripoll, “El sexo, las mujeres y el inicio de la vida humana en el constitucionalismo católico”, en *El aborto en el derecho transnacional*, ed. Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M. Dickens (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica / Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2016), 315.

adquiere relevancia para la determinación del bien jurídico que pretende proteger, por un lado; y por otro, para la determinación del sujeto activo, es decir, quien comete el crimen.

Asumiendo que el derecho es una práctica discursiva que determina los sujetos y las conductas sobre las cuales interviene, es necesario identificar, como sostiene Foucault, cuáles son los ámbitos institucionales de donde provienen los discursos,⁷¹³ así como las reglas de formación de los discursos punitivos sobre el aborto. A pesar de que el relato imperante que justifica la criminalización de esta conducta es la defensa de la vida, el tratamiento que se ha dado al aborto en el discurso jurídico penal devela que la ofensa que merece el reproche social es la ruptura de normas sexuales impuestas a las mujeres, y que tiene como correlato la mujer pecadora que no acata el mandato divino de la castidad y la maternidad.

En este capítulo se hace una revisión de los argumentos y narrativas que han configurado al aborto como delito. Particularmente en el ámbito del derecho penal ecuatoriano, se rescatan las prácticas discursivas que se han utilizado para mantener la criminalización de esta conducta, así como la operación que adopta para construir la subjetividad femenina, entendida como la concepción del mundo que se construye a partir de los roles asignados mediante normas sociales. A pesar de que el discurso punitivo es el imperante, también han surgido posturas que buscan mover la identidad de la mujer infractora en el aborto, para convertirla en sujeto de derechos. No obstante, los intentos para desplazar al sujeto *mujer que aborta* al ámbito de los derechos han encontrado obstáculos en el ámbito jurídico ecuatoriano frenando los intentos de despenalización del aborto.

1. El aborto: delito y pecado

Para hablar del aborto es necesario referirse a los cuerpos de las mujeres y la sexualidad como una experiencia humana, pero con distinto significado social para hombres y mujeres. Culturalmente, es decir a través de procesos de producción y circulación de significaciones, se ha configurado y asignado atributos sexuales a partir de las características biológicas de hombres y mujeres, diferencias que tienen un peso determinante en la clasificación social. Las características de los cuerpos femeninos han sido “ideologizadas como imperativos biológicos”;⁷¹⁴ así, la función reproductiva se ha

⁷¹³ Foucault, *La arqueología del saber*, 67-9.

⁷¹⁴ Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres*, 292.

constituido en el rasgo que define a lo femenino, por lo tanto la maternidad se convierte en el destino ineludible de las mujeres y su renuncia se considera antinatural.

Mas allá de la innegable capacidad reproductora de las mujeres, la maternidad como elemento central de la identidad femenina responde a un complejo proceso de socialización y control social en el que participan la familia, la medicina, la educación, la religión, los medios de comunicación y el derecho. La familia cumple un papel relevante en la asignación de los roles femeninos, pues el espacio familiar es también espacio de reproducción de la cultura patriarcal, mientras las otras instituciones tienen la función de reforzar el papel asignado a las mujeres en la familia. En este sentido, Kate Millet dice que el patriarcado gravita sobre la institución familiar; esta es su principal instrumento y pilar fundamental: no solamente convence a sus miembros de acoplarse a la sociedad y assimilar sus valores, sino que “facilita el gobierno del estado patriarcal”.⁷¹⁵

La reproducción no es solamente apreciada como una función natural; también adquiere un carácter político y social al considerarla como el medio para garantizar la descendencia familiar y con ello la conservación de los bienes acumulados por la familia patriarcal.⁷¹⁶ En tal sentido, la procreación se convierte en la razón de ser de la constitución de una familia, aspecto central de los postulados del liberalismo clásico, como se ve reflejado en una de las obras clásicas de John Locke: “La sociedad conyugal se constituye merced a un pacto voluntario entre hombre y mujer. Y, aunque consiste, principalmente en el derecho de uno al cuerpo del otro y en una comunión tal como es necesaria para su fin primordial, la procreación [...]”.⁷¹⁷ La procreación es la garantía de la continuidad de la especie humana.⁷¹⁸

El derecho ha traducido este postulado en la legislación civil: en el caso ecuatoriano, hasta el año 2019, el Código Civil definía al “matrimonio como contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.⁷¹⁹ De este modo, la noción imperante es que el ámbito legítimo destinado para la procreación es la familia instituida por el vínculo matrimonial; al mismo

⁷¹⁵ Millet, *Política sexual*, 83.

⁷¹⁶ John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (Quilmes: Universidad Nacional de Quilmes / Prometeo, 2005), 99.

⁷¹⁷ *Ibid.*, 96.

⁷¹⁸ *Ibid.*

⁷¹⁹ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 81. Por resolución de la Corte Constitucional No. 10, publicada en Registro Oficial 96, Suplemento, 8 de julio del 2019, se declaró la inconstitucionalidad de la expresión “un hombre y una mujer” y del término “procrear”.

tiempo, la sexualidad y la maternidad, concebidas como aspectos centrales del estatus femenino, son ámbitos de disciplinamiento y reglamentación.⁷²⁰

El primer espacio de ejercicio disciplinante de la sexualidad femenina es justamente la familia patriarcal. Para ello, el Estado ha realizado una delegación de su potestad punitiva a la figura del *pater familias* e inclusive a otros varones que ejercen ese rol. La tipificación del aborto es otra de las figuras utilizadas por el derecho penal para reglamentar y disciplinar el ámbito de la maternidad, y garantizar el dominio sobre los cuerpos de las mujeres.

El aborto no siempre fue objeto de punición aunque su práctica no ha estado ausente en las sociedades occidentales.⁷²¹ Es bajo la influencia del cristianismo que esta práctica se considera como un pecado y además un delito contra la vida. Justamente el debate alrededor de la vida como bien jurídico es central en las discusiones sobre el aborto hasta la actualidad.

La mayoría de las legislaciones reconocen la protección jurídica de la vida desde el momento de la concepción. Así, la Constitución ecuatoriana, cuando aborda los derechos de la niñez y adolescencia, reconoce y garantiza la vida y su protección desde la concepción.⁷²² Este reconocimiento otorga un estatus jurídico al no nacido que, desde la posición de quienes condenan el aborto, le hace acreedor del derecho *preferente* a ocupar el cuerpo de la madre, como plantea John Finnis.⁷²³

Las posturas sobre la ilegitimidad del aborto en cualquier circunstancia han tenido como principal sustento ideológico la doctrina cristiana, destacándose la influencia de los mandatos de la Iglesia católica, de importante tradición en América Latina como resultado de la colonización. Sin embargo, el respeto por la vida en cumplimiento del mandamiento *no matarás*, no siempre derivó en una posición absoluta en contra del aborto.

Jane Hurst, en una obra que recopila el pensamiento católico con relación al aborto, destaca que en la filosofía patristica y escolástica había un consenso en aceptar que la hominización, esto es la humanidad de un ser, ocurría cuarenta días posteriores a

⁷²⁰ Larrandart, “Control social, derecho penal y género”, 91.

⁷²¹ Violeta Bermúdez Valdivia, *La regulación jurídica del aborto en América Latina y el Caribe: Estudio comparativo* (Lima: CLADEM, 1998), 13; Yadira Calvo, *Las líneas torcidas del derecho* (San José: INALUD, 1996), 14.

⁷²² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

⁷²³ John Finnis, “Derechos e injusticias del aborto: Réplica a Judith Thompson”, en *La Filosofía del Derecho*, comp. Ronald Dworkin (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014), 309.

la concepción en el caso de los varones y ochenta días en el caso de las mujeres, de forma que el aborto no era considerado un pecado de homicidio si sucedía en estos tiempos.⁷²⁴

En este sentido, Tomás de Aquino planteaba que la concepción daba lugar a un ser humano en potencia y que en la medida en que van desarrollándose sus órganos también evoluciona el alma, pasando por diferentes etapas hasta llegar a ser una de carácter racional:

organizado el primer semen, suficientemente para la vida de la planta, su virtud seminal producirá el alma vegetal; después, multiplicados y más perfeccionados dichos órganos, esa virtud seminal se convertirá en alma sensitiva, y por último, perfeccionados ya los órganos, el alma sensitiva se convertirá en racional, no por obra de la virtud seminal, sino por influjo de un agente exterior [...].⁷²⁵

Es decir no se reconocía que el ser inicialmente concebido sea un ser humano completo sino uno en potencia. James Rachels explica que Tomás de Aquino adoptó la noción aristotélica que definía al alma como la esencia de lo humano, alma que no era posible que tenga un cuerpo que no posea una forma reconociblemente humana, y el embrión claramente no tiene forma humana. La posición del filósofo, afirma Rachels, fue aceptada por la Iglesia católica en el Concilio de Viena de 1312.⁷²⁶ La idea de la hominización retardada fue dominante en la época medieval, de modo que el aborto no fue objeto de sanciones eclesiales ni civiles.⁷²⁷

En el siglo XVII algunos científicos que utilizaron primarios microscopios creyeron identificar en el óvulo fertilizado una forma humana a la que denominaron *homúnculo*, lo que dio paso a la idea de que el embrión era un pequeño humano que solo requería crecer hasta nacer. Así, siguiendo la filosofía aristotélica y tomista, este ser recién engendrado tendría alma, la esencia de los humanos.⁷²⁸ Iniciada la modernidad, la idea tomista sobre la metamorfosis del alma fue desapareciendo mientras fue ganando espacio la idea de varios teólogos que pusieron en duda esta enseñanza y ante la falta de certeza, propusieron proscribir el aborto.

En 1869 el papa Pío IX expidió la bula *Apostolicae Sedis* que establece el régimen punitivo de la Iglesia católica, y en la cual se asume el aborto como homicidio, integrando

⁷²⁴ Jane Hurst, *La historia de las ideas sobre el aborto en la Iglesia Católica: Lo que no fue contado*, trad. Caridad Inda (México: Católicas por el Derecho a Decidir, 1998), 18.

⁷²⁵ Tomás de Aquino, *Suma contra los gentiles* (Madrid: Editorial Católica, 1952), 301-2.

⁷²⁶ James Rachels, *Introducción a la filosofía moral*, trad. Gustavo Ortiz Millán (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2007), 106.

⁷²⁷ Hurst, *La historia de las ideas sobre el aborto en la Iglesia Católica*, 22-5.

⁷²⁸ Rachels, *Introducción a la filosofía moral*, 106-7.

así la noción de la hominización inmediata.⁷²⁹ En opinión de Hurst, la oposición de la Iglesia al aborto no es solamente porque se considera un homicidio, sino también porque se lo ha relacionado a las conductas sexuales consideradas pecaminosas, es decir aquellas que no tienen como fin la procreación, tal como lo establece la encíclica *Humanae Vitae* de Pablo VI.⁷³⁰

Con el nombramiento del papa Juan Pablo II, el tema de la moral sexual vuelve a ocupar un lugar preponderante en el adoctrinamiento católico. En la encíclica *Mulieris Dignitatem* de 1988, el papa destaca que la dignidad de las mujeres se evidencia en la unión con Dios, expresada en la experiencia de María, “esto es la unión entre madre e hijo”.⁷³¹ Esta relación ejemplar y única requiere de la sumisión total, igual que María que se declaró esclava del Señor.⁷³² Además de poner el rol de la maternidad en un plano sublime y divino, el texto resalta que el ámbito legítimo y designado por Dios para procrear es exclusivamente el matrimonio en el marco del “amor conyugal”.⁷³³ Con esto se definen la maternidad y las relaciones conyugales como un mandato divino.

Como una respuesta a los avances en materia de derechos sexuales y reproductivos, resultado de la Conferencia del Cairo sobre Población y Desarrollo de 1994, el Vaticano publicó una nueva encíclica del papa Juan Pablo II, titulada *Evangelium Vitae*, en la cual señala que una amenaza a la vida humana es el aborto y la creciente investigación científica destinada a la producción de fármacos que hacen que este sea un procedimiento menos complicado: “La misma investigación científica sobre este punto parece preocupada casi exclusivamente por obtener productos cada vez más simples y eficaces contra la vida y, al mismo tiempo, capaces de sustraer el aborto a toda forma de control y responsabilidad social”.⁷³⁴ Adicionalmente, la encíclica advierte que la “cultura abortista” se desenvuelve en espacios donde se rechaza la enseñanza de la iglesia respecto a la anticoncepción, la cual contraviene la virtud de la castidad conyugal, en tanto que el aborto quebranta el mandato divino “no matarás”.⁷³⁵ Asimismo, el aborto es calificado

⁷²⁹ Hurst, *La historia de las ideas sobre el aborto en la Iglesia Católica*, 26-8.

⁷³⁰ Pablo VI, *Carta Encíclica Humanae Vitae*, 25 de julio de 1968, párr. 12, http://www.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae.html.

⁷³¹ Juan Pablo II, *Carta apostólica Mulieris Dignitatem*, 15 de agosto de 1988, párr. 4, http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_letters/1988/documents/hf_jp-ii_apl_19880815_mulieris-dignitatem.html.

⁷³² *Ibid.*, párr. 5.

⁷³³ *Ibid.*, párr. 6.

⁷³⁴ Juan Pablo II, *Carta Encíclica Evangelium Vitae*, 25 de marzo de 1995, párr. 13, http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html.

⁷³⁵ *Ibid.*

como un delito *abominable* y particularmente *grave e ignominioso* porque se trata del homicidio de un ser inocente y débil provocado por quien tenía el deber de cuidarlo:

La gravedad moral del aborto procurado se manifiesta en toda su verdad si se reconoce que se trata de un homicidio [...]. Quien se elimina es un ser humano que comienza a vivir, es decir, lo más *inocente* en absoluto que se pueda imaginar: ¡jamás podrá ser considerado un agresor, y menos aún un agresor injusto! Es *débil*, inerme, hasta el punto de estar privado incluso de aquella mínima forma de defensa que constituye la fuerza implorante de los gemidos y del llanto del recién nacido. Se halla *totalmente confiado* a la protección y al cuidado de la mujer que lo lleva en su seno. Sin embargo, a veces, es precisamente ella, la madre, quien decide y pide su eliminación, e incluso la procura.⁷³⁶

En esta narrativa, la Iglesia refuerza la idea del uso del poder punitivo en sus diferentes expresiones para mantener el control y regulación sobre los cuerpos femeninos, en los ámbitos de la sexualidad y la procreación. Así, las mujeres son representadas como pecadoras y delincuentes por incumplir con el mandato divino de la castidad conyugal y por quitar la vida a un ser a quien tienen la obligación de cuidar. Estas ideas tienen un gran significado social que se ven expuestas, como se verá más adelante, en el discurso jurídico penal ecuatoriano.

Para hacer frente al aborto, en la encíclica se hace un llamado a la movilización general y a una estrategia para defender la vida,⁷³⁷ en la cual tienen una misión los educadores y los intelectuales quienes son los convocados a construir una nueva cultura.⁷³⁸ Finalmente, el texto exhorta a las mujeres a proveer un “nuevo feminismo”, que reconozca el espíritu femenino en todos los ámbitos de la vida y promueva la maternidad y la defensa de la vida como una virtud.⁷³⁹

Estas ideas se han trasladado a las discusiones jurídicas sobre el aborto y han consolidado lo que Julieta Lemaitre denomina el constitucionalismo católico.⁷⁴⁰ De este modo, en el plano del derecho se desplaza la argumentación dogmática de la Iglesia a la de la razón, argumentando desde postulados constitucionales la oposición al aborto y otros temas relacionados a la sexualidad y a la reproducción, argumentos que se basan en la premisa de que existen valores morales de carácter universal y absoluto, como el derecho a la vida y la diferencia sexual entre hombres y mujeres.

Una de las narrativas construidas a partir de estas proposiciones, que ha sido central en el debate del aborto, es el estatus jurídico del feto. Probablemente uno de los

⁷³⁶ *Ibid.*, párr. 58.

⁷³⁷ *Ibid.*, párr. 95.

⁷³⁸ *Ibid.*, párr. 97.

⁷³⁹ *Ibid.*, párr. 99.

⁷⁴⁰ Lemaitre, “El sexo, las mujeres y el inicio de la vida”, 312.

debates más influyentes en el derecho sobre este tema se dio en los años setenta entre Judith Thomson, con su célebre ensayo *Defensa del aborto*, y John Finnis, autor del texto *Derechos e injusticias del aborto: Réplica a Judith Thomson*. La filósofa norteamericana sostiene que categorizar al embrión o feto como persona para condenar el aborto, es un “argumento resbaladizo”,⁷⁴¹ porque parte de una premisa falsa; pues, “[u]n óvulo recién fecundado, un grupo de células recién implantado no es una persona, como tampoco una bellota es un roble [...]”. Sin embargo, Thomson problematiza las posturas en contra del aborto que consideran que el embrión es una persona con derechos, planteando que aun cuando se asumiera como verdadera esta proposición, el derecho de la madre a decidir sobre su cuerpo y sus entrañas es determinante. Por ejemplo, en los casos de violación, la filósofa concluye que las mujeres no están moralmente obligadas a ofrecer su cuerpo como soporte vital de un ser que ha sido conectado a su útero a la fuerza.⁷⁴²

Con relación al aborto terapéutico, Thomson cuestiona la postura de los antagonistas al aborto, quienes sostienen que de realizarlo en estos casos, se produce una muerte intencional de un niño, en tanto que si no se lo practica y la madre muere, no se trataría de una muerte intencional, sino que simplemente se la dejaría morir en forma natural. Entonces, entre matar intencionalmente a un inocente y dejar morir a la madre, es preferible optar por la segunda alternativa.⁷⁴³

Thomson señala que defender tal posición, conlleva negar a la mujer la categoría de persona que, en cambio, se insiste en ofrecer al embrión o feto. La autora sostiene que la mujer cuya vida está en peligro a causa del embarazo, tiene el derecho a defender legítimamente su vida de la amenaza que representa el embrión o feto, aun cuando al hacerlo provoque su muerte. No es lógico afirmar que la madre tiene el *deber* de abstenerse y soportar pasivamente que le llegue la muerte.⁷⁴⁴ En general, ninguna persona está moralmente obligada a sacrificar su salud ni otros aspectos e intereses, ni por un tiempo ni por toda la vida, a fin de mantener viva a otra; más aún, resalta Thomson, ninguna legislación prevé tal obligación.⁷⁴⁵

⁷⁴¹ Judith Thomson, “Defensa del aborto”, en *La Filosofía del Derecho*, comp., R. Dworkin (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014), 244.

⁷⁴² *Ibid.*, 245-7.

⁷⁴³ *Ibid.*, 248-9.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, 250-2.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, 265-7.

De otro lado, para Finnis “el concebido no nacido es una persona [...] por tanto no se le ha de discriminar desfavorablemente por razón de edad, apariencia u otros factores semejantes, mientras tales factores se consideren razonablemente irrelevantes respecto a los valores humanos básicos”.⁷⁴⁶ Desde la perspectiva de Finnis, el estatus de persona del feto se basa en su naturaleza humana, pues no se trata solo de un conjunto de células carente de vida, sino de una *estructura genética única*,⁷⁴⁷ resultado de la integración de células masculinas y femeninas de progenitores humanos que han dado lugar a la constitución de un sistema vital independiente; de ahí su característica humana distintiva. Por esto, en opinión del autor carece de sentido, reconociendo la naturaleza humana del concebido, negarle los derechos de una persona.⁷⁴⁸

En esta misma línea, Finnis sostiene que no es justificable la posición que Thomson defiende sobre el derecho de la mujer de decidir lo que sucede en su cuerpo, porque el embrión o feto, al ser persona, es titular de derechos, y la mujer no puede disponer de la vida y del cuerpo de otra persona.⁷⁴⁹ Al contrario de lo que propone Thomson con relación al aborto terapéutico, Finnis defiende la idea de que salvar vidas asesinando rehenes inocentes, es un horror moral y dice que una persona tiene la obligación de no causar daño a personas *inocentes*, deber que debe ser observado con mayor rigor que ayudar a otras personas.⁷⁵⁰

El argumento promovido por la doctrina de la Iglesia católica sobre el comienzo de la vida humana, que ha sido ubicado en el ámbito del derecho al reconocer y garantizar constitucionalmente la vida desde la concepción, se ha constituido en la premisa más fuerte a favor de la criminalización del aborto.

2. La honra en la configuración penal del aborto

El aborto equiparado a homicidio no solo se constituyó en un pecado sino también en un delito, relacionamiento que dio lugar a una alianza del discurso punitivo y el religioso en el disciplinamiento de las mujeres; de ese modo, la infracción a normas

⁷⁴⁶ Finnis, “Derechos e injusticias del aborto”, 313.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, 315.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, 316.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, 294.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, 298-9.

socioreligiosas que prescriben el rol sexual de las mujeres, determina la reacción social del poder punitivo.⁷⁵¹

En América Latina, la criminalización del aborto inicia en el siglo XIX, en el marco de la expedición de las normativas penales de las nacientes repúblicas. En el caso ecuatoriano se incluyó en el primer Código Penal de 1837, dentro del capítulo *Del aborto, exposición de parto y otros delitos contra la existencia natural o civil de los niños*.⁷⁵² La figura preveía una sanción a quienes causaban o provocaban el aborto pero no a la mujer, como se hizo más adelante. En opinión de Ana María Goetschel, esto podría explicarse por la consideración de la mujer como un sujeto pasivo, sin decisión propia,⁷⁵³ pero también puede deducirse que se delegaba al ámbito privado, es decir a la familia, la potestad punitiva para disciplinar a las mujeres. En todo caso, se preveía una sanción atenuada si el aborto se hacía con consentimiento de la mujer, y una sanción agravada si se practicaba contra su voluntad. También se contemplaba una condena a trabajos en obras públicas de hasta diez años si el aborto era provocado por la intervención de profesionales de la salud.

En el Código Penal de 1871, se tipificó el aborto bajo el título *De los crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moral pública*. La ubicación del aborto bajo esta denominación ilustra la perspectiva moralista bajo la cual se sancionaba esta conducta, considerada como una afrenta a la moral imperante, más que una afectación a la vida. El aborto ocupó este lugar en el discurso jurídico formal hasta la expedición del Código Penal de 1938, en el que se lo enunciaba dentro del capítulo de *Delitos contra la vida*, lugar en el que se instaló hasta la promulgación del Código Penal de 1971 que lo ubico dentro del capítulo de *Delitos contra las personas*, hasta que en el Código Penal del 2014 vigente, se lo volvió a calificar como un delito contra la vida.

La dimensión moralista que justificaba la criminalización del aborto queda en evidencia con la incorporación de la figura del aborto *honoris causa*, en el Código Penal de 1871 que contemplaba una atenuación de la pena en los casos en que la mujer abortaba voluntariamente para ocultar su deshonra, figura que se mantuvo inclusive hasta el Código Penal de 1971:

La mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se la haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será castigada con una prisión de uno a cinco años y con una multa de veinte o cien pesos.

⁷⁵¹ Aniyar de Castro, *Criminología de los Derechos Humanos*, 205.

⁷⁵² Ecuador, *Código Penal*, Registro Auténtico 1837, 14 de abril de 1837, arts. 456 y 457.

⁷⁵³ Goetschel, *Moral y orden*, 65.

Si lo hiciere para ocultar su deshonra, será castigada con seis meses a dos años de prisión.⁷⁵⁴

A partir del Código Penal de 1871, se extendieron las circunstancias en que se puede provocar un aborto y sus respectivas sanciones, como cuando es producto de violencia ejercida contra la mujer.⁷⁵⁵ También se incluyó la figura de aborto con muerte, con una pena agravada si es el resultado de un aborto realizado contra la voluntad de la mujer.⁷⁵⁶

Las indicaciones sobre la no punición del aborto se introdujeron en el siglo XX, en el Código Penal de 1938, eximiendo de la sanción penal si se provocaba para salvar la vida de la madre, siempre y cuando no existiere otro medio para hacerlo; y, en caso de violación o estupro de una “mujer idiota o demente”.⁷⁵⁷ Esta fórmula se conservó hasta la promulgación del Código Orgánico Integral Penal de 2014, en cuyo texto se reemplazó el enunciado *mujer idiota* por mujer con *discapacidad mental*.⁷⁵⁸

En el discurso penal ecuatoriano del siglo XIX e inicios del siglo XX, explícitamente se enunciaba el aborto como un ilícito moral, dimensión que tenía mucho más importancia que el de la protección de la vida. De ese modo, el honor o la honra, como mencionan los textos penales, se constituía en un elemento determinante para atenuar el ejercicio punitivo en contra de la mujer que abortaba.

La honra femenina o reputación está relacionada básicamente a su experiencia sexual, así como el comportamiento que exterioriza la mujer en su relacionamiento con los hombres, el cual debe ser distante, con recato y moderación, además de abstenerse de tener relaciones sexuales “ilegítimas”,⁷⁵⁹ que son aquellas no permitidas, es decir las que no se practican dentro de matrimonio.

La atenuación de la pena en los casos de abortos provocados obedecía, como manifiesta Carrara, a la necesidad de ofrecer un tratamiento considerado a la mujer que, como producto de ese tipo de relaciones, ha quedado embarazada y da muerte al ser que constituye un enemigo de su reputación.⁷⁶⁰ Entonces, el verdadero bien protegido es la honra y no la vida como se ha insistido en argumentar.

⁷⁵⁴ Ecuador, *Código Penal*, Registro Auténtico 1871, 3 de noviembre de 1871, art. 374.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, arts. 371-2.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, art. 375.

⁷⁵⁷ Ecuador, *Código Penal*, Registro Auténtico 1938, 22 de marzo de 1938, art. 423.

⁷⁵⁸ Ecuador, *Código Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, arts. 149-50.

⁷⁵⁹ Abarca Galeas, *Los delitos sexuales en el Código Penal*, 141.

⁷⁶⁰ Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, 3: 264.

La defensa de la reputación femenina es un bien social que no solo le concierne a la mujer sino al entorno familiar. Así, por ejemplo, el aborto *honoris causa* reconocido en la legislación mexicana de fines del siglo XIX era aún más explícito en detallar los elementos que se consideraban para atenuar la sanción: no tener mala fama, haber conseguido ocultar el embarazo y que este sea producto de una unión ilegítima.⁷⁶¹

La valoración de una conducta de la mujer no era suficiente para merecer la atenuación de la pena; también se valoraba el que haya logrado esconder el producto de esa relación sexual no autorizada. Como afirma Violeta Bermúdez, la ley podía perdonar el ilícito pero jamás el escándalo social, pues si el embarazo era evidenciado, se aplicaba la sanción más rigurosa. La autora se pregunta entonces si se criminalizaba el aborto o el no haber logrado evitar un escándalo a la familia.⁷⁶²

La honra femenina está adscrita al código de honor socializado en el patriarcado, que establece una división moral de los roles masculinos y femeninos, exigiendo como ideal femenino la virginidad previa al matrimonio, la castidad, la adscripción al ámbito doméstico, la sumisión y la pasividad sexual. Estas representaciones de las mujeres configuran una subjetividad que es moldeada por el disciplinamiento familiar pero también por el discurso jurídico penal que, al criminalizar el aborto, legitima el rol social de la maternidad.

3. Disputa de sentidos en el tratamiento legal del aborto: introducción de las demandas feministas

En América Latina en general y particularmente en el Ecuador, el aborto considerado como un pecado y también como un delito, pasó a ser un tema en la agenda de derechos humanos, no sin enfrentar una oposición férrea de la jerarquía de la Iglesia católica y del Estado.⁷⁶³ En la década de los noventa, organizaciones feministas cuestionaron la tendencia criminalizadora frente al aborto y la ausencia de soluciones a los embarazos no deseados, lo que conducía a miles de mujeres a recurrir a abortos en forma clandestina, los cuales en su mayoría se realizaban sin las condiciones de asepsia o con personal no capacitado, con graves consecuencias para su salud y su vida.⁷⁶⁴

⁷⁶¹ Bermúdez, *La regulación jurídica del aborto en América Latina y el Caribe*, 18.

⁷⁶² *Ibid.*, 18.

⁷⁶³ León, “Estado, sociedad y derechos sexuales y reproductivos”, 18.

⁷⁶⁴ Bermúdez Valdivia, *La regulación jurídica del aborto en América Latina y el Caribe*, 18.

El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en el Cairo en 1994, y la Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, llevada a cabo en Beijín en 1995, dieron lugar a un contexto favorable que propició el debate del aborto como un problema de salud y social, al ser una causa de la morbilidad y mortalidad materna, lo que a su vez provoca impactos sociales.⁷⁶⁵ Si bien en estos documentos que recogen los consensos de los Estados no se reconocen nuevos derechos, queda establecido que la sexualidad y la reproducción, incluido el aborto, deben ser abordadas desde la perspectiva de los derechos humanos. Esto dio lugar a la construcción discursiva y social de los denominados *derechos sexuales y reproductivos*.

En el Ecuador, estos derechos fueron reconocidos por primera vez en la Constitución de 1998. La noción de estos derechos conlleva la posibilidad de las personas de tomar decisiones libres e informadas sobre su vida sexual y la procreación, para lo cual el Estado debe ofrecer información y servicios adecuados de educación y salud.⁷⁶⁶ Como manifiesta Martha Cecilia Ruíz al sistematizar la experiencia de constitucionalización de estos derechos, se tuvo que enfrentar una oposición conservadora que alertaba la permisión del aborto a través del discurso de los derechos, pero que finalmente fue contrarrestada por posturas más progresistas que confluyeron en ese contexto: “Para abordar el tema había que caminar en puntillas. No hacer mucho ruido ni levantar polvareda. Los ojos más conservadores de la sociedad ecuatoriana y una fracción de la Iglesia vigilaban el proceso de cerca, porque pensaban, erróneamente, que los derechos sexuales y reproductivos se referían única y exclusivamente al aborto”.⁷⁶⁷

En este contexto, organizaciones de mujeres comenzaron a trabajar en propuestas de reformas legales en diferentes ámbitos incluido el penal, proponiendo entre otras cosas la ampliación de causales de exclusión penal en el aborto. La Coordinadora Política de Mujeres en su Agenda Política explicaba que la dimensión reproductiva de las mujeres se encuentra bajo control del poder estatal y privado. Señalaba, por ejemplo, que las mujeres no pueden acceder a una esterilización definitiva sin contar con la autorización de sus cónyuges; también se destacaba la sistemática violencia sexual a la que están sometidas las mujeres, incluso dentro del matrimonio, sin que esto sea considerado un

⁷⁶⁵ ONU, *Programa de Acción del Cairo*, 13 de septiembre de 1994, A/RES/65/234.

⁷⁶⁶ León, “Estado, sociedad y derechos sexuales y reproductivos”, 27.

⁷⁶⁷ Martha Cecilia Ruiz, “Los cambios constitucionales: Visiones de sus protagonistas”, en *Derechos sexuales y reproductivos: Avances constitucionales y perspectivas en Ecuador*, ed. Magdalena León (Quito: FEDAEPS / IEE, 1999), 57.

delito. Estos y otros elementos demandaban el tratamiento del aborto en el marco de los nuevos derechos reconocidos en la Constitución ecuatoriana de 1998.⁷⁶⁸

Sin duda, al haber trasladado la sexualidad y la reproducción al ámbito de los derechos humanos, se abrió una potencial y latente posibilidad de avanzar hacia la despenalización del aborto. Sin embargo, como explica Giulia Tamayo, hay aspectos epistemológicos y prácticos que cada nueva demanda emancipatoria pone a prueba y “[a]unque las exigencias de derechos humanos en las esferas de la sexualidad y la reproducción han logrado penetrar el bucle discursivo de los derechos humanos, no es sólo a través de él que se construye realidad”.⁷⁶⁹

En efecto, la materialización de los derechos sexuales y reproductivos enfrenta obstáculos estructurales que la dimensión formal del derecho no puede superar. El control de las vidas y de los cuerpos de las mujeres como un componente determinante en la reproducción del patriarcado, encuentra siempre la forma de adaptarse y perennizarse, complejizando las vías hacia la despenalización del aborto.

En el año 2005 volvió a aparecer el fantasma del aborto, cuando un grupo denominado *Abogados por la Vida* presentó una acción de amparo constitucional con el fin de suspender la entrega del registro sanitario para la comercialización de la pastilla del día siguiente, catalogada por ellos como abortiva. La acción constitucional presentada por los abogados se hizo a nombre de todos los no nacidos que se verían afectados por el mecanismo de la medicación Levonorgestrel, cuya actuación evita la ovulación y la fertilización si la relación sexual se dio antes del período de ovulación, pero también puede impedir el proceso de implantación si el óvulo fue fertilizado.

En la petición se manifiesta que previo al trámite sanitario impugnado, las autoridades de salud debían haberse reunido con asesores de la Iglesia católica para analizar los efectos morales, éticos, médicos y religiosos del uso del medicamento en cuestión. Adicionalmente, se argumentó que la pastilla del día después, al ser abortiva, atenta los derechos a la seguridad jurídica y a la vida; al mismo tiempo se afirmó que su uso “socaba los principios morales al facilitar la irresponsabilidad de un acto que debe ser producto del amor de la pareja y no producto de la ocasión y del momento”.⁷⁷⁰

⁷⁶⁸ Coordinadora Política de Mujeres, *Agenda Política de las Mujeres del Ecuador* (Quito: Coordinadora Política de Mujeres, 1998), 61-8.

⁷⁶⁹ Giulia Tamayo, *Bajo la piel: Derechos sexuales, derechos reproductivos* (Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán: 2001), 13.

⁷⁷⁰ Ecuador Tribunal Constitucional, “Resolución”, en *Acción de Amparo n.º 0014-2005-RA*, 23 de mayo de 2006, 1.

Como puede apreciarse, la argumentación que los juristas utilizan es una combinación de elementos morales de la doctrina católica y del razonamiento constitucional. Por un lado apelan a la castidad conyugal que se vería amenazada al facilitar el acceso a la píldora, pero por otro recurren a los derechos reconocidos constitucionalmente, como el derecho a la vida protegido desde la concepción.

Por su parte, los jueces constitucionales en la *ratio decidendi* de la resolución, argumentaron que al no tener certeza sobre en qué momento se produce la concepción, debe hacerse una interpretación extensiva que ofrezca protección a la vida desde su primer momento:

En consecuencia, al analizar la norma constitucional contenida en el Art. 49 de la Constitución Política de la República, que dice: “El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción”, el juez constitucional debe realizar una interpretación que garantice la vida del ser humano, desde el momento mismo de su formación, y para ello, aún frente a la duda, asumir por prudencia que ella se produce desde la fecundación del óvulo, momento en que se transmite toda la información genética del ser humano, sin que ella pueda ser modificada en lo posterior. Visto de esta forma, se debe concluir que al actuar el medicamento POSTINOR - 2, en una de sus fases, como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaría contra la vida del nuevo ser humano.⁷⁷¹

Adicionalmente, frente al cuestionamiento de que la suspensión de la comercialización de la pastilla⁷⁷² afectaría los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, el Tribunal Constitucional dijo que estaba obligado a hacer una ponderación de valores contenidos en la Constitución, de cuyo ejercicio resulta sin duda alguna que lo que tiene prioridad es el bien jurídico de la vida sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual: “pues ninguna persona puede disponer de su propia vida, mal podría decidir sobre la vida ajena o sobre la del que está por nacer”. De esa forma, se concluye que el juez constitucional tiene la obligación de proteger la vida de un grupo indeterminable de seres humanos no nacidos que no pueden protegerse por ellos mismos.⁷⁷³ Este debate jurídico que surgió por la utilización de la píldora anticonceptiva del día después, está relacionado con el aborto en la medida que

⁷⁷¹ *Ibid.*, 5.

⁷⁷² Se presentaron como terceros interesados varias organizaciones entre las que se destacan el Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer, y el Comité de América Latina para la Defensa de los Derechos de las Mujeres. Este último aglutinaba varias organizaciones de derechos humanos y de las mujeres.

⁷⁷³ Ecuador Tribunal Constitucional, “Resolución”, en *Acción de Amparo n.º 0014-2005-RA*, 23 de mayo de 2006, 7-8.

pretende resolver por medio del discurso jurídico constitucional el tema problemático que este plantea: el origen de la vida y con ello el reconocimiento de derechos del no nacido.

El debate al que dio lugar este caso puso en evidencia varios aspectos que no merece la pena pasar por alto porque, como se verá más adelante, se reavivaron en el contexto de la discusión del Código Orgánico Integral Penal en el 2014 y sus reformas en el 2019. En primer término, en la mencionada acción constitucional, se destaca la demanda de la interlocución en este tema de los jefes de la Iglesia católica, como defensores de la moral que protegen las relaciones sexuales dentro del matrimonio y con fines reproductivos, así como la concepción absoluta del derecho a la vida y por tanto la oposición al aborto en cualquier caso y circunstancia. Esta alianza entre el poder estatal y el de la Iglesia para ejercer control sobre los cuerpos de las mujeres se renueva constantemente, dejando sin sentido el carácter laico del Estado.

De otro lado, a través del discurso jurídico se ofrece un dictamen incuestionable sobre el momento en que la vida humana tiene inicio y por lo tanto es sujeto de derechos. En opinión del Tribunal Constitucional ni siquiera es necesario que un óvulo fecundado se implante en el útero de la mujer. Esta determinación del origen de la vida, que aparenta tener un rigor científico, se respalda en la norma constitucional que protege y garantiza el derecho a la vida desde el momento de la concepción.

Como no es posible romper la relación del óvulo fecundado y el cuerpo y la vida de la mujer, el Tribunal ha dejado establecido que su derecho a la vida y a decidir sobre lo que sucede en su cuerpo, no prevalecen sobre el derecho a la vida del no nacido. Estas prácticas discursivas resignifican el sujeto *mujer* formulado en el discurso de los derechos: no es aquel sujeto que puede decidir sobre su vida sexual y reproductiva como lo describe la narrativa constitucional, pues el negarse al mandato de la maternidad constituye un pecado y un delito. Judith Butler explica la compleja formación de la subjetividad, mediante una articulación del discurso y el poder que va delimitando y sustentando lo que categoriza como humano, operación que se hace a través de medios excluyentes: se nombra lo humano al mismo tiempo de lo que se es inhumano.⁷⁷⁴

La resolución del Tribunal Constitucional mereció el beneplácito de la Iglesia católica, que mediante un comunicado felicitó al Tribunal ecuatoriano por haber dado muestras de sentido común; asimismo se informó que la Conferencia Episcopal Ecuatoriana decretó la conmemoración del *Día del niño por nacer*, indicando que

⁷⁷⁴ Butler, *Cuerpos que importan*, 26.

solicitará al Estado ecuatoriano que así lo decrete oficialmente.⁷⁷⁵ Efectivamente, en el mismo año 2006, mediante Decreto Ejecutivo se estableció el *Día del niño por nacer*, con el objeto de promover desde el Estado “la defensa y garantía del derecho a la vida desde el momento de la concepción”,⁷⁷⁶ para lo cual se delegó a los Ministerios de Educación y Bienestar social la organización de programas y festividades en honor al niño no nacido.⁷⁷⁷

Como se puede apreciar, la construcción discursiva del no nacido como sujeto del derecho, ha merecido una atención particular en el discurso jurídico ecuatoriano lo cual tiene un importante significado social, pues se ha constituido en el principal argumento para promover y legitimar socialmente la criminalización del aborto y en general el ejercicio punitivo para disciplinar a las mujeres y conservar la ética del patriarcado.

3.1. Intentos para despatriarcalizar el tratamiento penal del aborto en las reformas penales de 2014

En el año 2013 emergió nuevamente el debate sobre el aborto, en el marco de la promulgación de una nueva normativa penal, pues hasta entonces continuaba vigente el Código Penal de 1971, que mantenía los elementos del tipo penal del aborto desde 1938, cuando se introdujeron las indicaciones de no punición para los casos del aborto terapéutico y cuando era el resultado de violación o estupro en una mujer “idiota o demente”. Para el tiempo de la discusión de la nueva ley penal, se había aprobado, en el 2008, una nueva Constitución que al mismo tiempo que reconoce el derecho a decidir libremente sobre la salud y vida reproductiva, y cuándo y cuántos hijos e hijas tener,⁷⁷⁸ también reconoce y garantiza la vida desde la concepción.⁷⁷⁹

En este proceso de reforma penal, se vio la oportunidad de emplazar al Estado para el endurecimiento de penas para conductas de violencia sexual contra las mujeres, así como la tipificación de nuevas figuras como femicidio, violencia psicológica, prostitución forzada, entre otras. Sin embargo, el rigor punitivo requerido al Estado frente

⁷⁷⁵ Agencia Católica de Información, “Tribunal Constitucional ecuatoriano ratifica prohibición de venta de Postinor 2”, *Aciprensa*, 24 de mayo de 2006, <https://www.aciprensa.com/noticias/tribunal-constitucional-ecuatoriano-ratifica-prohibicion-de-venta-de-postinor-2>.

⁷⁷⁶ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1414*, Registro Oficial 288, 9 de junio de 2006, art. 1

⁷⁷⁷ *Ibid.*, art. 2.

⁷⁷⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66, num. 10.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, art. 45.

a estas conductas se volvió también en contra de las mujeres al mantener la criminalización del aborto, aunque con algunas modificaciones, como la eliminación del aborto *honoris causa*; no obstante se conservaron las causales de no punición restringida al aborto terapéutico y para el que se realiza cuando el embarazo es consecuencia de la violación de una mujer con *discapacidad mental*, terminología que reemplazó la utilizada en la norma derogada, que se refería a esta como *mujer idiota o demente*.

Probablemente como nunca antes, el debate alrededor de la criminalización del aborto puso en evidencia las tensiones y las conexiones entre el discurso jurídico penal y el del poder político patriarcal. Organizaciones feministas intentaron avanzar a través de la reforma penal hacia la despenalización del aborto planteando estratégicamente que se extienda la no punición del aborto practicado en mujeres víctimas de violación, pero esta propuesta no fue considerada en la elaboración del informe definitivo para segundo debate. No obstante, el tema fue introducido por la moción de un asambleísta y respaldada por otros hombres y mujeres que alegaron la defensa de los derechos de las mujeres, particularmente el derecho a tomar decisiones sobre la reproducción, más aún cuando el embarazo es producto de una violación.

Particular fue el rol de asambleístas oficialistas que hasta el momento no habían cuestionado la propuesta del Ejecutivo, dirigida por el presidente Correa quien en varios discursos había mencionado coincidir con los postulados de la Iglesia católica.⁷⁸⁰ Aunque esto no sería algo fuera de lo común, lo que caracterizó el debate legislativo sobre la despenalización del aborto fue particularmente relevante. En primer lugar, el órgano legislativo estaba para ese tiempo constituido, como nunca en la historia, por un importante porcentaje de mujeres asambleístas, pues alrededor del 40% de legisladores eran mujeres, así como la presidencia y las dos vicepresidencias del poder legislativo estaban ocupadas mujeres.⁷⁸¹

Ante una significativa representación femenina en el legislativo, se aspiraba a que hubiera una especie de sororidad que permita el tratamiento de la ampliación de la no punición del aborto a todos los casos en que el embarazo fuera producto de una violación. Organizaciones de mujeres se hicieron presentes y se movilizaron alrededor de esta demanda, y se consiguió que un legislador introdujera el tema en las sesiones del segundo

⁷⁸⁰ Mónica Mancero Acosta, “¿Negociación patriarcal?: El impasse por la despenalización del aborto por violación en Ecuador”, *Debate Feminista*, n.º 57 (2019): 66, <http://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.2019.57.05>.

⁷⁸¹ *Ibíd.*, 63.

debate, aun cuando no constaba en el informe correspondiente, iniciativa que fue respaldada por tres asambleístas mujeres del movimiento político oficialista. Una de ellas propuso al Pleno de la Asamblea el siguiente texto:⁷⁸²

Artículo 149.- 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 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; si el embarazo es consecuencia de una violación sexual, interrupción que podrá realizarse hasta la semana 12 de gestación.⁷⁸³

La respuesta del Presidente de la República no se hizo esperar, mostrando su total descontento con la maniobra política de las asambleístas de su partido: catalogó este hecho como una traición y un acto de desobediencia a la postura de él como líder del Estado, del partido y de las decisiones de las asambleístas de su movimiento. En una entrevista ofrecida en un medio de comunicación, manifestó que no aprobaría la ampliación de los casos no punibles de aborto e inclusive amenazó con renunciar a su cargo si se insistía con debatir este tema:

dentro del bloque oficialista puede haber varias posturas, pero que la decisión es única, “creo que hablé en la campaña, cuando esas personas que ahora sabemos son proaborto, se tomaron las fotos conmigo para ganar las elecciones y sabían cuál es nuestra posición. Lean nuestro Plan Nacional de Desarrollo, en el cual se debe basar nuestra acción, por lo que votó el pueblo ecuatoriano, ¿dónde se habla de despenalizar el aborto? Por el contrario la Constitución dice defender la vida desde la concepción. [...] Cualquier cosa que se aparte de esa línea es simplemente traición. [...] Qué hagan lo que quieran, yo jamás aprobaré la despenalización del aborto más allá de lo que consta en la actual ley, es más si siguen estas traiciones, si mañana se evidencia algo muy lamentable que está ocurriendo en el bloque de Alianza País, yo presentaré mi renuncia al cargo, porque por el aborto, por mis principios estoy dispuesto a renunciar. [...] Es una puñalada al Presidente de la República y al proceso revolucionario.”⁷⁸⁴

En la tercera jornada de discusión del informe para segundo debate de las reformas penales, la asambleísta Paola Pabón, que fue quien propuso el texto del artículo contemplando la ampliación de la no punición del aborto a todos los casos de violación,

⁷⁸² El asambleísta no oficialista Ramiro Aguilar introdujo el tema y fue respaldado por las asambleístas oficialistas Soledad Buendía, Blanca Arguello, Rita Pozo, Soledad Vela, Marisol Peñafiel, María Augusta Calle y Paola Pabón. Está última fue quien presentó el texto del artículo para ser sometido a votación.

⁷⁸³ La República, “PAIS se divide ante el aborto por violación”, *La República*, 10 de octubre de 2013, <https://www.larepublica.ec/blog/2013/10/10/paola-pabon-propone-una-salida-a-penalizacion-del-aborto-y-la-asamblea-va-a-receso>.

⁷⁸⁴ Rafael Correa, entrevistado en Oromar TV, video de Youtube, 10 de octubre de 2013, <https://www.youtube.com/watch?v=NKIzOdx6M8>.

retiró la propuesta, no sin ofrecer un discurso explicando que no eran traidoras y que se sometía orgánicamente al partido en beneficio de un proyecto mayor, la revolución ciudadana: “A los cinco millones de ecuatorianos que apostaron por el proceso de revolución ciudadana, les digo que no les vamos a fallar y que el proceso continúa, no hemos traicionado el proceso de revolución ciudadana”.⁷⁸⁵

Esta acción sin embargo, no les libró ni a ella ni a sus colegas de una ejemplarizadora sanción, pues fueron suspendidas en sus funciones por un mes.⁷⁸⁶ En opinión de María Soledad Varea, estos hechos constituyeron un punto de inflexión en el tratamiento del aborto, pues en adelante, disminuyeron las disputas tendientes a lograr la despenalización del aborto o que sea asumido como una problemática de salud pública. Asimismo, destaca que se recrudeció la criminalización de mujeres, para lo cual se instruyó al personal de salud para que denuncien a las mujeres que abortan.⁷⁸⁷

Las demanda feminista de la despenalización del aborto, no se hace en un terreno neutro; el Estado no es neutral. En el sentido que plantea Carole Pateman, el Estado se funda en un pacto social/sexual que da lugar al patriarcado moderno; por lo tanto, la diferencia sexual es una diferencia política. El patriarcado no se expresa solamente en la esfera privada, pues el contrato originario constituye toda la sociedad moderna como civil y patriarcal: “[l]os hombres traspasan la esfera privada y la pública y el mandato de la ley del derecho sexual masculino abarca ambos reinos”.⁷⁸⁸

Por su parte, Catharine MacKinnon afirma desde una mirada crítica que aunque el feminismo ha trabajado en una teoría del poder, carece de una teoría del Estado, lo que ha hecho que la posición feminista frente al Estado sea esquizofrénica.⁷⁸⁹ Las negociaciones para reformar las legislaciones suelen desarrollarse en un modelo punitivo formulado desde el poder patriarcal. El feminismo, plantea la autora, lo que no puede dejar de hacer es cuestionar por qué las mujeres son sistemáticamente violentadas y el rol que en esto tiene el Estado. Para ello sugiere varias preguntas difíciles de responder: “¿Está construido el Estado sobre la subordinación de la mujer? ¿Cómo se convierte el poder masculino en poder estatal? ¿Puede lograrse que un Estado semejante sirva los

⁷⁸⁵ Ecuador en Vivo, “Pabón: Aquí no están los traidores compañero presidente”, *Ecuador en Vivo*, 11 de octubre de 2013, <http://www.ecuadorenvivo.com/politica/24-politica/6138-asambleista-paola-pabon-de-alianza-pais-retira-mocion-acerca-del-aborto-no-punitivo-tras-declaraciones-del-presidente-de-la-republica.html#.X8lpsekzZQI>.

⁷⁸⁶ Mancero, “¿Negociación patriarcal?”, 71.

⁷⁸⁷ Varea, *El aborto en Ecuador*, 61.

⁷⁸⁸ Pateman, *El contrato sexual*, 23.

⁷⁸⁹ MacKinnon, “Feminismo, marxismo, método y Estado”, 201-2.

intereses de aquellas personas sobre cuya falta de poder se erige su poder?”.⁷⁹⁰ Sin embargo, sostiene MacKinnon, frente a la falta de respuestas, el feminismo ha terminado ofreciendo más poder al Estado cada vez que lo demanda para las mujeres.

El Estado constituye un orden social y se legitima a sí mismo proyectando cómo está concebida la sociedad: entre la sociedad y el Estado media una racionalidad práctica, entendiendo lo práctico como “aquello que puede hacerse sin cambiar nada”. Desde esta perspectiva, el derecho tiene la función de reforzar la forma en que se distribuye el poder; el Estado, mediante el derecho, institucionaliza el poder masculino. Así, “[s]i el poder masculino es sistémico, es el régimen”.⁷⁹¹

Ahora bien, la calificación del Estado y del derecho como expresiones de poder masculino ha llevado a plantear que el incremento de mujeres en espacios de poder estatal, como el legislativo, podría ser suficiente para revertir la desigual distribución del poder a través de normas que beneficien a las mujeres en todos los ámbitos, así como para conseguir la eliminación de figuras a través de las cuales se controla y disciplina a las mujeres bajo los códigos morales del patriarcado. Sin embargo, como analiza Marcela Lagarde, las mujeres son producidas, están condicionadas y atrapadas en el patriarcado, lo que no significa que no se hayan inventado estrategias para resistir y hasta escapar.⁷⁹²

En el proceso de reforma penal, el contexto de la legislatura parecía el propicio para llevar adelante un avance en la despenalización del aborto, pues se contaba con una importante representación femenina en los curules legislativos. Una de las estrategias del feminismo jurídico ha sido incrementar el número de mujeres en espacios del poder político, con la pretensión de conseguir un cambio cualitativo mediante su presencia, y con ello introducir en la agenda asuntos relacionados a las mujeres y conseguir cambios a favor de sus intereses, lo que María del Mar Martínez denomina una “representación sustantiva”.⁷⁹³ No obstante, el debate de la despenalización del aborto en el 2013 ha puesto en evidencia que la sola representación femenina en el sistema político no es suficiente para golpear y afectar las reglas del patriarcado y su afán de seguir manteniendo la subordinación femenina en el ámbito de la reproducción, a través de la violencia legítima que el Estado ejerce con el uso del derecho penal.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, 203.

⁷⁹¹ *Ibid.*, 205.

⁷⁹² Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres*, 55-60.

⁷⁹³ María del Mar Martínez Rosón, “Mujeres y política en América Latina”, *Iberoamericana*, n° 54 (2014): 162-3, <https://www.jstor.org/stable/24368561>.

El discurso penal suele ser tramposo y ambivalente; pues si bien la sanción penal en el caso del aborto consentido se atenuó en comparación con la norma penal anterior, la criminalización se incrementó durante este período. El Código Penal anterior preveía una pena privativa de libertad de uno a cinco años para las mujeres que voluntariamente abortaran, mientras que en la nueva ley penal se disminuyó la sanción a una pena privativa de libertad de seis meses a dos años. Sin embargo, las organizaciones de mujeres han denunciado que la criminalización de aquellas que abortan se ha recrudecido. En un informe presentado ante el Comité de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, se establece que entre 2009 y 2014 la Defensoría Pública dio atención a 58 casos de aborto, de los cuales 40 fueron de aborto consentido. En el año 2013 se patrocinaron 21 casos, en tanto que hasta mediados del 2014, se ofreció patrocinio a 15 casos.⁷⁹⁴ Por su parte, Ana Cristina Vera, en una entrevista ofrecida a un medio de comunicación nacional afirmó que entre enero del 2013 y enero del 2018, 326 mujeres fueron penalizadas por aborto.⁷⁹⁵

3.2. Intentos para despatriarcalizar el tratamiento penal del aborto en las reformas penales de 2019

En el 2018 nuevamente se puso en la agenda legislativa la propuesta de despenalización del aborto a propósito de una reforma al Código Integral Penal, aprobado tres años antes. La Defensoría Pública presentó una iniciativa que proponía reformar el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, extendiendo la no punición del aborto a todas las víctimas de violación y no solo en los casos de mujeres con discapacidad mental. En el informe para primer debate la Comisión de Justicia recurrió al discurso de los derechos humanos para canalizar esta propuesta. Para ello apeló a las recomendaciones del Comité de la CEDAW y del Comité de los Derechos del Niño al estado ecuatoriano, referentes a la despenalización del aborto en los casos de violación, incesto y malformaciones genéticas del feto.⁷⁹⁶

⁷⁹⁴ Coalición Nacional de Mujeres, *Informe Sombra al Comité de la CEDAW: Ecuador 2014* (Quito: AH Editorial, 2014), 53.

⁷⁹⁵ El Comercio, “La criminalización de la mujer por el aborto abre un debate en Ecuador”, *El Comercio*, 3 de octubre de 2018, <https://www.elcomercio.com/actualidad/criminalizacion-aborto-legal-mujeres-violencia.html>.

⁷⁹⁶ Ecuador, Asamblea Nacional, Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, *Informe para primer debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Asamblea Nacional, 2018), 36.

En el informe para el segundo debate este discurso fue reforzado con información y asesoramiento proporcionado por organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos y de derechos de las mujeres.⁷⁹⁷ En este documento se destaca el sutil abordaje del tema controversial en el aborto: el inicio de la vida. Para ello se invoca el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que garantiza el derecho a la vida “en general” desde la concepción, cláusula que se dejó abierta justamente ante las diferentes posturas de los Estados sobre el aborto. Igualmente, se utiliza la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establece que, para los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana, no se puede considerar como persona a los embriones, y que la terminología “en general” del artículo en mención implica que la protección del derecho a la vida no es absoluta, pues en determinados casos pueden presentarse excepciones a la regla general.⁷⁹⁸

Estos argumentos y otros similares se utilizaron en el informe de la Comisión de Justicia, para justificar la despenalización del aborto en casos de violación: “penalizar el aborto bajo esta circunstancia y obligar a la mujer a concebir viola su dignidad, imponiéndole deberes insoportables y cargas abrumadoras que no son exigibles a nadie en una sociedad democrática”.⁷⁹⁹ De esta forma se condujo el discurso para intentar cambiar la posición de la mujer que aborta, de criminal a víctima. Con esta estrategia las organizaciones que defienden el aborto, movilizan la narrativa del sufrimiento del inocente, intentando desestabilizar el monopolio sobre el discurso basado en la inocencia del feto defendido tradicionalmente por quienes están en contra del aborto.⁸⁰⁰

La postura de la Comisión es que la decisión de abortar de la mujer víctima de violación debe ser protegida por el Estado, incluso si se trata de menores de edad, para lo cual propuso que sea suficiente la afirmación de la víctima, ante el servidor médico, de que su embarazo es producto de una violación, lo que constituiría *noticia criminis* para

⁷⁹⁷ La Comisión de Justicia recibió la visita de un representante de Human Rights Watch, así como de las organizaciones ecuatorianas Surkuna y Desafío, que además se encargaron de hacer una campaña mediática para contrarrestar la postura distorsionada de voceros de organizaciones provida y de la misma Iglesia católica.

⁷⁹⁸ Corte IDH, “Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, 28 de noviembre de 2012, párr. 264, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

⁷⁹⁹ Ecuador, Asamblea Nacional, Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, *Informe para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Asamblea Nacional, 2019), 40.

⁸⁰⁰ Lisa M. Kelly, “El tratamiento de las narrativas del sufrimiento inocente en el litigio transnacional del aborto”, en *El aborto en el derecho transnacional*, ed. Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M. Dickens (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica / Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2016), 397.

que el hecho sea investigado. Adicionalmente incluyó como causas de no punición del aborto: cuando el embrión padece una patología que no le permitirá sobrevivir y en los casos de embarazos provocados por inseminación artificial no consentida.

Durante los días previos a la votación del texto de reforma penal, en la opinión pública se evidenciaron las posturas encontradas y conflictivas alrededor de este tema. Por un lado y a diferencia de lo que sucedió en el año 2014, las opiniones a favor de la despenalización del aborto no provenían únicamente de las organizaciones feministas, sino también de organismos estatales. Así, la Defensoría del Pueblo emitió un comunicado en el que exhortó a la Asamblea a aprobar la propuesta formulada en el informe de la Comisión de Justicia. En ese documento la institución nacional de derechos humanos retoma la postura de la Relatoría de Naciones Unidas sobre Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos y Degradantes de 2016, manifestando que la restricción del aborto en los casos de violación e incesto y la consecuente maternidad forzada en estos casos, pueden llegar a constituir una forma de tortura o tratos crueles para las mujeres.⁸⁰¹

De otro lado, la cúpula de la Iglesia católica también realizó un comunicado público, pidiendo a los asambleístas mantener vigente la política punitiva frente al aborto, apelando la defensa del derecho a la vida del no nacido: “Por favor, no cometan el nefasto error de aprobar una ley que legitima el crimen del aborto por cuatro causales más: violación, incesto, malformación e inseminación no consentida; tengan en cuenta que, si está en el vientre, es porque ya tiene vida. ¡No le condenen a muerte antes de nacer!”.⁸⁰²

Las dos posturas plantean relatos irreconciliables: desde el discurso de los derechos humanos se desmitifica la noción idílica de la maternidad, definiéndola inclusive como tortura cuando se obliga a una mujer a mantener el embarazo producto de una conducta violenta. En la otra orilla está la versión tradicional que invisibiliza a la mujer y categoriza como sujeto de derechos al embrión, posición que ha justificado históricamente la criminalización de las mujeres que abortan; esta ocasión tampoco fue la excepción, pues el nuevo intento por avanzar hacia la despenalización del aborto volvió a fracasar. La Asamblea Nacional no dio paso a la inclusión de las causales de ampliación

⁸⁰¹ Defensoría del Pueblo del Ecuador. “La Defensoría del Pueblo insta a la Asamblea Nacional a despenalizar el aborto en casos de violación”, 17 de septiembre de 2019, <https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpecomunicacion/pronunciamentos/2019/2019-09-17-dpe-insta-asamblea-nacional-despenalizar-aborto.pdf>.

⁸⁰² Conferencia Episcopal del Ecuador, “Amar y defender la vida”, 16 de septiembre de 2019, <https://conferenciaepiscopal.ec/amar-y-defender-la-vida/>.

de la no punición del aborto, con 65 votos a favor, 59 en contra y 6 abstenciones.⁸⁰³ La tradicional argumentación de la defensa de la vida del no nacido, la inocencia del feto, los preceptos religiosos y el desprecio por la situación de las mujeres víctimas de violencia sexual, estuvieron presentes en los discursos de los y las assembleístas, de partidos conservadores y también de movimientos progresistas, que dieron su voto para mantener la criminalización del aborto.⁸⁰⁴

A partir de lo expuesto, es posible afirmar que el discurso jurídico incorpora la división sexual en la argumentación que proviene de una racionalidad y razonabilidad basada en el universo simbólico que sostiene el orden social patriarcal. De este modo, no puede concebir un sujeto *mujer* sin los atributos definidos por esa dimensión simbólica, en la cual la maternidad tiene un lugar preeminente. A través del discurso jurídico penal se ubican en el imaginario social los mitos e ideas estereotipadas de lo femenino, al mismo tiempo que se dota de sentido a las conductas de las mujeres, se configura sujetos y se legitima el poder no solo en el Estado sino en todas las relaciones.⁸⁰⁵

Por otro lado, el derecho como un discurso social pone de manifiesto los niveles de acuerdo y conflicto que se presentan en el orden social; es un discurso que está impregnado de historicidad e ideología, cuyos elementos centrales pueden tomar diferentes formas, pero siguen presentes, reproduciéndose y conviviendo con los avances jurídicos conceptuales, especialmente los desarrollados en el ámbito de los derechos humanos. Sin embargo, la idea imperante del control sobre los cuerpos de las mujeres, y la de su disciplinamiento para mantenerlas en los roles asignados por los códigos morales del patriarcado, mantienen vigencia. Así, como señala Alicia Ruíz, “[c]ada vez que el derecho consagra alguna acción u omisión como permitida o como prohibida está revelando dónde reside el poder y cómo está distribuido en la sociedad”.⁸⁰⁶

⁸⁰³ Ecuador, Asamblea Nacional, *Ficha de votaciones de sesión n.º 611*, 17 de septiembre de 2019, <http://guest:guest@documentacion.asambleanacional.gob.ec/alfresco/webdav/Documentos%20Web/Votaciones%20del%20Pleno/A%C3%B1o%202019>.

⁸⁰⁴ WambraEc Medio Digital Comunitario, “*Las distintas posiciones del debate sobre el aborto en la Asamblea*”, video de YouTube, 1 de agosto de 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=zbM9yM6eyL4>.

⁸⁰⁵ Ruíz, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, 21.

⁸⁰⁶ *Ibíd.*

4. Elementos simbólicos en la configuración de la subjetividad femenina en el delito de aborto

La subjetividad femenina es el producto de una operación compleja que va tomando forma por una serie de prescripciones normativas formales e informales, creencias, ritos, etc., en la cual el derecho también juega un papel relevante. La subjetividad hace que las mujeres se ubiquen en lugares y roles específicos del mundo social, los cuales son percibidos y vividos de forma particular y diferente a la de los hombres. Para Marcela Lagarde, la subjetividad se configura en el cumplimiento de su ser social determinado en un contexto histórico y social; la subjetividad femenina, dice, “es la particular e individual concepción del mundo y de la vida que cada mujer elabora a partir de su condición genérica y de todas las adscripciones socioculturales [...]”.⁸⁰⁷

El derecho penal ha cumplido un papel nada despreciable en la configuración de la subjetividad, estableciendo mediante el castigo o su amenaza el lugar que ocupan las mujeres en el ámbito de la sexualidad y la reproducción. Alessandro Baratta, afirma que el sistema punitivo y la estructura social poseen dimensiones materiales y simbólicas que se condicionan recíprocamente. De ese modo, los roles sociales asignados a hombres y mujeres condicionan al régimen punitivo en la caracterización de los tipos penales, las conductas que se criminalizan, los bienes jurídicos que se protegen o las sanciones que se imponen; de otro lado, los aspectos materiales del sistema punitivo influyen en el mundo simbólico de la estructura social.⁸⁰⁸ En el caso del aborto, su penalización refuerza la representación simbólica del rol consignado a las mujeres en el ámbito de la reproducción y reafirma el control patriarcal sobre sus cuerpos.⁸⁰⁹

El discurso jurídico está determinado por reglas de atribución, es decir que solo quienes están calificados pueden decir qué es el derecho, cómo se interpreta y cómo se aplica. El discurso jurídico penal no es solo palabras, pues como afirma Alicia Ruíz, organiza mitos y ficciones que están encaminados a fortalecer las creencias que inculca justificándolas racionalmente como una condición indispensable de su efectividad.⁸¹⁰

El discurso penal con relación al aborto requiere configurar discursivamente a la *mala madre* y justificar racionalmente que la mujer que aborta es una criminal. De ese

⁸⁰⁷ Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres*, 59.

⁸⁰⁸ Baratta, “El paradigma del género”, 58.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, 63.

⁸¹⁰ Ruíz, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, 23.

modo la criminalización del aborto denota una identidad a las mujeres que lo hacen, identidad que está relacionada a una mujer que no acata el mandato natural de ser madre: es la mujer egoísta que a diferencia de la *buena madre*, no se sacrifica por el ser que lleva en las entrañas. Retomando el planteamiento de Carol Smart, el discurso jurídico opera como *tecnología de género*, pues cuando el derecho penal produce discursivamente la mujer criminal, la distancia en el ámbito simbólico de las otras mujeres, pero al mismo tiempo resalta la idea de la diferencia natural entre la *mujer* y el *varón*.⁸¹¹

La mujer criminal en el caso del aborto es confrontada a través del discurso jurídico al sujeto cuyo bien jurídico es lesionado: *el embrión, feto o no nacido*, como indistintamente es enunciado. Los argumentos sobre el derecho a la vida, la inocencia del no nacido, los valores cristianos, entre otros, constituyen el escenario donde el sujeto *embrión* tiene un rol protagónico, desplazando el sujeto *mujer* al ámbito de lo punitivo, para castigarla por vulnerar el derecho a la vida de ese sujeto.

Lo que el discurso jurídico dice sobre estos sujetos, *mujer* y *embrión*, no se queda solamente en el derecho, entra también en el mundo de lo simbólico, para lo cual se utilizan varios rituales procedimentales, como el levantamiento y la autopsia del cadáver, cuyos resultados quedan registrados en documentos que forman parte de los expedientes y que están diseñados para recoger información que permita identificar a una persona que ha fallecido así como las causas de su muerte. No obstante, estas actuaciones que se utilizan en los casos de aborto le ofrecen simbólicamente al embrión un estatus jurídico y una identidad, a través de enunciados protocolarios como: “Acta de levantamiento de cadáver del ciudadano de quien en vida se llamó OVITO FETAL 17 SEMANAS, realizado por el suscrito investigador [...]”,⁸¹² o “Nombre del fallecido: ÓBITO FETAL DE SEXO MASCULINO”.⁸¹³ Inclusive en algunos casos se hace constar el estado civil del feto y su nacionalidad.⁸¹⁴ Asimismo, en la descripción que hacen de los hechos

⁸¹¹ Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, 43.

⁸¹² Ecuador Corte Provincial de Pichincha, Unidad de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Parte informativo”, *Dirección Nacional de Delitos contra la Vida, Muertes Violentas, Secuestro, Extorción y Desaparecidos*, en *Juicio n.º 1782-2016-02147*, 15 de marzo de 2016, 147.

⁸¹³ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Acta de levantamiento de cadáver”, *Dirección Nacional de Delitos contra la Vida, Muertes Violentas, Secuestro, Extorción y Desaparecidos*, en *Juicio n.º 1782-2016-02837*, 20 de mayo de 2016, 10.

⁸¹⁴ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Acta de levantamiento de cadáver”, *Dirección Nacional de Delitos contra la Vida, Muertes Violentas, Secuestro, Extorción y Desaparecidos*, en *Juicio n.º 1782-2016-000424*, 24 de enero de 2016, 7.

médicos y policías, se refieren al feto como “recién nacido”⁸¹⁵ o “bebé”.⁸¹⁶ Estos enunciados generan la imagen de un ser o persona autónoma de la madre y con una identidad propia.

La construcción discursiva del sujeto cuyo bien jurídico es lesionado, no es un asunto menor, pues le da sentido a la narrativa que justifica la criminalización del aborto. Toda categoría jurídica, como el *no nacido* en este caso, requiere ser ubicada dentro de un discurso con un destino y propósito.⁸¹⁷ En la tipificación del aborto es relevante para conducir el castigo hacia la mujer que provocó la lesión al bien jurídico vida de ese sujeto.

Como queda explicitado en las sentencias, para constatar la tipicidad de la conducta es indispensable determinar quién es el titular del bien jurídico protegido: “Sujeto pasivo o titular del bien jurídico protegido que es el ser sobre el que recayó el daño o los efectos del acto realizado por el sujeto activo que [...] correspondería al nasciturus”.⁸¹⁸ Inclusive se ofrece mayor detalle sobre el carácter del sujeto para reafirmar en el discurso su existencia: “el sujeto pasivo es la vida humana de la persona no nacida (nasciturus), en el presente caso, el sujeto pasivo es el ovito fetal de 17 semanas de gestación [...]. [L]a calidad de sujeto pasivo, está determinada con el acta de levantamiento de cadáver”.⁸¹⁹ El poder de enunciación que tienen los juzgadores también puede llegar a determinar que el sujeto pasivo no es solamente el feto, sino toda la sociedad, idea con la que se busca demostrar la gravedad del delito y la penalidad este:

De igual manera se establece el cumplimiento de las tres categorías dogmáticas para que un acto pueda ser considerado delito, esto es TIPICIDAD en los términos establecidos en el COIP ya que se cuenta con el sujeto activo plenamente identificado como Ingry [...], sujeto pasivo en este caso la sociedad en virtud del tipo penal por el cual se acusa, y el objeto material sería el feto comprobado con la historia clínica y la autopsia médico legal.⁸²⁰

De esta forma, a través de una operación simbólica en la que interviene el derecho, se ubica en un plano real al no nacido como sujeto de derechos, con lo cual se establece

⁸¹⁵ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Loja, Tribunal de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio n.º 11317-2017-00079*, de 15 de febrero de 2018, 12.

⁸¹⁶ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Tribunal de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio n.º 17293-2017-00205*, 28 de junio de 2017, 7.

⁸¹⁷ Robert Cover, *Derecho, narración y violencia* (Barcelona: Gedisa, 2002), 16.

⁸¹⁸ Ecuador Corte Provincial de Pichincha, Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Sentencia”, en *Juicio n.º 1782-2016-02837*, 11 de agosto de 2016, 218.

⁸¹⁹ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Sentencia”, en *Juicio n.º 1782-2016-02147*, 12 de julio de 2016, 217.

⁸²⁰ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Acta de audiencia de procedimiento abreviado”, en *Juicio n.º 1782-2016-02147*, 5 de julio de 2016, 51.

qué está en juego cuando se trata del aborto. Alejandro Madrazo afirma que el estatus jurídico de la vida prenatal cumple un papel estratégico en la conformación de la comprensión jurídica sobre el aborto. Este estatus, dice, “determina quién es el protagonista de esa narrativa y, al hacerlo determina cuál es la situación, el conflicto, las soluciones aceptables y, sobre todo, los antagonistas de la narrativa”.⁸²¹

Frente al sujeto *no nacido*, el discurso jurídico penal coloca a la *mujer-madre*, a quien se le exige el deber jurídico de conservar la vida del sujeto *no nacido*, deber que es quebrantado al provocar conscientemente el aborto: “La procesada ha contravenido de manera evidente, disposiciones Constitucionales, pues como madre de la menor NN, debía proteger a la misma, cuidando y precautelando su vida, integridad física y derecho a la vida”.⁸²² De ese modo el juzgador justifica la categoría de culpabilidad, lo que determina el “reproche social de su conducta”.⁸²³ La culpabilidad, dice el juzgador, “opera no solo como presupuesto sino como medida de castigo”.⁸²⁴

El discurso jurídico penal, para construir la identidad de la *mala madre*, aquella que no acata el rol impuesto social y jurídicamente, recurre a narrativas que sacan a la luz la vida privada de esa mujer: dónde vive, cómo vive, con quién vive, con quién tiene relaciones sexuales, narrativas que son innecesarias para la determinación del delito, pero que son de gran significado para la construcción de la identidad de la mujer que aborta:

De acuerdo a las versiones, entrevistas y más diligencias investigativas, se presume que la hoy procesada [...] fue la persona que se automedicó los medicamentos abortivos con los cuales se causó un aborto consentido, al verse afectada por no ser hijo de la persona que ayudaba para la manutención como es el señor [...] y era hijo de un sujeto con el cual mantuvo una relación sentimental pasajera, a quien no se ha podido ubicar por cuanto la hoy procesada se reusa a dar mayor información de esta persona.⁸²⁵

⁸²¹ Alejandro Madrazo, “Narrativas sobre la personalidad prenatal en la regulación del aborto”, en *El aborto en el derecho transnacional*, ed. Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M. Dickens (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica / Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2016), 421.

⁸²² Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Tribunal de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio n.º 17293-2017-00205*, 28 de junio de 2017, 12.

⁸²³ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Sentencia”, en *Juicio n.º 1782-2016-02147*, 12 de julio de 2016, 217; Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Sentencia”, en *juicio n.º 1782-2016-02837*, 11 de agosto de 2016, 189.

⁸²⁴ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Sentencia”, en *Juicio n.º 1782-2016-02147*, 12 de julio de 2016, 217.

⁸²⁵ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Parte informativo”, *Dirección Nacional de Delitos contra la Vida, Muertes Violentas, Secuestro, Extorción y Desaparecidos*, en *Juicio n.º 1782-2016-02147*, 12 de mayo de 2016, 150.

La psicología también es una disciplina de la que se sirve el discurso penal para construir la identidad femenina en el aborto. Así, se recurre a peritajes para analizar a la mujer que aborta y encontrar en ella los rasgos que explicarían su conducta, por ejemplo:

Examen psicológico de la procesada emitido por el perito forense [...] quien manifiesta que la procesada presenta falta de decisión [...] presenta una profunda inseguridad personal [...] Respecto a su historia de vida en la infancia sufrió maltrato físico en una de sus relaciones también sufrió maltrato físico y psicológico, por el estilo de vida podría tener la tendencia a tener una forma de relacionarse en la cual se incluye la violencia hacia su persona.⁸²⁶

Las representaciones que se hace de las mujeres a través de estos discursos construyen la imagen de una mujer-madre diferente de la que en el imaginario social corresponde a la idealizada: casta, paciente, sacrificada, amorosa. Rebeca Cook plantea que el estigma que se atribuye a las mujeres que abortan coloca una impronta que las identifica como infractoras de los ideales de la feminidad, los cuales pueden variar en función de las culturas locales, pero que en general son: “1) la sexualidad de la mujer únicamente con propósitos de procreación, 2) la inevitabilidad de la maternidad y 3) el cuidado y atención instintivos de la mujer hacia quienes son más vulnerables”.⁸²⁷

El significado social que tiene el deber materno en las mujeres ofrece a los operadores judiciales que tienen el poder de atribuir la responsabilidad, la oportunidad de hacerlo aun cuando no existan pruebas suficientes para incriminar penalmente a una mujer. En uno de los casos analizados, la profesional de salud que atendió a la mujer en un aborto incompleto señala en su testimonio que no puede asegurar que el aborto haya sido provocado por las pastillas que ha ingerido la mujer, porque no puede saber si son abortivas.⁸²⁸ No obstante, la Fiscalía dictamina la responsabilidad penal infiriendo que el embarazo no era deseado, porque ya tenía dos hijos pequeños que dependían económicamente de ella.⁸²⁹ El amplio margen de ejercicio de poder punitivo se justifica a través de la categoría de la sana crítica, postulado que se utiliza en el discurso jurídico para ofrecerle un carácter racional y objetivo:

⁸²⁶ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Sentencia”, en *Juicio n.º 1782-2016-02837*, 11 de agosto de 2016, 190.

⁸²⁷ Rebecca J. Cook, “Significados estigmatizados del derecho penal sobre el aborto”, en *El aborto en el derecho transnacional*, ed. Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M. Dickens (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica / Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2016), 447.

⁸²⁸ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Tribunal de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio n.º 17293-2017-00205*, 28 de junio de 2017, 6.

⁸²⁹ *Ibid.*, 8-9.

Al referirse a este postulado, la ex Corte Suprema de Justicia, (actual Corte Nacional de Justicia), prescribió que: La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.⁸³⁰

Sin embargo, dicho razonamiento no se construye en abstracto, al margen del régimen de significados sobre la sexualidad y corporalidad femenina, reproducidos cotidianamente y de múltiples formas por las instituciones patriarcales. Como señala Alessandro Baratta, el discurso penal en su formación y aplicación selectiva refleja y reproduce las relaciones sociales de desigualdad existentes; la determinación de sanciones estigmatizantes como la privación de libertad, es relevante para mantener una escala social verticalizada.⁸³¹

La mujer descrita de esta forma en la narrativa penal es confrontada a un sujeto inocente e indefenso. Así, la mujer es representada como la mujer que asesina a su hijo, y el aborto se convierte en un terrible delito, porque el asesinato es cometido por quien tenía el deber de cuidar y amar a la víctima “más inocente inimaginable”.⁸³² Sin embargo, el embrión, feto o *nasciturus* al que se le ha ofrecido el estatus de sujeto, no se encuentra en otro sitio que no sea el cuerpo de la madre, lo que hace que el Estado a través del ejercicio penal adquiera control y dominio sobre ese cuerpo en nombre de representar los intereses del sujeto víctima.

El control punitivo sobre los cuerpos femeninos opera desde que los agentes de la fuerza pública son alertados por miembros del personal de salud; inmediatamente las mujeres son puestas bajo custodia policial dentro de los hospitales para impedir que evadan los procedimientos estigmatizantes, que eventualmente terminarán con el dictamen de un juez ordenando su prisión, además de una multa y la calificación de *interdicta*, impronta que es comunicada a todas las instituciones del sistema financiero y otras instituciones públicas.⁸³³

Pero aún, en los casos en que los procesos penales se archivan o se derivan a estériles investigaciones, las operaciones simbólicas y los discursos alrededor de la mujer que pasa por la experiencia de un aborto, inclusive espontáneo, son suficientes para

⁸³⁰ *Ibid.*, 10.

⁸³¹ Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal: Introducción a la sociología jurídico-penal*, trad. Álvaro Búnster (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004), 173-5.

⁸³² Madrazo, “Narrativas sobre la personalidad prenatal”, 429.

⁸³³ En los casos sentenciados se oficia al Consejo Nacional Electoral, a la Agencia Nacional de Tránsito y la Superintendencia de Bancos, señalando expresamente la pérdida del derecho de las mujeres a disponer de sus bienes, y al ejercicio de los derechos políticos en razón de haber cometido aborto consentido.

someterla a actuaciones denigrantes, dejándola con la marca de la mala madre. La sospecha que recae sobre aquella mujer la conduce a interrogatorios, a la exposición de su vida sexual e inclusive a la privación de libertad, hasta demostrar que no se provocó el aborto.⁸³⁴

Sin embargo, también hay casos en los que los jueces y fiscales que tienen el poder de atribuir la categoría de delincuente, pueden a través de un discurso ambiguo y vacilante dar otro curso a un proceso penal en que las mujeres niegan estratégicamente de manera rotunda saber que las pastillas que ingirieron o se colocaron en sus vaginas eran abortivas, y ordenar su libertad por no contar “con los elementos suficientes para iniciar una imputación”.⁸³⁵ Aún en estos casos, los cuerpos femeninos siguen siendo espacios de disputa del ejercicio punitivo estatal, y están a la merced de quien tiene el poder de nombrar sujetos, enunciar el derecho y determinar la existencia de un delito, y aunque no sean condenadas penalmente, esas mujeres estarán socialmente rotuladas como malas madres. A esto debe sumarse que las mujeres procesadas, son de escasos recursos económicos, factor que las obligó a acudir a los centros de salud públicos, donde son delatadas por el personal que tiene la obligación de atenderlas sin discriminación y cumplir con la obligación de guardar la confidencialidad.

El derecho es un lugar del mito en las sociedades contemporáneas, plantea Alicia Ruiz. Los fallos judiciales, aunque estén enmascarados en terminologías y ritos con los cuales se busca mostrar un halo de imparcialidad y objetividad, reflejan en la elección de una solución para una situación específica, la forma en que se conciben y se valoran las relaciones sociales, y la intención por mantenerlas. Cada decisión judicial no constituye un acto suelto o ajeno a una una práctica social que contiene una carga legitimante del poder.⁸³⁶

⁸³⁴ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Parte policial”, en *Juicio n.º 17282-2017-01642*, 15 de marzo de 2017, 1-2.

⁸³⁵ Ecuador, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Acta de audiencia de calificación de flagrancia”, en *Juicio n.º 17282-2016-00424*, 25 de enero de 2016, 19; Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad Judicial Penal con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Acta de audiencia de calificación de flagrancia”, en *Juicio n.º 17282-2017-03582*, 22 de septiembre de 2017, 19; Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Acta de audiencia de calificación de flagrancia”, en *Juicio n.º 17282-02296-2016*, 20 de mayo de 2016, 33; Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Unidad de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, “Acta de audiencia de calificación de flagrancia”, en *Juicio n.º 17282-2017-01642*, 16 de marzo de 2017, 36.

⁸³⁶ Ruiz, “La ilusión de lo jurídico”, 162-5.

La penalización del aborto estigmatiza a las mujeres, se encarga de representarlas como mujeres antinaturales por comportarse contra un pretendido instinto materno inherente a lo femenino. El discurso jurídico penal atribuye a las mujeres un carácter inmoral, y las categoriza como un peligro para los valores sociales. Es así como el Estado subordina a las mujeres.⁸³⁷

⁸³⁷ Cook, “Significados estigmatizados del derecho penal”, 447.

Conclusiones

Este trabajo de tesis ofrece algunos aportes que permite enriquecer y los debates del feminismo jurídico ecuatoriano. Desde categorías conceptuales y metodológicas que proporciona la teoría jurídica crítica feminista, se ofrece una perspectiva histórica de la configuración de la subjetividad femenina a través de la reproducción de ideas, mitos y creencias que se materializan en las diferentes dimensiones del discurso jurídico penal. A continuación, se plantean las siguientes conclusiones generales:

1. El patriarcado, como cualquier sistema de dominación requiere de un saber, que lo constituya y lo legitime, ese saber a su vez debe mostrarse racional e inclusive alcanzar un grado de cientificidad para que no sea cuestionado. Cualquier saber se construye a través de una práctica discursiva y una práctica social. A través de los discursos se crean categorías, conceptos y también sujetos, que abandonan su carácter abstracto cuanto se materializan en situaciones concretas. Tradicionalmente el concepto del derecho ha estado asociado a normas, regulaciones jurídicas, a las cuales se les ha ofrecido el carácter de abstractas, racionales, objetivas, para que el derecho tenga legitimidad, no obstante, estas características han sido objeto de cuestionamiento por parte de los feminismos, develando que el derecho, sus categorías, sus regulaciones lejos de ser objetivas responden a una perspectiva androcéntrica que cumple una función en la reproducción del patriarcado, al mismo tiempo se han implementado estrategias con la intención de voltear el sentido del derecho, a favor de los intereses y demandas de las mujeres.

En las últimas décadas una serie de planteamientos y debates teóricos agrupados en lo que se ha denominado *teoría jurídica crítica feminista*, buscan trascender con sus propuestas las críticas feministas al derecho. Sin desconocer los logros alcanzados en el reconocimiento de derechos de las mujeres, así como la inclusión de técnicas jurídicas tendientes a incorporar en el derecho la perspectiva de género, la *teoría jurídica crítica feminista*, busca problematizar el análisis del derecho concibiéndolo como un discurso social que configura la relaciones que regula, así como los sujetos de esas relaciones, con una intencionalidad: mantener la vigencia del sistema de dominación patriarcal. De este modo, se puede afirmar que las reformas legales que se han realizado a lo largo de un siglo, y que sin duda han logrado modificar el estatus jurídico y político de las mujeres, aunque hayan movido las bases ontológicas del patriarcado, este sistema de dominación

sigue vigente y reproduciéndose gracias a un sistema de ideas que configuran un universo simbólico que está presente en todas las relaciones, y son legitimadas por múltiples instituciones como la educación, la religión, la medicina, pero también por el derecho.

El sentido político que tiene la teoría jurídica crítica feminista, esto es *esclarecer la operación ideológica que el derecho realiza para mantener el patriarcado*, presenta varios desafíos, siendo uno de estos, no caer en la desmovilización provocada por la confianza que el derecho es capaz de lograr la emancipación a la que aspira el feminismo. Ahora bien, la movilización política del feminismo sería ciega si no tiene una orientación de hacia donde dirigir sus estrategias, y es justamente una teoría crítica la que debe aportar, ofreciendo sentido y claridad a los movimientos feministas, por lo tanto, la teoría jurídica crítica feminista debe ser comprometida con esas luchas, para no ser vacía.

2. El ejercicio punitivo con relación a las mujeres se ha configurado a lo largo de varios siglos, con base en tres ideas centrales: La debilidad física y espiritual de las mujeres, lo que haría que sean por naturaleza propensas al mal; la preponderancia de la carnalidad por sobre la espiritualidad, y la necesidad de control y tutela masculina.

La subjetividad de la *mujer infractora* se ha construido, en el marco de una alianza entre el discurso jurídico penal y el discurso religioso, que constantemente hasta la actualidad se ha ido renovando. Así, en un primer momento la Inquisición se encargó de justificar la necesidad del castigo y disciplinamiento de las mujeres, toda vez que encarnaban el arquetipo de Eva, la primera mujer, débil en espíritu y la culpable de la entrada del mal al mundo. A partir del siglo XVII, los discursos teocráticos que explicaban la inferioridad y peligrosidad femenina, fueron reemplazados por los discursos científicos positivistas, que cumplieron la misma función. Estas ideas a lo largo de la historia se han ido sofisticando y enmascarando en la racionalidad jurídica. En el caso ecuatoriano, se evidencia que hasta el siglo XX los escasos estudios criminológicos reproducen las ideas positivistas sobre la criminalidad femenina, explicando el fenómeno en su propia naturaleza, así, se patologiza la fisiología femenina, atribuyendo a la menstruación, embarazo o a la menopausia como causas de comportamientos potencialmente peligrosos.

A finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, las causas de la criminalidad femenina se asocian a problemas sociales y económicos pero relacionadas a los roles sexuales, como la maternidad. También aparecen voces críticas que señalan que las ideas sobre las mujeres infractoras son estereotipadas, y se alerta del peso de los prejuicios que

lleva a una falta de conocimiento y desprecio por la situación de las mujeres en conflicto con la ley penal.

En la dimensión formal del discurso jurídico penal ecuatoriano, la mujer infractora, que representa aquella que quebranta los ideales femeninos, esto es castidad, recato, obediencia y maternidad obligatoria, ha estado representada en los delitos de adulterio, infanticidio y aborto, de ese modo los ámbitos de control y disciplinamiento penal constituyen la sexualidad y la reproducción, es decir los cuerpos mismos de las mujeres. El ejercicio del poder punitivo sobre las mujeres, ha tenido dos escenarios: El primero es el espacio doméstico, para ello la potestad del ejercicio punitivo es delegada a través del discurso jurídico penal, autorizando a los varones a cargo, a castigar a las mujeres, inclusive a quitarles la vida, lo cual opera a través de eximentes penales contemplados en la ley penal ecuatoriana hasta los finales de los años ochenta, para los casos en que el marido hiera o mate a la mujer adúltera, o el padre, hermano o abuelo, matar a la hija, hermana o nieta que ha sido encontrada en “acto carnal ilegítimo”. El otro escenario de castigo es el público a través de la potestad punitiva estatal que opera cuando el primero resulta ineficiente.

Con relación a la configuración de la subjetividad de la mujer *víctima*, en el discurso penal, obedece a varias *reglas de formación*. Por un lado, la consolidación de la corriente denominada victimología que buscaba rescatar el rol de las víctimas de delitos en los procesos penales, la apropiación de esta demanda en el discurso de los derechos humanos, y las demandas feministas de que las conductas de violencia contra las mujeres, históricamente naturalizadas y justificadas sean objeto de reproche social. Esto implicó una alianza entre el poder punitivo estatal y los movimientos feministas, para tipificar algunas de las expresiones de violencia de género, en las cuales, en lugar del enunciado *sujeto pasivo*, se categorizó a las mujeres como *víctimas*. De ese modo, desde los años noventa del siglo anterior, en que inició esta ola reformista, confiando en un poder simbólico y transformador, se ha recurrido constantemente al derecho penal, para incluir figuras penales o para endurecer las sanciones de las ya existentes, en las que las mujeres figuran como víctimas.

No obstante, la constitución de la mujer víctima en el discurso jurídico penal, está lejos de ser la idealizada, esto es: aquella mujer a quien el sistema penal la protege, le da un tratamiento no discriminatorio, y la instituye como víctima de una conducta reprochable, pues su reconocimiento tiene que enfrentar los elementos simbólicos del orden social, que condicionan los roles sexuales de mujeres y hombres. En los relatos que

podrían llamarse calificados, en función del lugar que ocupan gracias a las *reglas de atribución*, que ofrece poder a ciertos actores para nombrar, crear categorías, hacer enunciados, se evidencia posturas estereotipadas sobre las mujeres y sobre las conductas de violencia que enfrentan y que desnaturalizan el significado político que las reformas penales, impulsadas por los movimientos feministas han defendido.

De ese modo en el discurso jurídico penal ecuatoriano, al interpretar su dimensión formal, aparecen nociones como la *honra* u *honestidad femenina* y el de *resistencia*, que terminan convirtiéndose en elementos de tipo, no escritos, de los delitos de violencia sexual. En el primer caso, juristas que se han desempeñado como jueces de altas cortes y docentes de derecho, consideran que la honestidad de las mujeres se adscribe al ámbito sexual, destacando que la protección del derecho se extiende a aquellas que cumplen con los mandatos de la moral sexual, que exige de las mujeres, recato y castidad. Con relación a la resistencia, se exige de las mujeres resistir a los ataques en forma *seria y continua*, y no fingida, para que el derecho las categorice como víctimas.

Adicionalmente, se evidencia que, en una operación burda, pero encubierta en la racionalidad del discurso jurídico, se vacía el sentido esencial que se ha buscado al instituir en el derecho a la mujer víctima, desplazándola a conceptos como el de víctima provocadora o propiciatoria, que según esta narrativa podría ser identificada por su forma de vestir y actuar, que disfruta en provocar sexualmente a los hombres, lo que haría, como se afirma en una sentencia de reciente data, que los agresores sexuales sean *víctimas de sus víctimas*.

Estas ideas que se encuentran a lo largo de la historia, desde los planteamientos criminológicos de Carrara en el siglo XIX, perviven en el discurso jurídico penal en el siglo XX y XXI, resistiendo a los avances constitucionales en materia de derechos de las mujeres y los esfuerzos por incorporar el enfoque de género en las decisiones judiciales.

3. Ni la construcción discursiva del sujeto mujer víctima y del sujeto mujer infractora, escapan de los elementos simbólicos que constituyen la subjetividad masculina y femenina en el orden patriarcal. En esta tesis para el primer caso se recurre al análisis de la figura de *trata con fines de explotación sexual*, que es un tipo penal complejo que fue incorporado en el catálogo de ilícitos en la ley penal ecuatoriana, en el año 2005, una vez que el estado ecuatoriano ratificó el Protocolo de Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, en 2003. En términos generales, esta figura alude al traslado de personas con cualquier fin de explotación, sin embargo, la primera tipificación que se hizo en el Ecuador fue en forma fraccionada ofreciendo estándares de

protección más elevados a las víctimas de trata con fines de cualquier forma de explotación excepto la sexual. En el 2014 en el Código Integral Penal el tipo penal de trata fue unificado sin hacer una diferencia en el tratamiento de las víctimas de cualquier forma de explotación.

Aunque es difícil establecer la dimensión real de la trata de personas con fines de explotación sexual, las fuentes oficiales coinciden en establecer que las víctimas son mayoritariamente mujeres, sin embargo, es un delito que no suele llegar a la etapa de sentencia, o también sucede que las conductas de trata se procesan como otros delitos, que también engloban el espectro de los ilícitos de explotación sexual, pero que tienen penas menores. La construcción de la subjetividad e identidad de la víctima en este delito ha resultado sumamente compleja, porque se enfrenta a su correlato que es el de la prostituta, y todo el ideario que gira alrededor de la mujer que la representa, particularmente es relevante en este contexto, la idea del derecho masculino de acceso al cuerpo de las mujeres, carentes de virtud y honestidad sexual, pero necesarias para la satisfacción de la distorsionada sexualidad masculina. De ese modo en la dimensión discursiva a cargo de los intérpretes calificados, los jueces, se realiza una operación ideológica por la cual, el sentido de la demanda feminista que impulsó la tipificación de este delito, es trasladado a un escenario semántico y simbólico diferente, denominando a las víctimas de explotación sexual como trabajadoras sexuales, prostitutas, y a los explotadores, como empleadores o empresarios, además de incluir elementos que aunque no forman parte del tipo penal en la dimensión formal, se van transformando en requisitos o condiciones para establecer la existencia del delito y reconocer a sus víctimas, en este sentido, se observa que la edad se convierte en un elemento no formal de tipo, toda vez que las mujeres adultas no son identificadas como víctimas de trata con fines de explotación sexual, pues se asume que están ejerciendo la prostitución voluntariamente.

De otro lado, la subjetividad e identidad de la mujer infractora en el delito de aborto se ha configurado de la mano de una imponente narrativa, que, desde la Iglesia católica se ha ido posicionando a lo largo de los dos últimos siglos y que se exagera al tiempo en que el feminismo demanda que la sexualidad y la reproducción sean movilizados del ámbito punitivo al de los derechos humanos. El sujeto mujer en el delito de aborto representa la imagen de la *mala madre*, aquella que no cumple la maternidad como su destino ineludible y que además no acata el mandato establecido por la moral católica: el ejercicio de la sexualidad tiene como único fin la procreación. De esa forma la mujer que aborta no solo es criminal sino también pecadora. Para la configuración del

ilícito penal, se requiere la existencia de un sujeto pasivo, cuyos bienes jurídicos sean lesionados por una conducta que justifique la intervención del derecho penal. En este sentido, la *mala madre*, ha requerido un antagonico, que es el *no nacido*, a quien el discurso jurídico junto con el religioso en una operación simbólica compleja, le otorgan identidad y estatus jurídico. La imagen del *no nacido*, representado como el ser inocente, débil y necesitado de la protección materna, ha sido colocado exitosamente en el universo simbólico, provocando una empatía social con este ser y un rechazo a la imagen de la mala madre.

Estos aspectos han sido catalizados por el poder político para frenar los intentos de despenalización del aborto en casos de violación, impulsados por los movimientos feministas, como se observó en el 2014 con ocasión de la expedición del Código Integral Penal y de sus reformas en el 2019. Mediante estos esfuerzos, el sujeto mujer en el aborto, se intentó desplazarlo del lugar de la infractora al de la víctima, apelando a la narrativa del sufrimiento que provoca en las mujeres asumir la maternidad producto de una violación, discurso que intenta además desmitificar la maternidad equiparándola en estas circunstancias, a tortura. Intentos que una y otra vez fracasaron, pero al mismo tiempo alertan a los agentes de poder, que diseñan mecanismos de control social para frenar cualquier avance hacia la despenalización del aborto y fortalecen la identidad de la madre criminal justificando así su criminalización, que recae básicamente en mujeres de escasos recursos que se ven obligadas a acudir a los centros de salud públicos.

4. La teoría jurídica crítica feminista ofrece variadas herramientas teóricas y metodológicas para problematizar el estudio del derecho en una época en la que los avances normativos en el reconocimiento de los derechos de las mujeres no están en discusión, pero parecen haber generado una desmovilización en los debates feministas jurídicos.

Por un lado, la denominada *perspectiva de género*, que ha encontrado cabida en el ámbito jurídico, suele ser entendida, en el mejor de los casos, como una técnica que permite visibilizar a las mujeres. Así, en la formulación de políticas públicas, diseños curriculares, jurisprudencia, propuestas legales, etc., se toma la precaución de considerarla. No obstante, aunque el concepto contenga una carga valorativa positiva, su significación epistemológica suele ser soslayado.⁸³⁸ En este sentido, un alcance reduccionista del concepto de género ha llevado a asumir que el derecho puede ser

⁸³⁸ Paula Viturro, "Constancias", *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, n.º 6 (2005): 295, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/pub_ra_n6.php.

fácilmente moldeado a favor de las mujeres con la introducción de figuras legales, la eliminación de otras, o contando con un mayor número de mujeres en la legislatura; sin embargo, para este tiempo existe la constancia de que esto no es así.

Problematizar el derecho desde la perspectiva de género implica hacer un cuestionamiento profundo a la legitimación de la jerarquización, discriminación y violencia sustentada en un complejo entretendido de discursos que han dado lugar a un saber o conocimiento, que no solo está incrustado en el derecho, sino en todo el orden social. Por otro lado, con relación al uso del derecho penal, es necesario detenerse a reflexionar sobre su escasa eficacia en la erradicación de conductas de violencia que afectan a las mujeres, porque aun cuando llegue a emitir sanciones para unos casos, la estructura que legitima esas formas de violencia sigue intacta. Es importante advertir que al demandar mayor rigor sancionatorio al derecho penal, se está ofreciendo, peligrosamente, mayor poder al ejercicio punitivo del Estado. Si bien es cierto que tácticamente no se debe renunciar al uso del derecho, sí es necesario desafiar la visión agrandada que se tiene de esta institución. No hay que olvidar que el derecho se formula, se interpreta y se aplica en terrenos que no son neutros, pues están atravesados por la ideología dominante.

Adicionalmente, aunque la formación jurídica demanda más habilidades prácticas que reflexivas, no hay que renunciar a la teoría, a los debates filosóficos; por lo tanto, un desafío es hacer valer el sentido originario de la definición de teoría que, como destaca Celia Amorós, es *hacer ver*.⁸³⁹ Para ello hay que arrancar los conceptos de la racionalidad patriarcal en la que han sido propuestos y replantearlos. Seguir teorizando sobre el derecho desde una perspectiva feminista crítica abre diversas posibilidades y caminos para develar, para mostrar las formas en que el poder y la ideología operan en el derecho, y con ello orientar el planteamiento de estrategias integrales, con una mirada relacional a mediano y largo plazo.

⁸³⁹ Amorós y de Miguel, “Teoría feminista y movimientos feministas”, 16.

Bibliografía

- Abarca Galeas, Luis Humberto. *Los delitos sexuales en el Código Penal y jurisprudencia del Ecuador*. Riobamba: Edipcentro, 1994.
- Adler, Freda. *Sister in Crime: The Rise of the New Female Criminal*. New York: McGraw-Hill Companies, 1976.
- Aguirre, Carlos. “Mujeres delincuentes, prácticas penales y servidumbre doméstica”. En *Lima, familia y vida cotidiana en América Latina: Siglos XVIII-XX*, coordinado por Scarlett O'Phelan Godoy, 203-30. Lima: Universidad Católica del Perú, 2003.
- Amorós, Celia, y Ana de Miguel Álvarez. “Teoría feminista y movimientos feministas”. En *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización*, editado por Celia Amorós y Ana de Miguel Álvarez, 13-89. Madrid: Minerva Ediciones, 2007.
- Aniyar de Castro, Lola. *Criminología de los Derechos Humanos: Criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010.
- Aniyar de Castro, Lola, y Rodrigo Codino. *Manual de Criminología Sociopolítica*. Buenos Aires: EDIAR, 2013.
- Antony García, Carmen. “Mujer y cárcel: El rol genérico en la ejecución de la pena”. En *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*, coordinado por Rosa del Olmo, 63-73. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998.
- Aponte Sánchez, Elida. “La prueba genética e impunidad en el delito de violación sexual”. *Capítulo Criminológico: Revista de las disciplinas del Control Social* 31, n.º 3 (2003): 71-89.
- Assef, Lucía M. “La teoría crítica en la Argentina”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 21, vol. 2 (1998): 21-32. <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.02>.
- Avilés, Ximena. “El concepto internacional de igualdad formal. En *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coordinado por Gioconda Herrera, 125-33. Quito: FLACSO / CONAMU, 2000.
- Ballesteros, Katia, e Ivannia Monge. “Lectura crítica del Código Penal desde la agresión contra las mujeres en la relación de pareja”. En *Sobre patriarcas, jerarcas, patronos y otros varones*, editado por Rosalía Camacho y Alda Facio, 31-44. San José: ILANUD, 1993.

- Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: Introducción a la sociología jurídico-penal*. Traducido por Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXII Editores, 2004.
- . “El paradigma del género: De la cuestión criminal a la cuestión humana”. En *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*, compilado por Haydée Birgin, 39-83. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.
- Barrera, Jaime. *La mujer y el delito*. Quito: Universidad Central del Ecuador, 1943.
- Benhabib, Seyla. “El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg – Gilligan y la teoría feminista”. En *Teoría feminista y teoría crítica*, editado por Seyla Benhabib y Drucilla Cornell, 119 -149. Valencia: Institució Valenciana D’Estudis I Investigació / Edicions Alfons El Magnanim, 1990.
- Bergalli, Roberto, y Encarna Bodelón. “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 9 (1992): 43-75. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1992-10004300074.
- Bermúdez Valdivia, Violeta. *La regulación jurídica del aborto en América Latina y el Caribe: Estudio comparativo*. Lima: CLADEM, 1998.
- Bonfante, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Traducido por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Madrid: Editorial Reus, 1965.
- Bourdieu, Pierre. “Elementos para una sociología del campo jurídico”. En *La fuerza del derecho*, coordinado por Pierre Bourdieu y Ghunther Teubner, 154-220. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000.
- . *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama, 1999.
- Bovino, Alberto. “Delitos sexuales y justicia penal”. En *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*, compilado por Haydée Birgin, 175-294. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.
- Butler, Judith. *Cuerpos que importan: Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- Calderón, Fernando, Martín Hopenhayn y Ernesto Ottone. *Esa esquiva modernidad: Desarrollo, ciudadanía y cultura en América Latina y el Caribe*. Caracas: UNESCO / Nueva Sociedad, 1996.
- Calvo, Yadira. *Las líneas torcidas del derecho*. San José: ILANUD, 1996.

- Camacho, Gloria. *La violencia de género contra las mujeres en el Ecuador*. Quito: Consejo Nacional para la Igualdad de Género / Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2014.
- Camacho, Rosalía y Alda Facio, “En busca de las mujeres perdidas: Una aproximación crítica a la criminología”. En *Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones*, editado por Rosalía Camacho y Alda Facio, 101-28. San José: ILANUD, 1993.
- Cantos, Alejandra. “Escenarios de aplicación de los derechos humanos de las mujeres en el Ecuador: Visión crítica del nuevo Código de Procedimiento Penal”. En *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coordinado por Gioconda Herrera, 99-105. Quito: FLACSO / CONAMU, 2000.
- Cárcova, Carlos María. “Jusnaturalismo vs. positivismo jurídico: Un debate superado”. *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), n.º 39 (1996): 49-84. <http://www.saij.gob.ar/carlos-maria-carcova-jusnaturalismo-vs-positivismo-juridico-debate-superado-dacf010073-1996-03/123456789-0abc-defg3700-10fcanirtcod>.
- . “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”. En *Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, compilado por Christian Courtis, 19-39. Buenos Aires: Eudeba, 2001.
- Carranza, Elías. “Desarrollo y tendencias de la criminalidad y algunos criterios para su prevención”. *Derecho Penal y Criminología* (Universidad Externado de Colombia) 1, n.º 21 (1983): 384-99.
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, vol. 2. Bogotá: Editorial Temis, 2000.
- . *Programa de Derecho Criminal*, vol. 3. Bogotá: Editorial Temis, 2005.
- Castelletti Font, Claudia. “Las narcas: Estereotipos de género en los roles y funciones de las mujeres que integran una asociación ilícita para el tráfico de drogas”. En *Género y Justicia: Estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica*, coordinado por Marianella Ledesma, 302-23. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2016.
- Checa Ron, Sophia. “Prostitución femenina en Quito: Actores, perspectiva moral y enfoque médico. Primera mitad del siglo XX”. *Procesos: Revista Ecuatoriana de Historia*, n.º 43 (2016): 121-46. <http://hdl.handle.net/10644/5231>.

- Chiarotti, Susana. “¿Somos las feministas una minoría insignificante?”. En *Los derechos de las mujeres en clave feminista*, editado por Roxana Vásquez, 11-21. Lima: CLADEM, 2009.
- . “Utilizar la ley como herramienta de cambio: El CLADEM, red regional de feministas que trabajan con el Derecho”. En *De lo privado a lo público: 30 años de lucha ciudadana de las mujeres en América Latina*, coordinado por Nathalie Lebon y Elizabeth Maier, 380-90. Ciudad de México: Siglo XXI Editores / UNIFEM, 2006.
- Chico Peñaherrera, Reinaldo. *Reflexiones sobre los delitos sexuales en el Código Penal Ecuatoriano*. Cuenca: Colegio de Abogados del Azuay, 1981.
- Ciriza, Alejandra. “Democracia y ciudadanía de mujeres: Encrucijadas teóricas y políticas”. En *Teoría y filosofía política: La recuperación de los clásicos en el debate latinoamericano*, editado por Atilio Borón, 159-74. Buenos Aires: CLACSO, 2001.
- Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM). *Dossier sobre violencia doméstica en América Latina y el Caribe*. Lima: CLADEM, 2005.
- Coalición Nacional de Mujeres. *Informe Sombra al Comité de la CEDAW: Ecuador 2014*. Quito: AH Editorial, 2014.
- Cook, Rebecca J. “Significados estigmatizados del derecho penal sobre el aborto”. En *El aborto en el derecho transnacional*, editado por Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M. Dickens, 438-67. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica / Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2016.
- Coordinadora Política de Mujeres. *Agenda Política de las Mujeres del Ecuador*. Quito: Coordinadora Política de Mujeres, 1998.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. 9 de diciembre de 2011. OEA/Ser.L/V/II, 46 -86.
- Cordero, Tatiana, Teresa Escuin, Verónica Feicán, Amparo Peñaherrera y Rosa Manzo. *La industria del sexo local: Cultura, marginalidad y dinero*. Quito: Corporación Promoción de la Mujer, 2002.
- Correas, Oscar. *Crítica de la ideología jurídica*. Ciudad de México: UNAM, 1993.
- Cover, Robert. *Derecho, narración y violencia*. Barcelona: Gedisa, 2002.

- Crenshaw, Kimberley. "A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Law and Politics". En *The Politics of Law: A Progressive Critique*, editado por David Kairys, 198-242. Nueva York: Panteon Books, 1990.
- De Aquino, Tomás. *Compendio de teología*. Barcelona: Orbis, 1985.
- . *Suma contra los gentiles*. Madrid: Editorial Católica, 1952.
- . *Tratado de la ley*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1990.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. "Informe sobre situaciones violentas registradas en casos de privación de libertad". *Defensoría del Pueblo*. Abril de 2019. <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2372/1/DEOI-DPE-007-2019.pdf>.
- De Gouges, Olympe. *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*. 5 de septiembre de 1971. clio.rediris.es/n31/derechosmujer.pdf.
- Del Olmo, Rosa. "Teorías sobre la criminalidad femenina". En *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*, coordinado por Rosa del Olmo, 19-34. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998.
- Derrida, Jaques. *La deconstrucción en las fronteras de la filosofía. La retirada de la metáfora*. Barcelona: Paidós, 1989.
- Dietz, Mary, e Isabel Vericat. "El contexto es lo que cuenta: Feminismo y teorías de la ciudadanía". *Debate Feminista* 1 (1990): 114-40. doi:10.2307/42623887.
- Donoso, Carla, y Cristian Matus. "Trayectorias y simultaneidades: Una mirada desde la subjetividad de jóvenes clientes de prostitución a la construcción de identidad masculina". En *Masculinidad/es: Identidad, sexualidad y familia*, editado por José Olvarría y Rodrigo Parrini, 141-52. Santiago de Chile: FLACSO, 2000.
- Echeverría, Bolívar. *Definición de la cultura*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- . *El materialismo de Marx: Discurso crítico y revolución*. Ciudad de México: Itaca, 2011.
- Echeverría, Enrique. *Derecho penal ecuatoriano*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1958.
- Eisenstein, Zillah. "Algunas notas sobre las relaciones del patriarcado capitalista". En *Patriarcado capitalista y feminismo socialista*, compilado por Zillah Eisenstein, 37-63. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1980.
- Engels, Friedrich. "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado". En *Obras escogidas*, 471-613. Moscú: Editorial Progreso, 1966.
- . *Obras escogidas*. 3 vols. Moscú: Editorial Progreso, 1980.

- Enríquez, José María, José Luis Muñoz de Baena, Lourdes Otero, Ana Belén Santos, Cristina Pérez y Enrique Ferrari. *Educación plena en Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 2014.
- Entelman, Ricardo. “Discurso normativo y organización del poder: La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.º 4 (1986): 109-16. <http://biblio.juridicas.unam.mx>.
- Eser, Albin. “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (Ministerio de Justicia de España), t. 49 (1996): 1021-46. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=246519>.
- Facio, Alda. *Cuando el género suena cambios trae: Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. San José: ILANUD, 1992.
- . “Hacia otra teoría crítica del derecho”. En *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coordinado por Gioconda Herrera, 15-44. Quito: FLACSO / CONAMU, 2000.
- Facio, Alda, y Lorena Fries. “Feminismo, género y patriarcado”. En *Género y Derecho*, editado por Alda Facio, 6-39. Santiago: LOM Ediciones, 1999.
- . “Feminismo, género y patriarcado”. *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, n.º 6 (2005): 259-94. <http://repositorio.ciem.ucr.ac.cr/jspui/handle/123456789/122>.
- Fernández Lavayen, Leonor. *La respuesta judicial del femicidio en Ecuador*. Quito: Comisión Ecueménica de Derechos Humanos / Corporación Promoción de la Mujer, 2017.
- Finnis, John. “Derechos e injusticias del aborto: Réplica a Judith Thompson”. En *La Filosofía del Derecho*, compilado por Ronald Dworkin, 273-16. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Firestone, Shulamith. *La dialéctica del sexo*. Traducido por Ramón Ribé Queralt. Barcelona: Editorial Kairós, 1976.
- Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad*, t. 1, *La voluntad de saber*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2013.
- . *Historia de la sexualidad*, t. 2, *El uso de los placeres*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2011.
- . *Historia de la sexualidad*. t. 3, *La inquietud del sí*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2012.

- . *La arqueología del saber*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2013.
- . *Vigilar y castigar*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2009.
- Fournier, Alfredo. *Para nuestros hijos cuando tengan dieciocho años: Consejos de un médico, conferencia acerca de la profilaxis de las enfermedades venéreas*. Quito: Imprenta de la Universidad Central del Ecuador, 1904.
- Fraser, Nancy, “¿Qué tiene de crítica la teoría crítica? Habermas y la cuestión de género”, *En Teoría feminista y teoría crítica*, editado por Seyla Benhabib y Drucilla Cornell, 49–88. Valencia: Institució Valenciana D’Estudis I Investigació / Edicions Alfons El Magnanim, 1990
- Freud, Sigmund. “Mas allá del principio del placer”. En *Obras completas*, 2507-41. Buenos Aires: Siglo XXI Editores / Biblioteca Nueva, 2012.
- Fries, Lorena. “Los derechos humanos de las mujeres: Aportes y desafíos”. En *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coordinado por Gioconda Herrera, 45-63. Quito: FLACSO / CONAMU, 2000.
- Garbay Mancheno, Susy. “Discriminación de género: Situación de las mujeres detenidas”. En *Diversidad: ¿Sinónimo de discriminación?*, editado por Patricio Benalcázar, 109-21. Quito: INREDH, 2001.
- . “El femi(ni)cidio como expresión de dominio patriarcal”. En *Horizonte de los derechos humanos, 2012*, editado por Gina Benavidez y Gardenia Chávez, 243-56. Quito: UASB, 2012.
- . “El rol del derecho en la construcción de identidades de género: Replanteando el análisis de género desde los aportes de la teoría crítica”. *Foro* (Quito), n.º 29 (2018): 5-20. <https://doi.org/10.32719/26312484.2018.29.1>
- . “¿La prostitución una institución patriarcal?”. *Aportes Andinos*, n.º 31 (2012): 75-80. <https://www.uasb.edu.ec/documents/1841990/2608423/Aportes+Andinos+No.31/9ae460c2-114f-4a18-8dd8-6a4cce20d4e3>.
- . *Trata de personas, impunidad, administración de justicia y derechos humanos: Informe temático n.º 1*. Quito: Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2010.
- Gargallo, Francesca. “El pensamiento feminista en América Latina”. En *Feminismos en América Latina*, compilado por Edda Gaviola y Lissette González, 133-62. Ciudad de Guatemala: FLACSO, 2001.
- Garofalo, Raffaele. *La criminología*. Traducido por Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Euros Editores, 2005.

- Goetschel, Ana María. “Del martirio del cuerpo a su sacralización”, *Procesos: Revista Ecuatoriana de Historia*, n.º 12 (1998): 25-35. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/procesos/article/view/2067/1853>.
- . “La posibilidad del imaginario”. En *Palabras del silencio: Las mujeres latinoamericanas y su historia*, compilado por Martha Moscoso, 59-76. Quito: Abya-Yala, 1995.
- . *Moral y orden: La delincuencia y el castigo en los inicios de la modernidad en el Ecuador*. Quito: FLACSO / Abya-Yala, 2019.
- . *Mujeres e imaginarios: Quito en los inicios de la modernidad*. Quito: Abya-Yala, 1999.
- . “Sobre machos, adúlteras y caballeros”. En *Antigua modernidad y memoria presente*, editado por Tom Salman y Eduardo Kingman, 73-83. Quito: FLACSO, 1999.
- Gordon, Robert. “Nuevos desarrollos en la teoría jurídica”. En *Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, compilado por Christian Courtis, 325-43. Buenos Aires: Eudeba, 2001.
- Gramsci, Antonio. *Antología: Selección, traducción y notas de Manuel Sacristán*. Traducido por Manuel Sacristán. Madrid: Ediciones Akal, 2013.
- . *Cuadernos de la cárcel: 10*. 6 vols. Ciudad de México: Ediciones Era, 1986.
- . *Cuadernos de la cárcel: 11*. 6 vols. Ciudad de México: Ediciones Era, 1986.
- Graziosi, Marina. “Infirmas sexus: La mujer en el imaginario penal”. En *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia Ruiz, 135-77. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires / Editorial Biblos, 2000.
- Herrera, Gioconda. “Introducción”. En *Antología del pensamiento crítico ecuatoriano contemporáneo*, coordinado por Gioconda Herrera, 11-33. Buenos Aires: CLACSO, 2019.
- Herrera, Joaquín. “Los derechos humanos en el contexto de la globalización: Tres precisiones conceptuales”. En *Direitos humanos e globalização: Fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica*, coordinado por David Sánchez Rubio, Joaquín Herrera Flores y Carvalho de Salo, 65-101. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- Hesíodo. “Trabajo y días”. En *Obras y Fragmentos*. Traducido por Aurelio Pérez Jiménez y Alfonso Martínez Díez, 115-67. Madrid: Gredos, 1978.

- Hopenhayn, Martín y Álvaro Bello. “Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe”. *Serie Políticas sociales* (CEPAL – ECLAC), n.º 47 (2001): 1-68.
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5987/1/S01050412_es.pdf.
- Horkheimer, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Madrid: Trotta, 2010.
- Hunt, Lynn. *La invención de los Derechos Humanos*. Traducido por Jordi Beltrán Ferrer. Buenos Aires: Editorial Tusquets, 2009.
- Hurst, Jane *La historia de las ideas sobre el aborto en la Iglesia Católica: Lo que no fue contado*. Traducido por Caridad Inda. Ciudad de México: Católicas por el derechos a decidir, 1998.
- Jaramillo, Isabel Cristina. “La crítica feminista al derecho”. En *El género en el derecho: Ensayos críticos*, compilado por Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, 103-33. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Juan Pablo II. *Carta apostólica Mulieris Dignitatem*. 15 de agosto de 1988.
http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_letters/1988/documents/hf_jp-ii_apl_19880815_mulieris-dignitatem.html.
- . *Carta Encíclica Evangelium Vitae*. Vatican. 25 de marzo de 1995.
http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html.
- Kaluszynski, Martine. “Cuando el derecho reencuentra la política: Primeros elementos de análisis de un Movimiento Crítico del Derecho”. En *Crítica Jurídica Comparada*, coordinado por Mauricio García Villegas y María Paula Saffon, 177-210. Bogotá: Universidad Nacional, 2010.
- . “Cuando el derecho reencuentra la política: Primeros elementos de análisis de un Movimiento Crítico del Derecho”. *HAL archives-ouvertes.fr*. 10 de marzo de 2019. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00610806/document>.
- Kant, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Madrid: Gredos, 2010.
- . *Principios metafísicos del derecho*. Ciudad de México: UNAM - Dirección General de Publicaciones, 1968.
- Kaufman, Michael. “Los hombres, el feminismo y las experiencias contradictorias del poder entre los hombres”, <https://www.michaelkaufman.com/wp-content/uploads/2008/12/los-hombres-el-feminismo-y-las-experiences-contradictorias-del-poder-entre-los-hombres.pdf>.

- Kelly, Lisa M. “El tratamiento de las narrativas del sufrimiento inocente en el litigio transnacional del aborto”. En *El aborto en el derecho transnacional*, editado por Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M. Dickens, 383-437. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica / Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2016.
- Kennedy, Duncan. Entrevista. “¿Son los abogados realmente necesarios?”, en *Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, compilado por Christian Curtis, 403-416. Buenos Aires: Eudeba, 2001.
- . “La Crítica de los Derechos en los Critical Legal Studies”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 7, n.º 1 (2006): 47-89. <http://duncankennedy.net/documents/La%20critica%20de%20los%20derechos%20en%20cls.pdf>.
- . “La educación legal como preparación para la jerarquía”. En *Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, compilado por Christian Curtis, 373-403. Buenos Aires: Eudeba, 2001.
- Kollontai, Alexandra. *La mujer en el desarrollo social*. Barcelona: Ediciones Guadarrama, 1976.
- Kramer, Heinrich, y James Sprenger. *Malleus Maleficarum (El martillo de los brujos)*. Traducido por Floreal Maza. Madrid: Orión, 1975. <http://www.malleusmaleficarum.org/downloads/MalleusEspanol1.pdf>.
- Lagarde y de los Ríos, Marcela. *Los cautiverios de las mujeres: Madresposas, monjas, putas, presas y locas*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2015.
- Lamas, Marta. *Feminismo: Transmisiones y retransmisiones*. Ciudad de México: Taurus, 2006.
- . *Feminismo: Transmisiones y retransmisiones*. Ciudad de México: Santillana, 2006.
- Larco Chacón, Carolina. “Mariana de Jesús en el Siglo XVII: Santidad y regulación social”. *Procesos: Revista Ecuatoriana de Historia*, n.º 15 (2000): 51-75. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1519/1/RP-15-ES-Larco.pdf>.
- . “Visiones penales y regímenes carcelarios en el Estado Liberal de 1912 a 1925”. Tesis doctoral, Programa de Historia de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3013>.

- Larrandart, Lucía. “Control social, derecho penal y género”. En *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*, compilado por Haydée Birgin, 85-108. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.
- Larrauri, Elena. *Mujeres y Sistema Penal*. Buenos Aires: Euros Editores / BdeF, 2008.
- Lemaitre Ripoll, Julieta. “El sexo, las mujeres y el inicio de la vida humana en el constitucionalismo católico”. En *El aborto en el derecho transnacional*, editado por Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M. Dickens, 306-31. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica / Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2016.
- León Galarza, Natalia. *La primera alianza: El matrimonio criollo, honor y violencia conyugal, Cuenca 1750 -1800*. Quito: Nueva Editorial, 1997.
- León, Magdalena. “Estado, sociedad, y derechos sexuales y reproductivos en el Ecuador: Una aproximación”. En *Derechos sexuales y reproductivos: Avances constitucionales y perspectivas en Ecuador*, editado por Magdalena León, 13-46. Quito: FEDAEPS / IEE, 1999.
- Lipszyc, Cecilia. “Mujeres en situación de prostitución: ¿Esclavitud sexual o trabajo sexual?”. En *Prostitución: ¿Trabajo o esclavitud sexual?*, 55-70. Lima: CLADEM, 2003.
- Locke, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Quilmes: Universidad Nacional de Quilmes / Prometeo, 2005.
- . *Segundo tratado sobre el gobierno civil: Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1999.
- Lombroso, Cesare. *Los criminales*. Barcelona: Centro Editorial Presa, s. f.
- Lombroso, Cesare, y Guglielmo Ferrero. *Criminal Woman, the Prostitute, and the Normal Woman*. Traducido por Nicole Hahn Rafter y Nary Gibson. Londres: Duke University Press, 2004.
- Londoño, Jenny. *Entre la sumisión y la resistencia: Las mujeres en la Real Audiencia de Quito*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 2014.
- Lugones, María. “Colonialidad y Género”. *Tabula Rasa*, n.º 9 (2008): 73-101. <https://doi.org/10.25058/issn.2011-2742>.
- MacKinnon, Catharine. “Feminismo, marxismo, método y Estado: Una agenda para la Teoría”. En *Crítica jurídica: Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, editado por Mauricio García, Isabel Jaramillo y Esteban Restrepo, 164-92. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005.

- Madrazo, Alejandro. “Narrativas sobre la personalidad prenatal en la regulación del aborto”. En *El aborto en el derecho transnacional*, editado por Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman y Bernard M. Dickens, 415-37. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica / Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2016.
- Mancero, Acosta, Mónica. “¿Negociación patriarcal?: El impasse por la despenalización del aborto por violación en Ecuador”. *Debate Feminista*, n.º 57 (2019): 59-82. <http://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.2019.57.05>.
- Martelotte, Lucía. “25 años de aplicación de leyes de cuotas en América Latina. Un balance de la participación política de las mujeres”. *SUR: Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 24 (2016): 91-8. <https://sur.conectas.org/es/25-anos-de-aplicacion-de-leyes-de-cuotas-en-america-latina/>
- Martínez, Lisandro. *Derecho penal sexual*. Bogotá: Editorial Temis, 1977.
- Martínez Rosón, María del Mar. “Mujeres y política en América Latina”, *Iberoamericana*, n.º 54 (2014): 160-3. <https://www.jstor.org/stable/24368561>.
- Marx, Karl. *Contribución a la crítica de la economía política*. Ciudad de México: Ediciones de Cultura Popular, 1978.
- . *El Capital*, Tomo 1. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1976.
- . *Elementos fundamentales para la crítica de la Economía Política*. 3 vols. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2007.
- . *Elementos fundamentales para una crítica de la economía política (Grundrisse)*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1971.
- . “La cuestión judía”. En *Páginas malditas: Sobre la cuestión judía y otros textos*. Traducido por Fernando Groni. Buenos Aires: Reapropiación Ediciones, 2019.
- Marx, Karl, y Friedrich Engels. *Manifiesto del Partido Comunista y otros escritos políticos*. Ciudad de México: Editorial Grijalbo, 1970.
- Millett, Kate. *Política sexual*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1970.
- Molyneux, Maxine. “Justicia de género, ciudadanía y diferencia en América Latina”. En *Mujeres y escenarios ciudadanos*, editado por Mercedes Prieto, 21-56. Quito: FLACSO / Ministerio de Cultura, 2008.
- Mouffe, Chantal. “Feminismo, ciudadanía y política radical”. En *El retorno de lo político*. Traducido por Marco Aurelio Galmarini, 107-24. Buenos Aires: Paidós, 1999.
- Moscoso, Martha. *Y el amor no era todo: Mujeres, imágenes y conflictos*. Quito: Abya-Yala / DGIS Holanda, 1996.

- Mosquera Andrade, Violeta. *Mujeres congresistas: Estereotipos sexistas e identidades estratégicas, Ecuador 2003-2005*. Quito: Abya-Yala / FLACSO, 2006.
- Narváez Silva, Grimaneza. “Mujeres privadas de libertad y derechos humanos”. *Archivos de Criminología, Neurosiquiatría y Disciplinas Conexas* (Universidad Central del Ecuador), n.º 34 (2002-2003): 49-68.
- Nitschack, Horst. “Vírgenes, putas y emancipadas en el mundo imaginario de los adolescentes”. En *Estudios sobre sexualidades en América Latina*, editado por Kathya Araujo y Mercedes Prieto, 109-21. Quito: FLACSO, 2008.
- Núñez Vaquero, Álvaro. “Teorías críticas del derecho: Observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica”. *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 26 (2010): 413-34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3313283>.
- Olsen, Frances. “El sexo del derecho”. En *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia Ruiz, 25-43. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires / Editorial Biblos, 2000.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (ONUDD). “Informe Mundial sobre la Trata de Personas 2018”. *ONUDD*. 7 de enero de 2019. <https://reliefweb.int/report/world/informe-mundial-sobre-trata-de-personas-2018-resumen-ejecutivo-y-cap-tulo-regional>.
- Organización Internacional del Trabajo, “La economía del sexo: La Industria del sexo: los incentivos económicos y la penuria alimentan el crecimiento”. *Trabajo*, n.º 26 (1998): 10-4. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/dwcms_080688.pdf
- Osorio, Jaime. *Fundamentos del análisis social: La realidad social y su conocimiento*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Pablo VI. *Carta Encíclica Humanae Vitae*. 25 de julio de 1968. http://www.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae.html.
- Páez Olmedo, Sergio. *Génesis y evolución del derecho penal ecuatoriano*. Quito: Editorial Universitaria, 1984.
- Pautassi, Laura. “Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades: Ciudadanía, derechos sociales y género en América Latina”. En *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coordinado por Gioconda Herrera, 65-90. Quito: FLACSO / CONAMU, 2000.

- Pearson, Eliane. *Manual Derechos Humanos y Trata de Personas*. Traducido por José Gabriel Borrero y Gerardo Heller. Bogotá: Alianza Global contra la Trata de Mujeres, 2003.
- Pérez Borja, Francisco. *Apuntes para el estudio del Código Penal*. Quito: Universidad Central del Ecuador, 1975.
- Proaño, Rosa Carmen. “La criminalidad en el Ecuador entre 1841 y 1850”. *Archivos de Criminología, Neurosiquiatría y Disciplinas conexas* (Universidad Central del Ecuador), n.º 28 (1986 - 1987): 81-98.
- Quijano, Aníbal. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”. En *Globalización y diversidad cultural*, compilado por Ramón Pajuelo y Pablo Sandoval, 228-81. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2004.
- . *Raza, etnia y nación en Mariátegui: Cuestiones abiertas*. Buenos Aires: CLACSO, 2014. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140507040653/eje3-7.pdf>.
- Rachels, James. *Introducción a la filosofía moral*, traducido por Gustavo Ortiz Millán. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Rahier, Jean. “Mami ¿qué será lo que quiere el negro? Representaciones racistas en la revista Vistazo 1957 - 1991”. En *Ecuador racista: Imágenes e identidades*, editado por Emma Carvone y Freddy Rivera, 74-109. Quito: FLACSO, 1999.
- Rodríguez Manzanera, Luis. “Simposios internacionales de victimología”. *ILANUD al día*, n.º 10 (1981): 46-54.
- . *Victimología*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1988.
- Rousseau, Jean-Jaques. *El contrato social*. Madrid: Alianza, 1986.
- . “El contrato social”. En *Escritos de combate*. Traducido por Salustiano Masó. Madrid: Alfaguara, 1979.
- . *Emilio o De la Educación*. Madrid: Alianza, 2002.
- Ruiz, Alicia. “De las mujeres y el derecho”. En *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia Ruiz, 9-25. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires / Editorial Biblos, 2000.
- . “Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo”. En *Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, compilado por Christian Courtis, 9-19. Buenos Aires: Eudeba, 2001.

- . “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”. En *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, compilado por Haydée Birgin, 19-31. Buenos Aires: Editorial Biblos / CEADEL, 2000.
- . “La ilusión de lo jurídico: Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas”. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.º 4 (1986): 161-8. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/2906/2708>.
- Ruiz, Martha Cecilia. “Los cambios constitucionales: Visiones de sus protagonistas”. En *Derechos sexuales y reproductivos: Avances constitucionales y perspectivas en Ecuador*, editado por Magdalena León, 47-69. Quito: FEDAEPS / IEE, 1999.
- Red de Organizaciones trabajando para la Eliminación de la explotación sexual comercial de niños y adolescentes (ECPAT). *Informe Global de monitoreo de la acciones en contra de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes: Ecuador*. Bangkok: ECPAT, 2010. https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2016/04/Global_Monitoring_Report-ECUADOR.pdf.
- Salas, José Manuel, y Álvaro Campos Guadamuz. *Explotación sexual comercial y masculinidad: Un estudio regional cualitativo con hombres de la población general*. San José: Organización Internacional del Trabajo, 2004. https://hopiweb.com/trabajo-social/biblioteca_digital/gen_fem_masc/masculinidades/Explotaci%C3%B3n%20Sexual%20Comercial%20y%20Masculinidades%20-%20OIT.pdf.
- Salgado Carpio, Rocío. “La Ley 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia y la Administración de Justicia”. En *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coordinado por Gioconda Herrera, 121-4. Quito: FLACSO / CONAMU, 2000.
- San Agustín, “De Ordine”. En *Obras completas de San Agustín: Escritos filosóficos*, Tomo 1. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994.
- Sandoval, Mariana. *Dimensión, naturaleza y entorno de la explotación sexual comercial de niñas, y adolescentes en el Ecuador*. Lima: OIT / IPEC, 2002. http://white.lim.ilo.org/ipec/documentos/lb_final_esci_ecuador.pdf.
- Simon, Rita. *Women and Crime*. Lexington: Lexington Books, 1977.

- Sissa, Giulia. "Filosofías del género: Platón, Aristóteles y la diferencia sexual". En *Historia de las mujeres*, dirigido por Georges Duby y Michelle Perrot. Traducido por Marco Aurelio Galmarini, 89-135. Madrid: Grupo Santillana, 2000.
- Smart, Carol. "La teoría feminista y el discurso jurídico". En *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, compilado por Haydée Birgin, 31-73. Buenos Aires: Editorial Biblos / CEADEL, 2000.
- Smaus, Gerlinda. "Abolicionismo: El punto de vista feminista". *No Hay Derecho*, n.º 7 (1993): 10-2.
- Talpade Mohanty, Chandra. "Bajo los ojos de occidente: Academia feminista y discursos coloniales". En *Descolonizando el feminismo: Teorías y prácticas desde los márgenes*, editado por Liliana Suárez y Aída Hernández, 112-60. Madrid: Ediciones Cátedra, 2008.
- Tamayo, Giulia. *Bajo la Piel: Derechos sexuales, derechos reproductivos*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán: 2001.
- Thomasset, Claude. "La naturaleza de la mujer". En *Historia de las mujeres*, dirigido por Georges Duby y Michelle Perrot. Traducido por Marco Aurelio Galmarini, 61-92. Madrid: Taurus 2003.
- Thomas, Yan. "La división de los sexos en el derecho romano". En *Historia de las mujeres*, dirigido por Georges Duby y Michelle Perrot. Traducido por Marco Aurelio Galmarini, 136-206. Madrid: Taurus, 2001.
- Thomson, Judith. "Defensa del aborto". En *La Filosofía del Derecho*, compilado por Ronald Dworkin, 243-72. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Trapasso, Rosa Dominga. "La prostitución en contexto". En *Prostitución: ¿Trabajo o esclavitud sexual?*, 45-54. Lima: CLADEM, 2003.
- UNIFEM / UNICEF. *La mujer en los códigos penales de América Latina y el Caribe hispano*. Quito: UNIFEM, 1996.
- Valdez, Anunziatta. "El Código de la Familia: Retos para la vigencia de los derechos de las mujeres". En *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coordinado por Gioconda Herrera, 93-8. Quito: FLACSO / CONAMU, 2000.
- Varea Viteri, María Soledad. *El aborto en Ecuador: Sentimientos y ensamblajes*. Quito: FLACSO, 2018.

- Vargas, Virginia. "El movimiento feminista de la región: Balances y desafíos". En *Feminismos en América Latina*, compilado por Edda Gaviola y Lisette González, 202-34. Ciudad de Guatemala: FLACSO, 2001.
- Vásquez, Roxana. "En torno a las experiencias vividas: Un breve recorrido por nuestras conversaciones". En *Los derechos de las mujeres en clave feminista: Experiencias del CLADEM*, editado por Roxana Vásquez, 259-80. Lima: CLADEM, 2009.
- Vega Uquillas, Víctor, y Manuel González Miño. "Tendencias de la criminalidad en el Ecuador: Delincuencia femenina", *Archivos de Criminología, Neurosiquiatría y Disciplinas conexas* (Universidad Central del Ecuador), n.º 28 (1986-1987): 96-115.
- Viforcós, María Isabel. "Los recogimientos, de centros de integración social a cárceles privadas: Santa Marta de Quito". En *Ciudad y vida urbana en la época colonial*, editado por Jorge Núñez Sánchez, 193-222. Quito: Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad Central del Ecuador, 1999.
- Vituro, Paula. "Constancias". *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, n.º 6 (2005): 295-300. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/pub_ra_n6.php.
- Vizcaíno Gutiérrez, Milcíades. "Mujeres en la criminalidad: Más preguntas que respuestas". *Criminalidad* 52, n.º 1 (2010): 309-30. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3621667>.
- Von Ihering, Rudolf. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., s.f.
- Weber, Max. *Economía y sociedad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Wiggershaus, Rolf. *La Escuela de Fráncfort*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Wolfgang, Marvin E. "Conceptos básicos en la teoría victimológica: individualización de la víctima". *ILANUD al día*, n.º 10 (1981): 68-75.
- Zaffaroni, Eugenio. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2000.
- . "El discurso feminista y el poder punitivo". En *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*, compilado por Haydée Birgin, 19-37. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.
- . "La mujer y el poder punitivo". En *Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones*, editado por Rosalía Camacho y Alda Facio, 89-99. San José: ILANUD, 1993.

Zambrano, Pedro J. *Estudio sobre la prostitución en Quito*. Quito: Imprenta Nacional, 1924.

Zizek, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Madrid: Ediciones Sequitur, 2008.

Documentos institucionales nacionales

Ecuador Asamblea Nacional. Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. *Informe para primer debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Asamblea Nacional, 2018.

Ecuador Asamblea Nacional, Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. *Informe para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Asamblea Nacional, 2019.

Ecuador Asamblea Nacional. *Ficha de votaciones de sesión n.º 611*. 17 de septiembre de 2019. <http://guest:guest@documentacion.asambleanacional.gob.ec/alfresco/webdav/Documentos%20Web/Votaciones%20del%20Pleno/A%C3%B1o%202019>.

Ecuador Dirección General de Sanidad y de la Zona Central. *Reglamento de profilaxis venérea para la zona central*. Quito: Imprenta Nacional, 1926.

Ecuador Instituto de Criminología Julio Endara. “Informe de veracidad de testimonio n.º 073-IPP”, Quito, 4 de marzo de 2015.

———. “Informe de veracidad de testimonio n.º 235-IPP”, Quito, 31 de agosto de 2015.

Otros documentos

Amnistía Internacional. “Declaración de Seneca Falls de 1848”. *Amnistía Internacional*. Accedido 21 de abril de 2019. www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-senecafalls-1848.html.

Instrumentos de organismos internacionales

OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe de fondo n.º 110/18 de 5 de octubre de 2018”. *Caso Paola Guzmán Albarracín y familiares contra*

Ecuador. No. OEA/Ser. L/V/II.169. 5 de octubre de 2018. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2019/12678FondoEs.pdf>.

ONU Asamblea General. *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres*. 20 de diciembre de 1993. A/RES/48/104.

———. *Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*. 29 de noviembre de 1985. A/RES/40/34.

———. *Declaración y Programa de Acción de Viena*. 25 de junio de 1993. A/RES/157/23. https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf.

———. *Programa de Acción del Cairo*. 13 de septiembre de 1994. A/RES/65/234.

Legislación nacional

Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 104, 20 de noviembre de 1970.

———. *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.

———. *Código de Comercio*. Registro Oficial 1202, Suplemento, 20 de junio de 1960.

———. *Código de la Niñez y Adolescencia*. Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003.

———. *Código de la Salud*. Registro Oficial 158, 8 de febrero de 1971.

———. *Código de Policía General*. Registro Oficial 924, 28 de octubre de 1904.

———. *Código de Policía*. Registro Oficial 151, 8 de agosto de 1906.

———. *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial 511, 10 de Junio de 1983.

———. *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial 555, Suplemento, 24 de marzo de 2009.

———. *Código Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

———. *Código Penal*. Registro Auténtico 1837, 14 de abril de 1837.

———. *Código Penal*. Registro Auténtico 1871, 3 de noviembre de 1871.

———. *Código Penal*. Registro Auténtico 1938, 22 de marzo de 1938.

———. *Código Penal*. Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971.

———. *Código Penal*. Registro Oficial 61, Suplemento, 18 de abril de 1906.

———. *Código Sanitario*. Registro Oficial 78, 4 de septiembre de 1944.

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

———. *Decreto Ejecutivo 1981*. Registro Oficial 410, 31 de agosto de 2004.

———. *Decreto Ejecutivo 1414*. Registro Oficial 288, 9 de junio de 2006.

———. *Ley No. 105*. Registro Oficial 365, 21 de julio de 1998.

Legislación internacional

OEA Asamblea General. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*. 9 de junio de 1994. AG/RES. XXIV-O/94.

OIT. *Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil*. 17 de junio de 1999. N.º 182.

ONU Asamblea General. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. 18 de diciembre de 1979. A/RES/34/180.

———. *Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra las Mujeres*. 20 de diciembre de 1993. A/RES/48/104.

———. *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. 15 de noviembre de 2000. A/RES/55/25

Sentencias internacionales

Corte IDH. “Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. 16 de noviembre de 2010. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

———. “Sentencia de 24 de junio de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*. 24 de junio de 2020. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf.

———. “Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. 28 de noviembre de 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

Estados Unidos. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. “Sentencia de 22 de enero de 1973”. *Caso Roe Vs. Wade*. 22 de enero de 1973. <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx>.

Sentencias y resoluciones judiciales (Capítulo segundo)

- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Proceso n.º 0001-09-SCN-CC*. 14 de mayo de 2009.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia del Azuay. Tribunal Penal. “Sentencia”. En *Juicio n.º 17-05-MP*. 13 de agosto de 1999.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Loja. Juzgado Octavo de Garantías Penales de Catamayo. “Sentencia”. En *Juicio n.º 0928-2010*. 24 de marzo de 2010.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Loja. Tribunal de Garantías Penales de Loja. “Sentencia”. En *Juicio n.º 11902-2010-0097*. 14 de abril de 2012.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Tribunal de Garantías Penales. “Sentencia”. En *Juicio n.º 17282-2016-01331*. 24 de febrero de 2017.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Segunda Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha. “Sentencia”. En *Juicio n.º 249-2008*. 23 de junio de 2008.
- Ecuador, Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. “Sentencia”. En *Juicio n.º. 01901-2020-0007*. 22 de enero de 2021.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia. Cuarta Sala. “Sentencia”. En *Gaceta Judicial n.º 10*. 30 de septiembre de 1985. Serie 14. (LEXIS).
- Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Segunda Sala, “Sentencia”. En Registro Oficial Edición Especial 38. 7 de agosto de 2013. (LEXIS).
- Ecuador Corte Suprema de Justicia. “Sentencia”. En *Gaceta Judicial 3*. 29 de septiembre de 1967. (LEXIS).
- Ecuador Tribunal de Garantías Constitucionales. “Resolución de suspensión de efectos legales”. Registro Oficial 224. 3 de Julio de 1989.

Sentencias y resoluciones judiciales (Capítulo tercero)

- Ecuador Corte Nacional de Justicia de Ecuador. Sala de lo Penal. “Sentencia”. En *Juicio n.º 1129-2015*. 4 de febrero de 2016.
- . “Sentencia”. En *Juicio n.º 1413-2009*. 22 de marzo de 2012. Registro Oficial Edición Jurídica 65. 16 de mayo de 2016. (LEXIS).

- . “Sentencia”. En *Juicio n.º 215-2012*. 15 de mayo de 2012. Registro Oficial Edición Especial 505. 18 de febrero de 2016.
- . “Sentencia”. En *Juicio n.º 457-2010*. 27 de abril de 2012. Registro Oficial Edición Jurídica 70. 18 de mayo de 2016. (LEXIS).
- . “Sentencia”. En *Juicio n.º 75-2010*. 11 de febrero de 2010. Registro Oficial Edición Especial 429. 15 de abril de 2013. (LEXIS).
- . “Sentencia”. En *Juicio n.º 871-2009*. 11 de noviembre de 2011. Registro Oficial Edición Especial 38. 7 de agosto de 2013. (LEXIS).
- . “Sentencia”. En *Juicio n.º 881-2009*. 27 de agosto de 2012. Registro Oficial Edición Jurídica 26. 2 de mayo de 2016. (LEXIS).
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Loja. Tribunal de Garantías Penales. “Sentencia”. en *Juicio n.º 11258-2016-00163*. 01 de septiembre de 2017.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Los Ríos. Tribunal de Garantías Penales. “Sentencia”. En *Juicio n.º 12283-2016-00839*. 25 de noviembre de 2016.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Manabí. Tribunal de Garantías Penales. “Sentencia”. En *Juicio n.º 13284-2016-00728*. 21 de marzo de 2017.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Tribunal de Garantías Penales. “Sentencia” en *Juicio n.º 17282-2017-01869*. 22 de junio de 2018.
- . “Sentencia”. En *Juicio n.º 17284-2014-0750*. 4 de noviembre de 2015.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Tribunal de lo Penal. “Sentencia”. En *Juicio n.º 17243-2007-0030*. 27 de marzo de 2008.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Quito. “Sentencia”. En *Juicio n.º 17842-2014-0750*. 4 de noviembre de 2015.
- Ecuador Unidad Judicial Penal de la Parroquia Quitumbe. “Dictamen de sobreseimiento definitivo”. En *Juicio n.º 17283-2018-01211*. 13 de diciembre de 2018.

Sentencias, resoluciones judiciales y piezas procesales (Capítulo cuarto)

- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Loja. Tribunal de Garantías Penales. “Sentencia”. En *Juicio n.º 11317-2017-00079*. 15 de febrero de 2018.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Tribunal de Garantías Penales. “Sentencia”. En *Juicio n.º 17293-2017-00205*. 28 de junio de 2017.

Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Unidad de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes. “Acta de audiencia de calificación de flagrancia”. En *Juicio n.º 17282-02296-2016*. 20 de mayo de 2016.

———. “Acta de audiencia de calificación de flagrancia”. En *Juicio n.º 17282-2016-00424*. 25 de enero de 2016.

———. “Acta de audiencia de calificación de flagrancia”. En *Juicio n.º 17282-2017-01642*. 16 de marzo de 2017.

———. “Acta de audiencia de procedimiento abreviado”. En *Juicio n.º 1782-2016-02147*. 5 de julio de 2016.

———. “Acta de levantamiento de cadáver”. *Dirección Nacional de Delitos contra la Vida, Muertes Violentas, Secuestro, Extorción y Desaparecidos*. En *Juicio n.º 1782-2016-000424*. 24 de enero de 2016.

———. “Acta de levantamiento de cadáver”. *Dirección Nacional de Delitos contra la Vida, Muertes Violentas, Secuestro, Extorción y Desaparecidos*. En *Juicio n.º 1782-2016-02837*. 20 de mayo de 2016.

———. “Parte informativo”. *Dirección Nacional de Delitos contra la Vida, Muertes Violentas, Secuestro, Extorción y Desaparecidos*. En *Juicio n.º 1782-2016-02147*. 12 de mayo de 2016.

———. “Parte Informativo”, *Dirección Nacional de Delitos contra la Vida, Muertes Violentas, Secuestro, Extorción y Desaparecidos*. En *Juicio n.º 1782-2016-02147*. 15 de marzo de 2016.

———. “Parte policial”. En *Juicio n.º 17282-2017-01642*. 15 de marzo de 2017.

———. “Sentencia”. En *Juicio n.º 1782-2016-02147*. 12 de julio de 2016.

———. “Sentencia”. En *Juicio n.º 1782-2016-02837*. 11 de agosto de 2016.

Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Unidad Judicial Penal con Competencia en Infracciones Flagrantes. “Acta de audiencia de calificación de flagrancia”. En *Juicio n.º 17282-2017-03582*. 22 de septiembre de 2017.

Notas de prensa escrita

Agencia Católica de Información. “Tribunal Constitucional ecuatoriano ratifica prohibición de venta de Postinor 2”. *Aciprensa*. 24 de mayo de 2006. <https://www.aciprensa.com/noticias/tribunal-constitucional-ecuatoriano-ratifica-prohibicion-de-venta-de-postinor-2>.

Ecuador en Vivo. “Pabón: Aquí no están los traidores compañero presidente”. *Ecuador en Vivo*. 11 de octubre de 2013. <http://www.ecuadorenvivo.com/politica/24-politica/6138-asambleista-paola-pabon-de-alianza-pais-retira-mocion-acerca-del-aborto-no-punitivo-tras-declaraciones-del-presidente-de-la-republica.html#.X8lpsekzZQI>.

El Comercio. “La criminalización de la mujer por el aborto abre un debate en Ecuador”. *El Comercio*. 3 de octubre de 2018. <https://www.elcomercio.com/actualidad/criminalizacion-aborto-legal-mujeres-violencia.html>.

———. “Lenin Moreno es noticia internacional por declaraciones sobre acoso”. *El Comercio*. 3 de febrero de 2020. <https://www.elcomercio.com/actualidad/lenin-moreno-medios-internacionales-acoso.html>.

El Universo. “Mauro Toscanini se disculpa por decir que supuesto violador de niña era su pareja”. *El Universo*. 4 de julio de 2018. <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/07/04/nota/6843092/mauro-toscanini-se-disculpa-decir-que-supuesto-violador-nina-era-su/>.

La República. “PAIS se divide ante el aborto por violación”. *La República*. 10 de octubre de 2013. <https://www.larepublica.ec/blog/2013/10/10/paola-pabon-propone-una-salida-a-penalizacion-del-aborto-y-la-asamblea-va-a-receso/>.

Comunicados de prensa

Conferencia Episcopal del Ecuador. “Amar y defender la vida”. 14 de septiembre de 2019. <https://conferenciaepiscopal.ec/amar-y-defender-la-vida/>.

Defensoría del Pueblo del Ecuador. “La Defensoría del Pueblo insta a la Asamblea Nacional a despenalizar el aborto en casos de violación”. 17 de septiembre de 2019. <https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpecomunicacion/pronunciamientos/2019/2019-09-17-dpe-insta-asamblea-nacional-despenalizar-aborto.pdf>.

Fuentes audiovisuales

Correa, Rafael. Entrevistado en Oromar TV. *Video de YouTube*. 10 de octubre de 2013, <https://www.youtube.com/watch?v=NKIzOdx6M8>.

Ecuador Secretaría General de Comunicación. “Enlace Ciudadano Nro. 413 desde Quito, Pichincha”. *Video de Youtube*. 28 de febrero de 2015.
<https://www.youtube.com/watch?v=ICtQe6sgqfE>.