

umboral

Revista de Derecho Constitucional

Género y diversidades

N.º 2, jun-dic-2012
ISSN: 1390-6615



Debate & Reflexión

Hacia un Estado pospatriarcal.
Feminismo y ciudadanía

Acceso a la justicia
para las mujeres...

La actoría transfeminista en
el proceso constituyente
y posconstituyente de Ecuador

Género, derecho
y discriminación.
¿Una mirada masculina?

Jurisprudencia

Victimización y tragedia.
La increíble y triste historia
del desalmado Floresmilo Villalta

Reseñas

Celia Amorós y Rosa Cobo
Feminismo e Ilustración

Beatriz Preciado
Manifiesto Contra-sexual

umbral

Revista de Derecho Constitucional

ISSN: 1390-6615

N.º 2, jul-dic 2012

Quito - Ecuador



Umbral: revista de derecho constitucional / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Quito: CEDEC, 2011- (2: jul.-dic. 2012).

ISSN: 1390-6615

1. Derecho constitucional. 2. Género y Derecho. 3. Derechos de la mujer. I. Montaña Pinto, Juan, dir. II. Título.

CDD: 342 CDU: 342 LC: K3154.C46 2012

Catalogación en la fuente: Biblioteca Corte Constitucional

Corte Constitucional del Ecuador

Centro de Estudios y Difusión
del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire
Presidente de la Corte Constitucional

Juan Montaña Pinto
Director Ejecutivo del CEDEC

Jorge Benavides Ordóñez
Coordinador de Publicaciones del CEDEC

Miguel Romero Flores
Corrector de Estilo

Juan Francisco Salazar
Diseño de Portadas e Ilustraciones

Corte Constitucional
Av. 12 de Octubre N16-114
y Pasaje Nicolás Jiménez. 2º piso.
Tels.: (593-2) 3941-800
www.corteconstitucional.gob.ec

Diagramación e impresión
V&M Gráficas.
Quito: Jorge Juan N32-36 y Mariana de Jesús

©Umbral n.º 2, jul-dic 2012

Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces de la Corte Constitucional. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.

Umbral, revista de derecho constitucional, es una publicación semestral del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, creada con el propósito de difundir y generar debate y reflexión sobre teoría jurídica, derecho constitucional ecuatoriano y comparado, derechos humanos e historia del derecho constitucional. Está dirigida a los actores jurídicos, abogados, investigadores, estudiantes y toda persona interesada en temas que contribuyan a la formación de una nueva cultura jurídica constitucional ecuatoriana.

Envío de artículos, información, solicitud de canje, así como suscripciones, pedidos y distribución: publicaciones@cce.gob.ec

DIRECTOR DE UMBRAL

Juan Montaña Pinto

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

Carlos Castro Riera
Universidad de Cuenca

Gina Chávez Vallejo
Instituto de Altos Estudios Nacionales

Agustín Grijalva Jiménez
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Julio César Trujillo
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Xavier Zavala Egas
Universidad de Especialidades Espíritu Santo

COMITÉ EDITORIAL INTERNACIONAL

Antonio de Cabo de la Vega
Universidad Complutense de Madrid

Bartolomé Clavero
Universidad de Sevilla

Roberto Gargarella
Universidad de Buenos Aires

César Landa Arroyo
Pontificia Universidad Católica del Perú

Diego López Medina
Universidad Nacional de Colombia

Gerardo Pisarello
Universidad de Barcelona

Francisco Zúñiga Urbina
Universidad de Chile

Índice

umbral

Revista de Derecho Constitucional
Corte Constitucional del Ecuador para el
Período de Transición
Centro de Estudios y Difusión del Derecho
Constitucional
N.º 2, jul.-dic.2012

Presentación	7
<i>Tatiana Ordeñana Sierra</i>	
Editorial	9
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Debate & Reflexión	
Género y diversidades	
• Hacia un Estado pospatriarcal. Feminismo y <i>ciudadanía</i>	25
<i>Blanca Rodríguez Ruiz</i>	
• Acceso a la justicia para las mujeres... El laberinto androcéntrico del derecho	63
<i>Roxana Arroyo Vargas</i>	
• Dicotomía y jerarquización: una causa para la penalización del aborto	89
<i>Gabriela Espinoza</i>	
• La actoría transfeminista en el proceso constituyente y posconstituyente de Ecuador	109
<i>Elizabeth Vásquez</i>	
• Heterosexualidad y heteronormatividad. Análisis discursivo general con énfasis en el entorno ecuatoriano	117
<i>Danilo Caicedo Tapia</i>	
• Género, derecho y discriminación. ¿Una mirada masculina?	131
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
• El habitus y sus influencias en la representación de las mujeres. en la esfera de vida política	169
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	
• La necesidad de una ley de igualdad entre mujeres y hombres y personas de diversidad sexo-genérica en el contexto de la institucionalidad de la constitución	185
<i>Ana Lucía Herrera Aguirre</i>	
Jurisprudencia	
• Victimización y tragedia. La increíble y triste historia del desalmado Floresmilto Villalta	195
<i>Sancha Forero Caicedo García</i>	
Reseñas	
• Celia Amorós y Rosa Cobo	231
<i>Feminismo e Ilustración</i> Por Jorge Benavides Ordóñez	
• Beatriz Preciado	238
<i>Manifiesto Contra-sexual</i> Por Giovanna Tipán	
Colaboradores	243
Política editorial y normas de publicación	247

Presentación

Tatiana Ordeñana Sierra

*Jueza constitucional
Corte Constitucional del Ecuador*

Presentación

Tatiana Ordeñana Sierra

La Constitución de la República consagra la igualdad y prohíbe la discriminación, entre otros, por motivos de sexo, identidad de género y orientación sexual. El reconocimiento de la igualdad de género y de la diversidad, inicialmente en el proceso constituyente y su posterior plasmación positiva en la Carta Magna, constituyen una victoria que reivindica a los grupos y movimientos sociales que han venido luchando y persiguiendo a través de los años dicho reconocimiento formal y material de sus derechos, así como de las garantías que permitan velar por su pleno y efectivo disfrute.

El contenido de este segundo número de Umbral, revista de derecho constitucional, editada por el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador, persigue el propósito de provocar el debate, la reflexión y difusión sobre la materia de género y diversidad, con la intencionalidad manifiesta y necesaria de obtener una comprensión efectiva sobre estos aspectos constitucionales que deben interesar, tanto a la ciudadanía en general, como a los administradores públicos y operadores de justicia, en relación con su responsabilidad de velar por la aplicación e interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos y garantías constitucionales, siendo de absoluta necesidad para tal propósito, una comprensión clara y efectiva del contenido esencial y los conceptos teóricos que subyacen a estos derechos constitucionales.

Así expuesto, los ensayos realizados por connotadas y connotados autores y que constituyen el contenido de esta publicación, coadyuvan cabalmente al propósito e interés de esta Corte Constitucional, a través de su Centro de Estudios, de propiciar el acercamiento de las personas al entendimiento pleno de sus derechos y garantías constitucionales.

Finalmente, se debe tomar conciencia y valor pleno del papel trascendental que desarrollamos las mujeres en la sociedad ecuatoriana contemporánea, y de las funciones que vamos ejerciendo como producto de esa igualdad normativa que empieza a reflejarse materialmente con fuerza, siendo que esta tendencia nos motiva y orienta a dejar atrás rápidamente estructuras mentales caducas y limitantes que aún impiden, en cierto grado, alcanzar una real igualdad de género.

Editorial

Juan Montaña Pinto

*Director Ejecutivo del Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional*

Introducción

Juan Montaña Pinto ¹

De acuerdo con el modelo popularizado hace años por Bruce Ackerman existen tres modelos de democracias constitucionales realmente existentes: el monismo constitucional, el dualismo constitucional y el fundamentalismo constitucional.²

Mientras la teoría monista defiende la idea de que la democracia es el gobierno de los representantes del pueblo, quienes por esa razón tienen la capacidad absoluta de dictar las leyes, sin que exista ningún límite material;³ el dualismo y sus seguidores creen que para efectos del control de las decisiones mayoritarias es necesario distinguir entre aquellas decisiones tomadas directamente por el pueblo en uso de su poder constituyente originario, que al ser extraordinarias y no corrientes son intangibles, y aquellas decisiones comunes tomadas por el Gobierno y las demás funciones del Estado que, en tanto poderes constituidos, son susceptibles de control debido a que no se podrían arrogar, por el hecho de haber ganado una elección, la atribución de invalidar las decisiones directas del pueblo; finalmente el llamado fundamentalismo constitucional considera que ni el pueblo directamente ni sus representantes tienen autoridad o capacidad para cambiar o modificar

1 Abogado y especialista en derecho público, Universidad de Externado de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; diplomado de estudios avanzados en derechos fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid; máster en historia del derecho, Universidad Messina; doctor en derecho constitucional, Universidad de Alicante. Actualmente, director ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) . Correo electrónico: biofilopanclasta1971@gmail.com.

2 Ver Ackerman, Bruce. "Tres concepciones de Democracia Constitucional". *Cuadernos y Debates n.º 29. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid, CEC, 1991. Esta es también la opinión de Carlos Santiago Nino, quien en un famoso texto sobre la justificación del control constitucional dice que dado el valor epistémico de la democracia como deliberación, existe una imposibilidad radical de justificar la acción de la justicia y del control constitucional, pues los jueces, generalmente elegidos en forma antidemocrática, no son adecuados ni tienen legitimidad para calificar o descalificar la validez de normas que tienen un origen democrático y deliberativo. Sobre el particular, ver Nino, Carlos Santiago. "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad". *Cuadernos y Debates n.º 29. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid, CEC, 1991, p. 124.

3 Siempre que la elección haya sido libre y competitiva.

ciertas partes de la Constitución, y que los gobiernos democráticos están sujetos a ciertos límites materiales en su accionar, límites marcados por el respeto y la garantía absoluta de los derechos reconocidos en la Constitución.⁴

En ese contexto, es obvio que la asunción de una u otra de las teorías constitucionales mencionadas tiene importantes consecuencias en relación al alcance del control constitucional en las democracias constitucionales contemporáneas. Así, por ejemplo, si asumimos como nuestras las tesis monistas ello indicaría que no hay autoridad más importante que el Congreso democráticamente elegido y que los Tribunales o Cortes constitucionales o bien no deberían existir, en virtud de la llamada “dificultad contramayoritaria”, o bien tendrían una misión limitada a la garantía de los derechos de participación política de las minorías.⁵ Si creemos en los postulados del dualismo constitucional debemos asumir que la justicia constitucional si cumple un rol muy importante en el control de las decisiones tomadas por las mayorías parlamentarias consistente en controlar y garantizar la eficacia de las decisiones del pueblo por parte del gobierno y el resto de funciones del Estado.⁶ Mientras que si nos consideramos fundamentalistas constitucionales nuestro compromiso con la democracia es inmenso pero es más grande nuestra responsabilidad con la Constitución y los derechos fundamentales⁷ que ciñen las decisiones populares que vulneren o amenacen estos derechos; y por tanto, los ordenamientos jurídicos democráticos solo lo serán cuando exista un mecanismo judicial de control de las decisiones de la mayoría legislativa.

Esta discusión estuvo vigente durante décadas en EE UU y Europa, donde todavía queda algún rezago, pero ha sido superada en el resto del mundo con los desarrollos y el auge del neoconstitucionalismo, que ha dado

4 Bruce Ackerman, *op. cit.*, p. 22.

5 Esta es por ejemplo la opinión de John Ely. Ver Hart Ely, John. *Democracia y desconfianza*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2003.

6 Ackerman sostiene que hay dos niveles de acción política el nivel constitucional o constituyente que se da en raros momentos de gran debate y movilización política, como ocurrió en los Estados Unidos en tiempos de la expedición de la Constitución, en el momento de la reconstrucción del país después de la guerra de secesión, o en tiempos del *New Deal*, y que por tanto gozan de completa legitimidad democrática a partir del consenso que se ha logrado entre las mayorías movilizadas; y la política cotidiana en la que no participan activamente las mayorías de ciudadanos y que por su menor nivel de legitimidad política deben someterse a la primera. En opinión de Ackerman, los jueces constitucionales son los encargados de vigilar y garantizar que el nivel de la política constitucional prevalezca sobre el nivel de la política cotidiana. Sobre el particular ver *Cuadernos y debates n.º 29. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid, CEC, 1991, *op. cit.*, p. 16.

7 Cualquiera sea el contenido de los derechos.

razones muy poderosas para justificar la existencia de la justicia constitucional en el contexto de las democracias constitucionales contemporáneas. Sin lugar a dudas ha sido el constitucionalismo latinoamericano de los últimos 25 años el que ha dado mayores argumentos para superar la llamada “dificultad contramayoritaria” que aquejaba a la *judicial review* desde su nacimiento en los primeros años del siglo XIX. El nuevo constitucionalismo de América Latina, especialmente las últimas tres constituciones de ese movimiento de constitucionalización del derecho,⁸ tiene la enorme virtud de haber conseguido construir un modelo que combina virtuosamente las ventajas del dualismo con lo mejor del fundamentalismo constitucional, al garantizar la validez de las decisiones democráticas, mediante la movilización constante del poder constituyente popular y consultas frecuentes al pueblo sobre las decisiones más importantes de la política, junto con la vigencia y supremacía de los derechos a través del papel que cumplen los tribunales constitucionales en la defensa de los derechos de las minorías. Así el nuevo constitucionalismo que se ha desarrollado en América Latina otorga un importante rol a la idea fundamentalista de los derechos como límites al poder, sin violar el compromiso con la democracia y la devolución del poder constituyente al pueblo y lo hace mediante la idea de una democracia participativa donde el pueblo concurre en la toma de las decisiones políticas fundamentales y particularmente en el control del poder en relación con la vigencia y ejercicio de los derechos. Esta nueva forma de entender el constitucionalismo logra aparentemente la cuadratura del círculo⁹ al ser a la vez profundamente democrática, pues se sustenta en la devolución del poder constituyente al pueblo después de más de 200 años de expropiación¹⁰ y, a la vez, heredera directa del

8 Me refiero a las constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (1998) y Bolivia (1999).

9 Muestra de ello son la institucionalización constitucional de procesos de consulta popular y referéndum aprobatorio de las iniciativas legislativas de reforma y cambio de la Constitución, así como los procesos de debate y consulta popular de las principales políticas públicas a través de mecanismos como la consulta previa, con lo que estos nuevos modelos constitucionales participativos y deliberativos responden a la objeción que ciertos filósofos del derecho como Nino hacen a la idea de los momentos constitucionales. Recuérdese, por ejemplo, el juicio negativo que Carlos Nino hace al dualismo constitucional debido a la imposibilidad de que los consensos democráticos lejanos obtenidos en los raros y extraordinarios momentos constituyentes vinculen o afecten a las generaciones presentes y futuras.

10 Es bien conocido que en los orígenes del constitucionalismo, y particularmente en los orígenes del constitucionalismo en su versión francesa, liberalismo y democracia eran sinónimos. En ese contexto, los primeros teóricos revolucionarios consideraban siguiendo a Rousseau, que el Poder Constituyente estaba efectivamente encarnado en el pueblo francés. Así mismo, sabemos que en los orígenes de la revolución francesa, la burguesía convocó a este Demos universal, titular del poder constituyente originario, para que le ayudara en su lucha contra la monarquía y la aristocracia, alianza política y social que se tradujo en la toma de la Bastilla y la muerte de Luis XVI. También es ampliamente conocido que con la caída de Los Jacobinos, en 1795, esta burguesía timorata rompe

constitucionalismo garantista de la posguerra pues es profundamente protectora de los derechos de las minorías.

Pero este indudable avance teórico no sería más que letra muerta o papel mojado si no logramos avances significativos y verificables en el plano de la eficacia de la Constitución, lo cual implica garantizar no ya tan solo la transformación radical del papel del juez constitucional en las democracias contemporáneas,¹¹ sino además, y sobre todo, responder a la pregunta fundamental de porqué obedecer a lo que dicen los jueces, y lo que es más importante, porqué obedecer al derecho.

En efecto, la potestad que tienen los jueces de revisar la constitucionalidad de las normas que dictan los políticos es una de las características básicas de las democracias constitucionales tal cual las conocemos, pero eso no implica que esa facultad esté claramente justificada o argumentada, por lo que es importante revisar los distintos argumentos que se han dado sobre el particular en la filosofía y en el derecho positivo. La primera manera de justificar porque es necesario obedecer al derecho, que podríamos llamar positivista o normativista, hay que rastrearla históricamente en los argumentos del juez Marshall en *Marbury vs. Madison*, ampliamente conocidos.

Para el juez Marshall: “Hay solo dos alternativas: o la Constitución controla cualquier Ley, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una Ley ordinaria... En el primer caso la consecuencia es que la ley no es válida porque no es tal ley, y en el segundo caso la Constitución no es más que un absurdo intento del pueblo de limitar el poder ilimitado del Congreso y por lo tanto resulta innecesario aplicarla. En este contexto, la obligación primera del juez es decidir que es ley, y... si dos leyes entran en conflicto el tribunal debe decidir cuál de ellas es válida y aplicable, del mismo modo si una ley entra en conflicto con la constitución el juez debe decidir conforme a la ley desechando la constitución, o conforme a la constitución desechando la ley”.¹² De este extracto literal de la sentencia podemos deducir el

este acuerdo inicial y hace una alianza con la aristocracia que se traduce en la entrega del Poder Constituyente a la “Nación” personificada en los representantes a la Asamblea Nacional, que a partir de ese momento, y a través del mecanismo del Sufragio censitario, se compone solo por la minoría terrateniente y propietaria. Sabemos también que esa concepción de soberanía nacional fue rápidamente transformada en el transcurso del siglo XIX como consecuencia de la restauración monárquica que se produjo en toda Europa, por la teoría del Estado de Derecho y de la Soberanía del Estado desarrollada en Alemania a fines del siglo XIX.

11 El juez en las democracias constitucionales contemporáneas deja de ser la boca muda de la ley para convertirse en el principal defensor de la Constitución, entendida como ley suprema y encarnación normativa de la voluntad popular.

12 Varela Suances, Joaquín. *Textos básicos de la historia constitucional comparada*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

núcleo del razonamiento jurídico del juez Marshall, que sirvió para justificar el nacimiento del *judicial review*. Tomando prestadas las ideas de Nino,¹³ podemos decir que este núcleo se compone de los cinco enunciados y de una conclusión. Los enunciados son los siguientes: a) De acuerdo con la teoría de la división de poderes, el primer deber de los jueces es aplicar la ley; b) Cuando hay contradicción entre dos leyes el juez debe aplicar la que es válida e inaplicar la que no lo es; c) La Constitución es una ley suprema y define las condiciones de las otras normas para ser consideradas leyes; d) El Congreso y los demás poderes del Estado están limitado por la Constitución pues establece cuáles son sus facultades y poderes; e) La supremacía de la Constitución implica que cuando esta entra en conflicto con una ley dictada por el Congreso, esta segunda deja de ser una norma válida; y finalmente, f) Si una norma no es válida carece de fuerza obligatoria. La conclusión es obvia: una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por los jueces.

En ese sentido, Marshall ha justificado positivamente, esto es, desde el plano interno del derecho, el control constitucional a partir del reconocimiento del principio de supremacía de la Constitución (enunciado c); aceptado este principio, y en caso de conflicto entre la Constitución y cualquier otra norma debe aplicarse la Constitución (enunciado f); y, el *judicial review* es una consecuencia lógica necesaria (enunciados a y e).

Un razonamiento parecido a este utilizó Kelsen cuando definió al ordenamiento jurídico como una estructura normativa autorreferente y jerárquica;¹⁴ definición que dio lugar al mito de la pirámide normativa de Kelsen, que si bien nunca fue expresada por el autor, ha terminado siendo uno de los elementos centrales de su teoría jurídica.

En ese sentido, si revisamos alguna de sus obras más importantes y conocidas es posible deducir de los textos la idea de la pirámide normativa. Según el famoso jurista austriaco, el derecho es un sistema de normas válidas que regulan la conducta de los hombres.¹⁵ Una segunda idea que puede servir como herramienta para deducir la idea de la pirámide normativa dice que cada norma tiene un ámbito de validez espacial, temporal y material, y que las últimas tienen superior jerarquía que las primeras.¹⁶

13 Carlos Santiago Nino, *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*, *op. cit.*, p. 100.

14 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Bogotá, Ediciones Hidalgo, 2010, pp. 109 a 127.

15 Una norma existe, dice Kelsen, cuando es válida, y para que sea válida se requiere que haya sido creada por un acto de voluntad o por un hecho que transcurra en el espacio y en el tiempo. Sobre el particular: Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 35.

16 Unas normas, afirma Kelsen, se aplicarán solo para un lugar y un momento determinados, en consecuencia no se aplican sino en ese contexto particular, y otras son válidas siempre y en todas partes. Ver Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 40.

También dice el autor que dado que el orden jurídico es un sistema de normas hay que preguntarse: ¿Por qué una norma puede llegar a formar parte del sistema jurídico? La respuesta es sencilla: una norma pertenece a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de una norma única que se encuentra en la base o cenit de este orden, y que se constituye en la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden.¹⁷ Otro elemento importante de la respuesta dada por Kelsen en la *Teoría Pura del Derecho*, es que su superioridad no depende de su contenido material, sino del hecho de tener una naturaleza distinta. La norma fundamental, nos dice Kelsen, es la regla según la cual son creadas las normas jurídicas y de ella deriva el principio mismo de su creación,¹⁸ de tal suerte que la validez de las normas jurídicas solo puede ser deducida de esa norma fundamental.^{19, 20}

Sin embargo, ni Marshall ni Kelsen explican el porqué la “norma fundamental” o la Constitución deben ser obedecidas, ni tampoco aclaran cuál es la razón para que la ley contraria a la Constitución sea considerada inválida *ipso iure*; o en caso de que esta invalidez no sea automática, quién y con qué procedimiento se declara su invalidez, por lo que se hace necesario buscar la respuesta más allá del positivismo.

Una posible respuesta a este dilema es recogida por Nino.²¹ Según el filósofo argentino, las normas jurídicas no justifican por sí solas las acciones u omisiones de los operadores jurídicos, particularmente de los jueces, a menos que se las conciba como un instrumento de realización de un fin o principio metanormativo apoyado en algún principio moral autónomo, puesto que las normas son en principio compatibles con cualquier sistema axiológico, por tanto es necesario conocer este sistema de valores para poder justificar el uso de una norma en un caso concreto,²² lo que en últimas

17 Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 109.

18 *Ibid.*, p. 110.

19 En ese contexto, referir las diversas normas a un sistema jurídico es tanto como mostrar que han sido creadas conforme a esta norma.

20 Según Kelsen, la norma fundamental es la hipótesis de todo estudio positivo del derecho. Al no haber sido creada según el procedimiento jurídico no es en sí misma derecho positivo, pero es la hipótesis que permite considerar al sistema jurídico como un sistema de normas. Ver Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 112.

21 Al estudiar los posibles fundamentos del control constitucional, Nino plantea la tesis de que la justicia constitucional se justifica por la necesidad de salvaguardar los valores y principios morales que justifican la existencia de las normas. Una vez explicada esta postura, la misma es criticada por Nino puesto que sostiene que si asumimos hasta el final las consecuencias del carácter valorativo del derecho en realidad el derecho positivo se torna irrelevante, porque se puede aplicar directamente la moral. Sobre el particular, ver Carlos Santiago Nino, *op. cit.*, pp.107 a 116.

22 Carlos Santiago Nino, *op. cit.*, p. 108.

implica conocer cuál es su origen. De allí resulta entonces que un juez constitucional no puede justificar una decisión cualquiera en la existencia de una norma jurídica, sino que debe fundamentar expresa o tácitamente su decisión en la legitimidad de esa norma medida a la luz de ciertos principios morales que fundamentan el deber de obediencia del derecho. En ese sentido, la Constitución no es superior a las otras normas solo por el hecho de haber sido discutida y aprobada por el pueblo, sino porque es la expresión normativa de ciertos principios morales o éticos que le otorgan legitimidad a todo el ordenamiento jurídico.

Finalmente, hay una teoría que desconoce de manera radical las posibilidades del juez constitucional de controlar las decisiones de la mayoría democrática, sobre la base de la confiabilidad epistémica de la democracia y de la deliberación. De acuerdo con quienes sostienen esta tesis, entre ellos Nino, el principal problema de la jurisdicción constitucional está en que esta función se sustenta en un individualismo epistemológico basado en la idea inaceptable de que el juez a través de su reflexión racional individual puede llegar a encontrar aquello que es justo. Nino considera, siguiendo las líneas de pensamiento inauguradas por los sofistas y seguidas por Rousseau y Habermas, que en lugar de ese individualismo hay que sostener el colectivismo epistémico, y que por tanto solo a través de la interacción comunicativa y la deliberación es posible encontrar los principios de la moral social.²³

Sin dejar de valorar los aportes de la deliberación, y los planteamientos dialógicos de Nino y Habermas, es necesario aceptar que la interacción comunicativa no es real si no existen ciertas condiciones que hagan posible el ejercicio de la comunicación; me refiero a cierta simetría o igualdad de poder entre los sujetos deliberantes que muy difícilmente se producen fuera del mundo ideal.

Por eso, a pesar de los riesgos elitistas que conlleva, es preferible aceptar la idea del control judicial de las decisiones mayoritarias. Si aceptamos como correcta tal afirmación tenemos que concluir que los jueces tienen como principal atribución o función el control de constitucionalidad, que conlleva una actividad interpretativa que involucra acudir a premisas valorativas. La siguiente pregunta es entonces: ¿Cuáles son los valores que debe tomar en cuenta el juez a la hora de su decisión? La respuesta no es fácil, pero partimos de la idea de que en la democracia y la deliberación son el mejor mecanismo para determinar cuáles son los valores sociales

23 *Ibíd.*, p. 117.

aplicables, pero que su aplicación no puede y no debe ser dejada a la política si no queremos correr el riesgo de caer en la dictadura de la mayoría y en el fascismo social.

En ese sentido no hay que olvidar que la Constitución es la expresión política y jurídica del sistema de valores de una comunidad.²⁴ Para el liberalismo clásico estos valores son la autonomía personal, la libertad en todas sus variantes²⁵ y la propiedad; en el caso ecuatoriano los valores que debe aplicar el juez constitucional son aquellos que están incorporados al texto de la Constitución y en el bloque de constitucionalidad, y que están ahí a partir del debate y el diálogo democrático entre los distintos actores y agendas políticas presentes en la Asamblea Constituyente de Montecristi. Estos principios y valores están esparcidos por toda la Constitución pero pueden resumirse en el contenido del artículo 1 de la Constitución. Dicho artículo nos habla de la forma del Estado en nuestro país. Nos dice el precepto que estamos examinando: “es un Estado constitucional de Derechos y justicia, soberano, intercultural, plurinacional y laico”. La asunción de la democracia constitucional, como modelo del Estado, implica que a pesar de que el ecuatoriano sigue siendo un Estado de derecho, este Estado tiene unas características que lo distinguen de cualquier otro: en primer lugar en el país hemos abandonado la forma legislativa del Estado de derecho; en segundo lugar, se ha incorporado en el propio ordenamiento jurídico todo el conjunto de críticas contemporáneas al positivismo;²⁶ en tercera instancia, se ha convertido a la Constitución —a toda ella— en una norma jurídica directamente aplicable; en cuarto lugar, hay una transformación radical del sistema de fuentes y un desplazamiento de la ley como fuente suprema en beneficio de la Constitución que se transforma en la norma de normas; en quinto lugar, hay una transformación del papel del juez en el sistema jurídico pues asume un rol activo en la creación del derecho; y, finalmente, lo que es más importante, existe a partir del 20 de octubre de 2008 una nueva finalidad que es transversal a la acción del Estado: la defensa y garantía de los derechos de las personas y de la naturaleza.

El segundo elemento teórico importante de la definición del Estado, que contempla el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana, es la definición de nuestro Estado como un Estado de DERECHOS. No se trata de un error de

24 Landa, César. *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del tribunal Constitucional*. Lima, Palestra, 2009, pp. 21 y 22.

25 Libertad personal, libertad de expresión, libertad de movilización y libertad de trabajo y empresa.

26 Pérez Luño, Antonio. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 57.

transcripción ni de un enunciado retórico, simbólico o publicitario, sino que existen buenas razones para este cambio de nominación. De los muchos argumentos para ese cambio podemos destacar dos: en primera instancia, que un Estado sea calificado como de “derechos” implica que toda la actividad estatal tiene un propósito central y superior: la eficacia real de los derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, pero también la eficacia real de los derechos de naturaleza. En el plano de las políticas públicas la enunciación de nuestro Estado como de derechos se traduce en que todo el quehacer del Estado, así como las decisiones tomadas por las autoridades públicas, tienen que tener como eje transversal la realización efectiva de los valores encarnados en los derechos humanos. Pero existe un segundo ámbito o dimensión en la que el adjetivo de derechos adquiere toda su importancia. Se trata de que a partir de la definición constituyente en el Ecuador ya no está vigente solo el Derecho estatal, sino que además la Constitución reconoce y garantiza el pluralismo jurídico, es decir, la vigencia simultánea de los distintos sistemas jurídicos y formas de control y regulación social que coexisten en el territorio ecuatoriano.²⁷

Si nos ubicamos en el primero de los planos examinados tenemos que uno de los derechos que definen al Estado ecuatoriano es el derecho o principio de igualdad y no discriminación. Al respecto hay que comenzar diciendo que la igualdad es un concepto normativo, de tal suerte que la Constitución o la ley cuando hablan de igualdad no están describiendo hechos de la realidad social, sino que la norma fundamental denota o incorpora una exigencia de cómo deberían ser tratados los seres humanos en el mundo contemporáneo, es decir que la Constitución en este punto, como en muchos otros, y recogiendo las palabras de Francisco Laporta: “no se ocupa de la realidad sino de lo que debería suceder, esto es, que los seres humanos sean cuales fueran sus rasgos distintivos deben ser tratados como iguales”²⁸ Se trata entonces de conceptualizar la igualdad como un principio o un valor que refleja una aspiración humana muy antigua que puede ser rastreada desde el mundo griego hasta la actualidad.

La cuestión es que la mayoría de las concepciones de igualdad que se han desarrollado en los últimos 2500 años han adolecido todas de sexismo y fomentado el patriarcado como uno de los elementos estructurales del “estado de cosas discriminatorio” en el que ha vivido Occidente desde

27 Montaña Pinto, Juan. *Comentarios al Proyecto de ley de igualdad entre mujeres hombres y personas de diversa condición sexo genérica*. Quito, Comisión de Transición hacia el consejo de las mujeres y la igualdad de género – Grupo parlamentario por los derechos de las mujeres, 2011, pp. 44 y 45.

28 Laporta, Francisco. “El principio de igualdad”. *Revista Sistema* n.º 67, p. 4.

sus orígenes, de tal suerte que el principio de igualdad nace sesgado por las consecuencias del pacto primario que da sustento al nacimiento de la sociedad civil y del Estado. Me refiero al contrato sexual por medio del cual las mujeres no son ni libres ni iguales y por tanto no pueden participar en la política ni en el Estado,²⁹ y que pasado el tiempo termina en una elaboración sexualmente neutra de individuo como titular de derechos.

El valor de la Constitución ecuatoriana de Montecristi consiste en que reconoce por primera vez en el país, en el nivel constitucional, el carácter heterocentrado e injusto de este pacto político liberal y eleva a la categoría de principio fundamental y transversal de la acción del Estado ecuatoriano³⁰ la eliminación de este orden patriarcal y la igualdad material de todas las personas; propósito en el cual los jueces cumplen o deberían cumplir un rol central.

El problema es que a pesar de la claridad de los mandatos constitucionales en relación con la igualdad entre mujeres y hombres, y la prohibición de discriminación por cualquier motivo, pero especialmente por razones de sexo o condición sexo genérica, la realidad cotidiana y con particular énfasis la realidad judicial ecuatoriana refleja una brecha enorme entre texto y realidad.³¹ Porque esa integración entre norma y realidad que planteara Smend y aquella entre Constitución y proceso que predijera Calamandrei, y que constituye la respuesta del constitucionalismo tanto al positivismo como al iusnaturalismo,³² no se puede producir si no nos tomamos en serio tanto el debate sustancial sobre los alcances de la igualdad en el mundo contemporáneo, así como el papel del juez, de los procesos constitucionales y más en general de la jurisprudencia en la construcción de la nueva realidad social no patriarcal que plantea la agenda política de los derechos incorporada en la Constitución.

En la medida en que los resultados concretos del modelo de democracia jurisdiccional en estos primeros tres años de vigencia de la constitución no son todavía los esperados, por lo menos en cuanto se refiere al desarrollo de una dogmática judicial respecto de la igualdad entre mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica, es necesario volver al

29 Pateman, Carol. *Contrato sexual*. Barcelona, Editorial Antrophos, 1998, p. 60.

30 Y dentro de esta acción estatal involucra, por supuesto, a los jueces constitucionales.

31 Al respecto es muy dicente que a pesar de los enunciados constitucionales y de las consecuencias gravísimas del incumplimiento de la Constitución, tan solo el 2 por ciento de la totalidad de las acciones constitucionales resueltas por la Corte Constitucional hayan sido presentadas por mujeres y tengan algún grado o relación con demandas relativas al género.

32 Calamandrei, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 1. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, SF, pp. 322 y 323.

principio y continuar el diálogo que comenzó en la Asamblea Constituyente de 2007-2008 y que parece haberse interrumpido si nos atenemos a los más que exiguos resultados de la jurisprudencia en el tema.³³

Conscientes de ese déficit jurisdiccional, que en buena medida refleja el estado de la cultura jurídica ecuatoriana, y sabiendo que las revoluciones culturales son lentas y difíciles, la Corte Constitucional a través de su Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) ha planteado la necesidad de reconstituir el debate y la reflexión, que la sociedad ecuatoriana parece haber dejado de lado en función de las coyunturas políticas y electorales, sobre el problema de la igualdad y, particularmente, sobre la situación real de las demandas de las mujeres y de las personas que tienen y luchan por el reconocimiento de una diversa condición sexo genérica en el país.

Por eso, revista *Umbral*, en su segundo número, correspondiente al año 2012, ha convocado a una serie de expertos y expertas en los distintos temas de género y diversidad para que debatan alrededor de la pregunta: ¿Qué hacer después del reconocimiento formal (normativo) del principio de igualdad, así como de la gran mayoría de las demandas políticas de los movimientos feministas ecuatorianos? A pesar de la diversidad de tonos y sensibilidades el lector atento de la revista encontrará una contestación común: ante la inaplicación judicial de los mandatos constitucionales en relación con la igualdad entre mujeres y hombres no hay que abandonarse a la apatía y a la frustración, los cambios culturales y políticos no se consiguen por decreto y no nos queda más que continuar la lucha y el diálogo democrático, para que algún día, ojalá no lejano, lleguemos a tener en Ecuador la sociedad igualitaria y respetuosa de la diferencia que marcan los valores y principios constitucionales.

El diálogo y la deliberación sobre la igualdad en nuestro país comienzan con el texto de Blanca Rodríguez sobre la necesidad de construir un nuevo concepto de ciudadanía pospatriarcal que involucre la idea del cuidado como elemento central de lo político.

El artículo sugiere que la inflación legislativa que ha vivido España en materia de género en los últimos 10 años no significa que exista un mejor

33 De las más de 4000 demandas presentadas en la Corte Constitucional, más del 75 por ciento son acciones extraordinarias de protección. De estas, tan solo el 2,3 por ciento tienen alguna relación con derechos de las mujeres o debates de género, y de ellas tan solo 1 por ciento asume claramente una perspectiva favorable a los derechos de las mujeres. Ver *Informe de rendición de cuentas*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

marco normativo y menos un cambio cultural en relación con la necesidad acabar con la discriminación que sufren las mujeres, sino que al revés es una forma de amortiguar y silenciar la acción política reivindicativa. La tesis fundamental de Rodríguez es que la vía reformista de la legislación y del reconocimiento de los derechos como vía para evitar la discriminación contra las mujeres en los países occidentales está agotada. Y demuestra que aunque dichos esfuerzos se traducen en mejoras puntuales en sectores concretos, resulta ilusorio creer que son suficientes para desarticular las bases de la discriminación por razón de sexo, que tiene raíces estructurales, que perviven en nuestras sociedades. El artículo propone que redefinamos las relaciones entre los sexos con base en un nuevo modelo de ciudadanía que descarte el mito marcadamente masculino de la independencia del individuo, y que asuma en su lugar la interdependencia y la naturaleza relacional de las personas. La propuesta es que pasemos de un modelo de ciudadanía a uno de ciudadanía.

El segundo ingrediente que proponemos para este diálogo lo debemos a la feminista costarricense Roxana Arroyo. La autora en su artículo plantea una crítica feroz al concepto liberal de acceso a la justicia que naturaliza la discriminación contra las mujeres a través de la invisibilización de la violencia contra las mujeres y la negación práctica del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia. La autora plantea que la lectura de los resultados de los sistemas de protección de los derechos humanos muestra la dificultad de acceso a la justicia de las mujeres, debido a la carencia de una perspectiva de género en las judicaturas nacionales y a los problemas culturales de los sistemas de justicia en la valoración de las pruebas. Para salir del atolladero, el texto plantea la necesidad de vincular la idea del acceso a la justicia con la transversalización del principio de igualdad en todos los niveles de la política pública, particularmente en la administración de justicia; pero también tiene que ver en su criterio con la generación de mecanismos de garantía de los derechos de las víctimas de la violencia sexual.

Pero una discusión democrática sobre la igualdad entre mujeres y hombres, como la que plantea la revista, no podía dejar de tratar la cuestión central de la perseverancia de la penalización del aborto en Ecuador. Que el 32 por ciento de las mujeres ecuatorianas hayan abortado alguna vez, y que el derecho penal siga considerando a ese porcentaje de la población femenina como delincuente muestra palmariamente la persistencia de los patrones androcéntricos en la administración de justicia y el mantenimiento de la dicotomía y la jerarquización de los derechos de los hombres frente al de las mujeres, que no es otra cosa que con la continuidad de patrones

de subordinación en nuestra sociedad mas allá del mandato constitucional. De todo ello, con gran conocimiento y convicción nos habla María Gabriela Espinoza.

El siguiente ensayo incorporado en este segundo número de Umbral, escrito por la activista de los derechos trans Elizabeth Vásquez, es un relato vivencial de las dificultades y progresos que en Ecuador ha tenido el activismo transfeminista. El texto describe a la manera de un actuario judicial el proceso de visibilización de algunas de las reivindicaciones transfeministas y los éxitos y fracasos de la agenda trans durante el proceso constituyente de Montecristi. Muestra los enormes problemas de incomprensión que vivieron y viven los ecuatorianos y ecuatorianas que ostentan y defienden una diversa condición sexo genérica en medio de una sociedad profundamente conservadora como la que nos ha tocado vivir, así como marca el camino a seguir pasada la fiesta constituyente.

El ensayo de Vásquez apuesta por la utilización de la categoría transfeminista como corriente feminista, que vaya más allá de la clásica división genérica hombre-mujer, situando las relaciones patriarcales en los lugares sociales femeninos, independientemente de la condición sexo-genérica de las personas. Por ello, se denuncia al Derecho como producto del orden patriarcal que propende a la homogenización de las personas, de modo binario (hombres y mujeres), y a la vez divide las agendas de los diversos grupos, de forma que hacen aparecer a las reivindicaciones como respuesta a opresiones diversas. En este sentido, el ensayo articula un discurso emancipador y unificador que se opone a la concepción patriarcal.

Los dos siguientes ensayos, escritos por Danilo Caicedo y Ramiro Ávila Santamaría, analizan críticamente el discurso jurídico desde los postulados del feminismo de la igualdad. En el texto de Danilo Caicedo se denuncia la supuesta neutralidad del ordenamiento jurídico alegada por el positivismo. El autor considera que las críticas formuladas desde las visiones feministas respecto a la carga androcéntrica de los diseños normativos es legítima, y demuestra cómo en el caso del Ecuador la mayoría de las normas han sido pensadas desde y para lo masculino, lo que ha traído aparejado un discurso que elimina las diferencias y mantiene, por tanto, prácticas discriminatorias contra las mujeres.

En el caso de Ramiro Ávila Santamaría, el profesor de la Universidad Andina también denuncia la pretendida universalidad y neutralidad del derecho. Para ello examina dogmáticamente la categoría género y su relación con el derecho liberal. A partir de allí el autor demuestra que el derecho, tal como lo conocemos, es totalmente impasible frente a las diferencias, para

luego plantear la utilidad de los distintos feminismos en la transformación del discurso jurídico. El autor afirma en tal sentido que el género no es un asunto circunscrito a las mujeres ni mucho menos a las feministas y su discurso reivindicativo, sino que implica y pertenece a la sociedad en su conjunto, puesto que las prácticas patriarcales se reflejan tanto en el espacio doméstico como en el público.

El siguiente ensayo, de Pablo Alarcón, analiza los problemas que históricamente el concepto liberal de representación para garantizar la participación de las mujeres en la esfera de la vida política. De acuerdo con el autor ecuatoriano estas disfunciones han obedecido a la concepción cultural del género. Frente a ello, el texto nos muestra cuáles han sido los mecanismos que han utilizado las mujeres para alcanzar, en la medida de lo posible, una representación igualitaria en el plano político. La conclusión del autor es que ante ese estado de la cuestión la superación de la situación pasa por una modificación del habitus entendido como aquellas estructuras estructurantes que producen que los individuos repitan determinadas conductas sin deliberación previa en las desigualdades complejas de género.

Finalmente, la sección Debate & Reflexión termina con el ensayo de Ana Lucía Herrera, antigua directora de la Comisión de Transición hacia el Consejo de Igualdad. Allí, la autora hace un análisis político y jurídico de la política pública de igualdad entre mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica, para lo cual plantea la necesidad de combinar todas las formas de lucha tanto las formas políticas y reivindicativas como las institucionales y, por supuesto, las jurídicas.

En la sección de Jurisprudencia se incorpora el artículo de la activista feminista y constitucionalista colombiana Sancha Forero Caicedo García donde la autora analiza la sentencia de la Corte Constitucional en el caso de Floresmilto Villalta, uno de los casos trágicos de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. La autora parte en su análisis de una pregunta simple: ¿Por qué a pesar del desarrollo impresionante de los instrumentos normativos e institucionales para luchar contra la violencia de género, estos instrumentos no han servido en el caso para reparar los daños a la vida de una víctima de la violencia? La respuesta, según la autora, no es sencilla, es multicausal pero tiene que ver con el hecho de que los enunciados normativos por buenos que sean no sirven de nada si no van acompañados de un cambio en la cultura jurídica de los jueces que aplican el derecho. En este caso concreto, la retórica constitucional nos dice el texto resulta ineficaz debido a la perpetuación de los signos y prácticas propios de la cultu-

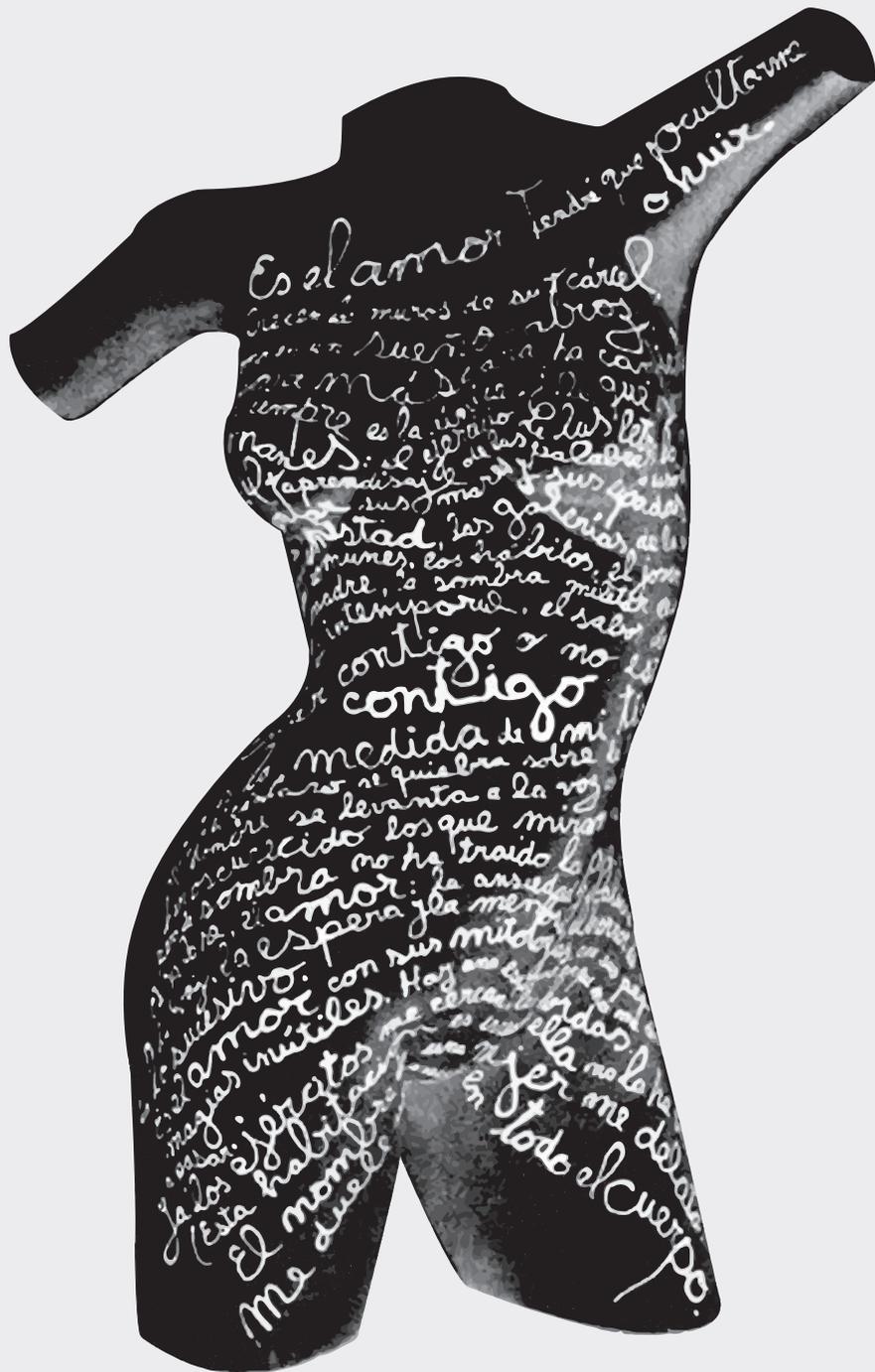
ra patriarcal ecuatoriana, tanto entre los diversos tribunales de justicia como en la Asamblea Constituyente.

Otro elemento importante de este texto es que Forero plantea esta situación a través de un método narrativo heterodoxo, cercano a la etnografía donde intenta separarse de los lugares comunes y del lenguaje propio del activismo feminista. Específicamente, el texto muestra cómo la coerción y brutalidad en que nace y crece el protagonista lo llevan poco a poco e inexorablemente a asumir la violencia como camino de redención, para luego reconstruir el proceso judicial a que fue sometido Villalta a raíz de la acusación de violación de una menor, y las consideraciones políticas y jurídicas de la Asamblea Constituyente que, extrañamente, a pesar de la presencia de muchas feministas en la Asamblea, tienen una sordera absoluta a los argumentos de género, así como también las consideraciones de la Corte Constitucional para resolver el caso.

La conclusión de Forero en su texto no puede ser más clara: ni los jueces ordinarios, ni los asambleístas constituyentes ni, por supuesto, el pleno de la Corte Constitucional pudieron hacer ni hicieron nada en favor de los derechos de la víctima, y no lo pudieron hacer porque estaban todos imbuidos de una cultura patriarcal que les impidió ver más allá de los objetivos políticos generales.

Finalmente, la revista en su sección Reseñas invita a la lectura de dos textos totalmente diversos en temática y estilo: Feminismo e Ilustración de Celia Amorós y Rosa Cobo, y el Manifiesto contra-sexual de Beatriz Preciado. El primero escrito por Jorge Benavides, coordinador de publicaciones del CEDEC de la Corte, y el segundo, de la comunicadora social y activista feminista Giovanna Tipán.

Debate & | Reflexión



Es el amor

Tendrás que ocultarme
o huír.

Que en los muros no se juegue el
que en un sueño. A la car
que me da la vida que
siempre es la vida de las
nones: el ojo de las palabras
de la vida de las palabras
de tus manos y tus pasos
estad, las galerías de la
truenos, los hábitos, el
madre, a sombra, el
intemporal, el salo

contigo y no
contigo

medida de mi

se levanta a la voz
los que miran

amor: la ansiedad
espera y la mente

amor: con sus mil
magias inútiles. Hoy
me es un día

el amor
esta habitando
el nombre
me duele

en
jer me

todo el cuerpo.

Hacia un Estado pospatriarcal. Feminismo y ciudadanía*

Blanca Rodríguez Ruiz¹

Resumen

Los esfuerzos por evitar la discriminación contra las mujeres en los países occidentales se han venido canalizando a través del reconocimiento de derechos. Aunque dichos esfuerzos se traducen en mejoras puntuales en sectores concretos, no bastan para desarticular las bases de la discriminación por razón de sexo, de raíces estructurales, que perviven en nuestras sociedades.

Este artículo propone que redefinamos las relaciones entre los sexos con base en un nuevo modelo de ciudadanía que descarte el mito marcadamente masculino de la independencia del individuo, y que asuma en su lugar la interdependencia y la naturaleza relacional de las personas. La propuesta es que pasemos de un modelo de ciudadanía a uno de *cuidanía*.

I. Introducción

En la última década nuestro país ha conocido una amplia e intensa actividad legislativa en materia de género, a nivel estatal y autonómico. Esta actividad incluye, por referirme solo a la legislación estatal, la ley de impacto de género (Ley 30/2003, de 13 de octubre); la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; conociendo la validez de los matrimonios del mismo sexo; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; la Ley

Palabras clave:

*Género,
ciudadanía,
cuidanía,
autonomía,
interdependencia.*

* Este artículo fue publicado por primera vez en la *Revista de Estudios Políticos* n.º 149 (2010), pp. 87-122 (editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España).

1 Blanca Rodríguez Ruiz es profesora de derecho constitucional en la Universidad de Sevilla. Obtuvo su doctorado en derecho en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, Italia, y realizó estudios posdoctorales en la Universidad de Frankfurt am Main, en Alemania. Ha sido también investigadora invitada en el Instituto de Género de la London School of Economics. Correo electrónico: blancarr@us.es.

39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, o ley de identidad sexual; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y la recientemente aprobada Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Mayor actividad legislativa no es, con todo, sinónimo de un mejor marco normativo. Lo será si con ella se logran articular las premisas para eliminar los supuestos de discriminación contra las mujeres. De no ser así, la ley puede producir el efecto contrario de amortiguar el discurso reivindicativo de la no discriminación² con el discurso de la *pseudo*igualdad.³ La pregunta que debemos formularnos es, pues, ¿hacia dónde nos lleva, o hacia dónde puede llevarnos, nuestro nuevo marco normativo en materia de género? Para enfrentarnos a esta cuestión, propongo que asumamos el siguiente punto de partida: como instrumento para erradicar la discriminación contra las mujeres, el discurso de los derechos es hoy por hoy un discurso agotado, en nuestro país y, en mayor o menor medida, en las democracias de nuestro entorno cultural.

Me gustaría aclarar, ante todo, que cuando hablo de discriminación no me refiero a cualquier diferencia de trato entre individuos, ni siquiera a cualquier diferencia de trato insuficientemente justificada, sino a aquellas diferencias de trato o de situaciones (sociales, políticas o jurídicas) que son fruto de desequilibrios de poder entre colectivos, en este caso entre los varones y las mujeres, diferencias que se erigen a su vez en causas que retroalimentan esos mismos desequilibrios, situando a un colectivo, en este caso los varones, en una situación de prevalencia sobre otro, en este caso las mujeres. Con el término discriminación me refiero pues a lo que se ha llamado “discriminación intergrupal”,⁴ al resultado de desequilibrios estructurales de poder entre colectivos sociales. Cuando nos enfrentamos a casos de discriminación, así concebida, no lo hacemos por tanto a situaciones aisladas, desconectadas entre sí, sino a manifestaciones individuales de un fenómeno colectivo.



2 Sobre el potencial reivindicativo del término discriminación frente al del término igualdad, véase Barrère Unzueta, 2008, pp. 54 ss.

3 Este término se inspira en el término “*pseudoconstitucionalismo*” acuñado por Ferdinand Lassalle en el siglo XIX. Véase Lassalle, 1997.

4 Barrère Unzueta, 2008, p. 45.

En la lucha contra la discriminación por razón de sexo, las democracias occidentales hemos agotado el discurso de los derechos. Decir que el discurso de los derechos está agotado no significa desconocer su papel en la lucha contra la discriminación. Los derechos siguen siendo instrumentos indispensables para la deconstrucción de la discriminación intergrupal. Lo son, en primer lugar, en la medida en que permiten eliminar manifestaciones individuales de la misma. Ello es así aunque los derechos no siempre tengan, por sí solos, capacidad para redefinir esas relaciones. Es lo que sucede por ejemplo con los derechos que asisten a las mujeres trabajadoras, los que garantizan nuestra estabilidad laboral por encima de circunstancias relacionadas con nuestro sexo, o que nos ayudan, a las mujeres y también a los varones, a conciliar trabajo y vida familiar. Estos derechos nos permiten reaccionar ante supuestos de discriminación, si bien no alcanzan a redefinir las dinámicas de las relaciones entre los sexos que sitúan a las mujeres en situación de vulnerabilidad laboral, o que hacen recaer sobre nosotras el peso de la conciliación. Pero hay además, y en segundo lugar, otros derechos que sí alcanzan a redefinir relaciones sociales, eliminando factores legales de discriminación estructural. Es el caso de los derechos civiles, cuyo reconocimiento a las mujeres en igualdad de condiciones que a los varones eliminó las bases legales de nuestra dependencia civil de los segundos, posibilitando así nuestro acceso a la ciudadanía. Y en tercer lugar, sobre todo, el discurso de los derechos nos proporciona un marco axiológico para identificar y cuestionar manifestaciones de desequilibrios de poder entre grupos o sectores sociales.

Afirmar que en la lucha contra la discriminación por razón de sexo el discurso de los derechos está agotado no significa pues desconocer ni infravalorar el papel que a estos corresponde desempeñar en esa lucha. Es más bien el resultado de constatar que hemos llegado al final de su capacidad tanto de hacer mella en las relaciones entre los sexos mediante remedios puntuales como de redefinir esas relaciones. Esto es así en la medida en que los derechos siguen definiéndose en masculino, en la medida en que siguen siendo masculinos los paradigmas de igualdad y libertad o autonomía que los derechos actualizan y en los que se apoyan. Vinculada al discurso de los derechos así definidos, la lucha contra la discriminación por razón de sexo tiene como horizonte, no la deconstrucción del género, sino la asimilación de las mujeres a parámetros axiológicos definidos por y para los varones. El lenguaje de los derechos, de la libertad y de la igualdad opera aquí sobre las mujeres a modo de anestesia sobre nuestra capacidad de definir nuestros propios parámetros, ofreciéndonos,

en palabras de Tamar Pitch, “los derechos como fármaco, al mismo tiempo veneno y cura”.⁵

Deconstruir el género nos obliga a cuestionar los paradigmas masculinos que alimentan nuestra comprensión actual de los derechos. Lo cual nos obliga a situarnos fuera del discurso de los derechos para desarrollar otro más profundo y más amplio, un discurso que nos permita definir el horizonte al que aspiramos en las relaciones entre los sexos, y recurrir después a los derechos para articular nuestra aproximación a ese horizonte. Deconstruir el género requiere, en concreto, que desplacemos nuestra atención hacia la definición de un nuevo modelo de ciudadanía, de un nuevo modelo de pertenencia a una comunidad política, jurídica y social.⁶

Que diseñar un nuevo modelo de ciudadanía es una premisa para redefinir las relaciones entre los sexos se desprende del carácter sexuado de la concepción moderna de ciudadanía. En el siguiente apartado ahondaré en los rasgos masculinos de la ciudadanía y en la visión estereotipada del individuo, concebido en masculino, en que la ciudadanía se apoya. Su objetivo será evidenciar los límites estructurales que el presente modelo de ciudadanía impone a cualquier avance en materia de género, y la consiguiente necesidad de superarlo (II). A continuación, esbozaré una propuesta de modelo de ciudadanía construido al margen de la dicotomía de género y de estereotipo ciudadano alguno, que más bien aspira a erigir a la realidad de varones y mujeres en piedra de toque de la ciudadanía. Me referiré a él como un modelo de ciudadanía (III). Sobre la base de ese modelo, propondré que arrojemos una mirada crítica a la normativa de género aprobada por nuestro legislador estatal durante la última década, de cara a analizar hasta qué punto esa legislación avanza hacia la redefinición de la ciudadanía en términos de ciudadanía (IV). Concluiré con unas reflexiones finales (V).

II. Estado, ciudadanía y contrato sexual

Si como condición biológica el sexo nos define como personas,⁷ como construcción social el género define nuestro lugar en el Estado como ciudadanos o como ciudadanas, adjudicándonos a unos y a otras roles diferenciados

5 Pitch, 2008, p. 119.

6 Pocock, 1995, pp. 34 ss.

7 Ello es así al margen de que la elevación del sexo biológico en criterio estructurador de la dualidad humana es también una construcción cultural y está en el origen de la dualidad de género. Sobre este tema, consúltese Butler, 1990.

dentro de él. El Estado se apoya pues en la existencia de dos modelos de ciudadanía. La ciudadanía masculina, asumida como modelo de ciudadanía por antonomasia, se construye sobre la base de la noción de autonomía, entendida como sinónimo de independencia. En este modelo el prototipo de ciudadano es el individuo a quien es ajena toda noción de dependencia, un individuo a quien no le hacen mella las distintas dimensiones de la dependencia humana, que se eleva por encima de la dependencia ajena y se desprende de toda manifestación de dependencia propia desplazándola hacia las mujeres, desplazándola, como veremos, hacia el modelo femenino de ciudadanía.

Este modelo de ciudadanía masculina, concebido como modelo de ciudadanía por antonomasia, está en la base de la ya clásica e influyente teoría sobre la ciudadanía desarrollada por T. H. Marshall,⁸ emblema de lo que se ha venido a denominar la “ortodoxia de posguerra”,⁹ entendida como la identificación de la ciudadanía con la titularidad de derechos. En la versión Marshalliana, la base de la ciudadanía es el trabajo. El modelo de ciudadano es el individuo trabajador. Tomando a este como punto de referencia, T. H. Marshall distingue tres fases en el acceso a la ciudadanía en el Estado, cada una de las cuales se identifica con el reconocimiento de una categoría de derechos. En la primera, los individuos accedieron a la ciudadanía civil, articulada a través de derechos civiles, garantías de su independencia en sus relaciones interpersonales.¹⁰ Se trata, en palabras de Marshall, de “los derechos necesarios para la libertad individual-libertad personal, libertad de expresión, de pensamiento y creencias, derecho de propiedad y a firmar contratos, y derecho de acceso a la justicia”.¹¹ La ciudadanía civil constituye la base de la adquisición de la ciudadanía política, del estatus de partícipe en los designios del Estado a través del sufragio. “Cuando hablo del elemento político me refiero al derecho a participar en el ejercicio de poder político, como miembro de un cuerpo investido de autoridad política o como elector de (los miembros de) tal cuerpo”.¹² En el modelo marshalliano, la ciudadanía política es el corolario de la civil. Marshall conecta aquí con la literatura moderna clásica, en la que abundan argumentos que erigen a la independencia civil, construida en torno a la propiedad, en requisito para la adquisición de la ciudadanía política. También la historia occidental es rica en ejemplos en los que el reconocimiento del derecho de sufragio, activo y

8 Marshall, 1963.

9 Kymlicka y Norman, 1995, p. 285.

10 Pocock, 1995, p. 42.

11 Marshall, 1963, p. 74 (traducción personal).

12 *Ibíd.*

pasivo, se ha vinculado a la ciudadanía civil al disfrute de cierta autonomía personal, concebida como económica.

La ciudadanía social vino a culminar el acceso de los individuos a la ciudadanía, y a expandir la base social de esta. “Cuando hablo del elemento social me refiero al abanico de derechos que van desde el derecho a una mínima seguridad económica, a un módico bienestar, al derecho a compartir nuestra completa herencia social y a vivir como seres civilizados según los estándares sociales prevalentes. Las instituciones más íntimamente conectadas con él son el sistema educativo y los servicios sociales”.¹³ La ciudadanía social responde a la toma de conciencia de que lejos de servir para erradicar las desigualdades de la sociedad capitalista, los derechos que dan forma a la ciudadanía civil “eran, antes bien, necesarios para mantener ese tipo específico de desigualdades”.¹⁴ El Estado prestacional asumió la responsabilidad de garantizar a los individuos las prestaciones necesarias para gozar de (igual) autonomía, mediante el reconocimiento de derechos sociales, concebidos como premisa para el disfrute de los derechos civiles y políticos.¹⁵ El Estado prestacional se concibe así como una exigencia ciudadana.

Descripción histórica al tiempo que instrumento analítico,¹⁶ para Marshall las fases de la ciudadanía aparecen “dictadas por la historia aún más claramente que por la lógica”,¹⁷ hasta el punto de que cada dimensión de la ciudadanía aparece identificada con un período histórico concreto. Así, en su modelo, el acceso a la ciudadanía civil tuvo lugar en el siglo XVIII, a la ciudadanía política en el siglo XIX y a la ciudadanía social en el siglo XX. Esta periodización ha sido objeto de críticas, tanto desde una perspectiva histórica-descriptiva como analítica.¹⁸ La historia, para empezar, es rica en matices que escapan a los esfuerzos de Marshall por racionalizarla, convirtiendo su periodización en una simplificación.¹⁹ La historia, además, no se detiene. Si a mediados del siglo pasado Marshall vislumbraba el reconocimiento de derechos sociales como la cúspide de la ciudadanía, en las sociedades multiculturales de principios de este siglo el acceso a la ciudadanía presenta para algunos colectivos (léase minorías étnicas, religiosas, lingüísticas, nacionales, o una combinación de todas o algunas de ellas) problemas que

13 *Ibíd.*

14 *Ibíd.*, p. 90.

15 Habermas, 1992, pp. 156 ss.

16 Sobre este tema véase Bulmer & Rees, 1996b.

17 Marshall, 1963, p. 73 (traducción personal).

18 Para un análisis crítico de la teoría de Marshall, consúltese Bulmer & Rees, 1996a.

19 Así Rees, 1996.



van más allá de esos derechos y que su reconocimiento no alcanza a solventar.²⁰ Los derechos sociales no son pues el final de la historia de la ciudadanía. Y como descripción histórica y como modelo la periodización marshalliana ha sido también criticada tanto por anglocéntrica, por reflejar el proceso de acceso a la ciudadanía moderna en Inglaterra pero no necesariamente en otros países,²¹ como por teorizar el acceso a la ciudadanía de una parte de la población, a saber los varones blancos trabajadores, haciendo abstracción de otros grupos poblacionales presentes en el Estado desde su formación, como los esclavos, donde los había, y las mujeres.

Es esta última crítica, la que denuncia el androcentrismo de la teoría de Marshall, la que aquí nos interesa. Porque, efectivamente, el acceso de las mujeres a la ciudadanía no encaja en el modelo elaborado por Marshall; antes bien, el acceso de las mujeres a la ciudadanía responde a un modelo que es la imagen invertida del anterior. La dimensión civil de la ciudadanía, aquella que nos define como individuos autónomos en nuestras relaciones sociales, es la última a la que las mujeres hemos tenido acceso.²² Nuestra posición en la sociedad civil ha estado marcada por la dependencia, articulada a través de nuestra relación de subordinación a los varones en el ámbito doméstico. Hasta bien entrado el siglo XX, las mujeres hemos carecido pues de las condiciones para el acceso a la ciudadanía civil, salvo que se nos permita hablar de una ciudadanía civil subordinada e indirecta.²³ Lo cual redundó también durante un tiempo en nuestra exclusión de la ciudadanía política. Las mujeres hemos accedido a la titularidad de derechos civiles en igualdad de condiciones con los varones solo en fechas recientes, y con frecuencia aún de forma incompleta. Piénsese en la regulación del orden de los apellidos en nuestro país, donde aún tras la reforma del Código Civil de 1999 (Ley 40/1999, de 5 de noviembre), y en sintonía con otros

20 Young, 1989.

21 Así Rees, 1996 y Mann, 1996. Sobre este tema, consúltese también el estudio comparado de los modelos francés, británico y escandinavo (danés) de construcción de la ciudadanía, y de acceso de las mujeres a ella, realizado por SIIM, 2000, pp. 44 ss, así como las obras allí citadas.

22 Es interesante, y elocuente de las tensiones que el modelo moderno de ciudadanía encierra en materia de igualdad entre los sexos, que durante el primer período revolucionario francés, y como fruto del rechazo del patriarcalismo del Antiguo Régimen, se produjeran avances puntuales y de corta duración en la ciudadanía civil de las mujeres, como la igualdad de derechos con los varones en materia de herencia y divorcio. Y lo es también que estos avances en derechos civiles no se vieran acompañados de la concesión a las mujeres de la ciudadanía política. Sobre este tema, consúltese Landes (1988). Sobre las ambigüedades y contradicciones que acompañan la construcción de la ciudadanía de las mujeres en el período revolucionario francés, véase también SIIM (2000), pp. 44 ss.

23 Young, 2003, p. 27.

ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, la prevalencia del apellido paterno sobre el materno sigue siendo la regla.²⁴

La vinculación de las mujeres al Estado ha estado marcada por la dependencia también en el terreno de los derechos sociales. Aunque la historia de estos derechos es idiosincrática de cada país,²⁵ comparte como rasgo común el temprano reconocimiento de derechos sociales a las mujeres, concretamente de derechos de contenido asistencial antes que de derechos sociales orientados a promover nuestra autonomía, como el derecho a la educación.²⁶ En un contexto esencialmente liberal, el contenido tuitivo-paternalista de estos derechos ha sido, y en buena medida sigue siendo, un arma de doble filo.²⁷ Con ellos se distingue a las mujeres como objeto de protección especial, favoreciéndonos, sí, pero profundizando al hacerlo en la articulación de nuestra dependencia, configurándonos como receptoras de ayudas de un Estado protector, y en esa misma medida como dependientes de éste y sujetas a mayores niveles de control.²⁸ Resulta así elocuente que las democracias occidentales hayan mostrado mayor y más temprana receptividad ante las demandas de protección social de las mujeres que ante nuestras demandas de ampliación de derechos civiles y políticos, que las primeras fueran satisfechas antes que las

24 Leonard Hobhouse elaboró en 1911 un modelo de evolución, no de la ciudadanía, pero sí del liberalismo, que da acomodo a la situación de las mujeres. Este incluía, ordenadas cronológicamente, las libertades civil, fiscal, personal, social (entendida como libertad para elegir ocupación laboral), económica, *doméstica* (o superación de la dependencia doméstica de las mujeres), internacional (o derechos a la autodeterminación de pueblos y comunidades) y, en último lugar, la libertad política y la soberanía popular (*Liberalism*, cifr. Rees, 1996, pp. 8 ss).

25 Sobre este tema, Rees (1996); SIIM (2000).

26 Sobre el lugar de la educación de las mujeres en la tradición republicana francesa, como expresión de las ambigüedades y tensiones en la construcción de la ciudadanía de las mujeres en Francia, véase Siim, 2000, p. 52. Sobre la importancia de la educación para el acceso a la ciudadanía se pronunció ya T. H. Marshall, quien enfatizó su trascendencia social y democrática y se refirió a ella como una obligación social, no meramente personal (Marshall, 1963: 84 ss). Efectivamente, el derecho a la educación tiene un potencial como “llave de otras muchas fuentes de poder y de oportunidades” que se ha calificado de revolucionario (Nussbaum, 2003: 200). No por casualidad, el modelo educativo de varones y mujeres ocupa un lugar central en la construcción de la ciudadanía moderna. Emblemática es la obra de Jean-Jacques Rousseau sobre este tema (Rousseau, 1985). Y no por casualidad en muchos países la batalla por el derecho de las mujeres a la educación se libró en paralelo a la batalla por el sufragio femenino. Así, entre nosotros, el proyecto de la Segunda República de construir una “República de las ciudadanas” estuvo vinculado a un proyecto cultural y educativo (Mancebo, 1994).

27 T. H. Marshall pone el dedo en la llaga en sus reflexiones sobre la Ley de Pobres inglesa de 1834 (*The Poor Law*) y su paternalismo de efectos excluyentes de la ciudadanía activa (Marshall, 1963: 82).

28 Es lo que se ha llamado el paradigma del cuidado/control (“the care/control paradigm”), resultante en la “infantilización de las mujeres en términos de ciudadanía” (Joseph, 2003: 159). Sobre este tema, véase también Young (2003).

segundas, configurando nuestra ciudadanía como una ciudadanía social, anclada en la retórica de las necesidades, antes que como una ciudadanía civil o política, sustentada sobre el discurso de los derechos.²⁹ La definición de las mujeres como seres dependientes, de los varones y/o del Estado, nos consagraba como titulares de una ciudadanía pasiva, consolidando nuestra exclusión de los derechos civiles y políticos vinculados a la ciudadanía activa.

La inserción de varones y mujeres en el Estado responde pues a sendos modelos de ciudadanía, presididos por lógicas opuestas. El primero es un modelo de ciudadanía activa que se apoya en la capacidad de los individuos de interactuar entre sí y de participar en el Estado de forma autónoma. El segundo es un modelo de ciudadanía pasiva que construye a las mujeres como seres dependientes, receptores pasivos de tutela, asistencia o prestaciones por parte de los varones y/o de un Estado paternal que actúa movido por la misma lógica protectora/controladora. En su base se encuentran, respectivamente, las nociones de independencia y de dependencia, concebidas como nociones dicotómicas. A poco que reflexionemos, la independencia de los varones y la dependencia de las mujeres se nos aparecen como construcciones complementarias. La independencia del individuo no es sino un mito liberal-capitalista. En la vida real, las personas estamos ligadas por vínculos de (inter)dependencia más o menos profundos y complejos. El mito de la independencia logró imponerse y hacer mella en la realidad del Estado en la medida en que solo se predicó de la mitad aproximada de la población, los varones, quienes escenificaron su independencia en la esfera pública desplazando hacia la otra mitad, las mujeres, la gestión de su dependencia natural, en un pacto de fraternidad que conceptualizaba a las mujeres como dependientes.³⁰ Es lo que Carole Pateman apodó “contrato sexual”,³¹ complemento necesario del pacto social entre varones independientes, libres e iguales, que en la mitología política moderna articula el origen del Estado. Este pacto social/sexual sometía los ideales de libertad e igualdad al tamiz de la fraternidad. En palabras de Joan B. Landes, “libertad e igualdad quedaban eclipsadas por la fraternidad”,³² cuya virtualidad consistió en diseñar los ideales de libertad e igualdad con rasgos masculinos.

29 Ackelsberg (2003).

30 Rodríguez Ruiz y Rubio Marín, 2007, pp. 143 ss.

31 Pateman (1988).

32 Landes, 1988, p. 158 (traducción personal).

El contrato social/sexual construye así la dicotomía entre la esfera pública de la independencia, considerada territorio de los varones, y la esfera privada de la gestión de la dependencia, considerada territorio de la naturaleza y terreno natural de las mujeres. Las mujeres quedábamos así a cargo de gestionar la dependencia propia y la de los varones, y de hacerlo en lo que se consideraba el lugar natural de la dependencia, la esfera privada. Todo ello como condición para que los varones pudiesen funcionar en la esfera pública (social, laboral, política) como seres independientes. No se trata pues de que el contrato social excluyese a las mujeres; las mujeres quedábamos incluidas en el contrato social, sí, pero desde su periferia, como “forjadora(s), en el espacio privado, de las condiciones de posibilidad de lo cívico”.³³ Lejos de ser una deficiencia coyuntural en la articulación del Estado, como lo fue la exclusión de los no propietarios, la exclusión de las mujeres de la ciudadanía activa aparece así estructuralmente imbricada en la definición del modelo masculino de ciudadanía con base en la noción de independencia.³⁴ La dependencia sobre la que pivota la construcción de la ciudadanía de las mujeres procede pues, y paradójicamente, de nuestro papel de artífices de la independencia de los varones como gestoras de su dependencia.³⁵

Para acceder a la ciudadanía activa en igualdad de condiciones que los varones, las mujeres nos hemos visto obligadas a adaptarnos, de forma más o menos matizada, a la imagen del ciudadano varón independiente, sin desprendernos al hacerlo de nuestra conceptualización como seres dependientes. Nuestra inserción como ciudadanas se produce así de acuerdo con parámetros de igualdad definidos, no por nosotras, sino a nuestra costa. Definida a la sombra de la independencia masculina, la ciudadanía nos instala en la heteronomía, en la tiranía de los dictados elaborados por y para otros, y que se nos imponen bajo el disfraz liberador del discurso de los derechos y de la igualdad. Todo lo cual retroalimenta la desigualdad estructural entre varones y mujeres, el desequilibrio de poder a favor de los primeros.

33 Amorós, 2000, p. 152.

34 Elocuentes son las palabras de Rousseau en *La política y las artes*: “Incluso si pudiésemos negar que un especial sentimiento de castidad es connatural a las mujeres... es en el interés de la sociedad que las mujeres adquieran estas cualidades”, citado en Weiss y Harper, 2002, p. 44 (traducción personal).

35 Sobre este tema, véase Vogel, 1994, esp. 81 ss, citando a Alexis de Tocqueville (*Democracy in America*, Collins, London and Glasgow, 1968 ed.). Estructural en la construcción de este modelo masculino de ciudadanía fue también, en las sociedades esclavistas, la exclusión de los esclavos. Véase Fraser & Gordon, 1994, esp. pp. 97 ss.

La gran tarea que el feminismo tiene ante sí es la elaboración de un modelo de ciudadanía que sustituya aquel en el que la ciudadanía activa posee rasgos simbólica y funcionalmente masculinos, en el que la esfera pública se asocia a la independencia, en el que la dependencia o se ignora o se patologiza, y su gestión, asociada simbólica y funcionalmente a las mujeres, se privatiza y minusvalora.³⁶ Las páginas que siguen contienen un esbozo de propuesta de un modelo de ciudadanía que supere la dicotomía independencia/dependencia, asumiendo la realidad de nuestra interdependencia como elementos definitorios de nuestra autonomía. Se trataría, en esta propuesta, de rehabilitar la dependencia como una cualidad normal e incluso valiosa³⁷ del ser humano, para integrar independencia y dependencia como dimensiones complementarias de las personas y de su autonomía, sintetizándolas en la noción de interdependencia. La propuesta es que trabajemos en la construcción de un modelo de ciudadanía cuyo espíritu puede bien captarse con la sugerente expresión de *cuidadanía*.³⁸

III. La ciudadanía como *cuidadanía*: un esbozo

Cuidadanía. No es infrecuente encontrar este término empleado por error en lugar del de ciudadanía. Memorable fue su uso, en 2004, en la inauguración del Centro Vecinal del Pumarejo, en Sevilla, donde podía leerse el siguiente cartel: “*El día 8 de Mayo quedó inaugurado este centro vecinal teniendo el poderío las vecinas y vecinos del barrio de pumarejo para uso y disfrute de la **Cuidadanía***”. Fruto sin duda de un error, el uso del término *cuidadanía* fue memorable aquí por lo simbólico, porque conectaba con el espíritu que inspiró la inauguración de ese Centro Vecinal, abanderado de

36 Véase también Pocock, 1995, p. 33.

37 Fraser & Gordon, 1994, pp. 101 ss.

38 La expresión *cuidadanía* entronca con la rica literatura en torno a la ética del cuidado (*ethics of care*), elaborada por la doctrina anglosajona desde los años ochenta. (Para una revisión de esta doctrina, consúltese Rodríguez Ruiz (2005), y la bibliografía allí recogida.) De ella ha surgido lo que se ha llamado “movimiento del cuidado” (*care movement*), expresión acuñada por Deborah Stone en 2000 (“Why We Need a Care Movement”, *Nation*, March 13, 13-15, 2000) y desarrollada por Joan Tronto (2003: 140 ss.). Con ella, Tronto aspira a convertir la prestación de cuidado, llevada a cabo en privado por inmigrantes, en base para el acceso a la ciudadanía. En esta misma línea se sitúa Nancy Fraser con su propuesta de que es preciso elaborar un modelo ciudadano basado en el/la cuidador/a universal (“universal caregiver model”). Véase Fraser (1996a: 234 ss). Destaca también la expresión “ciudadanía cuidadosa” o “ciudadanía del cuidado” (*careful citizenship*), que reivindica un tiempo para cuidar y ser cuidados/as como derecho ciudadano (cfr. Lister, 1997: 180).

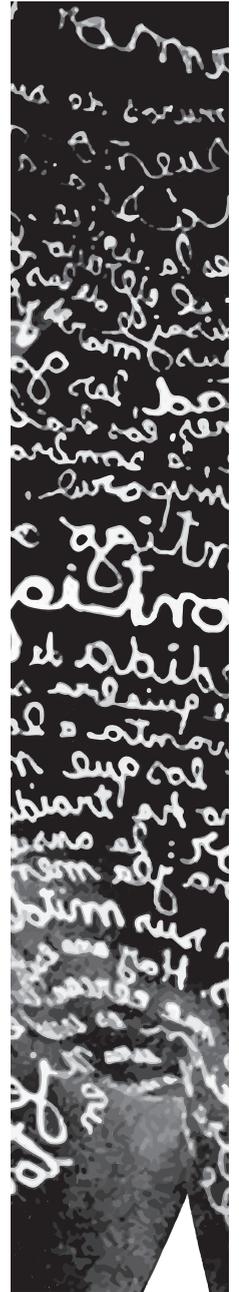
la defensa de la identidad y del espíritu vecinal del barrio frente a la vorágine de desarrollismo capitalista. En 2005 la Confederación General del Trabajo (CGT) hizo una defensa del término como definitorio de un nuevo modelo ciudadano. Y lo hizo en un inspirador manifiesto, firmado por Carolina Junco, Amaia Pérez Orozco y Sira del Río, un manifiesto en cuya totalidad no podemos detenernos aquí, pero del que merece la pena reproducir algunos fragmentos.³⁹

La *cidadanía* como una forma de reivindicarnos sujetos en una sociedad que ponga la sostenibilidad de la vida en el centro, que se organice en torno a las necesidades de las personas, (...) de todas, sin que sea posible excluir ninguna, sin que sea posible excluir a nadie (...) (R)econocer a la gente en su diversidad, reconocer la vida en su pluralidad y la imposibilidad de encorsetarla, de reducirla a normas. Y, desde ahí, destronar a los mercados, transformar la organización social, instaurar las necesidades de las personas, los cuidados a las personas, como nuevo eje colectivo (...) La *cidadanía* no puede excluir, porque toda persona ha de ser, o poder ser, parte de una red amplia y horizontal de cuidados; o de múltiples redes colectivas y autogestionadas. La *cidadanía* es universal (...)

Cidadanía como una idea que englobe el derecho a cuidarnos y a que nos cuiden. El derecho a cuidar en condiciones dignas y, por supuesto, a no cuidar. El derecho al tiempo. Poner la vida en el centro es afirmar nuestra íntima relación con el medioambiente y la necesidad de acabar con la idea de que la civilización es la dominación progresiva de la naturaleza.

La *cidadanía* pasa, por tanto, por una necesaria ruptura y trasgresión de la división privado-público, personal-social, sacando a la luz de lo social todas las necesidades, diversidades y posiciones a la hora de satisfacer las mismas en nuestro entramado social.

(...) *Cidadanía* como una nueva forma de reconocernos como sujetos responsables de una sociedad no jerárquica que apueste por poner la vida en el centro (...), como un proceso vivo que va a ir destapando y relacionando diferentes realidades. Apareciendo protagonistas que se suelen mantener ocultos/as a lo social y lo político. Abriéndonos a la diversidad y cooperación entre distintas luchas, siempre apostando por poner la vida y su mantenimiento en el centro (...), que todos y todas tengamos cabida y con cada aportación nos ayudemos a tener una visión más integral del mundo y las personas que lo habitamos.



³⁹ Agradezco a Encarna Bodelón González el haberme puesto sobre la pista del uso del término *cidadanía* en el contexto sindical.

El término *cuidadanía* capta, en fin, la esencia de la crítica a la noción clásica de ciudadanía como una noción de corte individualista y de base capitalista y patriarcal que gira en torno al mito del individuo independiente frente al que todos y todas nos vemos obligados/as a medir nuestra aptitud ciudadana. Sin pretender desarrollar en estas páginas el modelo de *cuidadanía* y sus implicaciones para la teoría del Estado, me gustaría destacar algunos de sus rasgos principales.

1. El modelo de *cuidadanía* nos aproxima al individuo como un ser, no aislado, sino relacional. Su objeto de atención es el individuo como persona integrada en múltiples y complejas redes de relaciones, cada una de las cuales contribuye a definirnos, en sentidos diversos y a veces contradictorios.⁴⁰ Se trata de tomar conciencia del lugar de nuestras relaciones, voluntarias e involuntarias, estructurales y accesorias, inevitables y fortuitas, en la formación de nuestra identidad. Hacerlo nos obliga a trascender la dicotomía entre individuo y sociedad, genética y educación, naturaleza y cultura, para acercarnos a cada persona como resultado único de la relación sinérgica entre los términos anteriores.⁴¹ Ni definimos a la persona frente a su contexto social, al modo del liberalismo clásico, ni diluimos su individualidad en él, en clave comunitarista. Más bien asumimos que las personas y sus distintos contextos y relaciones, incluidas las condiciones materiales en que nuestra vida se desarrolla,⁴² se definen recíprocamente,⁴³ que si las primeras contribuyen a dar forma a las relaciones en que se integran, cada relación contribuye al mismo tiempo a definir a sus integrantes. La persona aparece así como un concepto dinámico, cuya identidad se encuentra en permanente estado de (re)generación, resultado de un continuo proceso de diálogo con las diversas relaciones de que forma parte.

Asumir que nuestras relaciones nos definen no equivale a aceptarlas de forma acrítica. Cada relación ofrece a sus integrantes una perspectiva diferente de sí mismos, y con ella un ángulo distinto desde el que evaluar sus restantes relaciones y el papel que estas juegan en su autocomprensión como personas. Ello permite a las personas adoptar lo que Seyla Benhabib llama una “distancia reflexiva” respecto de sus roles sociales (*reflexive*

40 Esta visión relacional del individuo aparece desarrollada en el inspirador libro de Minow (1990).

41 Véase también Lister, 1997, pp. 99 ss.

42 Este último tema está desarrollado en la obra de Nancy Fraser. Véase Fraser (1999).

43 El proyecto de *cuidadanía* conecta así con el trabajo de los geneticistas evolutivos, que insisten en la interacción y condicionamiento recíproco entre genes y el complejo organismo al que pertenecen, el cual se halla condicionado a su vez por su entorno social y material, todo ello aderezado con altas dosis de aleatoriedad. Véase así el trabajo de Lewontin (1993: 26); Rifkin (1998: 156); Epstein (1999: 14); Tobin (1999: 1); Rothstein (1999: 89).

role-distance).⁴⁴ De este modo, y desde una perspectiva relacional, la persona se sigue concibiendo como un ser autónomo, y nuestra autonomía personal se sigue identificando con nuestra capacidad de autodefinirnos, literalmente de autonormarnos. La clave de nuestra autonomía reside en nuestra capacidad de contemplarnos desde la perspectiva de alguna/s de nuestras relaciones, de forma que la relación que hoy nos sirve de punto de referencia para valorar críticamente las demás pueda ser mañana objeto de reflexión crítica desde la perspectiva de cualquier otra. La autonomía es, en definitiva, el resultado de un proceso discursivo creativo que tiene lugar en el seno de su contexto social, desde dentro de sus relaciones y a través de ellas, pero también, si es preciso, frente a alguna/s de ellas.⁴⁵

2. La visión relacional de las personas informa así la dimensión civil de la ciudadanía, nuestra capacidad de interactuar autónomamente con los demás. Asimismo, nuestra ciudadanía política está necesariamente mediatizada por alguna/s de las relaciones que nos definen como seres autónomos. Asumir esta mediatización nos obliga a matizar las premisas del modelo liberal clásico de representación unitaria. No podemos ya contentarnos con presumir que cualquier representante político/a lo es de cualquier ciudadano/a, con independencia de cuáles sean sus redes de relaciones. Antes bien, al tomar conciencia del papel de nuestras relaciones en la formación de nuestra identidad y nuestra experiencia ciudadana, el modelo de *ciudadanía* nos obliga a predicar la unidad de la representación, no de cada representante, sino de cada institución representativa en su conjunto, obligándonos a ampliar y diversificar en lo posible la composición de nuestras instancias políticas representativas.⁴⁶ El modelo

44 Benhabib 1992, pp. 73 ss. Véase también, en este sentido, Giddens 1991, esp. 70 ss.

45 Esta visión de la autonomía conecta, pero no se identifica, con la de la teoría del discurso. En su versión discursiva, la autonomía se concibe en términos circulares y consiste, por un lado, en la capacidad de cada persona de participar en procesos discursivos en condiciones de igualdad con los demás, capacidad que antecede toda relación de la persona con su entorno, y cuya garantía es condición de validez de los procesos comunicativos en que esas relaciones se traducen y de las decisiones en que éstos resulten. Por otro lado, la autonomía individual se forja simultáneamente en el seno de esas relaciones y de dichos procesos comunicativos (Habermas, 1991: 14). La visión relacional de la autonomía es también circular, pero a diferencia de la discursiva no concibe la autonomía como un atributo de la persona que antecede o hace abstracción de toda relación de la que ésta pueda formar parte. Desde una perspectiva relacional, la circularidad de la autonomía no se predica de la interacción entre la persona aislada y sus relaciones, sino de la perspectiva, siempre relacional, desde la que una persona se autocontempla.

46 El artículo 66 de nuestra Constitución parece situarse en esta línea, al predicar literalmente la unidad de la representación, no de cada representante político, sino de todos en su conjunto. Véanse con todo las SSTC 5/1985, de 10 de febrero y 10/1983, de 25 de febrero, así como sus respectivos Votos Particulares.

de *cuidadanía* se hace así eco de las llamadas a la necesidad de sustituir el modelo liberal clásico de representación unitaria por un modelo que se ha llamado de “*cudadanía diferenciada*” (*differentiated citizenship*),⁴⁷ o de “*universalismo diferenciado*” (*differentiated universalism*).⁴⁸ En su construcción ideal, este modelo renuncia a concepciones apriorísticas del universalismo, propias del liberalismo clásico. Antes bien, considera universales aquellas decisiones políticas adoptadas por instituciones en las que se encuentran representadas todas las situaciones personales —relacionales— afectadas por la decisión en cuestión.⁴⁹ En la práctica, la diversidad y el dinamismo sociales convierten al universalismo en un horizonte tan necesario como inalcanzable, en una aspiración permanente. El universalismo diferenciado se construye así sobre la base de la tensión creativa entre universalismo y diferencia, donde el universalismo, lejos de presumirse, se convierte en el objetivo al que constantemente aspiramos en el contexto de diferencias sociales siempre en flujo. De este modo, la *cuidadanía* da vida a la tensión entre la identidad y variedad, entre diversidad e identificación como integrantes de una comunidad social, política y jurídica, convirtiendo el respeto de la heterogeneidad en la verdadera prueba de fuerza de la *cudadanía*.⁵⁰

En cuanto a nuestra *cudadanía* social, en términos relacionales se traduce en la obligación del Estado de garantizar las condiciones para que ciudadanos y ciudadanas podamos relacionarnos autónomamente, preservando ante todo nuestra capacidad de evaluar críticamente nuestras relaciones. El Estado asume así la obligación de ayudarnos a desprendernos de aquellas relaciones que, entendemos, entorpecen nuestra autonomía, así como de ayudarnos a mantener y a compatibilizar aquellas que, entendemos, mejor contribuyen a definirnos. Muy especialmente, el Estado está obligado a impedir relaciones de poder que puedan menoscabar la capacidad de autodeterminación de alguno/s de sus integrantes.⁵¹ Y debe asimismo velar para que nuestros derechos sociales no pierdan su calidad de garantes de nuestra autonomía, para que su reconocimiento no genere relaciones de dependencia de los poderes públicos que pudieran menoscabar la autonomía que con ellos se pretende precisamente garantizar.⁵²

47 Young, 1989, p. 258.

48 Lister, 1997, 66 ss.

49 Se trata de una versión de la idea, articulada por Jürgen Habermas, de que la generalidad, universalidad e imparcialidad de las leyes depende no de la neutralidad del legislador, sino de la amplitud con que el debate legislativo consiga dar voz a las parcialidades en juego. Véase Habermas, 1992: 212; véase también Günther, 1995: 49.

50 Dahrendorf, 1994: 17.

51 Para un desarrollo de esta idea, consúltese Rodríguez Ruiz (2001).

52 Sobre esta cuestión, véase Frankenberg (1996).

3. La concepción relacional del individuo se corresponde con una concepción también relacional de sus derechos.⁵³ Concebidos como instrumentos al servicio de la autonomía, entendida en términos relacionales y como producto siempre en ciernes de un proceso creativo permanente, la función de los derechos pasa a ser, no la de proteger nuestra individualidad, sino la de ayudarnos a preservar las relaciones que informan nuestra autonomía, y a desvincularnos de las que, entendemos, entorpecen nuestra autocomprensión como seres autónomos. Las específicas circunstancias relacionales de cada persona adquieren así una relevancia crucial de cara a definir el ámbito de protección de un derecho referido a una situación concreta.⁵⁴ Al mismo tiempo, la concepción relacional de los derechos acentúa su dimensión participativa, como articuladores de la capacidad de los individuos de participar activamente en diversas redes de relaciones comunicativas, incluyendo su participación en procesos de toma de decisiones. En palabras de Anna Yeatman, en su concepción relacional los derechos “son derechos dialógicos, orientados fundamentalmente hacia el derecho a expresarse y a ser escuchado dentro de procesos dialogados de toma de decisiones”.⁵⁵

4. Concebir a las personas como seres relacionales e interdependientes implica elevar la dependencia a elemento constitutivo de nuestra autonomía, junto con la independencia.⁵⁶ Somos dependientes del conjunto de nuestras relaciones en la medida en que estas contribuyen a formar nuestra personalidad, nuestra capacidad de decisión y autonormación. Al mismo tiempo, somos independientes respecto de cada una de nuestras relaciones, en la medida en que podemos emitir un juicio crítico sobre cualquiera de ellas desde la perspectiva de cualquier otra, y alejarnos de la/s que, entendemos, entorpece/n nuestro desarrollo como personas autónomas.⁵⁷ La dependencia pasa así a formar parte de nuestra identidad, y a ser objeto de valoración, si bien crítica, no necesariamente negativa. Lo cual nos lleva a su vez a valorar —a revalorizar— las labores destinadas a su cuidado.⁵⁸ Es el individuo autosuficiente el que se percibe como una construcción artificial. Dependencia e independencia pasan de ser conceptos dicotómicos a concebirse como los elementos de una relación simbiótica, creativa y

53 Para una aproximación relacional a la noción de autonomía y a los derechos humanos, consúltese la estimulante obra de Jennifer Nedelsky, especialmente Nedelsky (2005) y (2009).

54 Sobre el triunfo del particularismo y de la visión contextual de los derechos desde la perspectiva de la ética del cuidado, véase Rodríguez Ruiz, 2005, pp. 786 ss.

55 Yeatman, 1994, citado en Lister, 1997, p. 35.

56 Nedelsky (2005) y (2009).

57 Benhabib (1992).

58 Rodríguez Ruiz y Rubio Marín (2007).

dinámica, en las que el grado de dependencia e independencia de una persona no se mide en términos absolutos, sino por referencia a relaciones, contextos y momentos concretos.

5. La *cuidadanía* nos invita a repensar el Estado desde el prisma de la sociedad civil. Para empezar, la fluidez de la conexión entre las nociones de dependencia e independencia, la integración de nuestras relaciones y de nuestra (inter)dependencia en nuestra definición como individuos, trascienden la separación entre la esfera pública y la esfera privada entendidas como terrenos en que prevalece, respectivamente, la dimensión independiente y la dimensión dependiente del individuo. Si la conjunción simbiótica de dependencia e independencia informa nuestras relaciones privadas, la dimensión dependiente del individuo hace ahora entrada en la esfera pública, participando en la definición de nuestra *cuidadanía* política como una esfera en la que cuidado y dependencia también encuentran su lugar.⁵⁹ Las esferas pública y privada dejan así de concebirse como el territorio, respectivamente, de la independencia y de la dependencia, y ello como resultado, no de su integración e indiferenciación, sino de un proceso de transformación interdependiente del Estado y de la sociedad civil al que David Held se ha referido como “doble democratización”.⁶⁰

En línea con lo anterior, la *cuidadanía* se apoya en la expansión de la democracia más allá del marco de las instituciones de democracia representativa, hacia lo que se ha llamado “reservas de *cuidadanía*” (reservoirs of citizenship).⁶¹ La *cuidadanía* potencia así que la democracia institucional se nutra de instancias de democracia no institucional, favoreciendo el establecimiento de canales de comunicación entre ellas. En el terreno de la democracia institucional, y mientras la dependencia y la independencia se sigan concibiendo en la práctica, si no en la teoría, como terrenos, respectivamente, funcional y simbólicamente femenino y masculino, la integración de la dependencia en el terreno público requerirá de la institucionalización de

59 La *cuidadanía* conecta así con la tradición del republicanismo cívico, en la que la *cuidadanía* incluye la responsabilidad de *cuidar* de la cosa pública (vease en este sentido, Tronto (2003): 143).

60 Held, 1991, p 24.

61 Gabriel Almond & Sidney E. Verba. *The Civic Culture*. Princeton, Princeton University Press, 1963, pp. 323 ss, citado en Kelly, 1994, p. 97. Véase también Leca, 1992, p. 21. Se trata de la definición de la esfera pública más allá del ámbito de lo político apuntada ya por Habermas, 1989 y que se ha convertido en un lugar común de las distintas expresiones de la teoría del discurso y de la democracia deliberativa, véase por ejemplo Nino, 1996; Dryzek, 2000; Benhabib, 1996. Sobre la importancia de la implicación de las mujeres en dimensiones no institucionales de lo político, véase Lister, 1997, pp. 147 ss.; Ackelsberg, 2003; SIIM, 2000, pp. 108 ss.

la democracia paritaria.⁶² Esto conecta con las teorías que apuntan a la necesidad de “feminizar” la ciudadanía, de introducir en la esfera pública cualidades humanas funcional y simbólicamente femeninas, y de definir las como “fundacionales en pie de igualdad en la legitimación de la comunidad política”.⁶³

Hasta aquí el esbozo de los rasgos fundamentales de un modelo de ciudadanía concebido como ciudadanía. En él, el modelo marshalliano de ciudadano trabajador construido sobre la noción de independencia se sustituye por un modelo de ciudadano/a interdependiente, cuidador/a y receptor/a de cuidados. En un momento en que está en crisis el modelo liberal clásico de ciudadanía y de Estado representativo, que con todos sus matices es el que sigue imperando en los países democráticos, avanzar hacia un modelo de ciudadanía se presenta como un proyecto ilusionante. Destacaré brevemente los que me parecen sus tres atractivos principales:

1. Su punto de referencia es la persona real en su experiencia cotidiana, en el contexto de sus múltiples y versátiles relaciones sociales, renunciando a presunciones y a visiones estereotipadas, que sitúan a los colectivos que mejor encajan en el estereotipo modelo en una situación de ventaja sobre otros. Se acerca así el Estado a la persona como sujeto individual que no ha de medir su aptitud ciudadana frente a modelo alguno. Su punto de referencia no es el mítico individuo independiente y trabajador, sino las personas reales en su complejo contexto relacional. Su sostén no es la productividad, sino que esta se sitúa al servicio de nociones como sostenibilidad, solidaridad, corresponsabilidad o cuidado.
2. De este modo, la ciudadanía sienta las bases para erradicar la discriminación, entendida como discriminación intergrupal, en la medida en que renuncia a erigir atributos personales concretos en definitorios del ciudadano modelo, y a clasificar a los individuos en categorías más o menos estáticas en función de dichos atributos.⁶⁴ La ciudadanía es tan dinámica como las relaciones sociales que la informan y sienta las bases, muy especialmente, para erradicar la discriminación por razón de sexo. Y es que las presunciones a las que este modelo

62 Para el desarrollo de este argumento, véase Rodríguez Ruiz y Rubio Marín, 2007, pp. 143 ss.

63 Werbner, 1988, p. 227 (traducción).

64 Sobre los efectos excluyentes de la construcción de categorías de ciudadanos/as, véase Monks (1988).

renuncia son presunciones diseñadas a la imagen y semejanza de los varones. Prestar atención a la realidad del individuo que se desarrolla al margen de dichas presunciones significa prestar atención a una realidad que en buena medida tiene perfil femenino. La *cuidadanía* cristaliza el interés feminista por acercar la ciudadanía a la experiencia cotidiana de las mujeres, por eliminar la barrera entre la esfera de productividad pública y la del trabajo privado sostenedor de la vida, entre la escenificación pública de nuestra independencia y la gestión de nuestra dependencia que muchos, pero fundamentalmente muchas, realizamos en privado. Los rasgos que la ciudadanía moderna conceptualiza como masculinos y femeninos conviven en la *cuidadanía* sin diferencias valorativas, impregnando tanto la esfera pública como la privada, rompiendo con relación de subordinación valorativa de la segunda respecto de la primera.

3. La *cuidadanía* sale al paso de críticas contra las premisas del modelo clásico de ciudadanía que van más allá de su construcción del género: críticas contra su culto a los derechos en su concepción individualista, contra su cultivo de un modelo de ciudadano/a-cliente del Estado frente a un modelo de ciudadanía corresponsable de los desig-nios de este, contra su exaltación, en definitiva, de los derechos civiles en detrimento de los cívicos.⁶⁵ Se trata de críticas expresadas fundamentalmente desde filas comunitaristas y/o neoconservadoras, pero también por algunos liberales, quienes carecen sin embargo de recursos teóricos para articular la exigibilidad de nuestros deberes ciudadanos sin cuestionar el papel de los derechos como articuladores de la ciudadanía.⁶⁶ La *cuidadanía* responde a estas críticas enfatizando el lugar del cuidado en la construcción de la ciudadanía. Y lo hace abandonando la visión individualista de derechos y libertades, sí, pero sin renunciar a la identificación de la ciudadanía con la titularidad de derechos, asumiendo más bien una concepción relacional de estos, de las personas y de la autonomía que nos concibe como partícipes en complejas relaciones sociales en las que asumimos responsabilidades como receptores y como prestadores de cuidados.



65 Kelly (1994).

66 Para una revisión de estos argumentos, consúltese Kymlicka & Norman, 1995, pp. 288 ss.

IV. Legislación sobre género.

Apuntes críticos desde la *cuidadanía*

Ha llegado ahora el momento de analizar en qué medida nuestra legislación estatal en materia de género contribuye a trascender el modelo moderno de ciudadanía, para avanzar hacia un modelo de *cuidadanía*. Desde esta perspectiva, el panorama es mixto. Algunas de las novedades legislativas amplían los derechos de las mujeres, pero lo hacen sin cuestionar el modelo clásico de ciudadanía moderna en que esos derechos se ubican (1). Otras parecen entablar un diálogo crítico con ese modelo, sin bien, en un segundo análisis, no acaban de explotar las posibilidades de dicho diálogo (2). Hay, en fin, un tercer bloque de medidas legislativas que, llevadas a sus últimas consecuencias, sí apuntan a erosionar los fundamentos de la ciudadanía clásica (3).

(1) Los derechos reconocidos a las mujeres en la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (LOIEMH) en el contexto del derecho laboral y de la seguridad social, y que constituyen el grueso de esta ley, encajan en el primero de los tres grupos arriba indicados. En este contexto, la LOIEMH se plantea alcanzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres —entre mujeres y varones—, sin cuestionar en su mayor parte nuestro modelo de ciudadanía, articulando la igualdad como un principio, fundamentalmente, de igualdad de trato y de oportunidades. Sobre la base de este principio, reconoce a las mujeres el derecho a recibir el mismo trato de que son objeto los varones, a tener sus mismas oportunidades —las mismas oportunidades—, muy concretamente, para funcionar en el mercado laboral, para fraguar nuestra independencia civil y, sobre su base, nuestra independencia pública, en una concepción de la ciudadanía clásicamente marshalliana. En palabras de Ruth Mestre, se nos reconoce a las mujeres “igual derecho a estar en lo público porque es en lo público donde se tienen derechos”.⁶⁷ Tanto la igualdad de trato como de oportunidades nos sitúa, en definitiva, en el modelo clásico de ciudadanía construido en torno a la figura del varón trabajador independiente, sin ofrecernos perspectivas críticas sobre su contenido y sobre sus implicaciones. La igualdad de trato y de oportunidades no cuestiona así la construcción del modelo moderno de ciudadanía en torno a la figura del trabajador, ni el mito de la independencia del individuo en el que ese modelo se apoya; se contenta, antes bien, con incorporar a las mujeres a ese modelo y a este mito.

67 Mestre i Mestre, 2008b, 32.

Sumar a las mujeres al mito de la independencia, sin que se produzca el movimiento paralelo de incorporación de los varones al mundo de la gestión de la dependencia, provoca uno de los siguientes efectos disfuncionales, o ambos. Primero, la mujeres nos encontramos ante la esquizofrenia de compatibilizar dos roles ciudadanos que el modelo moderno de ciudadanía concibe como dicotómicos: de un lado, seguimos siendo las principales responsables de gestionar la dependencia propia y la ajena; de otro, debemos satisfacer las expectativas en torno a nuestra actuación como ciudadanas independientes en la esfera pública. Lo cual nos expone a (auto)críticas en la medida en que no logramos satisfacer las exigencias que cada uno de esos modelos impone por separado. Segundo, y como efecto disfuncional alternativo o complementario del anterior, ingresar en el mito de la independencia obliga a las mujeres a desplazar (parte de) la gestión de la dependencia hacia otros colectivos, normalmente también de mujeres (abuelas, trabajadoras domésticas, inmigrantes), que pasan a identificarse con la dependencia. Se generan así nuevas relaciones de poder, en la medida en que el desplazamiento de la gestión de la dependencia no cuestiona la superioridad de la independencia en términos de ciudadanía respecto de la dependencia y de su gestión.

(2) A cuestionar este modelo sí parecen venir otros instrumentos legislativos. Es el caso de la *Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno*, o Ley de impacto de género. Con ella se pretende incorporar el concepto inglés de “*gender mainstreaming*”. La noción de “*gender mainstreaming*”, propuesta por primera vez en la III Conferencia Mundial sobre las Mujeres celebrada en Nairobi en 1985, se acuñó definitivamente en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres celebrada en Beijing en 1995. Como aclara la Exposición de Motivos de la Ley 30/2003, aquí “se invitó a los gobiernos y a los demás agentes a integrar la perspectiva de género en todas las políticas y los programas para analizar sus consecuencias para las mujeres y los hombres respectivamente, antes de tomar decisiones”. En la misma línea se sitúa la Unión Europea.⁶⁸ El objetivo es evitar

68 La ley sigue las directrices de las Decisiones del Consejo 95/593/CEE, de 22 de diciembre de 1995, y 2001/51/CEE, de 20 de diciembre de 2000, relativas a un programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000 y 2001-2005, respectivamente), se apoyan en la idea de transversalidad. Véase también la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad de hombres y mujeres (2001-2005).

que normas o políticas públicas deriven en situaciones de discriminación estructural de las mujeres.

Asumiendo este objetivo como propio (véase la Exposición de Motivos), la Ley de impacto de género obliga al gobierno a acompañar los anteproyectos de leyes y reglamentos de un informe de impacto de género (artículos 1 y 2). A ella se suma el artículo 19 de la LOIEMH, que dispone que “los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género”. Con estas provisiones, nuestro legislador ha querido ir más allá del discurso de los derechos para adentrarse en el terreno de la definición de políticas públicas e introducir el factor género en la definición de nuestro modelo de organización ciudadana. Lo cual refleja una toma de conciencia del carácter transversal y de las dimensiones estructurales de la discriminación por razón de sexo, y de que su erradicación es un objetivo que requiere una respuesta igualmente transversal y estructural.

Sin embargo, la aplicación de estas provisiones legislativas no siempre está a la altura de su potencial. Para empezar, la obligación de presentar un informe de impacto de género se ha incumplido en un importante porcentaje de casos,⁶⁹ aun tratándose de leyes con un impacto de género previsible.⁷⁰ Significativamente, hasta 2009 no se incluyó dicho informe en el Anteproyecto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Como tampoco se ha presentado informe de impacto de género a planes de relevancia económica y social, como los de medidas anticrisis 2008-2009.⁷¹

Pero es que además, lo que se entiende por transversalidad se ha traducido, no en la obligación de reflexionar sobre la dimensión de género en la organización de distintas áreas sociales, sino poco más que en la obligación de verificar la igualdad de trato entre los sexos en esas áreas.⁷² Solo así

69 Según la *Plataforma Impacto de Género YA*, este informe se omitió en el 11.5% de los Anteproyectos de las leyes aprobadas a fecha de 1 de octubre de 2005 <http://impactodegeneroya.blogia.com>.

70 Es el caso, por ejemplo, de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, cuya aplicación afecta a la conciliación de la vida laboral y familiar de consumidores/as y de trabajadores/as de pequeños y medianos comercios. Un análisis de impacto de género obligaba a analizar, como poco, la feminización de este sector. Sobre esta y otras leyes aprobadas sin informe de impacto de género, véase Pujol Algans (2005).

71 “Resumen informativo de la *Plataforma Impacto de Género YA* con relación al sexto informe periódico que presenta España ante el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU”. Internet. <http://impactodegeneroya.blogia.com>.

72 Véase, en esta línea, el Dictamen del Consejo al Anteproyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Ref. 803/2006, de 22 de junio).

se explica que anteproyectos de leyes como la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio para reconocer la validez de los matrimonios del mismo sexo, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, o la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción asistida, fueran acompañados por un informe según el cual dichas leyes carecen de impacto de género.⁷³ O que en su informe de impacto de género sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales afirmase que no es posible evaluar dicho impacto antes de la aplicación de la ley.⁷⁴

La evaluación del impacto de género no persigue evaluar la conformidad de una norma con el principio de igualdad, sino los posibles efectos colaterales que su aprobación pueda tener sobre las relaciones entre los sexos, todo ello desde una perspectiva transversal, superando las visiones sectoriales de la realidad y de las políticas de igualdad destinadas a regularla. Hacerlo precisa asumir las dimensiones estructurales de la transversalidad del género, una transversalidad que trasciende el dato de que en todos los terrenos pueden producirse diferencias de trato. Lo cual requiere de nuestros operadores jurídicos la formación y los conocimientos necesarios para evaluarla. En su defecto, la trascendencia de la ley de impacto de género será puramente testimonial, un elemento más en la construcción del discurso de la *pseudo*igualdad.

Objeto de valoración semejante a la anterior debe ser la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, o Ley de violencia de género. Más allá de las dudas en torno al acierto de erigir al derecho penal en instrumento central de una política de erradicación de la violencia contra las mujeres que quiere ser integral,⁷⁵ esta ley tiene la enorme virtud de visibilizar esta patología social, convirtiéndola en objeto de atención normativa específica. Y sin embargo la Ley Orgánica 1/2004 es cuestionable al menos por tres motivos. El primero lo encontramos ya en su título. Y es que, a diferencia de su Anteproyecto, que se titulaba *Anteproyecto de Ley Orgánica integral de*

73 Para un análisis crítico de los informes de impacto de género que acompañaron a estos y otros anteproyectos de leyes, consúltese Pujol Algans (2005).

74 Internet. <http://www.redfeminista.org/nueva/uploads/Estudio%20Impacto%20Genero%20-%20Anexos%20II.pdf>.

75 Larrauri (2007); Maqueda (2008).

medidas contra la violencia ejercida contra las mujeres, el título definitivo de esta Ley habla de “violencia de género”. De este modo, mediante el recurso a terminología neutra la Ley Orgánica 1/2004 busca acomodo dentro de las premisas universalistas de la modernidad y del derecho moderno, a costa, precisamente, de *neutralizar* su papel reivindicativo en el contexto de la lucha por eliminar toda manifestación de la discriminación estructural contra las mujeres. Porque la violencia contra las mujeres es eso, una manifestación especialmente dramática de nuestra situación de discriminación estructural. Tipificar la violencia contra las mujeres como un delito específico, que responde a su propia lógica discriminatoria, significa tomar conciencia de las dinámicas de poder que subyacen a las relaciones entre los sexos y que están en la base de dicha violencia.

Y sin embargo, y este es el segundo motivo de crítica, el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 circunscribe su ámbito de aplicación a la violencia que un hombre ejerza sobre una mujer que sea o haya sido su pareja. Lo hace pese a que, como la propia Exposición de Motivos de la Ley reconoce, la violencia contra las mujeres no es un problema privado, cuya lógica se inserta en la de las relaciones personales, sino un problema social de dimensiones estructurales que responde a dinámicas de poder entre los sexos y que convierte a las mujeres en víctimas potenciales de expresiones de violencia (desde el acoso sexual a la mutilación genital a través de un amplio abanico) más allá de nuestras relaciones personales y de los muros de lo doméstico. Se perdió así una oportunidad preciosa de visibilizar la violencia contra las mujeres como fenómeno social, como expresión de nuestra discriminación intergrupala.⁷⁶

Lo anterior no pretende cuestionar que las dinámicas de poder que dan lugar a manifestaciones de violencia doméstica deban convertirse en objeto de atención normativa específica. Entiendo, antes bien, que deben serlo, incluso más allá de los supuestos de violencia ejercidas sobre las mujeres por sus parejas o exparejas. Pensemos en supuestos de violencia, también perpetrada por mujeres,⁷⁷ contra ancianos/as o contra menores,⁷⁸ en la violencia ejercida contra mujeres en el ámbito doméstico al margen de toda relación sentimental, como la violencia contra hijas, hermanas o madres, o en la violencia ejercida el contexto de parejas del mismo sexo. Lo que se pretende es señalar que violencia contra las mujeres y violencia doméstica



76 En el mismo sentido, Bodelón (2008); Osborne (2009: 87).

77 Según los datos que maneja Raquel Osborne (Osborne, 2009, pp. 102 ss.), un 11,4 por ciento de violencia doméstica declarada procede de las madres.

78 Sobre este tema, González Agudelo (2008).

son dos patologías sociales distintas, cada una de las cuales merece un tratamiento normativo diferenciado. Todo ello con independencia de que ambas patologías se solapen en algunos casos y que estos merezcan mayor atención por parte del Estado.

Como tercer apunte crítico, hay que añadir (*last but not least*) que la Ley Orgánica 1/2004 articula una judicialización de los conflictos de pareja que, además de ser en sí misma cuestionable,⁷⁹ amenaza con someternos al “paternalismo punitivo”⁸⁰ del Estado. La ley parece jugar con la presunción de que las mujeres carecemos de autonomía y de recursos necesarios para controlar la gestión de nuestras relaciones personales en situaciones de crisis y para salir de situaciones de violencia sin delegar dicho control en el aparato represivo del Estado. Solo así se entiende que, en contra de la Recomendación del Consejo de Europa de 2002 en este punto,⁸¹ las ayudas a mujeres maltratadas se subordinen a la previa interposición por parte de estas de una denuncia judicial, o que las penas de alejamiento de agresores puedan imponerse en contra de la voluntad de las víctimas. El resultado es que la protección y ayudas estatales se supeditan a que las mujeres renunciemos a controlar la gestión de nuestras crisis y cedamos dicho control al Estado.⁸² El Estado nos protege, pues, no mediante mecanismos que potencien nuestra autonomía para decidir sobre nuestras circunstancias vitales, sino perpetuando nuestra identidad como víctimas, consolidando la construcción asistencial de nuestra ciudadanía en clave de ciudadanía pasiva.

Valoración mixta merece también, y por último, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia —o Ley de Dependencia (en adelante LD)—. En ella se toma conciencia de la dependencia humana, convirtiéndola junto a su cuidado en objeto de atención pública. Ello es especialmente importante para las mujeres, habida cuenta de la feminización de los trabajos de cuidados de dependientes que se desarrollan en el ámbito doméstico. Que la dependencia salga del terreno doméstico para convertirse en objeto de políticas públicas, que las labores de cuidado desempeñadas en privado fundamentalmente por mujeres salten al terreno político, supone no

79 Larrauri (2007); Maqueda, 2008, pp. 116 ss.

80 Véase Lorenzo (2008).

81 En el punto 23 de su Recomendación Rec(2002)5, de 30 de abril de 2002, sobre protección de las mujeres contra la violencia, el Comité de Ministros del Consejo de Europa recomendaba a los Estados Miembros que no subordinasen su ayuda a las mujeres maltratadas a la previa presentación por estas de una denuncia judicial.

82 Larrauri (2007); Maqueda (2008); Osborne (2009).

solo visibilizar la dependencia y su gestión, sino elevar su valorización social. Se trata sin duda de un avance hacia un modelo de *cuidanía*. No es, sin embargo, un avance desprovisto de aristas. Y ello no (o no solo) por los problemas financieros que circundan su aplicación práctica, y que acaban por restar credibilidad a la iniciativa. Encontramos aristas, ante todo, en el muy comentado efecto perverso de la ley, que muy bien puede perpetuar la situación de cuidadoras de muchas mujeres y su reclusión en el ámbito doméstico, si bien ahora a cambio de una compensación económica. En lugar de contribuir a superar las dicotomías superpuestas que separan el terreno de lo público, de la independencia y de lo masculino del universo doméstico de lo femenino y de la gestión de la dependencia, la LD podría contribuir a consolidarlas.

Se le escapa además a la LD lo que se ha denominado “la dimensión social de la dependencia”,⁸³ entendiéndose por tal la insuficiencia de recursos humanos, técnicos y económicos con que se desenvuelve la vida de algunas personas. Antes bien, la LD se enfrenta a la dependencia como una patología individual que afecta a personas concretas, si bien debido a cambios demográficos y sociales ha adquirido dimensiones de problema social. Esta falta de perspectiva social priva a la LD de una base sólida para implementar el principio, recogido en su artículo 3(p), de que las situaciones de dependencia deben ser analizadas desde una perspectiva de género. La LD corre así el riesgo de convertir a la dependencia en objeto de atención pública, sí, pero siempre como una desviación individual y patológica del ideal de independencia.⁸⁴

El reto consiste en introducir la dependencia en la agenda de los poderes públicos y convertir su gestión en una responsabilidad ciudadana compartida, pero asumiendo su dimensión social y sin reducirla a patología, a la excepción que confirma el mito de la independencia humana. A este fin puede sernos útil sustituir el lenguaje de la dependencia por la expresión “diversidad funcional”, acuñada por el Foro de Vida Independiente en 2005,⁸⁵ y utilizada para eliminar la carga de negatividad patológica asociada a conceptos como “discapacidad” o “dependencia”.⁸⁶ La expresión “diversidad funcional” conecta así con una de las premisas de la *cuidanía*, cual es la normalización de la percepción de nuestra (inter)dependencia y su

83 Arnau y Gil (2007).

84 Es esta, por lo demás, la perspectiva dominante en los numerosos estudios jurídicos sobre la Ley de dependencia. Véanse, por todos, Moreno Pérez *et al.* (2007: 3 ss); Sempere Navarro y Cavas Martínez (2007: 21 ss).

85 Internet. http://www.minusval2000.com/relaciones/vidaIndependiente/diversidad_funcional.html.

86 Arnau y Gil (2007).

introducción en la esfera pública como un rasgo constitutivo de nuestra identidad como seres humanos. Contemplado desde la perspectiva de la *cuidadanía*, el reto de una ley como la LD consiste, en fin, en lograr que los poderes públicos asuman su papel de garantes de nuestras relaciones interpersonales como seres (inter)dependientes, tomando como punto de partida nuestra diversidad funcional.

(3) Entre las medidas legislativas orientadas a la deconstrucción del género más certeras en su enfoque se encuentran las que redefinen tanto el espacio público como el doméstico, rompiendo con la dicotomía moderna clásica que identifica el primero con la *cuidadanía* activa, encarnada en el mito del hombre independiente, y el segundo con el terreno de la *cuidadanía* pasiva asociada a las mujeres, gestora de dependencias y a su vez dependiente de la tutela de los varones y/o de un Estado de rasgos masculinos. Destacan entre ellas las que deconstruyen la familia nuclear como un espacio en que se escenifica y que articula en la práctica la relación dicotómica entre independencia y dependencia. La construcción de la *cuidadanía* moderna descansa en este modelo de familia, una familia constituida por el matrimonio entre dos personas de distinto sexo con o sin hijos/as comunes en la que el marido gana el sustento familiar, funcionando como un individuo independiente en la esfera pública, mientras la mujer se encarga de gestionar en privado su dependencia y la de todos los miembros de la familia.⁸⁷ Las dinámicas de distribución de tareas de la familia nuclear son, en efecto, la gran piedra de toque de la *cuidadanía* concebida en clave masculina, una estructura diseñada para construir los géneros, y para encubrir y posibilitar relaciones de poder entre ellos, dentro y más allá del espacio doméstico.⁸⁸

No hay mejor manera de deconstruir el género que cuestionando los pilares de la familia nuclear. A hacer esto vino la reforma del código civil introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, otorgando la misma validez a las uniones matrimoniales de dos personas del mismo sexo que a las de dos personas de sexo distinto. Al convertir el matrimonio en una opción para las parejas del mismo sexo, reconociéndole los mismos derechos que a los matrimonios de distinto sexo, esta Ley permite la formación de unidades familiares matrimoniales que funcionan al margen de la

87 Véase la crítica a este modelo de familia desde la perspectiva de género desarrollada por Fraser (1996b): 41 ss.

88 Murillo (1996).

atribución de roles socialmente asociados al sexo. No es de extrañar la polémica que la regulación del matrimonio del mismo sexo suscita, en este país y fuera de él.⁸⁹ Y es que es difícil minusvalorar el reto que estos matrimonios suponen para los roles clásicos de género, y su potencial transformador del modelo masculino de ciudadanía.⁹⁰

A cuestionar esos roles ha venido también la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, o ley de identidad sexual. Esta ley, además, en su Disposición Adicional 1ª, modifica el artículo 7 de la *ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, con el fin de permitir explícitamente que se reconozca la filiación de un bebé nacido mediante técnicas de reproducción asistida a la mujer casada con la madre gestante, y no separada de ella legalmente o de hecho.

También la LOIEMH contribuye a deconstruir el modelo clásico de ciudadanía, en concreto mediante dos medidas. La primera es el reconocimiento de un permiso de paternidad intransferible (Disposición Adicional 11ª, apartado 11). Con él se da un paso, pequeño pero importante, hacia la superación de roles familiares basados en el género, mediante la integración de la dependencia y su gestión en la vida de los ciudadanos varones. Se trata, de momento, de un gesto de contenido fundamentalmente simbólico, habida cuenta de la corta duración del permiso (que inicialmente es de 13 días). No debemos, con todo, minusvalorar la importancia de los símbolos en la articulación de las relaciones sociales, muy especialmente en la articulación del género. En todo caso, para poner efectivamente en jaque las relaciones entre los sexos el permiso de paternidad deberá equipararse al de maternidad. Para ello habrá que esperar a su prometida paulatina ampliación.

La otra aportación de la LOIEMH para avanzar hacia un modelo de ciudadanía basado en la interdependencia, o ciudadanía, afecta al terreno de la organización de la representación política, mediante la imposición de la paridad en las listas electorales. La *cuidadanía* precisa que institucionalicemos la

89 El 25 de octubre de 2005 el Tribunal Constitucional admitió a trámite un recurso de inconstitucionalidad contra esta ley, interpuesto por 50 diputados del Partido Popular el 28 de septiembre de 2005, y en el momento de escribir estas líneas está aún pendiente de resolución. Para un repaso de la bibliografía surgida a raíz de dicha reforma legislativa, consúltese por todos Vivas Tesón, 2008, pp. 25-40.

90 Sobre el potencial transformador de las relaciones entre los sexos implícito en el reconocimiento de nuevas formas familiares, en concreto del reconocimiento de derechos a las parejas de hecho, consúltese Rodríguez Ruiz (2004).

visión de las personas como interdependientes. Lo cual precisa que la esfera pública deje de ser el terreno de la independencia y pase a integrar también nuestra dependencia y su gestión. Y como comentamos en la sección anterior, mientras la dependencia y la independencia se sigan concibiendo en el imaginario público como terrenos funcional y simbólicamente femeninos y masculinos, respectivamente, integrar la dependencia en el terreno público requerirá que institucionalicemos la democracia paritaria.⁹¹

Mis últimos comentarios serán para la recién aprobada *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*.⁹² Esta ley ha operado una transmutación en la concepción jurídica del aborto en este país. Para empezar, nos ha llevado de un sistema de indicaciones a otro fundamentalmente de plazos. El cambio es significativo, expresión de un cambio de enfoque que otorga a las mujeres embarazadas un papel activo en la decisión sobre la continuidad del embarazo. La regulación del aborto pasa así de tolerar que las mujeres puedan interrumpir su embarazo en determinados supuestos, posibilidad articulada como una renuncia de los poderes públicos a perseguir criminalmente el aborto, a garantizarles la capacidad (el derecho) legal de decidir sobre la continuación de su embarazo sin más límites que los temporales, sin que su decisión deba por tanto ajustarse a parámetros motivacionales previamente sancionados por el Estado como válidos. El cambio es significativo. Con él las mujeres nos alejamos de la lógica de la tutela, de la dependencia y de su gestión, de la lógica que nos victimiza y somete a protección estatal incluso a costa de nosotras mismas, la que articula la prohibición del aborto como un modo de proteger al feto, pero también nuestra salud física y mental,⁹³ y nos impone como destino biológico la vocación de cuidar de otros.⁹⁴ Nos alejamos, en definitiva, de la lógica que nos define como ciudadanas pasivas para erigirnos en ciudadanas activas, con capacidad para definirnos y autonormarnos. La protección del feto se articula ahora en conexión con el respeto de la autonomía de la mujer gestante, abandonando la ficción de que es posible proteger al primero a costa de la segunda, siendo el caso que el embarazo pone en conexión los destinos de ambos. Lo cual equivale pues a abandonar, en la regulación del aborto, la ficción de la independencia del ser humano y asumir la interdependencia

91 Rodríguez Ruiz y Rubio Marín (2007).

92 Sobre esta ley, véase también Rodríguez Ruiz (2010).

93 Siegel (2008).

94 Sally Sheldon (1993) ha identificado, en la base de los discursos políticos sobre la regulación del aborto, tres estereotipos sobre las mujeres que desean abortar: las mujeres como menores de edad, como víctimas y como madres.

que vincula al feto a la mujer gestante, a asumir pues que el carácter relacional de la autonomía de esta abarca su capacidad de decidir sobre su relación con el feto.

Al contemplar el aborto dentro del marco de una ley dedicada a la salud sexual y reproductiva, la nueva regulación legal del aborto opera un cambio de perspectiva aún más profundo. Y es que el derecho al aborto no puede ser sino el primer paso hacia una política pública comprometida con proveer las condiciones para reducir drásticamente el número de abortos. Hacer del aborto un problema de salud sexual y reproductiva apunta en esta dirección. Nuestro compromiso con la igualdad entre los sexos nos obliga a reconocer el acceso al aborto como un derecho,⁹⁵ sí, pero como un derecho cuyo ejercicio no deja de ser dramático y que los varones no tienen que ejercer. La igualdad bien entendida comienza pues por evitar embarazos no deseados, y por asumir que evitarlos es responsabilidad de varones y mujeres por igual. Para ello se hace necesaria, ante todo, una educación sexual basada en la corresponsabilidad en materia de salud sexual y de reproducción. Es esta la perspectiva que asume la nueva ley.

Habría, sin embargo, que ir más allá. Y es que en el origen de muchos abortos hay circunstancias sociales discriminatorias asociadas al modelo masculino de ciudadanía, circunstancias que llevan a las mujeres a renunciar a la maternidad, o a una nueva maternidad. No es permisible, desde la perspectiva de la igualdad entre los sexos, que el derecho al aborto actúe como tapadera de desigualdades sociales y de género. Un modelo de ciudadanía, que integra nuestras relaciones personales en nuestra definición como sujetos de derechos, convierte en responsabilidad del Estado facilitar el desarrollo de esas relaciones, proveyendo las condiciones para que las mantengamos, sin impedir que las no deseadas se interrumpan o no lleguen a entablarse.⁹⁶ En esta línea se pronunciaba ya la STC 53/1985, de 11 de abril, al analizar la constitucionalidad de la descriminalización del aborto eugenésico. Apuntó entonces el Tribunal Constitucional que “la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, (viene) agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la

95 Para el desarrollo del argumento que concibe el derecho al aborto como una manifestación de la igualdad entre los sexos, consúltese Siegel (1995).

96 Sobre este tema, Rodríguez Ruiz (2010).



grave tara en el caso de que les sobreviva” (FJ 11). En línea con estas consideraciones, se trata de asumir que la decisión última sobre nuestras relaciones, y la decisión sobre el embarazo y la maternidad es ante todo eso,⁹⁷ nos compete a nosotras, pero que como responsable de tutelar nuestra autonomía, entendida en términos relacionales, el Estado debe procurar los medios, no solo para que podamos decidir renunciar a nuestras relaciones si así lo deseamos, sino también para que podamos decidir establecerlas. Se trata, en definitiva, de definir nuestra autonomía no solo en negativo, como nuestra capacidad de decir No a vínculos relacionales, en la lógica del mito de la independencia, sino también en positivo, posibilitando que como seres relacionales, y en clave de interdependencia, podamos decirles que Sí cuando lo deseemos. Todo lo cual requiere un adecuado marco jurídico, político y social, un marco de ciudadanía (de *cuidadanía*) que lo haga posible. La obligación del Estado de proteger la vida humana comienza por crear un contexto ciudadano adecuado para el desarrollo de las relaciones que la sustentan.

IV. Reflexiones finales

Aunque la regulación de materias relacionadas con los roles sociales de género presenta elementos de continuidad con el modelo clásico patriarcal de ciudadanía, hay novedades que permiten albergar expectativas de cara a un cambio de modelo, novedades que pueden actuar de punto de partida para articular la transición hacia un modelo de *cuidadanía*. Hasta dónde seamos capaces de llegar dependerá de que tomemos efectivamente conciencia de la necesidad de operar dicha transición y asumamos el compromiso consciente de articularla en la práctica. Hacerlo requerirá de cambios sociales profundos, en nuestras relaciones personales y en los parámetros culturales que las regulan, pero también en los elementos estructurales de nuestro modelo de organización económica y política.

Es preciso humanizar nuestro modelo productivo para que deje de operar sobre la base del individuo independiente y asuma nuestra naturaleza relacional. Es preciso ahondar en un modelo de Estado social que se tome en serio nuestra individualidad, pero como seres relacionales, que asuma

97 Véase el libro ya clásico de Carol Gilligan (1982).

nuestra autonomía o capacidad autonormativa, pero como personas contextualizadas, que facilite la integración de nuestras dimensiones públicas y privadas y se haga eco de nuestra interdependencia. Y es preciso también impregnar la política de nuestra interdependencia, así como redefinir nuestro modelo democrático, llevando la democracia a todos los rincones sociales, más allá de los terrenos acotados por las instituciones de democracia representativa y los partidos. Pero se hace preciso, sobre todo, romper con la concepción de las mujeres como ciudadanas pasivas que sigue prevaleciendo en el imaginario colectivo y, con frecuencia, en la política de género de nuestros poderes públicos.

El modelo de ciudadanía aquí propuesto nos invita a superar las premisas del contrato social/sexual origen del Estado liberal y de las estructuras patriarcales que lo sustentan. La ciudadanía nos invita, en definitiva, a embarcarnos en el tránsito hacia una nueva modernidad, una modernidad que se desprenda de dicotomías socialmente estructuradoras, de visiones estereotipadas del individuo y de presunciones discriminatorias, para dar cobijo a nuestra vida real, a la conjunción armónica de nuestra independencia y dependencia en una noción de la autonomía humana concebida como interdependencia.

Bibliografía

- Ackelsberg, Martha. "Women's Community Activism and the Rejection of 'Politics'. Some Dilemmas of Popular Democratic Movements", en Friedman, 2003.
- Amorós, Celia. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad*. Madrid, Ed. Cátedra, 2000.
- Arnau, Soledad y Eva Gil. *Aportaciones a la ley de InDependencia desde una perspectiva de género*. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Universidad Politécnica de Madrid. Internet. www.minusval2000.com/relaciones/vidaindependiente/pdf/aportaciones_ley_independencia_soledad_arnau.pdf.
- Barrère Unzueta, Angeles. "Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación". Mestre i Mestre, 2008a.
- Beiner, Ronald, ed. *Theorising Citizenship*. New York, State University of New York Press.
- Benhabib, Seyla. "Autonomy, Modernity and Community". *Situating the Self. Gender Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*. Oxford, Polity Press, 1992.
- Benhabib, Seyla (1996), "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy". *Democracy and Difference*. Contesting the Boundaries of the Political Seyla Benhabib, ed., Princeton, Princeton University Press.
- Bodelón, Encarna "La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo", en Laurenzo, Maqueda y Rubio, 2008.
- Bulmer, Martin & Anthony Rees. "Conclusion: citizenship in the twenty-first century". Bulmer & Rees, 1996a.
- Bulmer, Martin & Anthony Rees, eds. *Citizenship Today. The Contemporary Relevance of T.H. Marshall*, UCL Press, London, 1996a.
- Butler Judith. *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge. New York & London, 1990.
- Carson, Ronald A. & Mark A. Rothstein. *Behavioural Genetics. The Clash of Culture and Biology*. Baltimore, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1999.
- Dahrendorf, Ralph. "The Changing Quality of Citizenship". Van Steenbergen, 1994.
- Dryzek, John S. *Deliberative Democracy and Beyond. Liberal, Critics, Contestations*. Oxford University Press, Oxford-New York, 2000.
- Epstein, Helen. "The Fly in the DNA". *The N. Y. Review of Books*, 24 June 1999.
- Frankenberg, Günter. "Why Care? – The Trouble with Social Rights". *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, *Cardozo Law Review*, vol. 17, núms. 4-5, 1996.
- Fraser, Nancy & Linda Gordon. "Civil citizenship against social citizenship?". Van Steenberger, 1994.

- Fraser, Nancy. "Gender Equity and the Welfare State: A Postindustrial Thought Experiment". *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*. Ed. Seyla Benhabib. New Jersey, Princeton University Press, 1996a.
- Fraser, Nancy. "After the Family Wage". *Justice Interruptus. Critical Reflexions on the Post-Socialist Condition*. Routledge, 1996b.
- Fraser, Nancy. "Struggle over Needs: Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of Late Capitalist Political Culture". *Unruly Practices. Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory*. Minneapolis, University of Minnesota Press, 1999.
- Friedman, Marilyn, ed. *Women and Citizenship*. Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Giddens, Anthony. *Modernity and Self-Identity. Self and Society in the Late Modern Age*. Cambridge, Polity Press, Cambridge, 1991.
- Gilligan, Carol. *In a Different Voice*. Massachusetts, Harvard University Press, 1982.
- González Agudelo, Gloria. "Victimización del menor en el ámbito doméstico. Malos tratos y abuso sexual". *Hostigamiento y hábitat social*. Coord. Myriam Herrera Moreno. Granada, ed. Comares, 2008.
- Günther, Klaus. "Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas". *European Journal of Philosophy*, núm. 3, 1995.
- Habermas, Jürgen. *The Structural Transformation of the Public Sphere*. Cambridge, Polity Press, 1989.
- Habermas, Jürgen. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt, Suhrkamp, 1991.
- Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.
- Held, David. "Between State and Civil Society". *Citizenship*. Ed. Geoff Andrews. London, Lawrence & Wishart, 1991.
- Joseph, Suad. "The Kin Contract and Citizenship in the Middle-East". Friedman, 2003.
- Kelly, Georg Armstrong. "Who Needs a Theory of Citizenship?". Beiner, 1995.
- Kymlicka, Will and Wayne Norman. "Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory". Beiner, 1995.
- Landes, Joan B. *Women and the Public Sphere in the Age of the French Revolution*. Cornell University Press, Cornell, 1988.
- Larrauri, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- Lassale, Ferdinand. "¿Y Ahora?" *¿Qué es una constitución?* Barcelona, Ed. Ariel, 1997.
- Laurenzo, Patricia. "La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo". Laurenzo, Maqueda y Rubio, 2008.
- Laurenzo, Patricia, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, coord. *Género, violencia y derecho*. Valencia, Tirant lo blanc, 2008.
- Leca, Jean. "Questions on Citizenship". *Dimensions of Radical Democracy*. Ed. Chantal Mouffe. London, Verso, 1992.

- Lewontin, Richard C. *Biology as Ideology. The Doctrine of the DNA*. New York, Harper Perennial, 1993.
- Lister, Ruth. *Citizenship. Feminist Perspectives*. New York, Palgrave, 1997.
- Mancebo, María Fernanda. *La Universidad de Valencia. De la Monarquía a la República (1919-1939)*. Universidad de Valencia, 1994.
- Mann, Michael. "Ruling class strategies and citizenship". Bulmer & Rees, 1996a, 1996.
- Maqueda, M^a Luisa. "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico". Lorenzo, Maqueda y Rubio, 2008.
- Marshall, T. H. "Citizenship and Social Class" (1949). *Sociology at the Crossroad and Other Essays*. London, Heinemann, 1963.
- Mestre i Mestre, Ruth. "Mujeres, derechos y ciudadanías". Mestre i Mestre, 2008a.
- Mestre i Mestre, Ruth M., coord. *Mujeres, derechos y ciudadanías*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008a.
- Minow, Martha. *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*. Ithaca & London, Cornell University Press, 1990.
- Monks, Judith. "'It Works Both Ways': Belonging and Social Participation among Women with Disabilities". Yuval-Davis & Webner, 1988.
- Moreno Pérez, José Luis et al. *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. Granada, Ed. Comares, 2007.
- Murillo, Soledad. *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*. Madrid, Siglo XXI Editores, S.A., 1996.
- Nedelsky, Jennifer. *Law, Autonomy and the Relational Self: A Feminist Revisioning of the Foundations of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Nedelsky, Jennifer. *Human Rights and Judgement. A Relational Approach*. Oxford, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Nino, Carlos Santiago. *The Construction of Deliberative Democracy*. New Haven-London, Yale University Press, 1996.
- Nussbaum, Martha. "Women's Education. A Global Challenge". Friedman, 2003.
- Osborne, Raquel. *Apuntes sobre la violencia de género*. Barcelona, edicions bellaterra, 2009.
- Pateman, Carole. *The Sexual Contract*. Stanford, Stanford University Press, 1988.
- Pitch, Tamar. "Libertad femenina y derechos". *Mujeres, derechos y ciudadanías*.
- Pocock, John G.A. "The Ideal of Citizenship since Classical Times". *Beiner*, 1995.
- Pujol Algans, Carmen, dir. *Estudio del impacto de género en las leyes*. Presentado en el XVIII Congreso estatal de mujeres abogadas. Almería, 11-13 noviembre 2005.

- Rees, Anthony. "T.H. Marshall and the progress of citizenship". Bulmer & Rees, 1996a.
- Rifkin, Jeremy. *The Biotech Century*. New York, Penguin Putnam Inc., 1998.
- Rodríguez Ruiz, Blanca. "Discourse Theory and the Addressees of Basic Rights". *Rechtstheorie*, 2001.
- Rodríguez Ruiz, Blanca. "Recognizing the rights of unmarried cohabitants in Spain: Why not treat them like married couples? *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2004.
- Rodríguez Ruiz, Blanca. "Caring Discourse. The Care/Justice Debate Revisited". *Philosophy and Social Criticism*, vol. 31, 2005.
- Rodríguez Ruiz, Blanca y Ruth Rubio Marín. "De la paridad, la igualdad y la representación en el estado democrático". *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007.
- Rothstein, Mark A. "Behavioural Genetics Determinism: Its Effects on Culture and Law". Carson & Rothstein, 1999.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Emilio*. Madrid, Biblioteca EDAF, 1985.
- Sempere Navarro, Antonio V. y Faustino Cavas Martínez. *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2007.
- Sheldon, Sally. "Who is the Mother to make the Judgment?: Constructions of Woman in English Abortion Law". *Feminist Legal Studies* 1/1, 1993.
- Siegel, Reva. "Abortion as a Sex Equality Right: Its Basis in Feminist Theory". *Mothers in Law*. Eds. Martha Albertson Fineman & Isabel Karpin. New York, Columbia University Press, 1995.
- Siegel, Reva. "The Right's Reasons: Constitutional Conflict and the Spread of Woman Protective Antiabortion Argument" *57 Duke Law Journal*, 2008.
- Siim, Birte. *Gender and Citizenship*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- Tobin, Allan J. "Amazing Grace: Sources of Phenotype Variation in Genetic Boosterism". Carson & Rothstein, 1999.
- Tronto, Joan. "Care as the Work of Citizens. A Modest Proposal". Friedman, 2003.
- Van Steenbergen, Bart, ed. *The Conditions of Citizenship*. London, Sage, 1994.
- Vivas Tesón, Inmaculada. "España: Tres años de matrimonio homosexual". *La enseñanza interdisciplinar del derecho matrimonial*. Coords. Mar Leal Adorna y M^a Reyes León Benítez. Sevilla, ed. Mergablum, 2008.
- Vogel Ursula. "Marriage and the boundaries of citizenship". Van Steenbergen.
- Weiss, Penny y Harper, Anne. "Rousseau and the Political Defence of the Sex-Role Family". *Feminist Interpretations of Jean-Jacques Rousseau*. Ed. Lynda Lange. Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 2002.
- Webner, Pnina. "Political Motherhood and the Feminisation of Citizenship: Women's Activism and the Transformation of the Public Sphere". Yuval-Davis & Webner, 1988.

Yeatman, Anna. *Postmodern Revisionings of the Political*. London, Routledge, 1994.

Young, Iris Marion. "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", 99 *Ethics*, 1989.

Young, Iris Marion. "The logic of Masculinist Protection: Reflections on the current Security State". Friedman, 2003.

Yuval-Davis, Nira & Pnina Werbner, eds. *Women, Citizenship and Difference*. London, Zed Books, 1988.



Acceso a la justicia para las mujeres... el laberinto androcéntrico del derecho

Roxana Arroyo Vargas *

La justicia para las mujeres sigue siendo un objetivo a lograr, y es improbable que se consiga a través de la igualdad formal, porque la forma en la que la sociedad está estructurada es el resultado de una historia en la que las mujeres estaban legalmente subordinadas y en la cual se daba por supuesto que su papel natural era prestar servicios sexuales y domésticos (incluyendo la importante tarea social de cuidar a los hijos/as) a cambio de una seguridad económica que implica depender de los hombres.¹

Resumen

Los esfuerzos por combatir la violencia y la discriminación contra las mujeres se muestran como una de las tareas urgentes que emprende el Estado constitucional, ya que de aquellas ilegítimas prácticas se deducen hechos que violentan los derechos y garantías de las mujeres, como por ejemplo en el acceso a la justicia, derecho que se asienta sobre el principio a la igualdad de todas las personas.

Por eso, precisamente el Sistema Internacional de los Derechos Humanos se ha hecho eco de este tipo de formas discriminatorias y ha apuntalado una estrategia de lucha por medio de tratados y declaraciones, para poner de relieve lo incoherente de actos contra la dignidad humana. De esta manera, se denuncian las distintas formas de violencia a las que están expuestas las mujeres, aupadas, incluso, por una visión androcéntrica en los diseños institucionales.

Palabras clave:
Género,
principio de igualdad,
discriminación,
justicia,
violencia.

* Abogada feminista, académica, investigadora en temas de derechos humanos de las mujeres e integrante activa del movimiento feminista en América Latina; presente en luchas a nivel internacional, regional y nacional en la defensa de los derechos humanos de las mujeres. Doctorado en derechos humanos por la Universidad Carlos III de Madrid "Instituto Bartolomé de las Casas". Es consultora permanente del Programa Mujer, Justicia y Género del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Presidenta de la Fundación Justicia y Género. Profesora invitada de FLACSO, Ecuador. Profesora invitada de la maestría de estudios de la mujer, Universidad de Costa Rica, Universidad Nacional. Profesora de la Universidad Estatal a Distancia, de la maestría de estudios de la violencia social y familiar.

1 Okin Moller, Susan. "Liberalismo, política, justicia y género". *Perspectivas feministas en teoría política*. Barcelona, Editorial Paidós, 1994, p. 146.

1. Introducción

El informe de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas² de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), nos alerta sobre las graves dificultades que experimentan las mujeres para el logro de una efectiva tutela de sus derechos. Es indispensable que los Estados y la sociedad en general perciban que el acceso a la justicia pasa por reconocer que la violencia y la discriminación contra las mujeres no son un fenómeno aislado, sino producto de una violencia estructural que impregna todo el tejido social, sea en tiempo de paz, de guerra o en situaciones irregulares.

Si no se toma en cuenta esta constatación el resultado será la invisibilización y/o naturalización de las graves consecuencias que la negación de la igualdad y el derecho a vivir una vida libre de violencia acarrea para las mujeres.³ En este sentido, la discriminación y la violencia que sufren nos revelan que el punto de partida para mujeres y hombres no es el mismo, y que nos enfrentamos a sociedades altamente jerarquizadas por razones de género.

La comprensión que nos da la lectura sistémica de la violencia y de su *continuum* nos permite ubicar el poder sexista y categorizarlo como abuso de poder que violenta derechos humanos, que se manifiesta de múltiples formas, que está dirigido contra los cuerpos de las mujeres y que afecta sus cotidianidades, su ser en el mundo, es decir, sus planes de vida.

El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos responde a un proceso inacabado de expansión de los derechos humanos que permite nuevas miradas —fundamentado en instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Belém do Pará)—, así como la comprensión del vínculo entre la discriminación y la violencia, que rompe el principio de igualdad sustantiva, negando la dignidad y la humanidad de las mujeres.

Reconocer que la discriminación contra las mujeres es la primaria, la básica en nuestras sociedades, favorece el entendimiento de que ser mujer es un factor de riesgo en nuestras culturas. Como lo señala la Relatora Especial de las Naciones Unidas, en este escenario social hay dos formas

2 Organización de los Estados Americanos (OEA), CIDH. *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Washington, D. C., OEA/Ser.L/V/II, 20 enero 2007.

3 Las ideas desarrolladas se tomaron de un documento inédito: Arroyo Vargas, Roxana. "Argumentos para peritaje Caso Rosendo Cantún y otras vs. México, audiencia del 2 de junio 2010 en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José".

universales de violencia contra las mujeres: la doméstica y la que se da tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra o en situaciones irregulares.⁴

Es de conocimiento por la Comunidad Internacional que la violación es utilizada como forma de sometimiento, humillación y tortura,⁵ y es un método de destrucción de la autonomía de las mujeres, convirtiéndose en una de las manifestaciones discriminatorias más misóginas del sistema y que representa mayor dificultad para su acceso a la justicia,⁶ ya sea en un primer momento —por la forma en que la legislación tipificó el delito— o en el abordaje durante la investigación— convirtiéndose la víctima en culpable por considerarla poseedora de un cuerpo provocador. La historia de la violación es el relato de la negación al acceso la justicia y al reconocimiento pleno de la dignidad de las humanas.⁷

Transforma insensiblemente la violación en relato de seducción, y no en relato de barbarie; brutalidad oscura, casi sobreentendida, en la que sólo cuenta la actitud de la muchacha porque sólo importa la caída.⁸

- 4 Informe preliminar presentado por la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Radhika Coomoraswamy, de conformidad con la Resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1995/42 22 de noviembre de 1994.
- 5 Copelon, Rhonda. "Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura". Cook, Rebeca, ed. *Derechos humanos de la mujer*. Perspectivas nacionales e internacionales. Colombia, Editorial Profamilia, 1997.
- 6 Ver al respecto, Comisión de Derechos Humanos, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer*. E/CN.4/2003/75, 6 de enero 2003.
- 7 La tolerancia histórica en el tratamiento de la violencia sexual y de la violación es una constante en nuestras sociedades. Esta se ha visto reforzada por las estructuras jurídicas y sus argumentaciones androcéntricas, reflejadas en los planteamientos clásicos que hacen recaer las sospechas sobre las víctimas, sobre los cuerpos de las mujeres, sobre la afirmación revictimizante de la provocación por parte de ellas, convirtiendo a las mujeres en cuerpos violables y cosificados. En este entramado jurídico el bien protegido es el honor (por supuesto de los hombres), no se trata de un delito contra la libertad sexual, la integridad, el derecho a la vida y a no sufrir discriminación y violencia. Según este paradigma, la violación era una cuestión moral, no un problema de violencia y mucho menos una violación a un derecho humano. En realidad, es evidente que las leyes clásicas sobre la violación sometían a juicio a la víctima y no al victimario, las tipificaciones clásicas respondían a la visión de los hombres y exigían que el pene hubiera penetrado en la vagina, ignorando otros tipos de actos sexuales; se exigía que fuera contra su voluntad, es decir, que hubiera resistencia física. Aunque se han modificado las legislaciones para adaptarlas a nociones más modernas de justicia y nuevos estándares que fundamentan los derechos de las víctimas, reforzándose nuevos paradigmas, como el establecido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aún persisten las interpretaciones que perpetúan la impunidad en estos casos, negando el derecho al acceso a la justicia.
- 8 Vigarrella, Georges. *Historia de la violación. Siglos XVI-XX*. Madrid, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 1999.

Frente a estas realidades, los estudios existentes en los sistemas de protección universal y regionales señalan las grandes dificultades para que se dé un efectivo acceso a la justicia de las mujeres. Es así como al investigar un caso donde se dan violaciones a los derechos humanos de las mujeres no se puede hacer en el vacío, sin analizar los rasgos sexistas que se dan en el abordaje de las pruebas y testimonios, es decir, en la línea de investigación.

La Convención de Belém do Pará permite una resignificación o ampliación del principio de la debida diligencia del Estado en lo que respecta a la protección, prevención, sanción y erradicación de la violencia. Obliga al Estado a brindar un tratamiento integral a las víctimas de violencia sexual, que de hecho enfrentan un sistema jurídico con procedimientos sesgados que no garantizan la imparcialidad o la independencia de la búsqueda de la verdad en los procesos, resultando en juicios revictimizantes para las mujeres.

La ausencia de la perspectiva de género en los casos de víctimas de violencia sexual y el significado del impacto que esto tiene en sus vidas resulta en la negación del derecho a vivir una vida libre de violencia para las mujeres. Problemas como la falta de inmediatez, la ausencia de personal capacitado, la ausencia de protocolos de intervención, la creencia de que la palabra y el testimonio de las mujeres no son creíbles, las normas supuestamente neutrales, todo este conjunto de factores favorece a la instauración de un subtexto de género que profundiza los sesgos sexistas presentes en el derecho penal, tanto en la parte procedimental como sustantiva, así como en el tratamiento de las víctimas, prevaleciendo, por ejemplo, la creencia de la mala fe de la declaración de las mujeres. Todo esto lleva a la impunidad.

2. El principio de igualdad y su profunda vinculación con la justicia

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 1 el principio de igualdad y el principio de no discriminación. En el artículo 2, incisos 1 y 2, proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad. Esta definición proporciona los elementos necesarios que permiten a todas y todos los sujetos identificarse y ser parte de la construcción y la comprensión del paradigma de lo que es ser humano. Como consecuencia, uno de los parámetros de la igualdad es la diversidad.



Todas las personas deben tener igualdad de condiciones en el acceso, goce y ejercicio de los derechos tanto de *jure* como de *facto*, sin discriminación alguna ya sea por sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de cualquier otro índole o condición, reconociendo la diversidad de las condiciones como parte inherente de las y los sujetos en la sociedad para ser tomados en cuenta y no como un obstáculo para la inclusión.

Así, la igualdad se constituye como un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales subsiguientes sobre derechos humanos, entre los que destaca la CEDAW —aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979—, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y la Convención de Belém do Pará (1994).

En este sentido, la igualdad es un concepto normativo que transversaliza el quehacer del Estado y sus instituciones, y de las relaciones sociales, convirtiéndose en una exigencia, en la base de cómo deberían ser tratados los seres humanos en la sociedad.

[N]o se ocupa de lo que sucede en la realidad, sino de lo que debe suceder, a saber: que los seres humanos, sean cuales sean sus rasgos comunes o distintivos, deben ser tratados como iguales.⁹

La igualdad no es un principio estático, sus concepciones se han resignificado y su contenido se amplía históricamente. Existe por tanto una vinculación entre la realidad y las normas, por lo que el principio de igualdad trata precisamente de fijar cuándo está justificado establecer las diferencias en las consecuencias normativas y cuándo no.¹⁰

9 Laporta, Francisco. “El principio de igualdad”. *Revista Sistema*, n.º 67. Editorial Sistema, julio 1987, p. 4.

10 Arroyo Vargas, Roxana. “La igualdad: un largo camino para las mujeres”. *Igualdad y no discriminación. El reto a la diversidad*. Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.

Este tema nos lleva principalmente a los criterios de selección y de aplicación, los cuales son normas determinadas que incluyen las condiciones específicas —relevantes o no— referidas a una situación fáctica. Estos criterios deben ser razonados y justificados, y responder a una concepción de la igualdad en determinada época. Facilita la tarea el hecho de respondernos a las preguntas claves de ¿igualdad en qué? e ¿igualdad entre quiénes? que nos plantea el profesor Bobbio.

El feminismo busca dar respuestas a estas importantes preguntas desde la perspectiva y teoría de género, pretendiendo entre los sexos una igualdad que necesariamente implique la eliminación del sexismo y pase por una aceptación de las diferencias entre los sexos.¹¹ Esto significa un nuevo acercamiento al tema, en tanto que lo cuestionado es el hombre como paradigma o modelo de ser humano.

¿Qué significa esto para el contenido que históricamente se le ha dado a la igualdad? En cierto sentido significa la aceptación de que la igualdad, al ser reflexionada desde un contexto de género, se torna compleja: entra en juego el poder¹² y, por tanto, el imperativo de erradicar los privilegios tradicionales masculinos aceptados como naturales, y hasta el momento legitimados por el Derecho, de modo que se consolida un sistema construido alrededor de sus características sociales y físicas.

En realidad, la búsqueda de la igualdad de las mujeres pasa porque tengan la oportunidad de estar en un mundo no vertido en su contra. Para erradicar la discriminación se requiere que las normas androcéntricas sean remplazadas por otras que reflejen los cuerpos y experiencias de vida de las mujeres y de los hombres. Aparentemente esta sería una de las alternativas para lograr la igualdad sin discriminación.

Se trata de reconceptualizar la igualdad como principio que refleja una aspiración humana enunciada de diferentes maneras según las épocas. Ya Aristóteles planteaba que este principio “exige tratar a las cosas iguales de igual manera, pero también a las diferentes de manera diferente”. Los modelos de derechos fundamentales francés y norteamericano hacen referencia a este principio.¹³

11 Facio, Alda. *De qué igualdad se trata. Caminando hacia la igualdad real*. San José, Naciones Unidas, ILANUD, UNIFEM, Editorial Diseño Alternativo, 1995, pp. 28-32.

12 Williams, Joan. “Igualdad sin discriminación”. *Género y derecho*. Facio, Alda, y Lorena Fries. Chile, Editorial La Morada, 1999, pp. 75-99. Hossain, Sara. “Igualdad en el hogar: derechos de la mujer y derechos de las personas en Asia del Sur”. *Derechos humanos de las mujeres*. Bogotá, Profamilia, 1997, pp. 469-496.

13 Peces-Barba Martínez, Gregorio. “Curso de derechos fundamentales. Teoría general”. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 145-154.

Para esta nueva lectura es necesario partir del sexismo en que se fundamenta la formulación de las diferentes explicaciones del origen de lo que conocemos como sociedad civil que, por supuesto, reflejan el debate sobre quiénes son los que pactan, sobre quiénes son sujetos libres e iguales. Las diferentes respuestas que se han dado nos demuestran la diferenciación que se hace entre los sexos, la cual es discriminatoria para las mujeres por su condición de género. Estas elaboraciones teóricas condicionan el concepto de igualdad.

Es así como las explicaciones formuladas desde los clásicos contractualistas —tales como Hobbes¹⁴ y Locke, hasta llegar a Rousseau¹⁵ y los modernos como Rawls¹⁶—, nos plantean por diferentes razonamientos la subordinación de la mujer, ya sea porque legitiman, por acción o por omisión en sus análisis, el poder para los varones y/o porque consagran a la familia patriarcal.

La doctrina del contrato supone que hay sólo un origen, convencional, del derecho político, aun así, con la excepción de la teoría de Hobbes donde los dos sexos son descritos como naturalmente libres e iguales, los teóricos del contrato insisten en que el derecho del varón sobre la mujer tiene base natural. Sólo los varones tienen los atributos de los “individuos” libres e iguales. Las relaciones de subordinación entre los varones, si han de ser legítimas, deben tener su origen en el contrato. Las mujeres por su parte nacen en sujeción.¹⁷

Así, el concepto de igualdad nace sesgado por las consecuencias que se derivan del pacto primario que da sustento a la sociedad civil. Nos referimos al contrato sexual, por medio del cual las mujeres no son ni libres ni iguales y, por tanto, no pueden pactar o porque, aun en las interpretaciones como las del Hobbes, siendo libres pactan su sujeción, que implica la apropiación de su cuerpo y la imposibilidad de convertirse en individuos civiles.

14 Hobbes, Thomas. *Del ciudadano y Leviatán*. Madrid, Editorial Tecnos, 1993.

15 Rousseau, Jean Jacques. “El contrato social”. *Escritos de combate*. Trad. Salustino Masó. Madrid, Alfaguara, 1979; y, *Emilio*, México, Editores mexicanos unidos, 1993.

16 Rawls, John. *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Madrid, Editorial Tecnos, 1993.

17 Pateman, Carole. *El contrato sexual*. Barcelona, Editorial Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, 1998, p. 60.

En las lecturas modernas de autores tales como Rawls, el pacto se construye partiendo de la elaboración de la categoría universal y sexualmente neutra de individuo, respondiendo más a una abstracción lógica. El se mueve en el reino de la pura razón que nada tiene de humano; a pesar de que introduce seres corpóreos masculinos y femeninos en el curso de su argumentación, se centra en los descendientes y las cabezas de familia (los varones).

Simplemente da por sentado que se puede, al mismo tiempo, postular partes des-corporizadas, vaciadas de toda característica sustantiva y asumir la existencia de la diferencia sexual, las relaciones sexuales, el nacimiento de los hijos y la familia formada. Los participantes del contrato original de Rawls son, simultáneamente, meras entidades racionales y “jefes de familia”, es decir, varones que representan a sus esposas.¹⁸

Si estudiamos las diversas ópticas de los autores, veremos que tratan de legitimar —ya sea por razones naturales o políticas— el derecho conyugal y la sujeción de la mujer, que atenta contra el principio de igualdad. Pero al mismo tiempo este concepto descansa en la desigualdad por discriminación contra la mujer por su condición de género; por ejemplo, Rousseau sostiene que el sistema civil depende en cierta manera del derecho que los varones-maridos tienen sobre sus hembras-esposas y que este tiene su origen en la naturaleza.¹⁹

Desde una lectura crítica del principio de igualdad, es imperativa su deconstrucción, para lo cual es necesario conjugar la igualdad formal con la material y valorar la diferencia. Esto nos permitirá cuestionar el androcentrismo y buscar resultados que no contengan rasgos sexistas.

Una vez establecido que no es suficiente con que se dé el reconocimiento de la igualdad formal ante la ley,²⁰ es claro que se requiere que estos derechos sean una realidad para las mujeres —que son la mitad de la

18 *Ibid.*, pp. 63-64.

19 Cobo, Rosa. *Fundamentos del patriarcado moderno*. Jean Jacques Rousseau. Madrid, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Ediciones Cátedra, 1995.

20 Facio, Alda. “Derecho de igualdad en la ley. El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres”. *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2008.

población—, dando razón así de la diversidad existente sin discriminación alguna en la materialidad de sus vidas.

Se contempla así que el necesario cumplimiento de la igualdad material pasa por medir los resultados tanto de *jure* como de *facto*²¹ y garantizar las oportunidades para todas las personas. Esto solo es posible si se analizan las condiciones de las personas, en especial las de las mujeres, colocándolas en situaciones materiales de igualdad, lo que requiere muchas veces de un trato diferente para lograr un resultado igual.

Se establece así la adopción de acciones afirmativas —o las que sean necesarias para nivelar las desigualdades históricas o emergentes—, convirtiéndose estas medidas especiales de carácter temporal (art. 4 de la Convención CEDAW),²² en muchos casos, en la única manera de crear las condiciones para lograr la necesaria igualdad de oportunidades,²³ con miras a alcanzar la democratización de la sociedad y poner límites a los abusos de poder.

La igualdad formal y la material se fundamentan en la valoración de las diferencias existentes en la sociedad, pero la segunda pretende tomarlas en cuenta y asumirlas no para oprimir y subordinar sino para potenciar y propiciar el desarrollo personal. Esta concepción va más allá del enfoque de la igualdad que procura una asimilación o comparación²⁴ entre los sujetos, que no garantizaría la erradicación de las diversas discriminaciones²⁵ por motivo de etnia, discapacidad, condición socioeconómica, preferencia sexual, entre otras.

21 Como lo establece la Convención CEDAW, se fundamenta en un concepto de igualdad que trasciende el formal. La Convención define la discriminación como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil y en cualquier otra esfera” (art. 1).

22 En su 20 período de sesiones (1999), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer decidió, en virtud del artículo 21 de la Convención, elaborar una recomendación general sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención CEDAW. Esta nueva recomendación general complementaría, entre otras cosas, recomendaciones generales previas, incluidas la Recomendación General n.º 5 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre medidas especiales de carácter temporal, la n.º 8 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre la aplicación del artículo 8 de la Convención y la n.º 23 (16 período de sesiones, 1997) sobre la mujer y la vida pública, así como informes de los Estados parte en la Convención y las observaciones finales formuladas por el Comité en relación con esos informes.

23 Williams, Joan. “Igualdad sin discriminación”. *Género y Derecho*. Chile, Editorial LOM/La Morada, 1999, pp. 75-99.

24 Rivera Garretas, María Milagro. *Nombrar el mundo en femenino. Pensamiento de las mujeres y teoría feminista*. Barcelona, Editorial ICARIA, 1994, pp. 179-228.

25 Jaggard, Alison M. “Ética feminista: algunos temas para los años noventa”, y Okin Moller, Susan, “Desigualdad de género y diferencias culturales”, en *Perspectivas feministas en teoría política...* pp. 167-184 y 185-206. También Rivera, Milagros M. “Partir de sí”. *El Viejo Topo*, n.º 73. Madrid, marzo 1994.

Es así como se torna un imperativo que el principio de igualdad material impacte en todos los ámbitos de la sociedad, tanto el cultural, económico, social, político, familiar y cualquier otro ámbito, convirtiéndose en obligación del Estado velar por la erradicación de la discriminación en todos los espacios. Esto reviste especial importancia en lo que se refiere a la administración de la justicia: el acceso a la justicia, la tutela de los derechos de las víctimas y la jurisprudencia se miden por el resultado que produzcan en la sociedad, procurando así el logro de la igualdad para las mujeres.

Es claro que el valor de la justicia —y el acceso a ella— no se puede reflexionar o interpretar sin tomar en cuenta transversalmente el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Una reflexión en abstracto podría desembocar en conclusiones aparentemente neutrales, pero violatorias de los derechos de las mujeres.

3. El acceso a la justicia y la transversalidad del principio de igualdad como garantía de los derechos de las mujeres víctimas de la violencia sexual

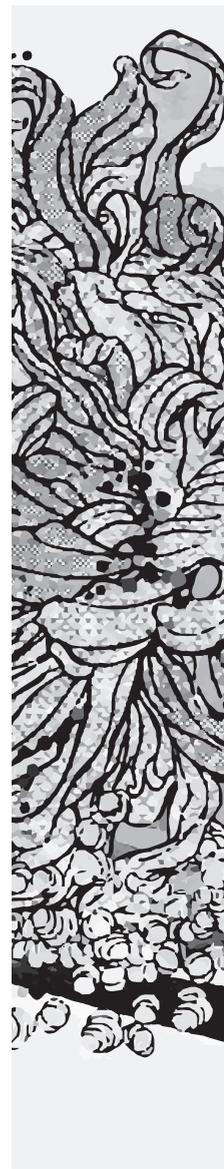
El derecho al acceso a la justicia²⁶ implica que las mujeres tengan la posibilidad a una adecuada tutela de sus derechos. Pero además es un asunto de fortalecimiento y construcción de las democracias; por tanto, la justicia de género es un estándar de medición para el quehacer del Estado.

Entendemos por acceso a la justicia la existencia de facilidades para que todas las personas, sin discriminación²⁷ alguna, puedan gozar de todos los recursos y servicios que garanticen su seguridad, movilidad, comunicación y comprensión de los servicios judiciales, que, a su vez, garanticen una justicia pronta y cumplida.²⁸

26 Villarán, Susana. “El acceso a la justicia para las mujeres”. IIDH, *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación...*

27 El acceso a la justicia debe ser un servicio público que el Estado debe garantizar a todos y todas los habitantes de su territorio “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole; origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

28 Véase OEA, CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas...*



Actualmente es considerado el derecho al acceso a la justicia como una norma *ius cogens*²⁹ que genera la obligación en los Estados de adoptar las medidas necesarias para hacerlo efectivo,³⁰ en la misma condición se encuentra el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo,³¹ constituyéndose ambos en estándares máximos de tutela pro persona³² (en este caso pro mujeres).

Es así como el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo se convierte en consustancial al derecho al acceso a la justicia, y de ahí se deriva un marco jurídico que establece los derechos que deben garantizar la administración de justicia. Nos referimos, entre otros, al derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser arrestada conforme a los principios de ley, el derecho a la defensa, el derecho a ser juzgada por tribunales competentes, el derecho a un proceso justo, el derecho a ser protegida como víctima, el derecho a no ser revictimizada en el sistema de administración de justicia y el derecho a ser protegida cuando se es testigo.

Asimismo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece una serie de obligaciones para los Estados relacionadas con la función judicial y los derechos de las mujeres, como la de garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a todas las personas que se encuentren en su territorio, que incluye: a) garantizar un debido proceso —para lo cual el Estado debe tomar en cuenta las desigualdades que hay entre ellas debidas al género, la etnia, la edad, la discapacidad, etc.— y b) establecer garantías judiciales que tomen en cuenta las necesidades de todas las personas, que les permitan entre otros: i) ser parte del proceso judicial en condiciones de igualdad, ii) no ser revictimizadas en el proceso judicial, iii) ser

29 Una norma de *ius cogens* se caracteriza por ser de obligado cumplimiento y no admitir acuerdo en contrario de los Estados. Esto la diferencia de la costumbre internacional, que tradicionalmente ha requerido del consentimiento de los Estados y permite su alteración mediante tratados. Por el contrario, no cabe que una norma contradiga a otra de *ius cogens*, salvo que también tenga esta naturaleza: en tal caso, la nueva norma reemplazará a la antigua. El reconocimiento de las normas de *ius cogens* implica aceptar cierta jerarquía entre las fuentes del derecho internacional, jerarquía inexistente en épocas anteriores. Las normas de *ius cogens* recogerían un consenso mínimo sobre valores fundamentales de la comunidad internacional que se impondrían sobre el consentimiento de los Estados individualmente considerados.

30 Audiencia temática, Barreras para el acceso a la justicia en América Latina ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington DC, 27 de octubre 2008.

31 Opinión Consultiva OC-18/03. Solicita por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 setiembre 2003.

32 Cebada Romero, Alicia. "Los conceptos de obligación *Erga Omnes*, *Ius Cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CID sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos". Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2002.

aceptadas y protegidas como testigos, iv) participar y comprender el proceso, v) gozar de servicios de administración justos en igualdad, y vi) gozar de información judicial que oriente a la usuaria y facilite la toma de decisiones sin sesgos sexistas.

La necesidad de recursos efectivos como requisito para el acceso a la justicia lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos³³ del 10 de diciembre 1948 y posteriormente se desarrolla en los tratados. Es de suma relevancia comprender que el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo se convierte en requisito para garantizar que los recursos en la realidad lleguen a ser efectivos, como bien lo evidencian sus textos, tales como el del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos en el artículo 2, que establece que los Estados se comprometen

[...] a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto. Sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Reconoce además, el derecho de contar con recursos jurídicos y con una justicia pronta y cumplida en condiciones de igualdad.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala en el artículo segundo, inciso c), el compromiso de los Estados parte a establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los hombres, y a garantizar la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas.

En el Sistema Interamericano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en el artículo 13:

³³ Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer señala en el artículo 7, literal f) la obligación de establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, así como el establecimiento de los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

La idea de recursos efectivos puede verse obstaculizada por prácticas o normas inadecuadas. En este sentido, la CIDH señala que la investigación es crucial en casos de violencia contra las mujeres y afirma que “no se puede sobrestimar la importancia de una debida investigación, ya que las fallas a ese respecto suelen impedir u obstaculizar ulteriores esfuerzos tendientes a identificar, procesar y castigar a los responsables”.³⁴

4. La debida diligencia del Estado y el derecho a vivir una vida libre de violencia

Es indudable que el Estado debe cumplir con la debida diligencia asumiendo, no en abstracto sino tomando las medidas que sean necesarias, la modificación de las condiciones discriminatorias que son atentatorias contra los derechos de las mujeres y que obstaculizan su acceso a la justicia, y partiendo, a la vez, de las diversas condiciones que se encuentren ellas.³⁵

34 CIDH. *Situación de los derechos humanos de las mujeres en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*. OEA / Ser.L/V/II.117, Doc 44, 7 marzo 2003

35 García Muñoz, Soledad. “La obligación de la debida diligencia estatal: una herramienta para la acción por los derechos humanos de las mujeres”. *Separata Aiar n.º 1*, editada por la sección Argentina de Amnistía Internacional. Buenos Aires, agosto 2004.

En el tema de la violencia encontramos antecedentes en el Sistema Universal en la Recomendación n.º 19 del Comité de la CEDAW (1992), que dice que los Estados deben actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia contra la mujer y responder a ella. Asimismo, en el apartado c) del artículo 4 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General en 1993, se insta a los Estados a “proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares”. En el Sistema Interamericano, el apartado b) del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará requiere que los Estados actúen “con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.

En esta materia, el derecho internacional se rige por algunos principios, tales como que el Estado no puede delegar su obligación de proceder con la debida diligencia ni siquiera en situaciones en que algunas funciones son asumidas por otro Estado o por un agente no estatal; el principio de no discriminación, que implica que los Estados asumen la obligación de prevenir, investigar, castigar y proporcionar remedios contra la violencia; la buena fe, que consiste en que los Estados adopten medidas positivas para asegurar que los derechos humanos de la mujer se protegen, respetan, promueven y ejercen; la obligación de garantizar que las intervenciones concebidas para prevenir y responder a la violencia contra la mujer se basen en datos empíricos exactos.

Parte de estos datos empíricos los brindan los informes de la Relatora Especial contra la Violencia de las Naciones Unidas, que señala que las mujeres son víctimas de algunas formas universales de abuso, como la violación y la violencia en el hogar.³⁶ En estos informes se establece que la violación es el acto violento y degradante definitivo de violencia social y constituye “una invasión de las partes más privadas e íntimas del cuerpo de una mujer, así como un asalto a su propio ser”. La violación suele ser una manifestación de la violencia sexual extrema contra las mujeres, que conlleva serias consecuencias desastrosas a las víctimas en sus derechos sexuales y reproductivos, afectando temporal o permanentemente su autonomía sexual y reproductiva, y causando traumas emocionales profundos.³⁷

36 Informe preliminar presentado por la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer.

37 *Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer*, la causan o la constituyen, Informe preliminar de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Radhika Coomaraswamy, de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1999/68/add.4, 21 enero 1999.

La debida diligencia del Estado en el tema de la violencia requiere de su actuación para evitar las discriminaciones directas que resultan de normas o actos jurídicos/públicos que dispensen un trato diferente y perjudicial para las mujeres, o indirectas, de aquellos tratamientos formalmente neutros o no discriminatorios, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre las mujeres.³⁸ Esta situación lleva al Estado a asumir la responsabilidad por las acciones u omisiones que cometan en el incumplimiento de la erradicación de estas discriminaciones y/o violencias.

En este punto es importante recordar que no todo trato diferente es discriminatorio, si se basa en criterios razonables y objetivos. Si las actuaciones del Estado son necesarias para que se garantice el acceso a la justicia y se dé una efectiva protección de los derechos de las mujeres, estos pueden adoptar medidas especiales. “No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia”.³⁹ Una distinción basada en criterios razonables y objetivos tiene un interés legítimo y emplea medios que son proporcionales al fin que se persigue, por lo que es totalmente aceptable.⁴⁰

5. Los derechos de las víctimas

a. Derechos de las víctimas

Es importante considerar en este tema el aporte de la justicia restaurativa⁴¹ en cuanto a los derechos de las víctimas, porque implica un cambio en el paradigma tradicional de sus derechos al devolver nuevamente la mirada a

38 Rey Martínez, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid, Ed. McGraw-Hill, 1995, pp. 67-82. Véase también Azkarate-Askasua Albeniz, Ana Carmen. *Mujer y discriminación. Del tribunal de justicia de las comunidades al Tribunal Constitucional*. Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.

39 Véase en general, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Breks contra Holanda*, Com. n.º 172/1984, párr. 13; *Zwaan de Vries contra Holanda*, Com. n.º 182/1984, párr. 13.

40 Véase Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Belgian Linguistics*, sentencia de 23 julio 1968, Serie A n.º 6; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Aumeeruddy-Cziffra y otros contra Mauritius*, Com. n.º 35/1978, párr. 9.2 (b) 2 (l) 8, que advierte en general, que una distinción negativa en el trato requiere una justificación suficiente.

41 Restorative Justice Organization. “¿Qué es la justicia restaurativa?” *Módulo de las víctimas*. San José, Programa Mujer, Justicia y Género, ILANUD, 2009. La justicia restaurativa es un

este sujeto ausente. Ciertamente, en la concepción tradicional de la justicia la víctima estaba ausente; no es sino hasta los años setenta que los estudios victimológicos retoman el interés por las víctimas relacionados con tres eventos:

La psicología social, que crea los marcos teóricos adecuados para el desarrollo de las ciencias victimológica. El interés por las víctimas que se despierta en EUA a partir del asesinato de Kitty Genovese, atacada en la puerta de su casa por un individuo que tardó treinta minutos en consumir el asesinato, sin que ningún vecino le ayudara o llamar a la policía. Se inician, así mismo, las denominadas encuestas de victimización. El fuerte movimiento feminista de esos años, que exige una mayor atención contra la violencia dirigida específicamente contra la mujer y que envía fuertes críticas al enfoque etiológico de la victimología y contra el concepto de victim precipitation (víctima provocadora) utilizada por Marvin Wolfgang.⁴²

La evolución posterior del derecho de las víctimas se ve reflejado a nivel de la comunidad internacional por el desarrollo de una serie de principios, reglas y derechos relacionados con el acceso a la justicia y al trato justo,⁴³

nuevo movimiento en el campo de la victimología y criminología. Reconociendo que el crimen causa daños a las personas y comunidades, se insiste en que la justicia repara esos daños y que a las partes se les permita participar en ese proceso. Los programas de justicia restaurativa, por consiguiente, habilitan a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que estén directamente involucrados en dar una respuesta al crimen. Ellos llegan a ser el centro del proceso de justicia penal, con profesionales legales adecuados de un sistema que apunta a la responsabilidad del infractor, la reparación a la víctima, y la total participación de esta, el infractor y la comunidad. El proceso restaurador debe involucrar a todas las partes como aspecto fundamental para alcanzar el resultado restaurador de reparación y paz.

- 42 Lima Valvido, María de la Luz. "Las víctimas del delito: nuevo enfoque de sus derechos en la procuración de la justicia". *Derechos humanos y víctimas del delito*, t. II. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004.
- 43 **Derecho al acceso a la justicia y al trato justo.** Ser tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tener acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido. Obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Recibir información sobre sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. Tener acceso a mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctona, que faciliten la conciliación y la reparación a su favor. Tener acceso a procedimientos judiciales y administrativos adecuados a sus necesidades, que incluye, ser informadas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información. Presentar sus opiniones y preocupaciones para que sean examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre

para evitar las revictimizaciones secundarias⁴⁴ y el reconocimiento de las victimizaciones primarias y tercerías,⁴⁵ que colocan al acceso a la justicia en un claro laberinto androcéntrico.⁴⁶ Es indiscutible el aporte del marco de los derechos humanos de las mujeres para el cuestionamiento a estas fundamentaciones, cuando se hace una lectura feminista del mismo.

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder⁴⁷ es un instrumento no convencional que formaliza y fomenta internacionalmente los derechos de las víctimas, convirtiéndose en estándar de medición para los Estados. Sus principios

que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente. Recibir asistencia apropiada durante todo el proceso judicial. Recibir protección de su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia. No ser revictimizadas por demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. **Resarcimiento.** Ser resarcidas equitativamente, cuando proceda, por parte de los delinquentes o terceros responsables. Obtener la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. Obtener la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación, cuando los daños causen la disgregación de una comunidad o en los casos en que se causen daños considerables al medioambiente. Ser resarcidas por el Estado cuyas personas funcionarias o agentes hayan sido responsables de los daños causados.

- 44 Aquella que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. Se considera aún más negativa que la primaria porque es el propio sistema el que victimiza a quien se dirige a él pidiendo justicia, y porque afecta al prestigio del propio sistema. Son las llamadas “víctimas del proceso”, que son las personas ofendidas que sufren daño en sus derechos fundamentales, en su dignidad humana y en la consecución de la justicia, debido a la inoperancia del sistema penal.
- 45 **Primarias.** Son las derivadas de haber padecido un delito que, cuando va acompañado de violencia o experiencia personal con el autor, suele traer efectos que se mantienen en el tiempo que pueden ser físicos, psíquicos, económicos o de rechazo social. La víctima de un delito no sólo ha de enfrentarse con los perjuicios derivados de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido que conlleva el delito, sino que en muchos casos se producen otra serie de efectos que inciden en la gravedad material del daño o perjuicio producido. **Terciarias.** Aquellas que se derivan del estigma social de ser víctima de la violencia contra las mujeres, por ejemplo, la violencia doméstica y la violación donde la persona es señalada.
- 46 Se da cuando un estudio, análisis, investigación o interpretación jurídica se enfoca desde la perspectiva masculina únicamente, presentando la experiencia masculina como central a la experiencia humana y, por ende, como la única relevante. Consiste en ver el mundo desde lo masculino, tomando al varón de la especie como parámetro o modelo de lo humano. Dos formas extremas de androcentrismo son la misoginia y la ginopia. La primera constituye el repudio u odio a lo femenino y la segunda la imposibilidad de ver lo femenino o la invisibilización de la experiencia femenina.
- 47 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985. Fue emitida durante el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, en 1985. Se formalizó luego de la determinación de la relevancia del problema de la victimización, por la que ameritaba un espacio especial de atención. Es conocida como la Carta Magna de las víctimas.

están vinculados con la Declaración Universal de los Derechos Humanos ya que protegen derechos fundamentales, como la integridad y la dignidad de las personas, sin discriminación por ninguna condición. Aporta a la definición de víctima rompiendo la tradición de la escuela clásica, ya que incluye a las víctimas del abuso de poder y reconoce que merecen protección todas las personas que sufran algún daño como resultado de la actividad criminal. Entre sus directrices está la de garantizar el acceso a la justicia y a un trato justo; el derecho a recibir asistencia material, médica, psicológica y social, y a estar informada sobre las instituciones a las que puede acudir para solicitar servicios. Asimismo, incluye el resarcimiento de derechos y la reparación para las víctimas, que comprende la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridas, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.⁴⁸

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en Condiciones Vulnerables⁴⁹ aportan una mirada sobre los sujetos concretos, profundizando la legislación antidiscriminatoria.⁵⁰ Se trata de principios y directrices para las personas operadoras de justicia a utilizarse cuando las personas usuarias pertenecen a algún grupo discriminado (vulnerable). Su objetivo es garantizar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, que se deben concretizar en políticas públicas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a estas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. Podríamos decir que es una manera de que se aplique el *mainstreaming* de género, según lo menciona la Plataforma de Pekín,⁵¹ que requiere a los gobiernos y otros actores “promocionar una política activa y visible del *mainstreaming* de género, en todas las políticas y programas, para que antes de que se tomen las decisiones, se realice un análisis de los efectos producidos en mujeres y hombres, respectivamente”.

48 González A. Carrancá, Juan Luis. “La víctima del delito en la justicia penal del Distrito Federal”. *Derechos humanos y víctimas del delito*, t. I. México, Instituto de Ciencias Penales, 2004.

49 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, documento presentado por el Grupo de Trabajo a la Tercera Reunión Preparatoria, Andorra, 4 al 8 febrero 2008.

50 La legislación antidiscriminatoria pretende erradicar las discriminaciones sufridas por los diferentes colectivos, personas y pueblos en sus vidas cotidianas. Es consecuencia del proceso expansivo del principio de no discriminación y de igualdad, que implica el reconocimiento de otros motivos de discriminación existentes, ampliando las ya aceptadas como raza y sexo a otros, tales como edad, minorías sexuales, personas con capacidades diferentes. Significa el reconocimiento de la igualdad a estas personas y la necesidad de que el Estado proteja sus derechos. Introduce nuevos valores éticos encaminados a la erradicación de las discriminaciones en nuestras sociedades, impulsando las transformaciones necesarias y favoreciendo la construcción de una cultura de paz.

51 Declaración de Pekín y Plataforma de Acción, IV Conferencia Mundial de la Mujer: Acción para la igualdad, el desarrollo y la paz, setiembre de 1995.

El *mainstreaming* de género es la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de manera que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, en todos los niveles y en todas las etapas, por parte de las personas actoras normalmente involucradas en la adopción de medidas. En realidad, se trata de un enfoque transformador con cuerpo teórico propio, que apunta a analizar los impactos diferentes del sistema de género en varones y mujeres, a tener en cuenta las especificidades de las personas como seres integrales y a implementar medidas para corregir las desigualdades.⁵²

Las Reglas establecen que la discriminación que sufren las mujeres supone un obstáculo contra el acceso a la justicia que se ve agravado por alguna causa de vulnerabilidad. Define lo que se entiende por discriminación y violencia asumiendo los estándares de las convenciones CEDAW y Belém do Pará. Enfatiza en la necesidad de la eliminación de la discriminación y en la especial atención a los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna, para garantizar la igualdad efectiva de condiciones. Se pretende asegurar dos garantías básicas: el acceso a la justicia y a la tutela efectiva; se considera el acceso a la justicia como un derecho humano en sí mismo e instrumental, como medio para garantizar cualquier otro derecho.

Los derechos de la víctimas a un acceso a la justicia sin discriminación alguna se encuentran contemplados en el artículo 7 de la Convención Belém do Pará,⁵³ que hace referencia directa a una serie de derechos instrumentales al establecer la obligación del Estado a:

[...] procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; y establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces. Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas [...] para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, adoptando las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva la Convención.

52 Lombarardo, Emanuela. "El mainstreaming de género en la Unión Europea". *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, vol. 10-15, may-dic 2003.

53 Incisos c, d, e, f y g.

En esta misma línea, el artículo 8⁵⁴ hace referencia a garantizar el acceso de las mujeres que han sido objeto de violencia a programas eficaces de rehabilitación que les permitan participar en la vida pública, privada y social, entre otras medidas.

La Convención CEDAW establece como requisito para el logro de la igualdad sustantiva el cumplimiento del artículo 8⁵⁵ al acceso a la justicia por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas; la protección contra todo acto de discriminación; la obligación de que las autoridades se abstengan de incurrir en actos o prácticas discriminatorias; la adopción de todas las medidas que permitan modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación, haciendo especial énfasis en las leyes penales nacionales.

De los artículos de ambas convenciones se desprende la profunda preocupación por el tema del acceso a la justicia y su constante resignificación y expansión. Uno de estos hitos en el desarrollo de los derechos de las víctimas de violencia contra la mujer lo encontramos en la Corte Penal Internacional (CPI) y su Estatuto.⁵⁶ El Estatuto de Roma define específicamente la violación y otros actos de violencia contra la mujer como actos que constituyen crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Con esto se da un giro al tratamiento tradicional que se le venía dando a los derechos de las víctimas de violencia sexual, específicamente a la violación, y se pasa a considerarlos como actos violatorios de los derechos fundamentales de las mujeres. En este nuevo abordaje, conceptualización e, inclusive, procedimientos que establece la Corte,⁵⁷ se evidencia el análisis de estas situaciones violatorias como formas de violencia y discriminación.

El Estatuto de Roma marca una ruptura en esta concepción clásica del bien jurídico protegido en el ámbito del Derecho Penal Internacional, al tipificar los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y dentro de estos a la violación sexual, la esclavitud sexual, la prostitución

54 Inciso g.

55 Incisos c, d, f y g.

56 El Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, consta de trece partes y 128 artículos, en que se determina la competencia de la Corte, su estructura y sus funciones. Entró en vigor el 1 de julio de 2002, luego de haber sido ratificado por 60 Estados.

57 El apartado g) del párrafo 1 del artículo 7, establece que se entenderá por crímenes de lesa humanidad la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otros abusos sexuales de gravedad comparable cuando concurren los elementos constituyentes del delito.



forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada. Además establece normas específicas para la protección de víctimas y testigos, especialmente a víctimas de violencia sexual. Estos dos elementos tienen como efecto la protección de las víctimas de este tipo de delitos y por supuesto, sus derechos a la integridad personal y la libertad sexual.⁵⁸

Esto ha sido posible después de un largo proceso en que las mujeres — en diferentes momentos y asumiendo formas organizativas diversas tales como las “mujeres de solaz” y actualmente el Caucus por una justicia de género—⁵⁹ han logrado influenciar en la redefinición de las leyes relativas a la violación desde una mirada feminista, para cuestionar y eliminar los requisitos de fuerza física y penetración sexual de la vagina como una forma de constituirse la violación, así como el supuesto consentimiento de la víctima, que se alejaban de las experiencias y los cuerpos de las mujeres al estar definidos por parámetros androcéntricos plasmados en la letra de la ley.⁶⁰

58 En el inciso xxii) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 8, se afirma lo mismo en relación con los crímenes de guerra durante conflictos internacionales. En el inciso vi) del apartado e) del párrafo 2) del artículo 8, se afirma lo mismo en relación a los crímenes de guerra durante conflictos internos. Además, en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 7, se reconoce que el crimen de esclavitud sexual incluye el tráfico de mujeres y niños/as. En el apartado h) del párrafo 1 del artículo 7, se señala que el género es un motivo independiente de persecución cuando tiene que ver con crímenes de lesa humanidad. La definición de la tortura en el apartado e) del párrafo 2 del artículo 7, es lo suficientemente amplia para incluir los actos particulares. Arroyo Vargas, Roxana. “Violencia estructural de género: una categoría necesaria de análisis para los derechos humanos de las mujeres”. *Revista Pensamiento Jurídico Feminista. Deconstruir el derecho, repensar el mundo*, n.º 1, Año 1. San José, marzo 2004.

59 La Morada, taller La Corte Penal Internacional y la justicia de género: Un desafío para la acción, 2003. “Es una red de más de 300 organizaciones de mujeres de todo el mundo, la que contribuyó decisivamente a la inclusión de las preocupaciones, que desde las distintas realidades que vivían las mujeres, habían surgido [...] desempeñaron un rol técnico político. Técnico en el sentido de aportar a las negociaciones entre los Estados con propuestas jurídicas concretas en torno a los distintos temas que aborda el Estatuto, y político en el sentido de cautelar y denunciar los intentos por abortar o comprometer los principios de la justicia internacional de género”.

60 En este largo proceso de reconceptualización, el desarrollo de la jurisprudencia internacional ha jugado un papel importante. Si miramos por ejemplo el tratamiento que se le dio al caso de las **mujeres de solaz** por los dos tribunales militares internacionales posteriores a la II Guerra Mundial —impunidad—, en contraste con el avance evidente en los casos ante los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda — *Caso Foca* (FWS75), *Caso Furundzija* (ex Yugoslavia) y *Caso de JJ*, testigo en el famoso juicio de Akeyesu ante el Tribunal Penal Internacional para Rwanda. Estos fueron casos de importancia histórica en los que se prestó la debida atención a la violencia contra la mujer en tiempos de guerra y se enjuició a los perpetradores. Sus testimonios se van incorporando a la memoria internacional pública y los hechos expuestos están sirviendo de base para una importante evolución del Derecho Internacional. En el *Caso Foca* el Tribunal halló a los perpetradores culpables de crímenes de lesa humanidad por violación, tortura, ultraje a la dignidad personal y esclavitud (Comisión de Derechos Humanos, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género...*).

Algunos de los derechos que se encuentran en el Estatuto de Roma se refieren a que las víctimas pueden participar en todas las etapas del juicio, reconociéndose su derecho a emitir opiniones y a reclamar reparación. Diferentes instancias de la CPI —incluida la Unidad de Víctimas y Testigos— deben tomar medidas amplias para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y testigos.

El Estatuto dispone que en los procesos de investigación el fiscal tiene que tomar en cuenta los intereses y circunstancias personales de las víctimas y testigos, entre otros, el género, edad y origen étnico, y la naturaleza de los crímenes, en particular los relacionados con violencia sexual por razones de género y violencia contra las y los niños. Con relación a las pruebas en los crímenes de violencia sexual, no se requiere la corroboración del testimonio de la víctima y se prohíbe la entrega de evidencia o pruebas sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.

La Corte establece principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. La reparación se hace posible cuando se conjugan esfuerzos para esclarecer la verdad y habilitar la justicia con la intención de reparar el daño causado por el crimen. Las reparaciones deben ser integrales, es decir, suficientes, efectivas, rápidas y proporcionales.

b. La importancia de la prueba en los derechos de las víctimas, en el caso de la violencia sexual

Por ser esenciales, es central hacer una especial referencia a las pruebas. A la recolección de las pruebas para el acceso a las justicia de las mujeres se refieren los informes de las relatoras en ambos sistemas (Interamericano y Universal). Según la información actualizada, los delitos de violencia sexual son perpetrados en su mayoría por personas conocidas y cercanas a las víctimas (familiares, parejas, exparejas, amigos, vecinos o novios) o por desconocidos, y son cometidos generalmente por hombres.⁶¹

No se trata de impulsos incontrolables sino de ataques planeados; generalmente son cometidos sin la presencia de testigos. Es normal que el agente realice el ataque en lugares donde la víctima no puede solicitar ayuda,

61 La socialización de género contribuye a que esto sea así porque instaura en los hombres la creencia y la certeza del derecho sobre el cuerpo y la vida de las mujeres.

tanto en lugares públicos (calles, lugares de trabajo) como en lugares privados (casas de habitación). Es por esta razón que exigir prueba directa en todos los casos sería declararlos impunes en la práctica. En el caso de que exista únicamente prueba indiciaria, quienes juzgan pueden condenar si la prueba ofrece certeza de que los hechos ocurrieron, a pesar de no contar con prueba directa.

Estos delitos son expresiones de abuso de poder donde la sexualidad es utilizada para someter, controlar y utilizar a la víctima, y se configuran en flagrantes violaciones a los derechos humanos de las mujeres, de ahí que sea correcto denominarlos delitos de violencia sexual o agresión sexual, superando el concepto de delito sexual que omite en su denominación hacer visible el componente de violencia, que es consustancial.

Conforme se ha dimensionado la violencia sexual como un problema de violación de derechos humanos, y no como un delito de naturaleza “sexual”, amerita una especial consideración.

La reconstrucción de los hechos en la declaración de una víctima de violencia sexual tiene características propias de quien enfrenta efectos post-traumáticos de crímenes, que no pueden ser igualados a las consecuencias que generan otros delitos. Este principio se rige centralmente por la garantía constitucional de igualdad material, que en materia penal y procesal penal se traduce en darle un trato diferenciado a quien se coloca en una situación desigual o de desventaja social. Realiza a su vez el principio de justicia pronta y cumplida.

El informe sobre acceso de la justicia⁶² es claro en que las deficiencias en las investigaciones —como la no realización de pruebas claves para lograr la identificación de los responsables o la gestión de las investigaciones por parte de las autoridades que no son competentes e imparciales— obstaculizan los procesos de juzgamiento. La CIDH identificó la ausencia de pruebas físicas, científicas y psicológicas para establecer los hechos, lo que ha significado el estancamiento por falta de prueba.

En los casos de violación existe una relación directa entre la prueba y las garantías judiciales, según lo establece el *Caso González y otras (Campo Algodonero)*,⁶³ que muestra la relación de los artículos 8 y 25 de la CADH con los artículos 1, numeral 1 de la misma y el artículo 7 de la Convención

62 OEA, CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*.

63 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C n.º 205.

Belém do Pará. Esta relación determina la obligación general de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, de donde se deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos. Asimismo, se debe observar lo dispuesto en el artículo 7, incisos b y c, de la Convención Belém do Pará, que obliga a actuar con la debida diligencia y a adoptar la normativa para investigar la violencia contra la mujer.

6. A manera de epílogo

Ha sido largo el camino para que la Comunidad Internacional comprenda la necesidad de la construcción de sociedades cimentadas bajo un nuevo paradigma de la igualdad, que conjugue la igualdad formal con la igualdad sustantiva o real y la aplicación de todas las medidas necesarias —especiales de carácter temporal, políticas públicas, directrices, reglamentos— que permitan la erradicación de la discriminaciones y la violencia por razón de sexo para garantizar el acceso a la justicia a las mujeres.

La igualdad sustantiva implica un reconocimiento de la diversidad existente en nuestras sociedades, producto de la pluralidad. Al establecer que la diversidad es la norma y no la excepción, se produce un cambio de punto de vista que implica la erradicación de la perspectiva androcéntrica que ha fundamentado el derecho al acceso a la justicia, negando e invisibilizando a las mujeres como sujetos. Desde esta mirada se afirma que el punto de partida de los seres humanos no es el mismo, y que la discriminación primaria es la que se da entre hombres y mujeres; por tanto, el sistema de la administración de justicia debe tomar en cuenta esta realidad y garantizar el acceso a la justicia a las mujeres. Esto implica aceptar que el razonamiento abstracto sobre el acceso a la justicia para las víctimas, que no integra el marco ético-jurídico de los derechos humanos, coloca de nuevo en la situación de sujeto ausente a las mujeres, quedando sin palabras frente a la violencia sexual. La relación entre el principio de no discriminación por razón de sexo y el derecho a vivir una vida libre de violencia se instituye en principio que debe estar presente para garantizar la igualdad sustantiva, como elemento constitutivo del derecho al acceso a la justicia.

En el quehacer de interpretación jurídica que realizan las personas operadoras de justicia, y para poder garantizar el acceso a la justicia a las mujeres, es fundamental tomar en cuenta el aporte de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos al desarrollar el concepto doctrinario de *corpus juris de los derechos humanos*⁶⁴ y la técnica de interpretación autorizada para el abordaje adecuado en el caso de víctimas de violencia contra las mujeres.

La **interpretación autorizada** es parte de la doctrina del Sistema Interamericano; consiste en referirse al uso de un instrumento en la interpretación de otro. En su marco son varios los criterios que se toman en cuenta a fin de determinar cuándo el contenido de un determinado instrumento puede servir para interpretar el contenido de una norma vinculante contenida en otro instrumento: a) ambas normas deben estar destinadas a proteger el mismo bien jurídico,⁶⁵ b) cuando el preámbulo del instrumento principal se refiere a instrumentos complementarios, este vínculo, si bien no es decisivo, ayuda a justificar el empleo de uno para efectos de la interpretación del otro.⁶⁶ Desde esta perspectiva se podrían abordar más adecuadamente los casos, procurando interpretaciones jurídicas más armónicas con el derecho al acceso a la justicias de las mujeres.

Indudablemente, en el momento actual no se puede pensar en democracias que no integren el principio de igualdad sustantiva y real, el derecho a vivir una vida libre de violencia relacionado con el acceso a la justicia y, por supuesto, que, para fiscalizar y medir el quehacer del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, asuman como estándares de medición los derechos humanos de las mujeres.

Es evidente que el acceso a la justicia y a una adecuada tutela de los derechos para las mujeres es un asunto impostergable, pero también es un imperativo para la construcción de las democracias en nuestros países. En este sentido, la justicia de género se convierte en un estándar de medición para el quehacer del Estado y una deuda pendiente de la Comunidad Internacional y en especial del Sistema Interamericano de la OEA.

64 En la opinión consultiva OC-16/1999, la Corte IDH manifestó que “[e]l corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”. Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A n.º 16, párr. 115.

65 Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos rebatió el argumento de un Estado de que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos no eran pertinentes porque carecían de obligatoriedad, y recalcó que “[e]n cuanto a las alegaciones de maltrato en la cárcel, el Comité no acepta el argumento del Estado Parte de que no tiene competencia para examinar las condiciones de encarcelamiento de una persona cuando se trata de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, pues éstas constituyen una valiosa orientación para la interpretación del Pacto”.

66 El Preámbulo de la CADH, por ejemplo, reconoce que esta forma parte de un esfuerzo para definir los derechos esenciales de la persona, cuyas etapas previas incluyen la Carta de la OEA y la Declaración Americana, así como la Declaración Universal.



Dicotomía y jerarquización: una causa para la penalización del aborto

Gabriela Espinoza P.¹

*Si todos los hombres han nacido libres,
¿cómo es que todas las mujeres han nacido esclavas?*

M. Astell.

Resumen

Las normas que penalizan el aborto consagran valores y hasta posiciones científicas controvertidas. El valor que protege, no obstante, no es la vida puesto que bajo ciertas circunstancias “excepcionales” es posible abortar. La penalización del aborto realmente consagra y reafirma concepciones y valores patriarcales de feminidad a la vez que excluye a la mujer del propio control de su cuerpo y de su capacidad reproductiva. Así las cosas, esta prohibición se constituye en un mecanismo de disciplina y dominio sobre las mujeres en un contexto en el que ser madre —por lo demás, un rol infravalorado— deviene una obligación y no un derecho; obligación que deberá ser asumida, casi siempre, de manera exclusiva por parte de la mujer, y una vez que es madre soportar la discriminación por ser mujer y madre. La penalización del aborto, en definitiva, impide el ejercicio de los derechos por parte de las mujeres en detrimento del reconocimiento de su plena personalidad jurídica.

Palabras clave:

*Desigualdad,
discriminación,
exclusión, aborto,
androcentrismo,
ginopia, familismo.*

La desigualdad y subordinación, así como la asimetría del poder en las relaciones de género, han incidido en la penalización del aborto. En efecto, en una sociedad con un modelo patriarcal como la ecuatoriana, en donde el estereotipo de ser mujer es equivalente a ser madre, por tanto, la materni-

1 Abogada, Universidad San Francisco de Quito, con subespecialización en derechos humanos; estudios de derechos humanos y derecho internacional humanitario, American University, y de prevención de violencia de género, Instituto Nacional Europeo de Formación y Consultoría. Candidata a magíster en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar. Becada para participar en el doctorado de derecho, Universidad de los Andes, Colombia.

dad viene a ser una obligación y no un derecho, la penalización del aborto parece ser apenas un hecho natural que corresponde a las características “esenciales” de la mujer y de la “vida”.

La penalización del aborto se transforma en una norma que encubre exclusiones y discriminaciones. Exclusión en la medida en la que la norma mencionada invisibiliza a la mujer, pues no solo no cuenta con su participación en el desarrollo de esa legislación sino que estas normas son desarrolladas por hombres “que nunca tendrán que enfrentar un aborto desde su propio cuerpo”.² Discriminación en el sentido de que impide que la mujer pueda tener control sobre sí, sobre su cuerpo y su calidad de vida.

La penalización del aborto, forma parte entonces de lo que denominaremos una *matriz colonial androcéntrica de poder* sobre el cuerpo de la mujer y que se sostiene sobre la división dicotómica jerarquizada de los roles sexuales.

La ginopia y el familismo, dos caras del sexismo que forman parte de esa matriz de poder, vienen a ser dos pilares sobre los que se construye la noción de la mujer y la consecuente prohibición del aborto. La exclusión y discriminación son construidas sobre estas bases.

Por ello, el presente trabajo indagará sobre estas dos formas de sexismo, su incidencia en la penalización del aborto y las consecuencias negativas que conlleva para la mujer.

1. Régimen de género.

El patriarcado y el control de la mujer

En una sociedad androcéntrica, como la ecuatoriana, los roles que cada sexo deben cumplir están preasignados; es decir, existe un rol que el sexo obligatoriamente debe asumir, asignando a la mujer y lo femenino un lugar desaventajado, discriminado y excluido. Esto se debe a la existencia de un régimen de género dominante en donde el hombre ejerce el poder hegemónicamente. Se trata pues de un sistema patriarcal que “estructura la parte masculina de la sociedad como un grupo superior al que forma la parte

2 Facio, Alda. “Metodología para el análisis de género en el fenómeno legal”. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila *et al.* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 190.

femenina, y dota al primero de autoridad sobre el segundo”.³ La discriminación y la posición desventajosa en la que se encuentra la mujer, valga la pena anotar, no es ninguna novedad. Este trabajo no pretende demostrar cómo efectivamente la mujer sufre de discriminación en todos los ámbitos sociales en virtud de la existencia de una sociedad machista construida en base a un sistema prejuicioso que considera a lo masculino como superior. En palabras de Alda Facio, para un análisis adecuado desde la perspectiva de género en el fenómeno legal, es imprescindible tomar consciencia “de la existencia ya comprobada por innumerables estudios, tanto de agencias de las Naciones Unidas y gobiernos, como de universidades y grupos de mujeres, de la discriminación que sufre la mujer en prácticamente todos los ámbitos del quehacer humano”.⁴

En efecto, la sociedad patriarcal ha inventado una serie de formas para estructurar y reforzar la mítica superioridad de los hombres y la división de los sexos a través del género. Estas estructuras han formado una matriz colonial androcéntrica de poder que construye configuraciones corpóreas y clasificaciones de género con el fin de dicotomizar y jerarquizar a la sociedad. Esta matriz se sustenta en la construcción del género, a partir del sexo (lo corpóreo), como categoría clasificatoria discriminatoria. De esta manera, a partir de la diferencia sexual natural la sociedad se dualiza y a cada sexo se le atribuyen capacidades distintas y se le impone un rol determinado que deberá cumplirlo para ser reconocido como persona en la sociedad.⁵ Se identifica al hombre, en razón de su sexo, con “lo racional, lo activo, el pensamiento, la razón, la cultura, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal”;⁶ contrariamente la mujer será identificada con lo “irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, lo subjetivo, lo concreto”.⁷ Esta identificación, que construye el género: lo femenino y masculino, permite que el sistema dual, al que nos referimos, se jerarquice: “lo irracional se define como ausencia de lo racional; lo pasivo es el fracaso de lo

3 McDowell, Linda. “La definición del género”. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila *et al.* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 17.

4 Facio, Alda. “Metodología para el análisis de género en el fenómeno legal”. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila *et al.* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 189.

5 El ejemplo de las personas intersexuadas que Judith Butler expone en su libro *Deshacer el género* es un ejemplo clarificador, al nacer con dos sexos y no poder encasillarlos en las nociones clásicas de cuerpo y género, ellos se convierte en algo irreal. Con el fin de “integrarlos” en la sociedad y para lograr encasillar el cuerpo en una de las categorías permitidas: hembra o macho, el cuerpo del ser intersexuado se convierte en un territorio de violencia.

6 Olsen, Frances. “El sexo del derecho”. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila *et al.* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 138.

7 *Ibíd.*, p. 138.

activo, el pensamiento es más importante que el sentimiento; la razón tiene prioridad sobre la emoción”.⁸ En virtud de esas características, que se construyen a partir del sexo con que se nace, hombre y mujer son colocados y excluidos de ciertos espacios de la sociedad. No es coincidencia que históricamente las mujeres hayan sido excluidas de lo público e integradas de manera desigual en el sistema jerárquico de la familia. Así por ejemplo Rousseau, gran exponente contractualista, basado en la *naturaleza* femenina no tuvo ningún problema para justificar la exclusión de la mujer a la hora de pactar en el contrato original que dio vida a la nueva organización política basada en lazos de igualdad, libertad y *fraternidad*, y en *Emilio o la Educación* señaló:

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 [el hombre], y el otro pasivo y débil [la mujer]. Es indispensable que el uno quiera y pueda, y es suficiente con que el otro oponga poca resistencia. Establecido este principio, se deduce que el destino especial de la mujer consiste en agradar al hombre. Si recíprocamente el hombre debe agradarle a ella, es una necesidad menos directa [...] Si el destino de la mujer es agradar y ser subyugada, se debe hacer agradable al hombre en vez de incitarle [...] No importa que únicamente sea fiel la mujer, sino que su marido la tenga por tal, sus parientes y todo el mundo; importa que sea modesta, recatada, atenta y que los extraños, no menos que su propia conciencia, den testimonio de su virtud [...] Vosotros decís que no están siempre embarazadas las mujeres. No, pero su destino es estarlo. [...] Por ley natural, las mujeres, tanto por sí como por sus hijos, están a merced de los hombres [...] Esas doncellas [refiriéndose a las doncellas de Esparta], en cuanto se casaban, ya no se dejaban ver en público; siempre encerradas en su casa, sus afanes se limitaban a los cuidados caseros y de la familia. Este es el método de vida que la naturaleza y la razón prescriben al sexo, y por esa razón de estas madres nacían los varones más sanos, más robustos y mejor constituidos. [...] La obediencia y la fidelidad que debe a su marido, la ternura y solicitudes que debe a sus hijos son naturales y palpables consecuencias de su condición.⁹



Desde este punto de vista, parecería que el ordenamiento jurídico, en general, también se ha encargado perpetuar esta imagen a través de normas que refuerzan este sistema dual jerárquico y que tienen como fin controlar la vida de las mujeres. Parecería como que si la obligación de convertirse en madre, por tanto la penalización de abortar, buscarían someter a la

8 *Ibíd.*, p. 139.

9 Rousseau. *Emilio o la Educación*. Capítulo V, pp. 248-270.

mujer a lo que los hombres han considerado como su labor natural en el contexto de sumisión de mujeres a hombres.

Walby identifica seis estructuras, analíticamente separables, a través de las que se mantiene lo que nosotros hemos denominado matriz colonial androcéntrica del poder:

- 1.- La producción doméstica (los hombres se apropian del valor del trabajo doméstico no remunerado);
- 2.- Las relaciones patriarcales en el trabajo remunerado (las mujeres quedan relegadas a las tareas peor pagadas);
- 3.- Las relaciones patriarcales en el plano del Estado (los hombres dominan las instituciones y elaboran una legislación claramente desventajosa para las mujeres);
- 4.- La violencia machista;
5. Las relaciones patriarcales en el terreno de la sexualidad (los hombres controlan el cuerpo femenino);
- 6.- las relaciones patriarcales en las instituciones culturales (los hombres dominan tanto la producción y la forma de distintos medios como las representaciones que éstos ofrecen de la mujer).¹⁰

A fin de evidenciar cómo las normas que penalizan el aborto discriminan y excluyen a la mujer, analizaremos: lo atinente a las relaciones patriarcales en el terreno de la sexualidad (4) como un problema de exclusión y falta de reconocimiento a la autonomía y responsabilidad de la mujer y; lo relacionado con la producción doméstica y reproductiva (1) así como las relaciones patriarcales en el trabajo remunerado (2) como un problema de discriminación y falta de redistribución en los roles ejercidos tradicionalmente por las mujeres. Finalmente, daremos algunas conclusiones y nos referiremos brevemente a las relaciones patriarcales en el plano del Estado (3) en referencia a la elaboración de estas normas desde una perspectiva siempre masculina.

2. Ginopia y exclusión.

Un problema de reconocimiento

En Ecuador el aborto está penalizado casi totalmente¹¹ aunque tiene un par de excepciones, de acuerdo al artículo 447 del Código Penal:

¹⁰ *Ibíd.*, p. 18.

¹¹ Código Penal. Art. 444.- La mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se le haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será reprimida con prisión de uno a cinco años.

El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible: 1o.- Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y, 2o.- Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer.

Sin embargo, de conformidad con la encuesta realizada por la empresa Tendencias Digitales para la GDA (Grupo de Diarios de América) el 32,6% de las mujeres ecuatorianas ha experimentado algún aborto. Esto convierte al Ecuador en el primer país en Latinoamérica con el mayor número de abortos.¹²

Ahora bien, las normas que prohíben el aborto consagran ciertos valores y hasta posiciones científicas controvertidas.¹³ Lo cierto es que, por un lado, este se trata de un tema “moral” que mantienen a la sociedad dividida en cuánto a los principios —y estructuras— que protege; y es que en una sociedad pluralista es difícil encontrar valores de justicia material capaces de producir un consenso general, por tanto, la solución a los problemas que estos plantean no es cuestión baladí. Por otro lado, el escenario de la norma penal que prohíbe el aborto se remite a cuestiones importantes que requieren una toma de posición, de ella depende su prohibición o despenalización. Para ello, es preciso responder a preguntas biológicas y fácticas que finalmente serán valoradas de forma jurídica. El problema es que, con relación a lo biológico, ¿cuándo empieza la vida humana? Es una pregunta cuya discusión tampoco ha sido satisfecha en este campo. Para algunas personas la vida humana empieza cuando comienza a latir el corazón, para otros cuando el embrión se implanta en el útero de la madre, para otros cuando se infunde el alma en el embrión y para casi todas las legislaciones latinoamericanas, la vida empieza el momento de la fecundación.

12 Clacai. *Ecuador es el país con más abortos en América Latina*. Internet. http://www.clacai.org/index.php?option=com_content&view=article&id=733:ecuador-es-el-pais-con-mas-abortos-en-latinoamerica&catid=9:informacion-para-mujeres-&Itemid=5.

13 En el campo de la biología la discusión ha estado también colmada de concepciones morales y metafísicas más que científicas. Incluso entre teólogos científicos la cuestión no ha sido del todo consensuada. Hay ciertos sectores católicos que conciben la teoría de la *hominización retardada* en virtud de la cual se puede decir que hay vida una vez que el feto tiene las estructuras orgánicas que pueden sostener el desarrollo del espíritu, esto ocurre en la duodécima semana. El premio nobel Francois Jacobs acertadamente indica: “O bien uno se interesa por el conjunto de células que es el feto, o bien uno se interesa por la madre, que es un ser humano. La decisión es la que corresponde a un problema moral y político, y no biológico”. Véase diario El País, España. “¿Cuándo empieza la vida?” humana? Internet. http://www.elpais.com/articulo/espana/empieza/vida/humana/elpepiesp/19830525elpepinac_1/Tes.

En este contexto y a nivel legislativo, en el Ecuador —al igual que en casi todos los países de Latinoamérica— los legisladores que penalizaron el aborto tomaron una posición en circunstancias en las que la costumbre consagraba valores de control a la reproducción, a la obligatoriedad de la maternidad y a la vida desde la fecundación. En este punto cabe, sin embargo, preguntarse, en igual tenor que lo hace Tamar Pitch:

¿[Q]ué interés general es el que hace que el Estado se movilice y se atribuya la regulación de la interrupción del embarazo? No es la tutela de la vida toda vez que sometiendo a ciertos procedimientos, se puede abortar. Tampoco es la tutela femenina, puesto que el procedimiento previsto no tiene manifiestamente ese fin. Es más bien, el control de la reproducción, al menos en el plano simbólico, y complementariamente, el control del potencial poder reproductivo femenino, de los cuerpos y de las mentes de las mujeres.¹⁴

En efecto, bajo el mito de que concepción y maternidad son indisolubles y en la medida en la que se es mujer se es madre también, no se reconoce —convenientemente— la posibilidad de que la mujer que concibe no necesariamente quiere ser madre. Según un estudio realizado por *Alan Guttmacher Institute* sobre el aborto en Latinoamérica los estratos bajos interrumpen los embarazos por presiones económicas, mientras que los estratos medios lo hacen por la presión familiar cuando son solteras, porque no es aceptable ser madre soltera, y las mujeres de estratos altos tiene más en cuenta la posible interrupción de su proyecto de vida.¹⁵ Así, desconociendo que la vida de un feto/embrión está unida indudablemente a la responsabilidad y a la capacidad femenina de generar vida, la normativa sobre el aborto obliga a aceptar la maternidad y relega a las mujeres como meras tenedoras, que son además responsables penalmente.

De ahí que las normas que penalizan el aborto se transforman en normas sexistas que invisibilizan a la mujer al excluirla del ámbito de decisión sobre materias que incumben a su propio cuerpo y vida; a la vez que refuerzan la superioridad del hombre/Estado. Así, el derecho en una suerte de desconfianza y prejuicio niega “la libertad y la responsabilidad moral de la mujeres”.¹⁶ El desconocimiento de la voluntad de la mujer sobre su cuerpo,

14 Pitch, Tamar. “El aborto”. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila et al. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 361.

15 Jaramillo, Cristina y Tatiana Alfonso. *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2008, p. 224.

16 Tamar Pitch, “El aborto”, *op. cit.*, p. 348.

su sexualidad y reproducción, genera graves violaciones al derecho a la libertad, particularmente a su autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, y a su proyecto de vida. Estas normas que prescinden de la opinión de la mujer en una cuestión que altera profundamente su proyecto de vida tienen a cosificarla, atribuyéndoles inmensas obligaciones sin posibilidad de elección.

La ley, al reafirmar la tutela de la vida del embrión/feto construye la imagen de la mujer como “sujetos moralmente imperfectos sobre los cuales es necesario mantener el control institucional”.¹⁷ De este modo, ignora que el poder de generar vida corresponde únicamente a cada mujer y que ese poder implica una responsabilidad que debe ser asumida por la mujer quien a la larga terminará siendo directamente afectada por las consecuencias de la decisión que tome. Precisamente, al determinar a las mujeres como sujetos morales imperfectos se desconoce la plenitud de ese poder, y en cambio se las caracteriza como una especie de persona incapaz de tomar sus propias decisiones.

Este hecho produce dos consecuencias. La primera, reafirma las características supuestamente esenciales de las mujeres, de persona irracional, sentimental, y refuerzan la subordinación mediante la disciplina de sus cuerpos, su sexualidad y reproducción. Pero también, desconocen la plena personalidad jurídica de la mujer al castrar su autodeterminación y el dominio de su propia potencia generativa. La autodeterminación de las mujeres pasa necesariamente por su poder para controlar ese poder generativo de reproducción.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a propósito del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, consagrado en el artículo 3 de la Convención Americana ha afirmado que:

[...] toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes.¹⁸

17 *Ibíd.*, p. 348.

18 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 noviembre 2000, Serie C n.º 70, párr. 179.

La imposición de la maternidad trae consigo inmensas responsabilidades y obligaciones, que generalmente son asumidas en su totalidad por las mujeres, sin que en ese escenario la mujer haya podido ejercer su derecho de elegir la asunción de esa responsabilidad. Se desconoce su capacidad de actuar, lo que significa, en palabras de la Corte IDH

[...] que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.¹⁹

Así pues la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana en tanto que niega la condición de **sujeto de derechos**. Esto se trata de un problema de reconocimiento que invisibiliza la plena individualidad de la mujer, y un problema de irrespeto también, al relegarla a representaciones estereotipadas de la mujer = madre; “la injusticia de la que son víctimas [las mujeres], entonces, es en primer lugar la sustracción del poder de decidir qué hacer una vez que se ha concebido”.²⁰ Así, se construye un escenario que Nancy Fraser denomina como *injusticia cultural* cuya solución, desde la perspectiva de esta misma autora, será un cambio cultural o simbólico, que implica “la reevaluación cada vez mayor de las identidades irrespetadas [...] la transformación total de los patrones sociales de representación, interpretación y comunicación creando cambios en la autoconciencia de todos”.²¹

De este modo, reconociendo el pleno estatuto de la mujer como individuo sexuado, quien como parte de su derecho a la libertad personal tiene también el derecho a la elección de procrear, se cambia la visión de la mujer como un pleno sujeto titular de derechos a la vez que se revalúa el poder generativo, propio de la mujer, y la responsabilidad que este conlleva.

19 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC. 17/02 del 28 agosto 2002. Serie A n.º 17, párr. 41.

20 Tamar Pitch, “El aborto”..., p. 342.

21 Fraser, Nancy. *Iustitia interrupta*. Colombia, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 24.

En este punto, es ilustrativo el cartel de *Católicas por el Derecho a Decidir*, quienes exponen una imagen de la Anunciación con esta frase “María fue consultada para ser madre de Dios. Elegir es nuestro derecho”.²²

La falta de reconocimiento de este derecho hace que las normas que prohíben el sexismo padezcan de ginopia, o “la imposibilidad de aceptar la existencia de personas autónomas del sexo femenino”.²³ En detrimento de su autonomía, su libre desarrollo de la personalidad y en definitiva de su propio proyecto de vida se fuerza a las mujeres a soportar embarazos no queridos, lo que significa “forzarle a una identidad por encima de ella misma, identidad de mujer embarazo y de madre”.²⁴

La concepción y la maternidad son asuntos que atañen a la mujer y en esta medida deben ser decididos por ella. Aun cuando el hombre también influye en el hecho reproductor, es claro que las obligaciones que devienen de este hecho no son proporcionales entre hombre y mujer. Este punto se abordará a continuación, aunque valga la pena aclarar que prohibir a la mujer el control de su sexualidad y reproducción significa reducirla a una condición de objeto y “convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen”,²⁵ esto precisamente en detrimento de su proyecto de vida, respecto del cual la Corte IDH ha indicado: “el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino. (...)”.²⁶

En efecto, mal podríamos afirmar que la imposición de la maternidad permite a la mujer ser libre y encauzar su vida autónomamente. Es clarificador lo que ha dicho en este punto el Tribunal mencionado:

[...] difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.²⁷

22 Lamas, Marta. *Política y Reproducción. Aborto: la frontera del derecho a decidir*. México, Plaza Janes, 2001, p. 110.

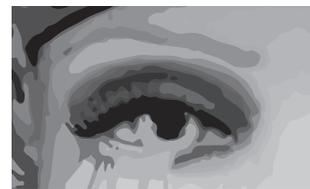
23 Facio, Alda. *Cuando el género suena, cambios trae*. Costa Rica, Ilanud, 1992, p. 35.

24 Tamar Pitch, “El aborto”..., *op. cit.*, p. 371.

25 Cristina Jaramillo y Tatiana Alfonso. *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*, *op. cit.*, p. 65.

26 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo versus Perú*. Sentencia de 27 noviembre 1998. Serie C n.º 42. Voto Razonado Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párrs. 15-16.

27 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo versus Perú*. Sentencia de 27 noviembre 1998. Serie C n.º 42, párr. 147.



Es necesario entonces un cambio de paradigma en la sociedad y en la conciencia de la mujer. El aborto debe dejar de ser visto como una renuncia obligada de la maternidad, sino como una opción: querer ser madre cuando la mujer así lo decida, considerando que su elección traerá consecuencias directamente sobre ella. Aunque también puede haber un impacto sobre el hombre, como veremos a continuación, en virtud de una sociedad machista que consagra al familismo como estructura que trata desigualmente a la mujer, las consecuencias de la concepción, embarazo y maternidad son siempre asumidas mayormente por estas.

3. Familismo y discriminación. Un problema de redistribución

La dicotomía entre lo público y lo privado, teóricamente fundada por los padres del contractualismo moderno (Locke, Hobbes y Rousseau, cada uno, no obstante, con sus matices y variaciones), ha sido el tema central de las feministas. Aunque su enfoque ha variado a lo largo del tiempo en cuanto al lugar en donde se traza la división de ambos espacios, es claro que la familia sigue constituyendo el lugar de lo privado por excelencia.

Desde el punto de vista del régimen de género patriarcal la división entre lo público y lo privado atiende a características supuestamente “naturales” de lo femenino y lo masculino. Así, se ha entendido que la función natural de las mujeres es la crianza de los/las hijas, lo cual “prescribe su lugar doméstico y subordinado en el orden de las cosas”. Las mujeres y su esfera doméstica, por simbolizar la naturaleza, aparece como subordinado dentro del mundo cultural producido por lo masculino.

Firestone, en su libro *The Dialectics of Sex* hace una precisión correcta y contundente: “el origen del dualismo reside en la propia biología y en la procreación, una desigualdad natural u original que es la base de la opresión de las mujeres y la fuente del poder masculino”.²⁸ La biología y la procreación no se vuelven solo motivo de sometimiento sino substancialmente de control por parte de los hombres. La no procreación liberaría a las mujeres



28 Pateman, Carole. “Críticas feministas a la dicotomía público/privada”. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila et al., Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 49.

de un rol que se les ha sido impuesto, restaría control a los hombres y erosionaría una de las estructuras a través de las que el hombre impone su matriz colonial del poder: el espacio doméstico relacionado con la familia y la reproducción.

De esta manera, la penalización del aborto es una herramienta del poder, favorable a quienes ostentan ese poder, para relegar a lo doméstico a la mujer y seguir reforzando las dicotomías jerárquicas entre lo masculino y femenino. Se quita a la mujer la posibilidad de decidir acerca del número y espaciamiento de hijos/as que quiere, de manera que se la sigue relegando al rol y al estereotipo de madre, y se controla así desde su cuerpo hasta su vida.

Pateman ilustra así la solución dada por Firestone a esta dicotomía: “la solución propuesta consiste en eliminar las diferencias naturales (desiguales) entre los sexos, introduciendo la reproducción artificial. Entonces, la ‘naturaleza’ y la esfera privada de la familia quedarán abolidas y los individuos, de todas las edades, interactuarían como iguales en un orden cultural indiferenciado (o público)”.²⁹ Para Firestone la diferencia reproductiva natural entre los sexos ha llevado a una división de trabajo en los orígenes de la clase, produciendo así un paradigma de casta discriminatoria basada en características biológicas.³⁰

El problema parte entonces del significado que se le ha dado a la biología misma de la mujer. El derecho, la política y la sociedad han interpretando a la biología de la mujer como una condena, como objeto de dominación, subordinado a la familia y por tanto al hombre. En efecto, la familia se organiza también jerárquicamente: el padre es su cabeza y para la madre la familia se convierte en la primera y más importante de sus obligaciones, “renuncia a toda ocupación que no concuerde con las exigencias que esto comporta”.³¹ Desde la Filosofía Política, Locke señaló con toda claridad:

82. Pero marido y mujer, aunque compartiendo el mismo cuidado, tienen cada cual su entendimiento, por lo cual inevitablemente diferirán en las voluntades. Por ello es necesario que la determinación final (esto es, la ley) sea en alguna parte situada: y así naturalmente ha de incumbir al hombre como al más capaz y más fuerte.

29 *Ibíd.*, p. 49.

30 Cfr. Cristina Jaramillo y Tatiana Alfonso, *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*, *op. cit.*, p. 219.

31 Carole Pateman, *op. cit.*, p. 50.

En ese panorama, es claro que las personas se reconocen unas a las otras en la medida en que sus conductas respondan a lo que socialmente se espera de ellas. Si las conductas han sido impuestas, y a las mujeres, por ser tales y para ser reconocidas como tales, les corresponde ser necesariamente madres cada vez que hayan concebido un/a hija, la procreación obligatoria y la familia vienen a ser un dogma irrefutable. Se consagra entonces una suerte de garantía a los hombres consistente en un “derecho de acceso a la sexualidad femenina” y la correlativa prohibición del control de su cuerpo y vida a las mujeres dentro de las paredes de “la familia”.

En la primera parte de este análisis habíamos identificado la composición de la matriz colonial del poder sobre la mujer, y tomando el marco teórico de propuesto por Walby vimos que la sociedad patriarcal se mantiene, entre otras, mediante relaciones patriarcales en la producción doméstica. La mujer está relegada exclusivamente a las tareas del hogar en cuyo espacio es explotada y excluida de la vida pública. Cuando por fin la mujer logra acceder a este espacio no lo hace de manera afortunada, transita de un sistema de exclusión a un sistema de desigualdad jerárquica, la mujer comienza a formar parte de la vida pública en una situación desventajosa.

En virtud del papel asignado a la mujer y el estereotipo de madre en la estructura de la familia —y todo lo que esto conlleva—, cuando esta transita al espacio público lo hace desigualmente en relación al hombre. Su salario es más bajo que el del varón, por lo que en el caso de embarazo y para asumir la maternidad en los términos planteados por una sociedad androcéntrica, la mujer se ve muchas veces obligada a renunciar a su trabajo y dedicarse a la crianza de las/los hijos; su marido, que gana más, vuelve a asumir el rol único de proveedor, la mujer el de madre abnegada. Linda McDowell, tomando el pensamiento de Connell, identifica esta situación como una relación de poder de producción e indica: “las divisiones de género más comunes en el ámbito del trabajo afectan al reparto de las tareas [...] también merecen atención las consecuencias económicas de la división del trabajo, es decir, los beneficios que recogen los hombres a partir de una desigual distribución del producto del trabajo social”.³² Y es que tal como denuncia Willimas, “el trabajo está diseñado alrededor de un trabajador ideal que labora tiempo completo y extra, y no toma tiempo libre para partos ni crianza de criaturas [...] Está estructurada alrededor de

32 Linda McDowell, “La definición del género”, *op. cit.*, p. 21.

los cuerpos de los hombres, quienes no quedan embarazados”.³³ Por el mismo motivo, si el caso es que la mujer tenga quien le ayude en la crianza de las/los hijos, sigue en el campo laboral en una situación de desigualdad y sin embargo sigue cumpliendo su rol de madre. Esta doble carga, reforzada por el derecho de familia, que da preferencia a las mujeres en la crianza de las/los hijos, impone mayores cargas a las mujeres que a los hombres. Si la mujer está sola en su rol de madre y para mantener los costos que implica criar una/un niño, la mujer debe seguir trabajando sin que se respete su particular condición. Deberá asumir entonces los gastos de manutención de niñeras, guarderías, etc., y contar con que el padre ausente ayude en esos gastos. Sabemos sin embargo, lo ineficaz del sistema de alimentos.

Así, la mujer asume su rol de madre en circunstancias escandalosas. O bien depende económicamente del hombre y se la excluye del ámbito público, o bien asume ella todo lo relacionado con la crianza. En ambos casos su situación es de desigualdad respecto del hombre. De este modo, el control sobre su reproducción no solo implica desconocer su autonomía y su personalidad jurídica, sino que además obliga a las mujeres a asumir una maternidad en circunstancias perjudiciales tanto para su vida, como para la vida del niño/a. La imposición de la maternidad lejos de venir con ayudas correspondientes para facilitar la ardua crianza de la infancia, llega llena de vicisitudes que hacen muy difícil y sacrificada la vida de la mujer y de sus hijos/as.

En efecto, al no existir una adecuada redistribución de los papeles de hombre y mujer en las tareas domésticas y laborales una vez que la mujer ingresa al espacio público, se encuentra sobrecargada entre el rol de madre que no puede dejar de asumir y el rol de trabajadora. Por tanto, las normas que prohíben el aborto esconden una profunda discriminación a las mujeres, “maternalizan los cuerpos de las mujeres cuando las obliga o anima tener hijos y asumir responsabilidades desproporcionadamente mayores a la de los hombres en la crianza de los niños”.³⁴ Llevar a término un embarazo significa que las mujeres deberán asumir un costo económico diferente que el que se les impone a los hombres cuando son padres en términos de remuneración en el mercado de trabajo, los seguros de salud, etc. Se trata entonces de un problema de redistribución, que de acuerdo con Fraser requería de políticas que tiendan a abolir la división del trabajo según el género.

33 Williams, Joan. “Igualdad sin discriminación”. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila *et al.* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 261.

34 Cristina Jaramillo y Tatiana Alfonso, *op. cit.*, p. 220.

Por otro lado, con relación a la salud también es interesante verificar cómo las normas que prohíben el aborto implican una desigualdad en el acceso a la salud al impedir a las mujeres acceder a tratamientos médicos que protejan su vida o su salud cuando los embarazos de alto riesgo requieren de un legrado para la continuidad de la vida de la mujer.³⁵ Esta situación también se configura cuando al impulsar a la mujer a realizarse abortos clandestinos se niega el acceso “a un procedimiento quirúrgico que puede estar encaminado a proteger la salud y la vida de las mujeres y que no existe en ningún caso en que a los hombres se les niegue de plano el acceso a un procedimiento quirúrgico con los mismos fines”.³⁶ Terminar un embarazo tiene un costo económico del pago de la cirugía clandestina y un costo en la salud, pues ponen en riesgo su vida.³⁷ Al respecto, el derecho a la vida no implica solamente acciones negativas encaminadas a su pleno respeto y no injerencia, sino también una dimensión positiva tendientes a prevenir pérdidas injustificadas de la vida. No reconocer esta posibilidad significa violar el derecho a la vida y a la salud reproductiva de las mujeres. El Estado lleva a las mujeres a la muerte por causas que pueden ser remediadas mediante la adopción de otro tipo de medidas.³⁸

4. Conclusión

Las relaciones de género son relaciones desiguales de poder basadas en jerarquías que someten y/o excluyen a la mujer. No son, pues, “meras dicotomías o relaciones simétricas, complementarias, como pretenden las categorías del mundo común”.³⁹

35 *Ibíd.*, p. 56.

36 *Ibíd.*, p. 67.

37 La Corte Colombiana en su fallo C-355/06 hace una diferencia entre la vida y el derecho a la vida concluyendo que “el ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no le otorga el mismo grado e intensidad que a la persona humana”. Tomado de Salgado, Judith. “Límites y posibilidades emancipatorias en la jurisprudencia constitucional”. *Programa Andino de Derechos Humanos comp.: derechos humanos, democracia y emancipación*. Quito, UASB, 2009, p. 206.

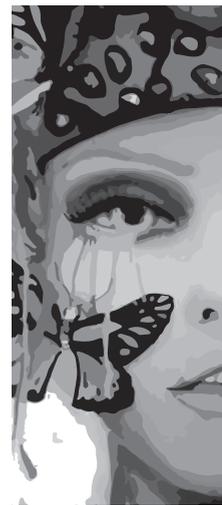
38 Las feministas apuestan a la defensa integral de los derechos reproductivos proponiendo cuatro alternativas: 1. Educación sexual dirigida a todas las edades y niveles sociales. 2. Anticonceptivos seguros y baratos. 3. Aborto como último recurso. 4. Rechazo a la esterilización forzada. Tomado de Marta Lamas, *Política y reproducción. Aborto: la frontera del derecho a decidir*, *op. cit.*, p. 104.

39 Linda McDowell, *op. cit.*, p. 24.

Superar este sistema implica adoptar medidas de reconocimiento y redistribución. Reconocimiento en la medida en la que se deje de desconocer que la penalización del aborto no evita que las mujeres aborten, sino que promueve un mercado clandestino de abortos precarios donde las mujeres arriesgan su vida, que “lucran con sus cuerpos y sus deseos”.⁴⁰ También es preciso entender que la despenalización del aborto tampoco es un estímulo para abortar, sino que esta debe tratarse de una decisión tomada como la última alternativa. Es fundamental entonces reconocer la autonomía de la mujer en lo que concierne a su sexualidad y reproducción. Aceptar esta autonomía pasa por reconocer que la responsabilidad que en virtud de ella asume es diferenciada en relación al impacto que produce la paternidad en los hombres. Las decisiones que tome autónomamente la mujer, en virtud de su poder generativo y las obligaciones que asumirá abortar o no, significa también ser responsable frente al feto/embrión, el varón y la sociedad. Para ello, es necesario cuestionar la identidad maternal de las mujeres, no pensarla como una cosa esencial, esto significa “deconstruir la simbolización de la maternidad como la esencia de lo femenino.”⁴¹

Redistribución en el sentido de que se cuestione los roles que asume la mujer en la familia y en el campo laboral a fin de lograr una distribución equitativa de trabajo y de responsabilidades filiales. Tal como indica Mill en su libro *The Subjection*: “una familia despótica y patriarcal no es una escuela para la ciudadanía democrática”.⁴²

Por último, “la igualdad de género exige la eliminación de estas normas masculinas, como primer paso para traer la igualdad a las mujeres”. En la polémica decisión *Roe vs. Wade* el Tribunal entendió que la decisión de abortar pertenece al ámbito privado de la autodeterminación femenina y en ese sentido, no entró a valorar la prevalencia de uno y otro derecho (de los derechos del feto y de la mujer), sino más bien “si los derechos individuales pueden ser violados por una mayoría legislativa”.⁴³ Es imprescindible entonces sustraer de la decisión de la mayoría, de los poderes fácticos y de la presión popular, una decisión que le concierne y le afectará mayormente a la mujer.



40 Gabriela Bernal, *28 de Septiembre día por la despenalización del aborto en América Latina y el Caribe*. Internet. <http://educacion-nosexista.blogspot.com/>.

41 Martha Lamas, *op. cit.*, p. 25.

42 Carole Pateman, *op. cit.*, p. 57.

43 Tamar, Pitch. “El aborto”, *op. cit.*, p. 369.

Las leyes que prohíben el aborto son normas androcéntricas que mediante un eufemista argumento de la protección del feto, solapan una realidad innegable: la necesidad de mantener a la mujer en su rol estereotipado. Como parte de una metodología legal, desde la perspectiva de género es necesario siempre preguntarnos, tal como lo indica *Alda Facio*, ¿de quién son las necesidades que pretende llenar esta norma?

Bibliografía

Libros

- Facio, Alda. "Metodología para el análisis de género en el fenómeno legal". *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila et al. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- _____. *Cuando el género suena, cambios trae*. Costa Rica, Ilanud, 1992.
- Fraser, Nancy. *Iustitia interrupta*. Colombia, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- Guerrero, Patricio. *Corazonar: una antropología comprometida con la vida*. Paraguay, Fondec, 2007.
- Jaramillo, Cristina y Tatiana Alfonso. *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2008.
- Lamas, Marta. *Política y reproducción. Aborto: la frontera del derecho a decidir*. México, Plaza Janes, 2001.
- McDowell, Linda. "La definición del género". Comps. Ramiro Ávila et al. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Olsen, Frances. "El sexo del derecho". Comps. Ramiro Ávila et al. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Patemann, Carole. "Críticas feministas a la dicotomía público/privada". Comps. Ramiro Ávila et al. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Pitch, Tamar. "El aborto". Comp. Ramiro Ávila et al. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Salgado, Judith. "Límites y posibilidades emancipatorias en la jurisprudencia constitucional". *Programa Andino de Derecho Humanos comp. Derechos humanos, democracia y emancipación*. Quito, UASB, 2009.

Williams, Joan. "Igualdad sin Discriminación". Comps. Ramiro Ávila *et al.* *El género en el derecho: ensayos críticos*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Sentencias y opiniones consultivas

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo versus Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C n.º 42. Voto Razonado: Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC. 17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17.

Internet

Bernal, Gabriela. *28 de Septiembre día por la despenalización del aborto en América Latina y el Caribe*. Internet. <http://educacion-nosexista.blogspot.com/>.

Clacai. "Ecuador es el país con más abortos en América Latina". Internet. http://www.clacai.org/index.php?option=com_content&view=article&id=733:ecuador-es-el-pais-con-mas-abortos-en-latinoamerica&catid=9:informacion-para-mujeres-&Itemid=5.



La actoría transfeminista en el proceso constituyente y posconstituyente de Ecuador

*Elizabeth Vásquez Blasco **

Resumen

El ensayo apuesta por la utilización de la categoría transfeminista como corriente feminista, que vaya más allá de la clásica división genérica hombre-mujer, situando las relaciones patriarcales en los lugares sociales femeninos, independientemente de la condición sexo-genérica de las personas. Por ello, se denuncia al Derecho como producto del orden patriarcal que propende a la homogenización de las personas, de modo binario (hombres y mujeres), y a la vez divide las agendas de los diversos grupos, de forma que hacen aparecer a las reivindicaciones como respuesta a opresiones diversas. En este sentido, la actoría transfeminista articula un discurso emancipatorio y unificador que se opone a la concepción patriarcal.

1. La actoría transfeminista

Dada la amplitud temática de la “participación política” que nos convoca, y en vista de que la mayoría de ponencias se han ocupado de espacios formales de la participación de las mujeres, como el de la participación electoral y el de la política pública, quiero sumar al debate un par de entradas distintas muy concretas. En primer lugar, quiero proponer la visualización de unos actores que considero que deben ser tomados en cuenta por las agendas feministas, y que no son las mujeres en el sentido clásico de la palabra. En el caso concreto de Ecuador, estos actores tuvieron una participación importante en el proceso de la Asamblea Nacional Constituyente (Montecristi, 2008) en el que se redactó la nueva Constitución Política del país. En segundo lugar, quiero rescatar algunos postulados transfeministas concretos que han enriquecido la elaboración de normas constitucionales y legislativas en Ecuador a partir del proceso de Montecristi y, finalmente, quiero rescatar la importancia y la pertinencia feminista de la exigibilidad de derechos por la vía del activismo legal; esto es, a través de la utilización

Palabras clave:
Transfeminismo,
patriarcal,
androcentrismo,
uso alternativo
del Derecho.

- Abogada y activista GLBT. Fundadora del proyecto Transgénero Quito.

política del ámbito poco explorado del litigio paradigmático y de otras posibilidades feministas de uso alternativo del Derecho.

Por “transfeminismo”, me estoy refiriendo a aquella corriente del feminismo que rebasa el binario de género (es decir, la presunción de que existen hombres y mujeres únicamente) y que sitúa la presencia de las relaciones patriarcales, más que entre dos identidades de género abstractas —“hombre(s)” y “mujer(es)” —, en los lugares sociales del femenino, independientemente de la condición sexo genérica específica de las personas y colectivos concretos sobre los que recaen las situaciones, estructuras y dispositivos patriarcales.¹

Al hablar de la actoría transfeminista en el contexto ecuatoriano, por otra parte, me estoy refiriendo y voy a poner ejemplos de participación política concretamente protagonizada por Presencias Incómodas durante el proceso constituyente del año 2008. Se trata de una plataforma relativamente informal que existe hasta hoy y que se articula con mayor o menor intensidad según la coyuntura bajo el común denominador de la lucha contra toda forma de tutela patriarcal. Está compuesta por organizaciones de mujeres, personas femininas, personas feminizadas, y cuantas personas —mujeres, hombres, trans, intersex— ocupan ese lugar social del femenino o que se solidarizan con él; entre estas el Proyecto TRVNSGEN3RO de Quito, la Coordinadora Política Juvenil, la Fundación Desafío, la Fundación Causana, la Coalición por la Despenalización del Aborto, el colectivo político Mujeres de Frente, entre otras. La alusión a la incomodidad en el nombre de esta plataforma se debió a que sus integrantes fueron los actores políticos más frontales en el tratamiento de temas “candado” en Montecristi; en especial, el aborto.

2. Algunas reivindicaciones transfeministas visibilizadas durante el proceso constituyente

Voy a referirme a tres postulados amplios de agenda política transfeminista formulados con fuerza durante el proceso constituyente ecuatoriano y cuyos impactos y derivaciones continúan extendiéndose en la etapa posconstituyente:

1 Vásquez, E. “Definición de transfeminismo”. *Cuerpos distintos: ocho años de activismo transfeminista en Ecuador*. Quito, Proyecto Transgénero y Confederación Ecuatoriana de Comunidades Trans e Intersex, 2010.

1. Superar al sujeto “mujer” y al binario simple y profundizar en las lógicas subyacentes del orden patriarcal a través de un abordaje de las personas y colectivos que ocupan “los lugares femeninos” de la sociedad independientemente de su condición sexo-genérica; especialmente, en la institucionalidad antidiscriminación.

Esta reivindicación parte de la idea de que el orden patriarcal, y el Derecho como uno de los dispositivos esenciales de ese orden, homogeniza a los sujetos clasificándolos forzosamente dentro del binario —hombres/mujeres—. Simultáneamente, y en sentido opuesto, el orden patriarcal compartimentaliza las agendas de los sujetos, de manera que las opresiones aparecen diversas y no conexas: una es la problemática de las mujeres, otra la de las personas trans, otra la de los varones gays, etc.

En Ecuador, la actoría política transfeminista ha planteado, en respuesta, lo contrario a lo que decimos que hace el orden patriarcal. Por un lado, reconocemos una enorme diversidad sexo-genérica en los sujetos, y pensamos que asumir el binarismo de género desde las luchas reivindicativas del feminismo es internalizar precisamente una de las normas más poderosas del patriarcado. Esto es así también cuando el esencialismo recae sobre el sujeto “mujer” o cuando recae sobre otros sujetos. El esencialismo transexual está tan a la orden del día como el esencialismo biofemenino, y lo hay de todas las índoles: *desde esencialismo transexual biologicista* que sitúa el “verdadero sexo” en el cerebro en lugar de en los genitales y pasa luego a afirmar como normativa la correspondencia entre ese “verdadero sexo” y el género, hasta *esencialismo político trans* que atribuye bondades esenciales a la existencia trans, afirmando que lo trans desafía al patriarcado *per se* (no es este el lugar para debatirlo, pero hay experiencias trans extremadamente patriarcales).

Por otro lado, reconocemos que, sobre la enorme diversidad sexo-genérica, el patriarcado es homogenizante y su lógica es sistemática. La opresión patriarcal, aunque se manifieste de diversas formas según el lugar sexo-genérico que ocupemos, es una. En esa virtud, es la misma violencia patriarcal la que está detrás del apelativo “mandarina” con que se castiga a un hombre heterosexual por no cumplir a cabalidad con el estereotipo de dominación masculina sobre las mujeres, que la que está detrás del crimen de odio con que se pone fin a la vida de una trabajadora sexual trans. La intensidad del castigo varía, proporcional al grado de transgresión en cada caso, pero la lógica punitiva es idéntica. La alianza entre diversidades, por tanto, es pertinente en la medida en que todas confluyan en la desestructuración de la lógica patriarcal.

Un ejemplo concreto de confluencia política antipatriarcal se dio en la Asamblea de penalización del aborto, no como un tema exclusivo de mujeres sino señalando que, detrás de los obstáculos sociales y legales a actos tan distintos como la interrupción de un embarazo o la transexualización hormonal o quirúrgica, está la misma tutela patriarcal sobre los cuerpos femeninos y feminizados. Bajo este argumento se sustentó constitucionalmente el derecho a la “disposición sobre el propio cuerpo en diversas manifestaciones” y se denunciaron los regímenes de incapacidad y tutelaje estatal que aún pesan sobre los sujetos que ocupan los lugares femeninos de la sociedad. Obviamente, esta postura contrastó a todas luces con la de organizaciones sociales de hombres gays que no se pronunciaron en materia de aborto por tratarse de un tema “candado”: “tabú”, “políticamente desgastante”, “ajeno” (es decir problema de mujeres y no de ellos) y por tanto irrelevante a la agenda gay.

Ya en época posconstituyente, una ventaja de haber posicionado medianamente esta noción transfeminista de que los dispositivos patriarcales no se juegan sobre identidades de género nítidas y abstractas es que cada vez hay mayor conciencia política de que la feminidad y la masculinidad pueden estar presentes simultáneamente en diversos sujetos, en diversos tiempos, modos y grados (es decir que el hombre más heterosexual puede ocupar el lugar social del femenino en determinado momento), interactuando en un sistema complejo de ventajas y desventajas, en el que no solo el género entra en juego. Este quizás no es un análisis nuevo, sino que es de siempre feminista, pero sí es particularmente potente en el discurso y en la práctica transfeminista. La constatación de que las feminidades y las masculinidades existen en relación con otros ejes de estratificación (o en términos jurídicos “factores susceptibles de discriminación”) que se afectan mutuamente con el género, está resultando particularmente útil a la hora de diseñar leyes e institucionalidades antidiscriminación. Como ejemplo, cabe citar la introducción de la categoría jurídica de la discriminación por “identidad percibida” en los aportes transfeministas al Proyecto de Ley de Igualdad entre Mujeres, Hombres y Personas de Diversa Condición Sexo Genérica propuesto por la Comisión de Transición hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género. El solo nombre del proyecto de ley ya da cuenta del avance del discurso transfeminista en Ecuador.



2. Superar el tratamiento estático y compartimentalizado de los temas “de mujeres” en *pro* de un tratamiento supra temático que cobije a diversos sectores sociales en leyes, políticas y el accionar judicial.

Esta reivindicación es realmente una continuación de la anterior, aplicada ya no a los sujetos políticos, sino a los temas reivindicativos en su agenda. En este punto, se vuelve particularmente necesario apelar a la dimensión intercultural de la actoría política transfeminista.

Una reivindicación concreta que se inscribe en esta reivindicación macro, es la innovación en la definición jurídica de “familias” que el accionar político transfeminista empezó a trabajar algunos años antes de la Asamblea Nacional Constituyente y que terminó de consolidarse durante ese proceso. Pequeñas muestras de cómo se preparó el terreno para el momento Constituyente se encuentran en el ámbito del accionar jurídico a nivel de comisarías por parte de algunas comunidades callejeras, entre estas, las asociaciones de trabajadoras sexuales transcallejeras de Quito (Asociación La Y, Asociación La Mariscal, Asociación Gran Pasaje y Asociación La Michelena) que empezaron a reivindicar un parentesco “cultural” entre sus miembros en pequeños incidentes de detención durante todo el año 2007, negándose, por ejemplo, a declarar en partes policiales en contra de otras asociadas implicadas en presuntos delitos contra la propiedad de baja cuantía (como acusaciones de hurto de celulares), en tanto “hermanas” de dichas implicadas.

En su cabildeo ante la Asamblea Constituyente, una plataforma política intercultural, compuesta por organizaciones de migrantes y colectivos transfeminista expusieron lo siguiente:

Hemos venido a hacernos presentes en la Asamblea Constituyente algunas familias que tenemos entre nosotras vínculos de facto y que existimos por fuera del modelo nuclear, biparental, heterosexual, productivo y reproductivo, que convive en un solo lugar.

Los vínculos que nos hacen familia van desde afectos sexuales o no sexuales entre nuestros miembros, pasando por la convivencia, un proyecto común de vida, un pacto de solidaridad entre algunas personas, intereses culturales compartidos, sentidos subjetivos de pertenencia, por mencionar algunos.

No pensamos que el Derecho tenga que calificar en nuestros vínculos ni que deba favorecer la convivencia física y basada en vínculos sexuales y reproductivos sobre cualquier otro tipo de convivencia, pues muchas familias no convivimos ni nos asociamos alrededor de lo sexual, lo reproductivo, o lo sexual-reproductivo. Favorecer ese modelo único sería contradictorio con los principios a los que esta Constituyente no puede renunciar: igualdad de géneros, libre desarrollo de la personalidad, no discriminación por condición social -como lo es el estilo de vida que implica un vínculo familiar u otro, protección sobre la intimidad, y autonomía sexual y reproductiva.

Por lo expuesto, proponemos para la nueva Constitución, el siguiente texto:

Art. (...) “El Estado ecuatoriano reconoce diversos tipos de familia. Estas están constituidas por vínculos jurídicos o de hecho y son iguales ante la ley en el goce y ejercicio de derechos, libertades y oportunidades”.²

El texto finalmente aprobado en la Constitución de Ecuador no es tan progresista como este pero es muy parecido. Se reconoció a la familia en sus diversos tipos y esto ha abierto la puerta, en etapa posconstituyente, a interesantes instancias de activismo legal transfeminista. Como ejemplo, cabe citar que las asociaciones de trabajadoras sexuales trans *callejizadas* antes mencionadas, están utilizando en la actualidad la definición constitucional de familia para avanzar en reclamos más concretos de protección y acceso a derechos a partir de su parentesco alternativo: están exigiendo ser tratadas como parientes en instancias como el acceso a programas de vivienda social (tradicionalmente pensada para familias nucleares-heterosexuales). Se trata, como anoté al principio, de incursionar en posibilidades feministas de uso alternativo del Derecho que en niveles micro, pero de modo muy efectivo, van desestructurando o al menos diversificando la estructura de instituciones patriarcales como la familia.

3. Superar el paradigma del sujeto-ciudadano, individual y androcéntrico, que es el que en la mayoría de legislaciones está procesalmente legitimado para intervenir en el mayor número de ámbitos de la vida civil y social.

El paradigma del *sujeto-ciudadano-hombre* en abstracto ya ha merecido la atención de teóricas legales feministas en los ámbitos constitucional y penal (la crítica y reinterpretación feminista de la figura penal de la legítima defensa es un gran ejemplo de ello). Pero esa misma atención no siempre ha trascendido al campo procesal, lo cual es particularmente grave, porque el derecho procesal es muchas veces la letra jurídica chica que quita lo que da la letra jurídica grande. Y, en ese campo, la fórmula burguesa “por sus propios y personales derechos” sigue presuponiendo un sujeto ciudadano que es básicamente individuo y hombre.

Pongo, para aterrizar esta reflexión tan abstracta, un ejemplo de reivindicación concreta que es preconstituyente, pero que influyó en la actoría

2 Documento presentado por la Alianza Transfeminista de Presencias Incómodas y Activistas por los derechos de las Familias Transnacionales Migrantes a las asambleístas Linda Machuca y Soledad Vela, mesas 8 y 1, Asamblea Constituyente de Montecristi, 2008.

transfeminista durante la Asamblea. En el año 2004, en Ecuador se interpuso un reclamo ciudadano a nivel de la Tribuna del Consumidor, en contra de la transnacional *Burger King* por la aparición de una valla de publicidad sexista en el local de dicha cadena en una concurrida calle de Quito (Av. Orellana), que mostraba la imagen de una hamburguesa en forma de senos, con el envoltorio emulando el escote de una blusa, pecas de ajonjolí en el pan, que representaba el cuello y unas manos sujetando la carne (senos). Las organizaciones de mujeres que impulsaron el reclamo no lo pudieron interponer a título colectivo. En otras palabras, en el año 2004, una sola mujer no podía jurídicamente alegar que la valla lesionaba derechos de las mujeres como colectivo, sino, todo lo más, podía alegar que la valla le agredía a ella, a título personal. Sin embargo, las organizaciones sí pudieron interponer una reclamación colectiva a título de consumidoras, en razón de la conceptualización de los derechos del consumidor como derechos difusos. Superar el paradigma liberal y patriarcal del Derecho implica reconocer que la fórmula de la titularidad individual se queda corta en muchos casos ya que más allá de “los ciudadanos” homogéneos que son hombres y suscriben contratos “por sus propios y personales derechos”, hay sujetos distintos que ocupan típicamente los lugares femeninos de la sociedad. Esto llevó a que las organizaciones transfeministas, junto a otros movimientos sociales de colectivos en histórica desventaja, propusieran la fórmula de la titularidad individual y colectiva de todos los derechos en la Constitución de Montecristi. Ya en etapa posconstituyente, en el 2009, el énfasis en lo femenino-colectivo ha continuado consolidándose en la aprobación de legislación específica en contra de los crímenes de odio por identidad de género; un avance legislativo histórico reconoce la vulnerabilidad de poblaciones enteras de sujetos que ocupan el lugar social del femenino, como las comunidades trans callejeras de las que tanto he hablado.

Con los tres ejemplos que he referido, he intentado ilustrar la importancia de la actoría transfeminista en instancias concretas y muy actuales de la vida política ecuatoriana. Creo que se trata de una actoría cuyos enfoques y estrategias están suponiendo innovaciones en el plano del desarrollo normativo e institucional de Ecuador, así como en el campo poco explorado del activismo legal. Creo, también, que la atención de las agendas del desarrollo a esta actoría y a esas estrategias, podría contribuir a disminuir la brecha entre la teoría legal feminista y una práctica legal feminista incipiente.



Heterosexualidad y heteronormatividad

Análisis discursivo con énfasis en el entorno ecuatoriano

*Daniilo Caicedo Tapia**

El derecho es esencialmente deconstruible, ya sea porque está fundado o construido sobre capas textuales, interpretables, transformables, (...) ya sea porque su último fundamento por definición, no está fundado.¹

Resumen

El ensayo denuncia la supuesta neutralidad del ordenamiento jurídico alegada por el positivismo. Así, pues, considera que las críticas formuladas desde las visiones feministas respecto a la carga androcéntrica de los diseños normativos es legítima, toda vez que las normas en su mayoría, como lo demuestra la experiencia histórica han sido pensadas desde y para lo masculino, lo que ha traído aparejado un discurso oficial patriarcal que elimina las diferencias en su pretensión homogenizante y mantiene, por tanto, prácticas discriminatorias contra las mujeres.

Palabras clave:
Heteronormatividad,
heterosexualidad,
androcéntrico,
feminismo de
la igualdad,
feminismo de la
diferencia.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diplomado en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Máster con mención en derecho constitucional por la misma Universidad. Editor y autor de varios libros de la Serie Justicia y Derechos Humanos – Neoconstitucionalismo y Sociedad, así como de otras publicaciones nacionales e internacionales; catedrático universitario e investigador en temas constitucionales y de derechos humanos. Editorialista en varias publicaciones periódicas. Miembro del Colectivo Pro Derechos Humanos (PRODH). Asesor académico en la Fiscalía General del Estado. Correo electrónico: danct242@gmail.com.

1 Derrida, Jacques. *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*. España, Tecnos, 2002, p. 35.

1. Introducción

El hablar de heterosexualidad y heteronormatividad nos conduce a varias discusiones de fondo con respecto a palabras, términos o expresiones que en un inicio parecerían de fácil explicación. Este es el caso, por un lado, de sexo, género, orientación sexual, y, por otro, de igualdad, discriminación e incluso derecho. Establecer su contenido, límites y justificación sin duda es una tarea que nos obliga a cuestionarnos sobre la teoría y práctica de varias ideas, conceptos y sobre todo sistemas; de igual manera nos impone en muchos casos una tarea de modificar sustancialmente estructuras o en su defecto lo más adecuado deconstruirlas totalmente.²

2. Aclarando conceptos, identificando discursos

Para facilitar nuestro tránsito hacia otros elementos de análisis, partiremos abordando el feminismo como concepto. En un primer estadio es necesario aclarar que este término puede ser definido en infinidad de formas dependiendo de posición ideológica que tengamos sobre el mismo, sin embargo de lo cual, ya sea que lo concibamos como un movimiento político o un campo teórico de análisis,³ podemos denotar la existencia de ciertos elementos comunes, entre los que podemos mencionar: el reconocimiento de un régimen histórico de jerarquía social en el cual los hombres están por encima de las mujeres (patriarcado); y el convencimiento de que este sistema es injusto y por tanto debe cambiar o ser eliminado.⁴

En referencia al párrafo anterior, precisamente uno de los grandes logros de la doctrina feminista ha sido demostrar la existencia de estructuras de poder que han puesto en posición de desigualdad o desventaja a la mujer con respecto al hombre. Estas estructuras a las que hacemos mención

2 A la par de este escrito, fue realizado en colaboración con Angélica Porras el siguiente ensayo: "Igualdad y diversidad sexual. La hegemonía de la heterosexualidad en el derecho ecuatoriano". *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Comps. Angélica Porras y Danilo Caicedo. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

3 McDowell, Linda. "El género una categoría útil para el análisis histórico". *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila *et al.* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 8.

4 Castellanos, Gabriela. "Sexo, género y feminismos: tres categorías en pugna". *Familia, género y antropología: desafíos y transformaciones*. Ed. Patricia Tovar Rojas. Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2003, p. 59.

pueden ser expresas y directas mientras que en otras se pueden mantener de forma tácita y oculta. El régimen al que hacemos mención se desarrolla de forma transversal en todo campo donde se devuelven las mujeres y los hombres, así encontraremos determinadas jerarquías o subordinaciones en lo económico, lo político, lo social y por supuesto lo jurídico.

Como argumento general, podemos decir que todas los campos mencionados funcionan sobre la base de un discurso común o para ser más claros son en sí mismo un discurso con diversas aristas donde se desarrolla el poder enfocado en determinados ámbitos. Foucault ya exponía con claridad esta relación estrecha entre poder, saber y sexualidad. Entre la significación, nominación y clasificación de las cosas, siendo una constante histórica el manejo de la sexualidad a través de un poder que en ocasiones actuaba por medio de un silencio selectivo, una prohibición expresa o del incurrir de manera consciente y premeditada en el error o la imprecisión.⁵

En estrecha vinculación, se encuentra la visión de poder expuesta por Gabriela Castellanos en referencia a la visión de Foucault: “el poder se maneja en gran parte mediante los discursos: quienes definen los términos y quienes los emplean están involucrados e involucradas en el juego de poder”.⁶ La anterior idea denota que el poder no se encuentra en manos de unos pocos, sino es ejercido en diversas formas por todas las personas en sus interrelaciones.

Explicado lo anterior entraremos en cierta aclaración sobre la distinción entre dos términos que son usados con frecuencia como sinónimos o diferenciados el uno del otro, concebidos con una diversidad de contenidos: sexo y género. Al respecto expondremos primeramente la tendencia que diferencia estos conceptos basados en los parámetros que exponemos a continuación: “el término género se utiliza en oposición al término sexo. Mientras que el segundo expresa las diferencias biológicas, el primero describe las características socialmente construidas”.⁷

Dicha distinción es de gran utilidad pues nos permite diferenciar dos dimensiones en las cuales se desarrolla la sexualidad, así el reconocimiento de los contenidos de estos conceptos permitieron si bien de forma positiva incluir nuevas categorías agrupadas bajo el término *orientación sexual*,⁸

5 Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad. I La voluntad de saber*. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 31ª ed., 2007, pp. 18-25.

6 Gabriela Castellanos, *op. cit.*, pp. 43-48.

7 Linda McDowell, *op. cit.*, p.14.

8 Constitución de la República del Ecuador, art. 11.2 y art. 66.9.

por otra parte y en sentido adverso trajeron varias consecuencias que podemos señalar como contraproducentes o negativas.⁹ Pasaremos a explicar dos de aquellas que considero son esenciales para el desarrollo de este escrito.

Al hablar de sexo y género necesariamente reproducimos un binarismo, este argumento ha sido desarrollado con diferentes enfoques muchas veces complementarios por varias estudiosas y varios estudiosos del tema, entre los que podemos mencionar a manera de ejemplificación a Frances Olsen, Linda McDowell, Judith Butler, Michel Foucault y Jacques Derrida.

La existencia de este sistema de diferentes y opuestos se presenta y reproduce en la totalidad de ámbitos de la sociedad, de esta manera en un primer espacio estableceremos distinciones entre conceptos que en realidad no son necesariamente disímiles, desnaturalizando su esencia para establecer en un segundo espacio una oposición, que en sentido estricto significará una categorización estable y estática de los mismos y en consecuencia una descalificación o desconocimiento de aquellas representaciones que escapen a dicha contraposición.

Como consecuencia de lo anterior, el establecimiento de un binarismo y sus ramificaciones producirán una jerarquización donde uno de los dos conceptos tendrá que primar sobre el otro, de tal manera que no solo nos encontraremos ante una subordinación sino una categorización de conceptos calificados como positivos y negativos. Lo anterior nos conducirá a implantar un nuevo sistema que determinará lo principal y lo accesorio.

En este sentido, la conceptualización del sexo visto como principal por el hecho de entenderse natural y dentro de aquel su particularización en el binarismo de lo masculino y lo femenino, identificado a este último con lo irracional, lo emotivo, lo privado, la dependencia y estas características a su vez serán concebidas como negativas bajo un sistema donde lo que primará es lo racional, lo público, lo independiente perteneciente exclusivamente al modelo masculino.¹⁰

En cuanto al género se producirá el fenómeno que ya mencionamos sobre su accesoriedad bajo la premisa de ser una construcción de tipo social. En otras palabras, el género será percibido en cuanto una referencia al sexo y existirá y será utilizado en función de este. En ese contexto, Judith

9 Un caso de gran interés sobre los resultados adversos de la diferenciación sexo-género puede ser consultado en: Butler, Judith. *Deshecer el género*, Trad. Patricia Sosley. Barcelona, Ediciones Paidós, 2006, pp. 89-102.

10 Linda McDowell, *op. cit.*, p.13.



Butler plantea como tesis que: “El género sexual no debería concebirse como la inscripción cultural de significado de un sexo preestablecido (concepción jurídica); el género sexual deberá designar también el aparato mismo de producción por el cual los sexos mismos son establecidos”.¹¹

El sistema anteriormente descrito funciona con el acompañamiento de dos elementos: el discurso y el poder que toman mayor relevancia, especialmente en la relación entre lo material y el lenguaje que encuentra mayor significación, puesto que “el lenguaje es y se refiere a aquello que es materia y lo que es materia nunca escapa del proceso por el cual se confiere significación”.¹²

En referencia, la antropóloga y feminista Henrietta Moore explica que “el argumento básico de Foucault es la idea de que el ‘sexo’ no existe con anterioridad a sus determinación dentro de un discurso en el cual sus constelaciones de significados se especifican, y que por lo tanto los cuerpos no tienen ‘sexo’ por fuera de los discursos en los cuales se les designa como sexuado”.¹³

Este discurso al que hacemos mención, significará un nuevo proceso de construcción de identidades, las cuales se verán reflejadas en una repetición de comportamientos dictados por el propio lenguaje, manifestado por medio de un discurso de normalización, en el cual se formarán parámetros de lo aceptable y lo no aceptable, de lo admisible e inadmisible, de lo natural y artificial. Es aquí donde el derecho como estructura particular cobra mayor importancia como parámetro de ordenación dotado de características particulares y de facultades de coerción y coacción.

3. El discurso dentro del derecho

Retomando las ideas anteriormente explicadas, volveremos sobre aquella afirmación acerca que el derecho no solo es una estructura de poder manejada mediante un discurso, sino que mirando un poco más lejos se

11 Judith Butler, citada por Peggy Kamuf: “Derrida y el género sexual: la otra diferencia sexual”. *Jacques Derrida y las humanidades*. Coord. Tom Cohen. México, 2005, p. 119.

12 Butler, Judith. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*. Barcelona, México, Paidós, 2002, p. 110.

13 Moore, Henrietta. *A Passion for Difference*. Bloomington, Indiana University Press, 1994, p. 12, citada por Gabriela Castellanos, “Sexo, género y feminismos: tres categorías en pugna”, *op. cit.*, p. 35.

constituye en un discurso privilegiado. Primeramente, debemos establecer que al hablar de ciencia de manera formal, debemos entenderla como el conjunto ordenado de conocimientos dotados de especialidad y de un método propio,¹⁴ respecto de aquello debemos preguntarnos sobre el origen, fundamento y motivación de las ideas que sistematizadas conforman una ciencia.

En relación con lo anterior y para respondernos las preguntas que dejamos establecidas, debemos partir que la gran mayoría de conocimientos elaborados por la cultura occidental responden a una lógica sexista, que entre sus modalidades podremos generalizar como androcéntrica, es decir son pensadas desde una perspectiva exclusivamente masculina y bajo un modelo masculino único.¹⁵

La ciencia jurídica no escapa a este sistema, de hecho es uno de los principales instrumentos que fortalecen este discurso; así podemos basarnos en la crítica que la autora Frances Olsen hace sobre el derecho como estructura. En ese contexto, nos explica que las normas jurídicas se encuentran sexuadas, es decir identificadas plenamente con una visión hegemónica masculina, lo anterior tanto en su construcción científica, su práctica eficaz por los distintos operadores de justicia, como su percepción social y desarrollo doctrinario.¹⁶

El acápite anterior puede ser mayormente desarrollado y encuentra mayor amplitud si tomamos en cuenta que el “derecho como fenómeno legal está constituido por tres componentes: 1) el componente formal normativo; 2) el componente estructural; y 3) el componente político cultural”.¹⁷

El primero de ellos relacionado con la norma formalmente considerada con independencia de la jerarquía que ostente dictada bajo los requerimientos legales para su promulgación; el segundo referido al contenido jurídico aplicativo de la norma sobre la base se la aplicación de los operadores jurídicos; y el tercero tocante al contenido que se le otorga a la norma por medio de la práctica social generalizada que puede manifestarse ya sea por medio de la doctrina, la tradición o la costumbre.

14 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

15 Facio, Alda. “Metodología para el análisis de género en el fenómeno legal”. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila et al. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 182.

16 Olsen, Frances. “El sexo en el derecho”. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila et al. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 140-156.

17 Alda Facio, “Metodología para el análisis de género en el fenómeno legal”, *op. cit.*, p. 192.

Todos estos componentes del fenómeno legal dotados de un mismo discurso de poder, el cual a diferencia de todos los demás se encuentra provisto de instrumentos de coerción (fuerza moral) y coacción (fuerza física) para el cumplimiento de sus fines. Es así que los conceptos de derecho, ley o fuerza legal implican en sí mismo una violencia enmascarada, la cual es sistemática y estructural, su autojustificación forja una violencia constante y cotidiana sobre todas las personas y de manera focalizada sobre ciertos grupos.¹⁸

Con las ideas anteriores, rebatimos diametralmente la concepción clásica kelseniana de la ley concebida como norma pura o aséptica, fundamentada únicamente en parámetros positivos tanto en su origen como continuidad por cuanto dicha positividad, en su teoría, es la causa y consecuencia de su obligada obediencia sin necesidad de una justificación material.¹⁹

Es este elemento de autoridad, que no admite excusa con independencia de su contenido (el cual como resulta evidente es provisto por la voluntad preponderante), lo que convierte al derecho en un instrumento efectivo y eficiente para la continuidad de una tesis androcéntrica, pues como deja entrever Jacques Derrida, la ley para el común de las personas es solo una obligación de cumplimiento, que no puede ser discutida en su origen, contexto o finalidad; su autoridad y aceptación se encuentra exenta de toda crítica.²⁰

Un nuevo elemento que hace del derecho el discurso privilegiado que afirmamos, es lo que Judith Butler llama performances, el cual en el sentido de este ensayo interpretamos como la repetición de actos, comportamientos, modelos y sistemas basados en una norma de naturaleza social, moral, ética o jurídica, que por medio de dicha prescripción no solo que se establece un comportamiento aceptado, sino que es reproducido en el presente y proyectado hacia el futuro.²¹

El performance da fuerza y consolida el fundamento de autoridad de la ley pues de cierta manera viene a completar el silogismo de violencia primigenia que constituye la ley mediante una violencia continuada o conservadora, seguida de manera ciega por la sociedad y en especial por los operadores jurídicos. En este sentido, en términos del deconstruccionismo las leyes se constituyen en performances primarias y su consecuente aplicación en performances secundarias que se basan de manera irrestricta en la ley ya existente.²²

18 Davis, Margaret. "Derrida y la ley: ficciones legítimas". *Jacques Derrida y las humanidades*. Coord. Tom Cohen. México, 2005, pp. 288-299.

19 Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. México, Editorial Colofón, 4ª ed., 1994, pp. 57-94.

20 Jacques Derrida, *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*, *op. cit.*, pp. 12-17.

21 Judith Butler, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, *op. cit.*, pp. 56-61.

22 Jacques Derrida, *op. cit.*, pp. 94-103.

Los resultados de los elementos del derecho como discurso o de la ley como construcción del poder significarían la reproducción del resultado buscado por una norma violenta, tanto en su origen como en su conservación, así se establece un fenómeno de dominación apoyado no solo por el grupo que detenta el poder, sino por aquellos grupos vulnerados que carecen de medios de poder.

Mediante este mecanismo de subordinación que goza de la colaboración del actor puesto en posición de inferioridad, se imponen estructuras que pasan a ser normalizadas. Para ejemplificar esta instrumentalización aparentemente evidente que pasa desapercibida podemos observar un lenguaje eminentemente excluyente y androcéntrico de uso generalizado y frecuente entre todos los actores sociales que se desenvuelve sin suscitarse mayor revuelo o reclamo.

En lo jurídico el fenómeno de sexualización sobrepasa lo meramente lingüístico encontrando manifestaciones que no solo se manifiestan en lo formal, sino en los contenidos materiales, ejemplificación general de lo anterior lo podemos encontrar en todas las ramas del derecho y en lo particular, respecto al Ecuador, podemos ver multiplicidad de ejemplos con énfasis en la norma civil, comercial, migratoria y penal.²³

4. Crítica al derecho desde el feminismo

Anteriormente habíamos mencionado que uno de los principales aportes del feminismo ha sido develar las estructuras de poder existentes de manera transversal en todos los campos de la sociedad, pero las diversas tendencias del feminismo no solo se han detenido en mostrar esta realidad, sino que refiriéndonos al derecho, han establecido estrategias, teorías y metodologías para modificar, reestructurar o deconstruir a esta ciencia y su práctica social.

Para el efecto de respaldar nuestra afirmación, utilizaremos una clasificación de los diversos tipos de feminismo tomada de Isabel Cristina Jaramillo, quien los divide en tendencias de la igualdad y de la diferencia; así, mientras los primeros parten de la premisa que la causa de la opresión

23 Un análisis de la sexualización de la normativa penal lo podemos encontrar de manera clara en: Abadía, Marcela. "La identidad de la mujer en el derecho penal moderno. El caso del aborto". *Revista de Derecho Público* n.º 20. Colombia, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2007, pp. 3-31.

es la diferencia de trato igualitario entre hombre y mujeres, los segundos se fundamentan en la falta de reconocimiento de lo valioso de las diferencias de la mujer con respecto al hombre.²⁴

En el primer grupo se encuentra la tendencia del *liberalismo clásico*, caracterizada por defender la igualdad de oportunidades de las mujeres, puesto que su exclusión se debe a la creencia de su menor capacidad natural y legal, por tanto su necesidad de protección. En el plano propositivo defienden la titularidad de derechos de la mujer en paridad al hombre, por lo cual su aporte se centrará en alcanzar niveles de igualdad mediante normas, políticas de inclusión y medidas afirmativas principalmente en el campo educacional, laboral y político. Sus principales críticas recaen en reproducir un modelo androcéntrico, sin lugar al reconocimiento de sus diferencias de la mujer y en propugnar un modelo de igualdad formal o legal, insuficiente al contexto real.

De igual manera, dentro de los feminismos de igualdad encontramos al modelo liberal social de influencia socialista y marxista, que sostiene que no existe real libertad sin los presupuestos necesarios para ejercerla, lo anterior con énfasis en el plano económico. Así, las feministas socialistas añaden a lo anterior el reconocer al género como una estructura de opresión social característica de las sociedades capitalistas. Su propuesta se centra en un reconocimiento sustancial o real de la igualdad la cual debe partir de la igualdad salarial y real. La crítica particular a esta tendencia yace en el desprestigio del modelo socialista vinculado con el desprestigio de la política de izquierda.

Dentro de la segunda tendencia, ubicamos al *feminismo de la diferencia* que plantea el reconocimiento de la diferencia de las mujeres y la revalorización de la misma, mediante mecanismos reivindicativos de igualdad. Su análisis se basa en contextualizar la diferencia cultural entre hombres y mujeres, producto de aquello su distinto razonamiento. Sus críticas como teoría se deben a incurrir en un análisis en lo cultural, sin tomar en cuenta que la concepción femenina responde a una construcción social patriarcal. Se teme además que sus postulados revivan tendencias biológicas que podrían causar discriminación fáctica. Como crítica personal considero que la falta de una propuesta de cambio a las estructuras existentes impide una influencia real.



24 Jaramillo, Isabel Cristina. "La crítica feminista al derecho". *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila et al. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 108-120.

De igual manera, descubrimos al *feminismo radical* que sustenta el planteamiento de que la distribución del poder se basa en la distinción de género, elemento que prima de forma transversal en la sociedad y que permite la opresión masculina puesto que son ellos quienes pueden definir la concepción de mujer. Su planteamiento hace énfasis en recuperar la sexualidad arrebatada a las mujeres, por lo cual su propuesta se plantea en la reivindicación y autonomía en este ámbito. Esta tendencia no considera necesario realizar cambios en el derecho, por considerarla una estructura viciada que no debe ser consolidada. Su crítica como teoría recae en considerar de manera radical a la mujer en un papel de víctima y al hombre en el de agresor.

Existen otras divisiones del feminismo entre las que podemos citar la que basa al género como factor de opresión, en la cual encontramos el *feminismo esencialista de género* caracterizado por considerar a este elemento el principal factor de opresión; y los *feminismos antiesencialistas de género* que, adicionalmente al género, consideran otros componentes: la raza, la orientación sexual, la clase económica, etc.

Finalmente, podemos mencionar otra clasificación del cúmulo de las existentes, basada en los sujetos que intervienen dentro de los movimientos feministas con independencia de la teoría que respaldan. La autora Amalia Fischer distingue entre feministas independientes que, cansadas de las prácticas patriarcales y partidos políticos, procuraban un espacio donde las decisiones no sean tomadas por un comité central. Las feministas autónomas de partidos y gobierno, y las de la doble militancia, que tenían activismo tanto en partidos políticos como en movimientos feministas.²⁵

Otra de las formas de afrontar las críticas del feminismo al derecho la encontramos en Alda Facio, quien reconociendo al derecho como estructura de poder sexuada no prescinde de él, sino que establece una metodología dentro del derecho para su elaboración, aplicación e interpretación. De esta manera señala seis pasos para —en términos de la autora— democratizarlo; estos pasos son los siguientes:

Primero, el tomar conciencia de la existencia de subordinación del sexo femenino de manera particular o personal; segundo, identificar en el texto legal las distintas y variadas formas de sexismo donde el androcentrismo es solo una especie dentro del género; tercero, debatir sobre el paradigma de ser humano que es tomado por la legislación; cuarto, identificar el modelo de mujer que sirve de sustento a la norma; quinto, analizar la influencia o efectos de los tres elementos del fenómeno legal (formal,

25 Fischer, Amalia E. "Los complejos caminos de la autonomía". *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 24, n.º 2, 2005, pp. 54-74.

estructural, político-cultural); y sexto, profundizar en el entendimiento del sexismo, colectivizarlo y difundirlo.²⁶

Así también, Frances Olsen propone como estrategias para contrarrestar al derecho como concepto masculino: en una primera instancia, establecer el rechazo a la sexualización de los dualismos que viene correlacionado con el rechazo de la jerarquización; en una segunda instancia, establecer un sistema crítico —que la autora denomina androginia— que “desafía el límite entre cada uno de los dualismos, poniendo en duda la oposición directa entre ellos y negando sus separaciones”.²⁷

En relación con lo anterior, también sugiere tres críticas feministas al derecho en su plano teórico y práctico, como son el reformismo legal que mediante un modelo de denuncias cuestiona la racionalidad de la ciencia jurídica con respecto a las mujeres; utiliza la crítica al derecho como orden patriarcal que cuestiona la jerarquía existente entre lo racional y lo irracional con referencia a la vinculación hegemónica con lo masculino; y, finalmente, aplica la teoría jurídica crítica que viene a ser un tipo de mixtura de los dos puntos anteriores, donde se pone en velo de duda tanto la jerarquía de lo racional, como la posibilidad de lograr dicha racionalidad de manera efectiva.²⁸

De igual manera, Isabel Cristina Jaramillo asume una crítica con respecto al derecho desde la perspectiva feminista, y la subdivide en la que recae sobre la teoría del derecho en referencia a la construcción del derecho como producto cognoscitivo de sociedades patriarcales y en su aplicación práctica como ideología viciada; y en la que recae sobre las instituciones jurídicas sobre la base de las normas individualmente consideradas.²⁹

También la autora menciona los métodos feministas de Katherine Bartlett que se desarrollan mediante tres preguntas: la pregunta por las mujeres, referida a encontrar el porqué de las diferencias de género en la aplicación de la norma; la pregunta sobre la razón práctica femenina vinculada a la contextualidad de la norma en su aplicación que pretende la inclusión del análisis tópico; finalmente, la creación de conciencia relacionada con la identificación de los problemas de las mujeres, por tanto su empoderamiento y participación activa.³⁰

26 Alda Facio, *op. cit.*, pp. 181-192.

27 Frances Olsen, *op. cit.*, pp. 137-146.

28 *Ibid.*, pp. 146-155.

29 Isabel Cristina Jaramillo, *op. cit.*, pp. 122-126.

30 Bartlett, Katheline. “Feminism Legal Methods”. *Harvard Law Review*, vol. 103, n.º 104. EEUU, 1990, pp. 829-888, citada por Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al derecho”, *op. cit.*, pp. 126-127.

El deconstruccionismo en relación con la teoría de género afirma que se debe partir reescribiendo el imaginario morfológico, prescindir de la diferenciación sexo (natural) y género (artificial);³¹ y dentro del propio derecho plantea encontrar su legitimidad mediante una construcción que no solo incluya elementos jurídicos, sino que sea contextualizado también dentro de lo ético, lo político, lo económico, lo moral y lo sociológico.³²

5. Conclusiones

- Reconocer que todo conocimiento desde el momento que es nominado denota necesariamente una significación cargada de una ideología de poder determinada. En tal sentido, las ciencias como conjunto de conocimientos deberán ser interpretadas e identificadas con una teoría particular de poder, ejercida tanto en su teoría como en su aplicación.
- Analizar al derecho como un discurso privilegiado de violencia tanto en su origen como en su permanencia, de tal manera que podamos identificar los puntos argumentales viciados que deben ser modificados o eliminados. De manera correlativa entender al derecho como una estructura de poder compuesta por elementos que escapan al ámbito jurídico formal, como es el caso de lo estructural, lo político y lo social.
- Distinguir que el derecho se encuentra construido desde un solo parámetro de sexualidad excluyente de los demás, lo cual se podrá observar en los elementos formales y materiales desarrollados en la plenitud de la legislación. Este parámetro de heterosexualidad se verá representado expresa o tácitamente en una heteronormatividad, lo cual necesariamente inferirá en una clase o grupo dominante en relación con una clase o grupos subordinados.
- Establecer que las ciencias en general, y el derecho de manera particular, pueden ser modificados parcialmente o cambiados radicalmente desde su estructura, mediante distintas estrategias, procedimientos, mecanismos y metodologías que en su conjunto, en primera instancia buscan revelar la existencia de una centralización del poder y, en segunda instancia, buscan combatir dicho poder, mediante la democratización del mismo y el establecimiento de una estructura alternativa.

31 Butler, Judith. *El falo lesbiano y el imaginario morfológico*. Barcelona, México, Paidós, 2002, p. 115.

32 Margaret Davis, *op. cit.*, pp. 299-300.

6. Bibliografía

- Abadía, Marcela. "La identidad de la mujer en el derecho penal moderno. El caso del aborto". *Revista de Derecho Público*, n.º 20. Colombia, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2007.
- Bartlett, Katheline. "Feminism Legal Methods". *Harvard Law Review*, vol. 103, n.º 104. EE UU, 1990.
- Butler, Judith. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*. Barcelona, México, Paidós, 2002.
- _____. *Deshacer el género*. Trad. Patricia Sosley. Barcelona, Paidós, 2006.
- _____. *El falo lesbiano y el imaginario morfológico*. Barcelona, México, Paidós, 2002.
- Castellanos, Gabriela. "Sexo, género y feminismos: tres categorías en pugna". *Familia, género y antropología: desafíos y transformaciones*. Ed. Patricia Tovar Rojas. Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2003.
- Davis, Margaret. "Derrida y la ley: ficciones legítimas". *Jacques Derrida y las humanidades*. Coord. Tom Cohen. México, 2005.
- Derrida, Jacques. *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. España, Tecnos, 2002.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
- Facio, Alda. "Metodología para el análisis de género en el fenómeno legal". *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila et al. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Fischer, Amalia E. "Los complejos caminos de la autonomía". *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 24, n.º 2, 2005.
- Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad. I La voluntad de saber*. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 31ª ed. en español, 2007.
- Jaramillo, Isabel Cristina. "La crítica feminista al derecho". *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila et al. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Kamuf, Peggy. "Derrida y el género sexual: la otra diferencia sexual". *Jacques Derrida y las humanidades*. Coord. Tom Cohen. México, 2005.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. México, Editorial Colofón, 4ª ed., 1994.
- McDowell, Linda. "El género una categoría útil para el análisis histórico". *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila et al. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Moore, Henrietta. *A Passion for Difference*. Bloomington, Indiana University Press, 1994.
- Olsen, Frances. "El sexo en el derecho". *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila et al. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.



Género, derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?

Ramiro Avila Santamaría¹

Resumen

El ensayo destaca al género como categoría de análisis crítico de las instituciones sociales, yendo desde aspectos simbólicos y subjetivos hasta normativos y políticos, afirmando en tal sentido que el género no es un asunto circunscrito a las mujeres feministas y su discurso reivindicativo, sino que implica a la sociedad en su conjunto, puesto que, las prácticas patriarcales se reflejan tanto en el espacio doméstico como en el público. Precisamente por ello, la relación entre género y derecho es conflictual, toda vez que este último responde a una visión androcéntrica de la sociedad.

Introducción

Escribir sobre género, siendo de sexo masculino, es un reto. Puedo entender la sospecha y hasta la crítica al hombre que utilice de forma inadecuada categorías jurídicas que han sido desarrolladas mayoritariamente por mujeres, en el contexto de opresión y exclusión, que no lo sentimos de igual manera que ellas. También puedo entender que nos expresemos desde una situación de privilegio en una sociedad patriarcal y que las palabras puedan

Palabras clave:

Género,
derecho,
discriminación,
patriarcal,
principio de
igualdad,
diferencia.

1 Doctor en jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); máster en derecho, Columbia University (New York). Actualmente se desempeña como docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador y profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Profesor de constitucionalismo contemporáneo, teoría general de derechos humanos, sociología del derecho, garantismo penal, y género y derecho. Autor y editor de varias publicaciones, entre ellas: *Neoconstitucionalismo transformador* (Quito, 2011); *Derechos y garantías: ensayos críticos* (Quito, 2011); *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal* (Quito, 2009); *La protección judicial de los derechos sociales* (junto con Christian Curtis, 2009); *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de doctrina y derecho comparado* (Quito, 2008); *Neoconstitucionalismo y sociedad* (Quito, 2008). Correo electrónico: ravila67@gmail.com.

sonar falsas o mera retórica. Sin embargo, como explicaré más adelante, estoy convencido que las luchas emancipadoras y libertarias en contra de la sociedad patriarcal competen a todos y todas, hombres y mujeres.

Las motivaciones para incursionar en estos temas del género y el derecho son varias. Una de ellas es que soy una persona absolutamente inconforme con el rol que ha tenido el derecho en la sociedad. Considero que, quizá de una manera inconsciente, hemos contribuido a la construcción y a la consolidación de sociedades profundamente inequitativas. Tener conciencia de que el derecho ha sido un instrumento para ello y que hay que cambiar, requiere de teorías críticas. El género ha aportado al derecho teorías importantes para develar la dominación y la exclusión. De ahí que si alguien pretende buscar un mejor derecho, debe beber de las teorías relacionadas al género. Otra razón es que la teoría relacionada al género está profundamente vinculada a la cotidianidad. Uno puede experimentar sus postulados en la vida personal y social. La teoría de género acaba siempre interpelando las relaciones personales, seamos hombres o mujeres.

No pretendo darme de original en lo que viene, aunque tampoco quisiera ser tan básico como para que no valga la pena leer este ensayo. El texto sistematiza las ideas de varias autoras y autores y espero poder contribuir un poquito más a la comprensión de la relación entre el derecho y el género, la igualdad y la diferencia, y las estrategias para combatir la discriminación.

El ensayo está dividido en cuatro partes. En la primera parte, que es introductoria y hasta cierto punto elemental, abordamos el tema de la categoría de género como categoría de análisis. En la segunda parte, estableceremos la relación entre género y derecho. En la tercera parte, haremos un análisis desde la perspectiva de género sobre el concepto jurídico de igualdad, que es un principio y un derecho a la vez fundamental para comprender la inequidad y la exclusión. En la cuarta parte, nos atrevemos a hacer una categorización de los feminismos, las estrategias jurídicas que se han usado y los efectos que tienen en la lucha contra la discriminación. Finalmente, sintetizaremos las principales conclusiones a las que llegamos después de tratar la temática.

Como se verá, utilizo algunos gráficos, tomados de Internet, agradezco a todas esas personas que los hicieron y los colgaron, y cuyos nombres es imposible ubicar.

I. La categoría “género”

Nunca se debe dar por hecho que los conceptos son claros. Mucho menos cuando las palabras que se usan son ambiguas y tienen muchos significados, o cuando los conceptos son apropiados por quienes producen desigualdad. Esto precisamente sucede con la palabra y el concepto de género.

La palabra, en efecto, tiene múltiples acepciones. Al escribir este ensayo, entro en la página de Internet de la Real Academia Española (RAE), pongo la palabra “género” y me aparecen 19 significados. Por ejemplo, “género humano”, “género musical”, “género gramatical”, “género literario”, “género masculino o femenino” y hasta “género neutro”. Esta constatación no es un dato menor. Facilita un mundo las confusiones.

El concepto de género también es ambiguo. Comencemos diciendo qué “no es” género, como es usual encontrar en los escritos feministas sobre el tema. Género no es sinónimo de sexo, es decir no es igual decir “soy hombre” que decir “soy macho” o “soy masculino”. Puede una persona tener pene y ser feminista, gay, travesti y no ser masculino o macho. De igual modo, puede una persona tener vagina y ser profundamente patriarcal. Sin embargo, no podemos negar que la relación entre sexo y género es estrecha, pero de ninguna manera determinante. El sexo tiene relación con una característica biológica y el género con un atributo culturalmente determinado. Ambos pueden cambiar. El sexo puede cambiar con una operación y el género con cierta adscripción a una identidad que puede no coincidir con el sexo.

El género tampoco es sinónimo de mujer. Reducir la idea del género a un asunto solo de mujeres es una forma de restringir el concepto y también restringir las potencialidades de cambio social que puede tener la categoría. El género comprende a hombres, mujeres, homosexuales, travestis, lesbianas y demás posibilidades identitarias. Aunque no podemos negar que la categoría género ha sido estudiada y creada por las mujeres. Pero ¿quién podría negar que cuando una mujer altera su rol de género no afecta a los hombres que la rodean? Luego, el género no se aplica exclusivamente a las circunstancias personales y sociales de las mujeres.

El género no significa feminismo y esta es quizá una de las confusiones más comunes que escuchamos. Al comenzar mis clases de género, particularmente cuando las personas toman el curso por razones no vinculadas con el contenido de la clase, las personas —particularmente las mujeres— suelen decir que el género es una reivindicación de las feministas y, de

paso, dicen que las feministas son unas locas desubicadas. Sin duda las feministas son quienes utilizan intensiva y cotidianamente la categoría para apreciar y denunciar la realidad, pero esto no significa que existe una identidad entre la categoría y su militancia. El feminismo es un movimiento social que lucha contra la cultura patriarcal. Una herramienta de su lucha es el uso de la categoría de género para sus análisis. Decir feminismo, de forma genérica, como veremos más adelante, tampoco es lo más adecuado. Hay muchos feminismos y no todos son compatibles entre sí.

El género es una categoría de análisis que nos aporta con nuevas luces para apreciar problemas viejos y nos ayuda a apreciar críticamente las relaciones sociales y políticas. Por el género se atribuyen funciones a las personas. “Las funciones de género son aquellas conductas, tareas y responsabilidades que una sociedad considera apropiadas para los hombres, las mujeres, los niños y las niñas.”²

Siguiendo a María Viveros Vigoya,³ la categoría género se aplica en todo ámbito de la vida. Nos centramos, brevemente, en los ámbitos (1) simbólico, (2) normativo, (3) institucional, (4) subjetivo y (5) político.

(1) *Ámbito simbólico*

El ámbito simbólico tiene relación con la creación de mitos, que son constitutivos y estructurantes de una cultura. En los mitos, en todos sin excepción, podemos encontrar caracterizaciones y determinaciones de las personas. Señalemos algunos de ellos.

El mito bíblico de Adán y Eva es uno de los mitos fundantes de las religiones judeocristianas, que es parte de la creación del universo, del mundo y de los seres humanos. Dios, después de haber creado el universo, al final, hace su creación más sublime, que es la creación de los seres humanos. Primero, crea al hombre y, después, de su costilla, crea a la mujer. Este y esta viven en el paraíso terrenal, en donde tienen todo lo necesario para su subsistencia y no tienen más restricciones que no tomar fruto del

2 Organización de las Naciones Unidas para la alimentación y la agricultura. “Por qué el género”. Internet. <http://www.fao.org/gender/gender—home/gender—why/es/>.

3 Viveros, Mara. “Notas en torno a la categoría analítica de género”. *Ética: masculinidades y feminidades*. Comps. Ángela Inés Robledo y Yolanda Puyana Villamizar. Bogotá, Centro de Estudios Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 2000, pp. 56-85.



árbol prohibido. Todo marcha relativamente bien hasta que a Eva se le ocurre transgredir la única norma. Se dice que fue tentada por la serpiente y que tomó el fruto, que era una pobre manzana. Al ser mordida la manzana por la mujer, quien convida al hombre, y al percatarse Dios del quebrantamiento de la norma, este no tolera la desobediencia y expulsa al hombre y a la mujer del paraíso, condenando al hombre a trabajar con el sudor de la frente y a la mujer a parir con dolor.

El mito, sin mucho analizar, nos da ya un valor relacionado con la mujer: es secundaria (sale de una costilla, que es el cuerpo principal), y es mala porque desobedece. Desde el lado de género, podría hacerse una lectura diferente. La mujer es la persona que tiene curiosidad, ansia de sabiduría, no se somete, no es conforme, se rebela, busca lo mejor, tiene derecho de aspirar comprender el porqué de las reglas y el porqué Dios prohíbe.

Otro mito, también relacionado con una de las religiones judeocristianas, tiene que ver con la Virgen María. Junto a este texto, podemos ver a la Virgen Dolorosa, que ha sido particularmente importante en mi formación juvenil. La entrada de la Virgen en la vida de una persona que estudió en un colegio católico, estuvo llena de ritos. Uno de ellos fue la entrega de nuestra madre biológica a esta madre simbólica, en el altar y durante una misa. Había una oración que normalmente la rezábamos todas las mañanas, cuando le visitábamos antes de iniciar las clases, que era el “oh Madre Dolorosa”. También teníamos que rezarle más de una vez cuando los padres, en confesión, nos mandaban como penitencia cuando decíamos pecados del calibre masturbación.

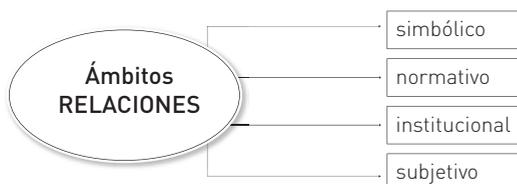
Al final del colegio, cuando uno estaba cerca de graduarse, como pocas personas en la ciudad, teníamos el privilegio de arrodillarnos frente al cuadro, cara a cara, y prometerle fidelidad. ¡Qué decir del himno!, que se cantaba cada 20 de abril y de la historia del milagro que nos reiteraban cada año: la virgen llora en el cuadro y lloró de verdad ante unos estudiantes, como nosotros, pecadores e incrédulos, por nuestros pecados. De hecho, cada espada que le atraviesa el corazón de la pobre virgen, es cada uno de los pecados nuestros. Al final, la pobre era acribillada con miles de espadas que cotidianamente, en nuestras miserias y con nuestra lascivia de adolescente, le propinábamos. Y ahí estaba nuestra imagen de mujer perfecta, divina, irreprochable: virgen, pura y sacrificada. Después, inconscientemente, con ese patrón que se reflejaba en nuestras madres biológicas, buscaríamos novia y esposa. ¡Qué difícil tarea soportar a un hombre con estas expectativas de mujer!

Otro mito poderosísimo, que ya tiene algunos años influyendo particularmente en las mujeres, es el de la Barbie. La Barbie no solo es una muñeca a la que se le puede cambiar de ropa o peinar, también determina los modelos de belleza: flaca, blanca, rubia, delicada, todo lo contrario a lo que natural y espontáneamente es cualquier ser humano. Además, la Barbie tiene una forma de vida muy adaptada a nuestro sistema económico: acumula vestidos, se pasa peinando, tiene carro deportivo, motocicletas, casas lujosas, mascotas, joyas y mil accesorios que solo pueden tener las personas más privilegiadas del sistema. En el mundo de la Barbie no hay fealdad ni pobreza. Esta forma de vida basada en una forma de belleza y en una manera superficial de existir, va moldeando nuestras expectativas y nuestros sueños. Es un mito, porque esta aparente perfección no existe.

Sin embargo, la aspiración de ser como una Barbie y tener su ritmo de vida sí existe. Con ese patrón, al mirarnos en el espejo no vemos una Barbie y si miramos lo que nos rodea tampoco encontraremos a un Kent ni una casa llena de lujos. La distancia entre el sueño y la realidad genera una terrible frustración.

Mencionemos un mito más: la Caperucita Roja. La Caperucita es una niña que se caracteriza por ser cándida y obediente. Su madre le ordena llevar una canasta de comida a su abuelita, que está en cama y seguramente enferma. Su madre le advierte que el bosque es peligroso y que no debe distraerse. Sin embargo, la Caperucita no puede discernir el peligro y habla con el lobo, y también se distrae en el camino. Sin darse cuenta, la Caperucita le informa al lobo sobre su abuela, quien se adelanta al lugar y planea comer tanto a la abuela como a la Caperucita. Al final, un hombre, leñador, rescatará a la abuela y a la niña.

Solo con estos mitos, unos bíblicos y otros más mundanos, podemos visualizar lo que el sistema patriarcal considera qué es lo que debe ser una mujer: secundaria, encarnación del mal (Eva), pura, sacrificada, casta, entregada incondicionalmente (Virgen María), bella, materialista, flaca, delicada (Barbie), ingenua al punto de la estupidez, incauta, distraída, confiada (La Caperucita). Este es el mensaje que, por varios medios, el sistema patriarcal va determinando los roles de las mujeres. Los mitos son plasmados hábilmente por las normas morales y jurídicas, y reproducidas por las instituciones.

(2) Ámbito normativo

En el aspecto normativo, se interpretan los mitos y los símbolos, y se define lo que es ser mujer/hombre, lo que se debe hacer y lo que se espera que sea y hagan las mujeres y los hombres. En otras palabras, se norma la conducta y la identidad de las personas. Así, por ejemplo, mediante la religión y la imagen de la virgen, a las mujeres se les exigirá recato en su vida sexual; la educación promoverá el rol de madre abnegada; la ciencia demostrará que las mujeres son emocionales; el derecho destacará el rol de víctima indefensa o provocadora. Para enfatizar todas estas exigencias, los medios de comunicación masiva, mediante las propagandas, las series de televisión y las películas, definitivamente marcarán los roles exigidos por la sociedad patriarcal.⁴

(3) Institucional

En el aspecto institucional, la sociedad se organizará de tal forma que promueva o desinhiba el ejercicio de un rol. Promoverá el rol de madre, por ejemplo, en el trabajo con la regulación del permiso de maternidad exclusivo o preferente para las mujeres; promoverá el rol de hombre fuerte desinhibiendo a las mujeres para que ejerzan actividades militares que requieran el tradicional ejercicio de la virilidad, como el uso de armas y estar en el frente de batalla.

Una de las instituciones más importantes, considerada como la célula de la sociedad, es la familia. La imagen de familia patriarcal ideal, que es la

4 Sobre la demostración en el mundo filosófico y científico de la supuesta superioridad masculina, véase Beauvoir, Simone de. *Le deuxième sexe*. Paris, Gallimard, 1976.

conformada por una pareja heterosexual, con un hijo y una hija, además con una mascota, y todos felices, es transmitida en los textos escolares, en las propagandas de pañales, refrigeradoras y hasta de autos, en el ideal de sagrada familia de la biblia, en la regulación del código civil y en las formas cotidianas de aprendizaje. En la vida real nada más lejano: madres/padres solteros, hijos que viven con sus abuelos, parejas homosexuales, hijos que viven con madrastra, niños/niñas abandonadas, maltrato infantil, abuso sexual...

Lo propio podemos decir de la escuela y el rol diferenciado de niños y niñas (unos juegan fútbol y otras conversan), de profesoras y profesores; de la calle, en la que unos se permiten piropear a otras; del derecho y de la justicia, que determina identidades, negándolas o afirmándolas.

(4) *Subjetivo*

Todo el aparataje cultural simbólico, normativo y la organización social acabará construyendo las identidades. ¿Cómo se mira una persona en el espejo? Realmente uno no mira lo que es sino lo que otros dicen que somos, tal como dice la canción “Cuerpos”, de Pedro Guerra:⁵

Lo que ves en el espejo no te gusta.
Tus labios no te gustan, es grande tu nariz.
El espejo son los otros que te miran.
Habitas el espejo y él decide por ti.

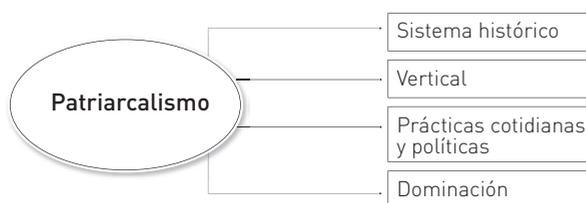
Lo que muestras no eres tú ni lo que eres,
nos muestras lo que piensas que otro espera de ti
y no das nunca la talla que te piden
y el espejo se rompe y te vuelve a pedir.

Y al fin lo que ves ya no dice de ti.
Te buscas y no llegas.
No sabes al fin si eres tú la que ves.
Te miras y no encuentras./Lo que ves en el espejo es lo que
piensas/que quieren los que miran,/lo que esperan de ti./Y te miras al
espejo y no te encuentras. /El espejo es la cárcel que te vuelve infeliz.

5 Internet. <http://www.musica.com/letras.asp?letra=1559055>.

(5) Político

En el ámbito político, hablamos de las relaciones de poder. La categoría género nos ayuda a desenmascarar la relación opresión/sumisión, propio de una organización social vertical y violenta. Por el género podemos mirar críticamente la concepción del poder y su fundamentación. Esta organización social se llama “patriarcado”.



El patriarcado, según Alda Facio y Lorena Fries,⁶ es un sistema histórico de dominación de lo masculino a lo femenino, en el que se subordina y se priva a quienes se les atribuye características femeninas del acceso al ejercicio de derechos. El sistema patriarcal, que se caracteriza por ser vertical y reproducirse cotidianamente y a través de cualquier manifestación del poder, se basa en la desigualdad y en la exclusión.

El sistema patriarcal es androcéntrico. Esto es, que toda la organización familiar, social y política gira alrededor de lo masculino y desde su punto de vista. La palabra del hombre adulto es incuestionable, atiende las necesidades del “ser humano” e invisibiliza la palabra de otras diversidades, como las de las mujeres, indígenas, discapacitados, niños y niñas y más. Por ello, como afirman Facio y Fries, el lenguaje es gínope. Así como el lenguaje invisibiliza a lo femenino y a la mujer, la historia, el derecho, la literatura, las instituciones, el Estado.

La organización social patriarcal está íntimamente ligada con la colonización (en el siglo XV) y la colonialidad (en el siglo XXI). Basta mirar los orígenes de nuestro Estado moderno para tener alguna explicación de la estructura vertical y violenta de nuestra sociedad. En primer lugar, la espada, que simboliza la fuerza de las armas y la organización militar. En segundo lugar, la cruz, que simboliza el uso de la religión y la organización clerical. Tanto el

6 Facio, Alda y Lorena Fries. “Feminismo, género y patriarcado”. *Género y Derecho*. Comps. Lorena Fries y Alda Facio. Chile, LOM Ediciones/La Morada, 1999, pp. 44-47.

uno como el otro fueron y son verticales y también violentos. La estructura de las fuerzas armadas y de la iglesia tienen muchas semejanzas: en la cabeza está un hombre, las mujeres nunca han podido ejercer el liderazgo por impedimentos machistas, se imponen las decisiones por la fuerza o por la fe, pero nunca por la deliberación. Los dos sistemas son violentos, ambos a su manera provocaron muertes reales y simbólicas, y despreciaron todo lo que no era considerado civilizado o católico. En la violencia simbólica, la estructura militar y las iglesias se construyeron sobre la estructura social, política y espiritual de nuestra cultura indígena. Literalmente “sobre” templos indígenas, como queriendo enterrar todo lo pasado por salvaje, por ignorante, por primitivo.

Así que cuando se habla de “descolonizar” o “decolonizar”,⁷ como se quiera, lo que se pretende también es eliminar la organización patriarcal.

En todas estas dimensiones y ámbitos se puede apreciar que la categoría género nos puede ayudar a mirar críticamente la cruda realidad: exclusión y dominación.

Atrás de la retórica liberal, que nos pregona los derechos, la igualdad, la libertad y la fraternidad, tenemos discriminación, opresión y violencia. Los avances de la teoría creada a partir del género, nos permite mirar críticamente otras formas de dominación/opresión, tales como las étnicas, las etáreas, entre otras. Además, el género permite mirar la realidad cotidiana y también la realidad global, así como podemos apreciar la violencia doméstica, nos permite valorar formas de trabajo excluyente en las maquilas, el feminicidio y la pornografía. Pero quizá lo más importante es que pudiendo encontrar por todo lado violaciones a los derechos humanos, también la categoría nos invita a buscar formas emancipadoras de vida, relacionamiento y de estructura social.

El género, como no podía ser de otra manera, también es útil para analizar, crear, interpretar, valorar, impugnar, reivindicar el derecho y su aplicación, que es de lo que nos ocuparemos enseguida.

7 Véase sobre las diferencias entre descolonización y decolonialidad, y las implicaciones en el pensamiento y en el Estado, Walsh, Catherine. *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito, UASB-Abya Yala, 2009.

II. El género en el derecho

Derecho es masculino



El derecho no es y nunca ha sido neutro. Como toda obra humana, tiene la marca de quien la crea. Podríamos caracterizar al derecho desde la ideología (liberal, social, cultural), desde los intereses de quienes lo crean y aplican (burgués, empresarial, propietario, obrero), y desde muchas categorías más.

El derecho, desde el género, tiene la huella masculina. La mano del hombre se aprecia en todas y cada una de las normas en el derecho de la modernidad. El derecho tiene, pues, sexo y es masculino. ¿Por qué las mujeres fueron consideradas personas incapaces de administrar bienes? ¿Por qué las mujeres no fueron consideradas ciudadanas sino hasta bien entrado el siglo XX? Esto en cuanto a dos categorías importantes del derecho. En cuanto a su aplicación, ¿por qué las mujeres ganan menos que los hombres? ¿Por qué hay más hombres que mujeres en puestos de decisión y dirección? ¿Por qué la institución de la maternidad en el derecho laboral acaba determinando el rol materno en la mujer y privando del rol de cuidado al hombre? Sin duda, porque el derecho es construido y aplicado desde la perspectiva masculina.

Para demostrar que el derecho es masculino, debemos antes analizar una de las características de la sociedad colonial y patriarcal: el dualismo. Luego, creo que será evidente la conclusión. El sistema colonial clasifica, a escala mundial, por ejemplo, los países del “norte” global se industrializan y se tecnifican y los países periféricos aportan con materia prima y fuerza de trabajo barata;⁸ los ciudadanos y los desviados peligrosos; los países que acunan el terrorismo y los democráticos (que mediante la guerra promueven los valores de Occidente). A nivel de Estado, los extranjeros y los nacionales, los empresarios y los trabajadores, los ciudadanos y los campesinos, el trabajo productivo y el reproductivo, el trabajo manual y el intelectual.

Quien tiene la capacidad de clasificar y de determinar lugares e identidades, tiene poder y coloniza. En la ciencia, el mundo occidental se caracteriza en clasificar, separar y despedazar para investigar; así, en la química se separa todos los elementos, se los describe y se intenta llegar hasta la última partícula; en la medicina, el cuerpo se los descompone (se despedaza iba a decir, pero sonaba fuerte), ya sea muerto o vivo, se mete las manos,

8 Quijano, Aníbal. “Colonialidad del poder y clasificación social”. *Journal of World Systems Research*, ol. 2, Summer/Fall, Special Issue: Feschtist for Immanuel Wallerstein, Part I. Internet. <http://cisoupr.net/documents/jwsr-v6n2-quijano.pdf>. Acceso: enero 2011, pp. 342-382.

se corta, se saca, se sutura, se cierra, se desangra; en el proceso, se tortura a la persona para encontrar la verdad y confirmar la acusación oficial.

Desde el género, la clasificación se reduce a dos: hombre y mujer, macho y hembra, masculino y femenino. No hay más posibilidades de identidad oficial y este mensaje reductor lo encontramos por donde vayamos y hasta lo justificamos. El baño es un buen ejemplo. Hace no mucho tiempo el baño de hombres no tenía adecuaciones para poder cambiar pañales. Siempre me pregunto ¿cómo resolver el conflicto de a qué baño ir cuando una persona es travesti, homosexual, transgénero o cualesquiera de las más de treinta variaciones que existen sobre la identidad sexual? Cuando uno llena el sin-número de formularios que hay que llenar en las oficinas, en los consulados, en los registros de hotel, en las solicitudes —de—cualquier—cosa, uno tiene que adaptarse a las clasificaciones, comenzando por sexo, pasando por el estatus civil, la edad, trabajo, y terminando en el número de identificación. Al final, la persona pasa a formar parte de un número en una estadística y pierde de alguna manera su humanidad. El sexo nos encarcela en un mundo de determinaciones.

	♀	♂
DUALISMOS	Irracional	Racional
	Emocional	Cerebral
	Dependiente	Independiente
	Privado/casa	Público/trabajo
	Consumo	Producción

Las diferencias no solo son descripciones de características físicas, sino también de comportamientos. Cuando alguien nombra mujer, mil características se vienen a la cabeza. Si yo pido a cualquier persona que dibuje a una mujer, muy posiblemente le pondrá vestido y pelo largo. Si yo pido que describa a una mujer, seguramente me dirá que es una persona sensible, toma decisiones en base al corazón, necesita de cuidado, es un ser social que tiende a hablar más de la cuenta, que le gusta estar en la casa, que es su lugar natural, y que si tiene dinero gasta en cuestiones innecesarias. En cambio, si se piensa en un hombre, en el dibujo tendrá pantalones y pelo corto; entre sus cualidades estará ser calculador, cerebral, independiente desde chiquito y mucho más en la adolescencia, pasará en la calle cuando

socialice, su espacio natural será el trabajo y tiene que ser un macho productivo y mantenedor del hogar. Si alguien cree esto o mira a su alrededor y encuentra estas características unas más acentuadas que otras, entonces será porque vive en la típica sociedad patriarcal.

Género define realidad y valores

	♀	♂
Foto escritorio	Familia importante	Responsable
Desorden	Negligente	Ocupado
Hablar colegas	Chisme	Reunión
No puesto de trabajo	Está en baño	Reunión
No en oficina	Está de compras	Reunión
Almuerzo jefe	Romance	Ascenso

Al momento tenemos la clasificación (hombre y mujer), las características y atributos que la sociedad patriarcal les otorga (racional y emocional), y ahora veamos la representación social que se deriva de la clasificación. Ante los mismos hechos, la lectura es distinta dependiendo del rol que se espera de la persona. Menciono algunos ejemplos escritos por Joan Williams.⁹ En el espacio laboral, tradicionalmente un espacio público, en el que se espera que estén solo hombres, una foto familiar en el escritorio de la mujer significa: “¡Mmm! Su familia estará antes que su carrera!”; en el del hombre: “¡Ah! Un padre sólido, consciente de sus responsabilidades”. No está en su puesto de trabajo, él: “debe estar en reunión”; ella: “debe estar en el baño”. Almuerzo con el gerente, él: “seguro que le van a ascender”; ella: “seguro que son amantes”. Viaje de misión o al exterior, él: “es bueno para su carrera y una oportunidad”; ella: “¿Qué dirá su marido?” La persona contrae matrimonio, él: “se va a estabilizar y va estar más tranquilo”; ella: “pronto se embarazará, será más caro para la empresa si pide permiso de maternidad y finalmente se irá”. Lo que la gente se representa en su cabeza, inconscientemente, en el trabajo, podríamos replicar en cualquier espacio social, como la familia, la escuela o el deporte.

Los dualismos y sus valoraciones que suceden en lo cotidiano, se reproducen cuando se conceptualiza el derecho y se hacen las leyes.

9 Williams, Joan. “Igualdad sin discriminación”. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Avila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ UNIFEM/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pp. 280-281.

Un lugar común, cuando se aprende derecho, es que nos digan que el derecho es racional, abstracto y universal. Hasta se justifican estas características afirmando que, de otra manera, serían normas discriminatorias. Es decir, si el derecho fuera emocional, concreto, con dedicatoria y particular, perdería sus cualidades de regulación justa y hasta se afirmaría que esto era precisamente lo que sucedía en los regímenes autoritarios y se debe evitar. Si uno mira las características de lo masculino, en una sociedad patriarcal, y de lo femenino, y lo extrapola a las características del derecho, concluiríamos que el derecho tiene las mismas características masculinas. En consecuencia, el derecho está sexualizado y es masculino.

Derecho sexualizado

♀	♂
Emocional	Racional
Concreto	Abstracto
Particular	Universal

Al dualismo, le sigue espontáneamente la jerarquía. Una vez establecidas las diferencias entre dos opuestos, uno de ellos tiene un valor superior y otro inferior. “Del mismo modo en que los hombres han dominado y definido a las mujeres, un lado de los dualismos domina y define al otro. Así, lo irracional se define como la ausencia de racional; lo pasivo es el fracaso de lo activo; el pensamiento es más importante que el sentimiento; la razón tiene prioridad sobre la emoción.”¹⁰

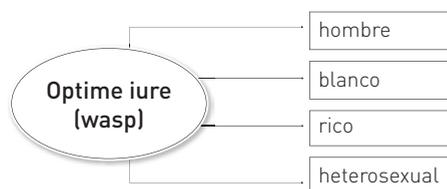
Jerarquizado

♀	♂
Sometido	Domina
Emocional	Optimo iure
Dependiente	Independiente
Privado/casa	Público/trabajo
Consumo	Producción

Entonces, lo femenino es negativo y hay que evitar; lo masculino es positivo y hay que promover. Pensemos, por ejemplo, en la persona trabajadora ideal, desde la perspectiva patronal: alguien que tiene todo el tiempo del mundo para dedicar al trabajo, pues es independiente en el manejo del tiempo (no está vinculado al tiempo de cuidado); no tiene que consultar para comprometerse, porque es dueño del espacio público familiar; es especializado en las actividades productivas. Estas son las cualidades de un hombre trabajador. En cambio, las mujeres están vinculadas a los hijos e hijas y sus circunstancias (si se cae en la escuela, le llamarán a la madre), tendrá que cuidar o encontrar quien cuide a los hijos si tiene que trabajar; tiene que pedir permiso si hace actividades extralaborales.

¹⁰ Véase Frances Olsen, “El sexo del derecho”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, *op. cit.*, p. 139.

El ser humano público tiene características masculinas. La idea que sintetiza esta noción se llama *optimo iure*, que es la imagen del ser humano ideal a la que toda persona, hombre y mujer, niño o niña, tiene que aproximarse lo más posible si es que quiere tener éxito en una sociedad patriarcal.



El *óptimo iure* es un hombre, blanco, rico, heterosexual. Cuando uno mira las constituciones de cualquier país con tradición continental europea del siglo XIX, encontrará características como esta: “Para ser ciudadano se requiere: 1. Ser católico; 2. Saber leer y escribir; 3. Ser casado o mayor de veintiún años”, y para ser miembro del senado: “tener una propiedad raíz libre de cuatro mil pesos, o una renta anual de quinientos pesos.”¹¹ En inglés se utiliza la sigla “wasp” que, en español, significa “blanco, anglosajón, sexista y puritano”.



De hecho, los dos conceptos claves del derecho son precisamente la ciudadanía en el ámbito público, y la capacidad en el ámbito privado. Por la ciudadanía, se tiene la titularidad de los derechos políticos, y por la capacidad, la titularidad de los derechos patrimoniales, ambos vitales para poder sobrevivir en un sistema social liberal. Los dos conceptos, por otro lado, nacen y permanecen como categorías excluyentes. En la ciudadanía la lucha ha sido por ampliar a otros colectivos y al momento se les niega a los extranjeros. Lo propio sucede con el concepto de capacidad. Las mujeres fueron ciudadanas en la primera mitad del siglo XX y capaces a finales del siglo pasado. El primer concepto regulado por la Constitución, y el otro por el Código Civil, los que otorgaban a ciertos hombres la posibilidad de ser actores protagónicos y exclusivos en la vida

11 Trabucco, Federico. “Constitución de 1869”. *Constituciones de la República del Ecuador*. Quito, Editorial Universitaria, 1975, arts. 10 y 21, pp. 201-203.

pública y en la vida privada. Ceder estos espacios exclusivamente masculinos solo se logró a golpe de luchas constantes y cotidianas.

El derecho masculino lo podemos detectar en todas las normas jurídicas del sistema. En unos casos las normas masculinas son evidentes, como aquella del Código Civil (art. 20), que hace universal la palabra hombre y particular la palabra mujer:

Las palabras hombre, persona, niño, adulto, adolescente, anciano y otras semejantes, que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán, comprenderán a ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que, por la naturaleza de la disposición o el contexto, se limiten manifiestamente a uno solo. Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo, a menos que la ley las extienda a él expresamente.

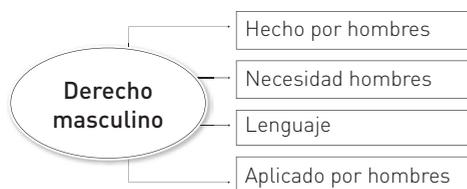
En otros casos, utilizando adecuadamente metodologías críticas de análisis del derecho,¹² se pueden encontrar las necesidades y perspectivas masculinas en las normas. En un ejercicio de investigación en una clase de “género y derecho”, encontramos normas relacionadas a la mujer y la participación de utilidades en la ley laboral, la impunidad para la autoridad familiar masculina cuando se trata de delitos relacionados con la correspondencia en la ley penal, la mujer que se presume que no trabaja en la ley de naturalización, la mujer casada incapaz en la ley comercial, la administración ordinaria que se presume la ejerce el hombre en la sociedad conyugal de acuerdo a la ley civil, y así podríamos enumerar cientos de normas.¹³

Joan Williams, por su parte, deconstruye algunas normas jurídicas y demuestra que fueron hechas desde las necesidades de los hombres. Así, por ejemplo, la legítima defensa, que presupone que es un acto de violencia entre dos hombres, que se pelean en la calle o en un espacio público, que tienen igualdad de armas y en donde la violencia se produce en el instante. Pero, ¿qué pasa si es que la violencia se produce en el ámbito doméstico, entre dos personas que tienen distintos niveles de fuerza, en donde la violencia no es inminente sino sistemática y prolongada en el tiempo? La interpretación tradicional de la legítima defensa no cabe para

12 Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, *op. cit.*, pp. 181-224.

13 Ávila Santamaría, Ramiro. “Crítica al derecho y a la facultad de jurisprudencia desde el género”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *op. cit.*, pp. 240-248.

justificar la necesidad de la agresión para repeler la violencia que sufre una mujer en el hogar.



Por ello, el estándar, desde la perspectiva de género, debe cambiar: actual no es la violencia del momento sino que es la que se viene arrastrando desde el pasado hasta el presente que genera acumulativamente la necesidad de la agresión; la proporcionalidad debe medirse en función de la posibilidades de defensa de la mujer: la única forma de defenderse es cuando el hombre está dormido, de lo contrario, la mujer siempre acabaría siendo víctima. En cuanto a la aplicación, si la ejecución de una medida de protección a la mujer es realizada por un hombre, es muy fácil prever, en la lógica de solidaridad de género, que será un obstáculo para el cabal cumplimiento de una orden judicial. Por ejemplo, en los casos de violencia doméstica, cuando una mujer tiene una boleta de auxilio, que le entrega a un oficial de policía que es hombre, en el camino este —posiblemente también un hombre maltratador en su hogar— desestimulará el uso de la boleta, afirmando que “es mejor reconciliarse, para qué hacer tanto problema, de gana le acusa la marido, quién le va a mantener, por qué divide a la familia, marido es y eso sucede hasta en los mejores hogares, es peor el remedio que la enfermedad” y mil formas de negar y justificar el daño.

En suma, que el derecho es masculino se demuestra porque ha sido elaborado por hombres, desde la necesidad y las perspectivas de los hombres, tiene el lenguaje de los hombres y, en últimas, es aplicado por los hombres. De ahí que podamos presumir que el derecho y la ley provocará situaciones de discriminación.

III. La discriminación por género y el derecho

El derecho al ser masculino genera dos consecuencias inevitables: discriminación de *iure* y de *facto*.



De *iure* porque el derecho, al ser dual y jerarquizado, establece en sus normas un trato desigual que termina restringiendo, limitando o anulando los derechos de las mujeres. De *facto* porque en su aplicación beneficia y favorece a los seres humanos que tienen características masculinas. Pero, ¿cómo puede suceder esto en Estados y democracias constitucionales de derecho? Para entender este fenómeno, conviene analizar con un poco de detenimiento la categoría igualdad, que viene siendo usada y proclamada jurídicamente desde el siglo XVIII.

El concepto de igualdad, como cualquier otra categoría jurídica, puede ser entendido de muchas maneras. La mayoría de las formas de entender la igualdad, paradójicamente, es discriminatoria. De hecho, desde una perspectiva histórica, la igualdad ha sido entendida de tal forma que ha promovido y ha escondido la discriminación. Por esta razón, no es difícil ser escéptico y es factible pensar que la “igualdad” es una falsa promesa y hasta podría pensarse que ha legitimado la dominación. Williams ejemplifica algunos casos en los que, invocando la igualdad, se han acentuado diferencias discriminatorias.¹⁴ Para explicar esta paradoja, Luigi Ferrajoli nos da luces sobre la conceptualización compleja de la igualdad. Para ejemplificar los modelos conceptuales sobre igualdad, Ferrajoli utiliza la categoría de género, “a causa de su carácter originario e insuperable, como una diferencia paradigmática, en el sentido de que ella ofrece el paradigma idóneo para iluminar las restantes diferencias de identidad (de lengua, etnia, religión, opiniones políticas, y similares) en oposición a las desigualdades.”¹⁵ Son cuatro modelos los que desarrolla el maestro italiano.

14 Joan Williams, “Igualdad sin discriminación”, *op. cit.*, pp. 257-262.

15 Ferrajoli, Luigi. “Igualdad y diferencia”. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Trotta, 3ª ed., 2003, p. 73.

(1) Indiferencia jurídica de las diferencias



En este modelo, “las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora.”¹⁶ Cuando no hay regulación, se impone el interés de la persona más fuerte. Cuando existen dos personas o dos grupos humanos y el otro no lo considera, entonces simplemente no hay relación. La invisibilización es una de las peores formas de

trato. Con la invisibilización, se genera insensibilidad y el mal trato, el dolor, el sufrimiento, la exclusión no tienen forma de ser superadas. En el caso de las relaciones entre hombres y mujeres, en una sociedad patriarcal, se concretan en una sumisión al poder masculino y en una imposibilidad de transformación. En los siglos XVII, XVIII, XIX y en la primera mitad del siglo XX, la situación de la mujer y las diferencias, simplemente no fueron tomadas en cuenta y el poder patriarcal mató, torturó, discriminó y no consideró las vidas de las mujeres en absoluto. Cuando no hay prohibición, de acuerdo al ideario liberal, simplemente se podía actuar.

(2) Diferenciación jurídica de las diferencias

Igualdad formal
DOMINACIÓN



En este segundo modelo de consideración de la igualdad y de las diferencias, “se expresa en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras y, por tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades.”¹⁷

Este es típico concepto de igualdad formal, basado en la idea de que “hay que tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes”. Hombres y mujeres son diferentes y hay que tratarlos en consecuencia. Si a los hombres les

corresponde el espacio público y a las mujeres el espacio privado, entonces cualquier intromisión en sus ámbitos deben ser corregidos. En el ámbito étnico, por ejemplo, significó que a los afrodescendientes se les reguló mediante la ley civil como si fueran bienes, bajo el régimen de propiedad; y a los blancos se les aplicó el régimen de libertades establecido en el derecho constitucional. El extremo de esta forma de concebir la igualdad y las diferencias se llama apartheid. Cuando se habla de apartheid no solo hay

¹⁶ Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 74.

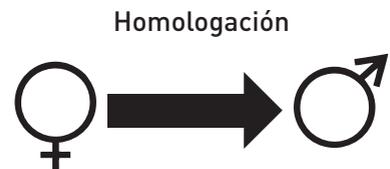
¹⁷ *Ibíd.*

que imaginarse la segregación de un espacio dentro de las ciudades para un grupo étnico privilegiado y otro marginal, como sucedió en Sudáfrica, sino también en lo que sucede en cualquier ciudad moderna, en donde encontramos en las ciudades zonas “salvajes” y zonas “civilizadas”, que pueden ser barrios residenciales, amurallados, con todos los servicios públicos, y barrios tugurios, sin servicios y violentos. De igual modo, existe apartheid cuando la vida familiar es violenta y abusiva y los mismos actores tienen un rol diferente cuando se desenvuelven en espacios públicos. En unos espacios el Estado protege derechos y en otro los reprime, en el uno es demócrata y en el otro fascista.¹⁸

(3) Homologación jurídica de las diferencias

“Las diferencias, empezando por las de sexo, son también en este caso valorizadas y negadas; pero no porque algunas sean concebidas como valores y las otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad.”¹⁹ La idea es que hay que parecerse, asemejarse, convertirse en *optimo iure*. Los afrodescendientes suelen llamar a este fenómeno blanqueamiento; también se puede apreciar cuando las mujeres ejercen un lideraz-

go político muy parecido y violento como se exige que lo hagan los hombres, el ejemplo que se suele poner es el de la “dama de hierro”. En términos jurídicos, se reconoce los valores positivos de lo masculino, se desconocen las características femeninas y se regulan las relaciones de tal forma que fomenten el acercamiento a los privilegios masculinos. De hecho, las primeras acciones del movimiento feminista pretendieron tener los mismos privilegios de los hombres: si los hombres son ciudadanos, las mujeres también; si los hombres tienen capacidad, las mujeres también; si los hombres son racionales, cerebrales, calculadores, pragmáticos, independientes, autónomos, las mujeres también. La homologación promueve la asimilación a la identidad dominante. La mujer, en suma, tiene que ser como un hombre.



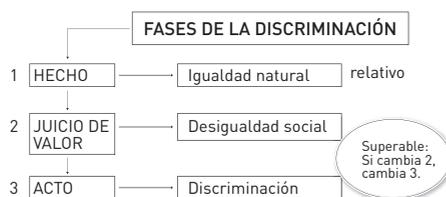
18 Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid, Trotta, 2009, p. 560.

19 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 75.

(4) Valoración jurídica de la diferencia



Este modelo, “garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas a libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales.”²⁰ Este modelo lo podemos llamar con propiedad como igualdad sin discriminación. La frase que sintetiza la propuesta de esta concepción de igualdad y la compleja relación con la diferencia, la ha formulado Santos: “Tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos interioriza, tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza.”²¹ Las mujeres y los hombres, en ciertas circunstancias, tenemos que demandar la igualdad, generalmente cuando se tratan de diferencias sociales y políticas, por ejemplo, si hay personas pobres tienen derecho a exigir mejores condiciones de vida y acortar las brechas con las personas más ricas. En otras circunstancias, cuando se trata generalmente de la identidad, hay que demandar un trato y una consideración diferenciadora. Con esta lógica, el primer modelo, que no valora la diferencia y que solo considera el valor masculino; el segundo modelo, que inferioriza a la mujer y a lo femenino; el tercer modelo, que concede que la mujer puede compartir los valores masculinos a costa de la descaracterización, son modelos todos ellos intrínsecamente discriminatorios.



²⁰ *Ibíd.*, p. 76.

²¹ Santos, Boaventura de Sousa. “Las paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad”. *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya Yala, 2009, p. 60.

Una reflexión más sobre la no discriminación, esta vez de la mano Norberto Bobbio. Se pueden distinguir tres fases o momentos en el proceso de discriminación.²² La primera es un mero juicio de hecho. A simple vista existe diversidad entre todos los seres y grupos humanos: no somos iguales. Esta desigualdad, que podríamos llamarla natural (aunque puede ser relativa esta apreciación porque la cultura marca también la apreciación de los hechos), no es en sí discriminatoria. El segundo momento es un juicio de valor. En esta fase al hecho le doy un valor negativo o positivo, inferior o superior, civilizado o bárbaro, peor o mejor. En esta fase es donde se filtra el prejuicio, que es “una opinión o un conjunto de opiniones, a veces también una doctrina, que es aceptada acríticamente y pasivamente por la tradición, por la costumbre o bien por una autoridad cuyo dictamen aceptamos sin discutirlo... lo aceptamos con tanta fuerza que resiste a toda refutación racional.”²³ El prejuicio no es igual a la ignorancia, porque el segundo con información se resuelve. El prejuicio se resiste a la información o a la racionalización porque “depende generalmente del hecho de que creer como verdadera una opinión falsa corresponde a mis deseos, estimula mis pasiones, sirve a mis intereses.”²⁴ El prejuicio puede ser personal o colectivo. Es colectivo cuando es compartido por un grupo humano y este genera rivalidades, incomprendimientos, desprecios. El “otro” acaba siendo el enemigo al que hay que evitar y excluir. Piénsese, por ejemplo, en el prejuicio que tenemos sobre los habitantes de otro país o de las provincias o ciudades distintas a las nuestras. El prejuicio suele ser el valor con el que juzgo los hechos como buenos o malos. Con estos dos elementos, podemos irnos al tercer momento, que es el del acto o la acción. Siempre que tomamos decisiones basadas en un prejuicio y actuamos, el resultado seguramente es discriminatorio. La discriminación, de acuerdo con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 1, CEDAW), es un acto basado en una categoría prohibida (diferencia por sexo, clase, etnia o cualquier otra distinción), que limita, restringe o anula los derechos de las personas. La discriminación al ser un trato que viola derechos fundamentales, siempre será injusta.

El trato discriminatorio tiene consecuencias graves en cualquier caso. Cuando se trata de políticas de Estado y de prejuicios colectivos, y además se restringen las



22 Bobbio, Norberto. “La naturaleza del prejuicio”. *Elogio de la templanza y otros escritos morales*. Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1997, p. 162.

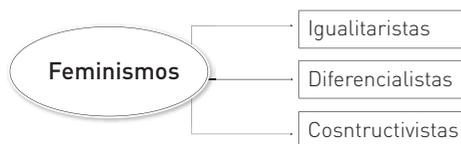
23 *Ibid.*, p. 157.

24 *Ibid.*, p. 158.

garantías, se puede llegar primero a la exclusión de grandes grupos humanos, segundo a la segregación social que, como hemos dicho, es el apartheid, y en tercer lugar se acaba en masacres. Este proceso, que el profesor Zaffaroni lo explica a partir del proceso de criminalización, lo describe y lo demuestra desde una perspectiva histórica y filosófica.²⁵

Desde las perspectivas que hemos venido analizando, resulta que la cultura patriarcal es una fuente permanente de prejuicios. A partir de las diferencias biológicas basadas en el sexo, que existen y son cada vez más relativas, como que unos seres tienen pene y otros vagina y senos, se desprenden los prejuicios, que hemos analizado anteriormente. Si concedemos que las diferencias son valoradas en términos negativos, cuando se trata de lo femenino, y positivo, cuando se trata de lo masculino, la consecuencia necesariamente es una sociedad que discrimina. El llamado de atención es que la discriminación cuando es colectiva acaba, si es que no se la afronta y se busca la eliminación, en exclusión, apartheid y feminicidio. Así que la discriminación, *de iure* y *de facto*, hay que combatirla y con fuerza. Esta ha sido precisamente la motivación esencial del movimiento feminista, que ha usado múltiples estrategias, que las vamos a sintetizar en el siguiente acápite.

IV. Los feminismos y los usos del derecho



El movimiento feminista, como cualquier otro movimiento, no es homogéneo en las concepciones ni en las estrategias que se utilizan, quizá coinciden entre todos sus miembros que tienen que luchar en contra de la discriminación y la exclusión de las personas que sufren por la opresión que se genera en una

25 Véase Zaffaroni, Eugenio Raúl y Miguel Rep. *La cuestión criminal*. Argentina, Editorial Planeta, 2011, en particular el capítulo que se denomina “¿Cuándo se cometen las masacres?”, p. 261.

sociedad patriarcal. Siguiendo a Isabel Cristina Jaramillo, podríamos considerar que es el “conjunto de personas, acciones y teorías que asumen un compromiso político con la idea de que nuestras sociedades contemporáneas las mujeres son las perdedoras del juego social, o lo que es lo mismo, al compromiso con la idea de que nuestras sociedades son patriarcales, es decir, aquellas en las que existe una supremacía de lo masculino.”²⁶

Ensayar una tipología sobre los feminismos es tan complejo, que siempre será reduccionista en el sentido de la imposibilidad de captar la diversidad existente en la realidad. Por suerte la realidad nunca se deja moldear por la teoría, y siempre la supera. Sin embargo, para procurar entender la realidad, al menos desde la racionalidad occidental, se hace inevitable usar categorías. Con esto quiero decir que no se puede encasillar a un grupo humano y su lucha en una categoría conceptual. La división que exponremos, basada en el texto de Jaramillo con algunas variaciones, solo tiene sentido en términos pedagógicos.

A los feminismos podemos agrupar en tres grandes grupos: (1) igualitaristas, (2) diferencialistas o esencialistas, y (3) constructivistas.

(1) Igualitaristas

El movimiento feminista igualitarista es aquel que ha luchado históricamente por la igualdad entre hombres y mujeres, y ahora entre los diversos géneros. De lo que se entienda por igualdad, tenemos algunas variaciones. El primer movimiento posiblemente fue aquel, “el sufragista”, que reivindicó la igualdad formal, promovida por los hombres liberales en el siglo XVIII. La idea era que a las mujeres se les reconociera iguales derechos en la participación política y en el acceso a ser partícipes del patrimonio y del juego del mercado. Las primeras reivindicaciones jurídicas fueron en este sentido: reconocimiento del derecho al voto, y para ello se puso énfasis en la eliminación de las barreras formales. Como se verá más adelante, las diferencias no fueron tomadas en cuenta y se acabó reforzando un modelo patriarcal con la concepción de un ser humano político, laboral y ciudadano ideal, que era el hombre. Además, se trató de una reivindicación propia de una mujer burguesa, en el sentido de ser de una clase económica dedicada al comercio.

IGUALITARISTAS	
LIBERALES	SOCIALES
Igualdad formal	Igualdad material
Derechos políticos	Derechos sociales y económicos
Voto/participación política	Laboral/seguro social

26 Jaramillo, Isabel Cristina. “La crítica feminista al derecho”, en Ramiro Avila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, *op. cit.*, p. 108.

La segunda variación de las igualitaristas, que tuvieron una comprensión de la igualdad desde la perspectiva marxista, tuvo que ver con la igualdad material y sustancial. Se consideró que la igualdad en libertad no tiene mucho sentido, sino es también igualdad social, se constató además que la desigualdad de acceso a los bienes de producción y a los recursos económicos era diferente en función del género. El énfasis se puso en el área laboral: mala remuneración, jornadas de trabajo largas, igual tratamiento a mujeres embarazadas, no ascenso y, en general, a los derechos económicos, sociales y culturales. Algunas feministas marxistas, llegaron a cuestionar la estructura económica de explotación, asociando con el sistema patriarcal-capitalista.

(2) Diferencialistas o esencialistas

La segunda tendencia del movimiento feminista, y quizá la más común en nuestro medio, tiene relación con la reivindicación de la diferencias y el reclamo por el reconocimiento y valoración de la femineidad. La idea central es considerar que las labores y las características de lo femenino no son negativas, sino más bien positivas. Esto es, la sensibilidad, el pensamiento concreto, el rol de cuidado, el espacio privado y la maternidad. Por oposición, puede suceder, y de hecho esto se suele sentir, las características masculinas en una sociedad patriarcal son negativas. Todo lo que huele a hombre es sospechoso y debe ser combatido. Podemos distinguir dos tendencias, una la que relaciona a la madre tierra con lo femenino, que las podemos llamar “ecofeministas”. Esta tendencia

DIFERENCIALISTAS	
ECOFEMINISTAS	RADICALES
Medio ambiente	Derechos sexuales
Pacifismo	Derechos reproductivos
Madre tierra	Pornografía

supone que las mujeres son naturalmente cuidadoras, no solo de los hijos/as y de las personas que requieran atención, sino también de la naturaleza. Así como la madre tierra nos da la vida, así las mujeres dan la vida a los seres humanos. El cuidado se opone a la destrucción, por tanto, las mujeres no podrían ser violentas o hacer la guerra. “La guerra es un juego de hombres, la máquina de matar tiene género y es masculino.”²⁷

La solución de los problemas del mundo consiste en poner en puestos de decisión política a mujeres o incluso en imaginar un mundo gobernado solo por mujeres, en el que todo es paz, armonía y solidaridad. Uno de esos

27 Sontag, Susan. *Regarding The Pain of Others*. New York, Picados, 2003, p. 6.

libros que plantea esta utopía es el escrito por Starhawk,²⁸ que es la historia de un lugar gobernado provisionalmente por mujeres (hasta que los hombres desaprendamos nuestras prácticas patriarcales), en el que se practica la democracia, la dulzura, el comunismo y se defiende a la naturaleza, por oposición a las tierras del sur, gobernadas por hombres, en donde hay tanta violencia y destrucción a la naturaleza, que hacen la guerra entre sí y amenazan a las pacíficas tierras gobernadas por mujeres. Otra novela, en la que encontramos a las mujeres en el poder, es la escrita por Gioconda Belli, en la que ellas no proponen capitalismo ni comunismo, sino el “felicísimo”, bajo la premisa de que las mujeres se preocupan todos los días por mejorar la vida de la gente.²⁹

Otra vertiente, que se la conoce como radical, consiste en reflexionar y criticar la forma de entender la sexualidad y los derechos reproductivos. La manera evidente de demostrar que las mujeres son un objeto para los hombres es la pornografía. La mujer es instrumentalizada por los hombres para reproducirse y para comercializarla. Las mujeres no tienen voz y son definidas a partir de la palabra de los hombres. La clave es la superación de esta condición a través de la elevación de la conciencia y de la transformación de la estructura patriarcal. En este espacio no es nada difícil pensar en la eliminación de lo masculino y hasta del hombre.

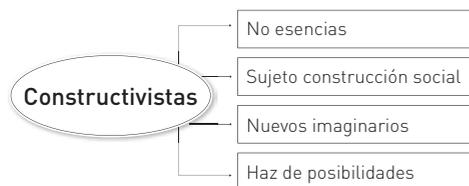
El problema de esta forma de concebir el feminismo es que los hombres no tenemos mucha cabida. La sociedad patriarcal ha sido construida por hombres y será reconstruida por mujeres. En este contexto, no es precisamente la solidaridad lo que aflora ni tampoco la simpatía por un movimiento que puede resultar contraproducente y simplemente cambiar de signo a la opresión y al oprimido. Por otro lado, si es que las características femeninas son naturales, entonces no hay mucho lugar para el cambio, se nace y no se puede alterar.

Finalmente, quizá sin proponérselo, se acaba legitimando la estructura dual y jerárquica odiosa propia del sistema patriarcal. La construcción de un mundo no patriarcal debe hacerse entre hombres y mujeres, no solo porque afecta en mayor medida a las mujeres sino porque también afecta, y de forma dolorosa y grave, a los hombres, que ejercemos un poder que también nos afecta.

28 Starhawk. *The Fifth Sacred Thing*. New York, Bantam Books, 1993.

29 Belli, Gioconda. *El país de las mujeres*. Argentina, eBooks, 2011.

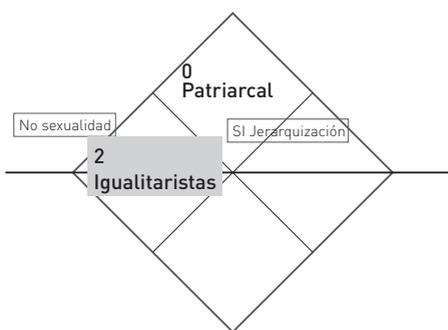
(3) Constructivistas



La tendencia constructivista, también conocidas como postmodernas, considera que las identidades y las estructuras sociales que generan inequidad y exclusión son construcciones culturales que pueden cambiar y transformarse. No hay esencias ni determinaciones naturales que no puedan ser alteradas. El sujeto y la sociedad pueden ser contruidos de forma distinta. Si ahora son controlados y objetos, pueden ser liberados y sujetos. El problema del género no es un problema solo de las mujeres, sino también de todos los hombres y personas. De hecho, cuando hay una mujer que se torna feminista, todo su entorno entra en crisis. Conviene que ese entorno integralmente cambie y no solo uno de sus miembros. ¿Puede existir algo más o menos que el dualismo hombre y mujer? ¿Pueden existir centenas de identidades? ¿Podría no existir lo masculino y femenino? Las constructivistas critican el mundo patriarcal y pretender construir un mundo distinto, que es un haz de posibilidades. Una de las mujeres constructivistas que

más admiro se llama Elizabeth Badinter. Ella ha podido desmitificar la idea de maternidad, que es una construcción histórica muy vinculada con la modernidad industrial y que no es natural;³⁰ ha podido desmitificar la idea de que el hombre goza del poder en el patriarcalismo y demostrar que construir la masculinidad es un proceso doloroso y oculto también para los hombres;³¹ y también ha desmitificado la idea de que las mujeres no son violentas y que también pueden causar daño y hasta ser cómplices de genocidios.³² Así

que este mundo patriarcal nos duele a todos y a todos compete cambiarlo. Esa es la propuesta constructivista, que invita a luchar en conjunto por



30 Badinter, Elizabeth. *Le conflit, la femme et la mère*. Paris, Le livre de poche, 2010.

31 Badinter, Elizabeth. *XY, de l'identité masculine*. Paris, Le livre de poche, 1992.

32 Badinter, Elizabeth. *Fausse route*. Paris, Le livre de poche, 2003.

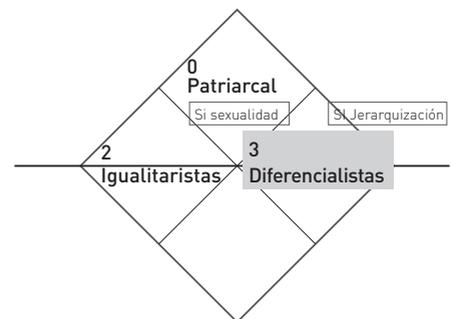
la eliminación del patriarcado. No tiene sentido idealizar a lo femenino si es que eso significa mantener la sexualización la jerarquización.

Ahora veamos, desde la perspectiva jurídica, las estrategias de cada tendencia y las valoraremos desde una perspectiva crítica y constructivista, para ello voy a seguir especialmente a Frances Olsen³³ y a Joan Williams.³⁴

Hemos dicho que el derecho es masculino, sexuado y jerarquizado. Cuando esto sucede podemos sostener con propiedad que estamos frente a un derecho patriarcal. El derecho es sexuado en tanto distingue lo masculino y lo femenino, y es jerarquizado porque valoriza positivamente lo masculino (*optimo iure*), e invisibiliza o valora negativo lo que se considera como características femeninas.

Las igualitaristas rechazaron la sexualización de los dualismos, en tanto consideraban que las mujeres merecían los mismos privilegios que gozaban los hombres. Sin embargo, aceptaron la jerarquización de los dualismos: la consideración de lo masculino como positivo y óptimo, significó aceptar que lo femenino era negativo. Las mujeres son emocionales, pero podían ser racionales; las mujeres ocupan los espacios privados, pero podían traspasar al espacio público; las mujeres realizan roles de cuidado, pero también productivos.

La crítica al derecho desde esta perspectiva se convirtió en un mero reformismo legal. Se critica que el derecho racional, objetivo, abstracto y universal sea una característica masculina exclusivamente. Las mismas cualidades también tienen las mujeres, siempre que recoja sus necesidades. Las reformistas denuncian el trato diferenciado en lo formal: no votan, luego debe reconocerse expresamente el derecho al voto. En la igualdad sustancial, las reformistas exigen tomar en consideración las diferencias y que se reconozca un tratamiento legal especial. El ejemplo más evidente es la regulación laboral de la maternidad. Solo la mujer es madre, da a luz y da de lactar, no el hombre. Luego, merece una norma especial que regule permisos, remuneración, tiempos de trabajo, cuidado de los niños y niñas durante el embarazo, el parto y la lactancia. Superada la excepción, vuelve la relación laboral a ser regulada conforme las necesidades de los hombres. La igualdad se juzga



33 Frances Olsen, "El sexo del derecho", *op. cit.*, pp. 137-156.

34 Joan Williams, "Igualdad sin discriminación", *op. cit.*, pp. 280-281.

comparando a las mujeres con los hombres; las mujeres deben demostrar que son diferentes o que se les trata diferentes que a los hombres. La esfera doméstica, que no es de interés de los hombres, simplemente no tendrá regulación y está excluida del derecho. Las mujeres, en este contexto, no tendrán defensa efectiva frente a problemas como la violencia doméstica y las funciones o roles de cuidado son simplemente desvalorizados o, más aún, invisibilizados. La igualdad formal, por otro lado, en su aplicación en algunos casos ha acabado beneficiando a los hombres. Por ejemplo, la norma que establece que hombres y mujeres tienen igual derecho para la custodia de los hijos e hijas; cuando hay un divorcio ha permitido que los hombres chantajeen a las mujeres y amenacen con solicitar la custodia si es que se pide una pensión alimenticia mayor. Es decir, el padre iguala en derechos a la mujer sin haber ejercido cotidianamente los roles de cuidado y tiene un mecanismo de control de la mujer.

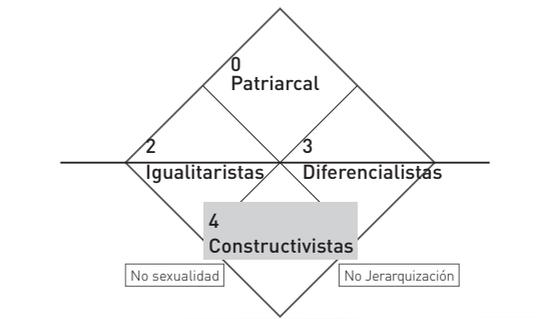
Las diferencialistas, por su lado, admiten la sexualización y la jerarquización del derecho, pero “dando la vuelta a la tortilla”. Es decir, el derecho debe tener características femeninas (sexuado), reforzando de este modo la idea del dualismo; y lo femenino debe prevalecer (jerarquización). Describe al derecho con otros adjetivos: concreto, responsivo, receptivo. Desde esta perspectiva se critica el proceso litigioso, que demuestra una característica típica de la violencia masculina y de su tendencia al conflicto, la supuesta racionalidad del derecho demostrando que muchas decisiones se toman de forma arbitraria, la organización jerárquica masculina y por supuesto la guerra como máxima expresión de la inoperancia del derecho masculino. Entre las reformas jurídicas que se promueven se destacan las penales. Se apuesta a que el uso del derecho penal pueda resolver simbólicamente el problema de la dominación y violencia masculina. Entonces, se promueve la penalización de la violación conyugal, el aumento de penas en violencia doméstica, la tipificación de los delitos de trata, feminicidio, acoso sexual, acoso laboral, la sanción al consumidor de pornografía, la abolición de la prostitución.

Sin ánimo de negar en absoluto que todos los problemas que generan daño y dolor merecen una reacción decidida y eficaz por parte de la sociedad y del Estado, el uso del derecho penal como una forma de solucionar las manifestaciones más violenta es una trampa. Uno de los discursos más agudos en contra del poder punitivo en general y en el uso por parte de movimientos emancipatorios, como el feminista, en particular, lo ha desarrollado el maestro Zaffaroni.³⁵ El profesor argentino demuestra que el poder punitivo

opera de forma selectiva y discriminatoria y que es un pilar fundamental del patriarcalismo, porque es jerárquico, disciplinante, dominador, subordinador, inquisitivo, violento y controlador. Además, la víctima tiene un trato como un mero objeto de prueba y que tiende a revictimizar. Por otro lado, el conflicto de la víctima es usurpado por el Estado, que suspende o agrava el conflicto original, degradando al victimario e invisibilizando a la víctima. En suma, el poder punitivo es masculino y resulta contraproducente utilizar un mecanismo que refuerza la discriminación y que es inútil. A conclusiones semejantes, analizando la eficacia del sistema penal en el ámbito sustantivo y procesal, arriba Graciela Otano cuando afirma que “ni el derecho penal ni el sistema penal parecen ser los canales más adecuados para dar solución y contención a los conflictos que involucran a las mujeres.”³⁶

Las diferencialistas, en suma, aceptan y promueven las diferencias culturales que existen entre hombres y mujeres, solo que consideran que lo femenino es positivo y superior, y lo masculino es negativo e inferior. En esta lógica, se promueve que las mujeres tengan los mismos privilegios que han gozado tradicionalmente los hombres y que los hombres tengan las desventajas que tradicionalmente han sufrido las mujeres, lo cual no hace mucho sentido si lo que se busca es sociedades más igualitarias, más horizontales, menos violentas, más solidarias y más incluyentes.

Finalmente, las constructivistas atacan frontal y decididamente la sexualización y las jerarquías del derecho patriarcal. Demuestra que el derecho sea racional, objetivo, abstracto y universal, pero tampoco niega que deba serlo y que también pueda ser irracional, subjetivo, concreto, particular. La idea es que aceptando que hombres y mujeres son racionales e irracionales, objetivos y subjetivos, abstractos y concretos, universales y particulares, lo que debe desaparecer es la distinción masculino y femenino. En este sentido, el derecho es patriarcal pero no es masculino ni tiene que ser femenino. Lo que ahora es masculino y femenino provoca



35 Zaffaroni, Eugenio Raúl. “El discurso feminista y el poder punitivo”. *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*. Comp. Haydée Birgin. Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000, pp. 19-38.

36 Graciela Edit Otano, “La mujer y el derecho penal. Una mirada de género”, en Haydée Birgin, *op. cit.*, p. 134.

la separación de esferas, como público o privado, que es intolerable porque siempre generará exclusión y privilegio. La idea es romper el imaginario patriarcal demostrando la falsedad de sus postulados y la ineficacia en su aplicación. Así, por ejemplo, los derechos humanos jamás podrán ser universales cuando existen tanta variedad de culturas y de comprensiones de la dignidad y de la justicia; la solución de los conflictos no siempre podrán resolverse de forma racional, cuando hay perspectivas espirituales y rituales de abordar el dolor y el daño; las normas no pueden ser objetivas cuando desde el mismo lenguaje, que es ambiguo y cargado de emotividad, se prestan a la interpretación y a la expresión de intereses particulares de quienes la elaboran.

El constructivismo promueve un derecho que elimine todo tipo de desventajas, sean ahora de los hombres o de las mujeres. Por ejemplo, si se considera, desde la esfera pública, que es una desventaja tener experiencia de vida en el rol de cuidado, la idea es que sea considerado como un privilegio. Así como se debe eliminar las desventajas, se debe extender los privilegios a todas las personas; siguiendo el mismo ejemplo, desde la esfera privada, el rol de cuidado ha sido un privilegio casi exclusivo de las mujeres; extender el privilegio significaría la inclusión del hombre en los roles de cuidado; es decir, si se revaloriza social y culturalmente el rol de cuidado, los hombres también podrán ver como una desventaja el no ejercer este tipo de roles en la esfera privada.

El *óptimo iure* y el estatus de persona estarían desvinculando las caracterizaciones masculinas/femeninas. Por ejemplo, la persona trabajadora ideal sería aquella que puede combinar el trabajo productivo y el reproductivo, manifiesta sus cualidades racionales y emocionales, tiene capacidad para generar pensamiento abstracto y concreto; por el contrario, no sería deseable quien tiene desequilibrios del tipo: se dedica exclusivamente a tra-

bajar productivamente y descuida la atención emocional a sus seres queridos y a personas que requieran socialmente de cuidados especiales. Es decir, los seres humanos deberían tener armonía consigo mismos, entre los seres que le rodean y con la naturaleza (el Buen Vivir).

Lo dicho no obsta que las estrategias feministas usadas por las igualitaristas y las diferencialistas no sean usadas, pero midiendo las consecuencias y pensando en estrategias a largo plazo que nos lleven a

Ejemplos

Diferencialistas /igualitaristas	Constructivistas
Trabajador idel: H Afirman privilegios	Toda actividad valorada Extienden privilegios
Hombre no cuidado Mujer subordinada Afirman desventajas	H y M incluidos Elimina desventajas

superar las dicotomías y las jerarquías, que es lo que exige una verdadera democracia radical.

Pensar el movimiento feminista en términos constructivistas requiere de la participación activa y decidida de los hombres. Sin los hombres no puede haber cambios sociales profundos y radicales, y no porque los hombres seamos actores con particulares características, sino porque somos seres humanos y la sociedad patriarcal nos afecta profundamente. Es más o menos como intentar cambiar de un Estado nacional a uno plurinacional, que es salir de un estado que ha oprimido a los indígenas tradicionalmente a otro en el

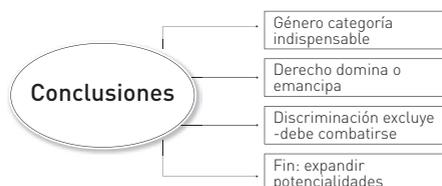
que participen activamente y sin discriminación, solo con la lucha indígena; tanto mestizos —que son los que tienen el poder y definen el derecho— como indígenas tenemos que luchar juntos, que al final quienes se privan de aprender y gozar de la diversidad somos los mestizos. De igual manera en el género, quienes nos quedamos solos, sin afectos, sin gozar de la maravilla que es vivir y sentir la gratitud del cuidado y de la correspondencia en el amor, que perdemos la capacidad de sentir, llorar, abrazar y más manifestaciones del corazón, somos los hombres. Y cuando el trabajo se acaba, cuando el dinero es suficiente y tenemos demás o simplemente no lo tenemos, cuando la enfermedad y el dolor llega, no tenemos más que esperar que alguien ejerza el rol de cuidado, y entonces suele ser muy tarde para darse cuenta que el sistema patriarcal también nos afecta y de forma grave, y que los supuestos privilegios que “gozamos” los hombres han sido también desventajas.

La teoría crítica constructivista obliga no solo a mirar la realidad, las teorías tradicionales que sustentan el derecho patriarcal, sino también mirar a las propias teorías de género, y tienen varias ventajas. En primer lugar, contribuye a decolonizar toda relación social y política. Decolonizar significa liberarse del poder dominante y también de cualquier otro poder que pueda oprimir. En este sentido, desde mi perspectiva, el feminismo esencialista o de la diferencia puede convertirse, si se realiza en otra forma de poder que podría generar dominación. En segundo lugar, en términos personales, promueve una identidad dúctil, que se adapte a las necesidades y a las circunstancias de cada persona, y lucha por la ruptura de las fronteras hombre y mujer. En tercer lugar, en términos sociales, promueve una liberación en todos los aspectos de la vida y de las relaciones sociales y políticas que generan opresión; el género es un factor importante pero está vinculado con



lo personal, lo local y lo global; también está relacionado y no le es indiferente toda forma de opresión. Finalmente, como no podría ser de otra manera cuando se trata de una teoría crítica, se propone deconstruir para construir una realidad distinta, otro mundo posible, el mundo del Buen Vivir, en el que exista una armonía entre los seres humanos, seres vivos y la naturaleza. La crítica sin propuesta es limitada y el fin último, cuando hay opresión y exclusión, es transformar esa realidad, tarea a la que el género y el derecho pueden decididamente aportar.

V. Conclusiones



1. El género es una categoría de análisis indispensable para mirar la realidad, develar la opresión propia de una sociedad patriarcal, deconstruir los discursos, las normas y prácticas sociales,
2. Vivimos en una sociedad patriarcal, que coloniza todos los aspectos de la vida social y política, y se caracteriza por ser vertical, autoritaria y violenta, que genera exclusión y discriminación.
3. La categoría género, al igual que el discurso de los derechos humanos, puede justificar la dominación o

puede promover caminos de emancipación, liberación y transformación. De ahí que sea necesario cuestionar no solo la realidad que oprime, sino también los discursos, incluso los discursos de género cuando estos crean jerarquías.

4. El movimiento feminista es parte de los movimientos sociales y lo que pretende en última instancia es expandir al máximo las potencialidades de las personas y los grupos humanos.

Insistimos en una idea central y con esto retomo el subtítulo de este ensayo. El asunto de género es un asunto de hombres, mujeres y de todas las identidades que se puedan imaginar. Reconociendo que las mujeres son las personas que sufren las peores formas de violencia que provoca el sistema patriarcal, no hay que negar que todos y todas somos víctimas. Si

esto tiene algo de cierto, entonces ¿pueden los hombres también ser parte del movimiento feminista? ¿Existe una visión masculina del género? La primera pregunta, si es que se entiende como movimiento feminista aquel grupo humano que, desde sus espacios y posibilidades, lucha contra la opresión del sistema patriarcal, entonces los hombres podemos también ser parte del movimiento. Ahora, en una sociedad patriarcal, marcada por las diferencias culturales asignadas a hombres y mujeres, es posible que mi visión sea masculina y, más aún, que algunas perspectivas no sean compartidas por muchas compañeras feministas, en particular las que se podría considerar esencialistas o diferencialistas. Pero aún admitiendo estos posibles desencuentros, no cabe duda que la libertad expresión de ideas son parte de un diálogo necesario para poder entendernos y luchar juntos/as por un objetivo común: combatir la exclusión y cualquier forma de poder que genere dolor. Hombres y mujeres debemos hacer causa común, porque el problema es de todos y todas. Basta pensar que mientras sigamos educando a las personas hombre y mujeres con patrones y expectativas distintas, y después la sociedad patriarcal nos exige vivir juntos, el mundo será siempre de desencuentros. No se trata de “medias naranjas” que se encuentran, sino de hombres y mujeres que aprenden y socializan de forma diametralmente distintas y luego se las junta en una misma casa y en una misma casa. ¿No será mejor eliminar las diferencias para tener más en común y por tanto eliminar los roles de género, como proponen las constructivistas? No cabe duda de que si las mujeres son quienes ejercen roles de cuidado y son protagónicas en la enseñanza y en la socialización, son las primeras que promueven y refuerzan los roles de la sociedad patriarcal. No es asunto de buscar culpables, cuando es una cuestión cultural y ancestral. Se trata de ser conscientes y luchar junto y juntas. De alguna forma tenemos que terminar esta organización social que provoca tanta violencia, dolor y muerte. Está ubicado el enemigo: el patriarcalismo, los dualismos, las jerarquías, los determinismos. Es cuestión de juntar esfuerzos. Las grandes revoluciones requieren muchas condiciones y casi todas acaban reproduciendo la misma forma de ejercicio abusivo de poder. Pero hay una revolución cotidiana que provoca y seguirá provocando cambios profundos, y esta es precisamente la que el movimiento feminista persigue. Cuando hay un hombre o mujer consciente de la discriminación y opresión que se produce en una sociedad patriarcal, hay cambios; y cuando hay cambios, hay esperanza de un mundo mejor.



Bibliografía

- Ávila Santamaría, Ramiro. "Crítica al derecho y a la facultad de jurisprudencia desde el género". *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Avila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ UNIFEM/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro. Judith Salgado y Lola Valladares. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ UNIFEM/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- Badinter, Elizabeth. *Le conflit, la femme et la mère*. Paris, Le livre de poche, 2010.
- _____. *Fausse route*. Paris, Le livre de poche, 2003.
- _____. *XY, de l'identité masculine*. Paris, Le livre de poche, 1992.
- Belli, Gioconda. *El país de las mujeres*. Argentina, eBooks, 2011.
- Bobbio, Norberto. "La naturaleza del prejuicio". *Elogio de la templanza y otros escritos morales*. Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1997.
- De Beauvoir, Simone. *Le deuxième sexe*. Paris, Gallimard, 1976.
- Facio, Alda. "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal". *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Avila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ UNIFEM/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- Facio, Alda, y Lorena Fries. "Feminismo, género y patriarcado". *Género y Derecho*. Comps. Lorena Fries y Alda Facio. Chile, LOM Ediciones/La Morada, 1999.
- Ferrajoli, Luigi. "Igualdad y diferencia". *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Trotta, 3ª ed., 2003.
- Jaramillo, Isabel Cristina. "La crítica feminista al derecho". *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Avila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ UNIFEM/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- Olsen, Frances. "El sexo del derecho". *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ UNIFEM/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- Organización de las Naciones Unidas para la alimentación y la agricultura. "Por qué el género". Internet. <http://www.fao.org/gender/gender—home/gender—why/es/>.
- Otano, Graciela, ed. "La mujer y el derecho penal. Una mirada de género". *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*. Comp. Haydée Birgin. Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000.
- Quijano, Anibal. "Colonialidad del poder y clasificación social". *Journal of World Systems Research*, VI, 2, Summer/Fall, Special Issue: Feschtist for Immanuel Wallerstein, Part I. Internet. <http://cisoupr.net/documents/jwsr—v6n2—quijano.pdf>. Acceso: enero 2011.

- Santos, Boaventura de Sousa. "Las paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad". *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya Yala, 2009.
- _____. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid, Trotta, 2009.
- Sontag, Susan. *Regarding The Pain of Others*. New York, Picados, 2003.
- Starhawk. *The Fifth Sacred Thing*. New York, Bantam Books, 1993.
- Trabucco, Federico. "Constitución de 1869". *Constituciones de la República del Ecuador*. Quito, Editorial Universitaria, 1975.
- Viveros, Mara. "Notas en torno a la categoría analítica de género". *Ética: masculinidades y feminidades*. Comps. Ángela Inés Robledo y Yolanda Puyana Villamizar. Bogotá, Centro de Estudios Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 2000.
- Walsh, Catherine. *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, Abya Yala, 2009.
- Williams, Joan. "Igualdad sin discriminación". *El género en el derecho: ensayos críticos*. Comps. Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ UNIFEM/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl y Miguel Rep. *La cuestión criminal*. Argentina, Editorial Planeta, 2011.
- _____. "El discurso feminista y el poder punitivo". *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*. Comp. Haydée Birgin. Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000.



El habitus y su influencia en la representación de las mujeres en la esfera de la vida política

Pablo Alarcón Peña¹

Resumen

La problemática que históricamente se ha generado en la representación de las mujeres en la esfera de la vida política ha obedecido principalmente a razones de género. Frente a ello, varios han sido los mecanismos que se han utilizado para alcanzar, en la medida de lo posible, una representación igualitaria. Entre dichos mecanismos se destacan las acciones afirmativas, medidas temporales que propenden superar los obstáculos o estereotipos que han desequilibrado las relaciones de poder. No obstante, la realidad actual demuestra que dichas medidas se tornan insuficientes.

Ante ese estado de la cuestión, se propone en este ensayo un análisis relacionado con la influencia que tiene el habitus en las desigualdades complejas de género que se advierten en la representación política de las mujeres.

Palabras clave:

*Habitus,
acciones
afirmativas,
género,
masculinidad,
desigualdades
complejas,
representación
política.*

Introducción

Al iniciar este estudio, algunas de las preguntas que se abrieron, me conectaron directamente con el *Segundo Sexo* de Simone de Beauvoir (1949). ¿A quién se considera mujer?, ¿qué es la feminidad? A estas interrogantes la autora intenta dar respuesta en el desarrollo de su obra, criticando y reconstruyendo las definiciones deterministas de “mujer” y “hombre”, y develando que la “feminidad” es un concepto construido por la institucionalidad

1 Baccalaureus Artium en ciencias jurídicas y abogado por la Universidad San Francisco de Quito; diploma superior en derecho, mención derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar; magíster en derecho, mención derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar; doctorando en derecho (PhD), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente, secretario técnico jurisdiccional (e) Primera Corte Constitucional del Ecuador. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Universidad de Especialidades Espíritu Santo de Guayaquil.

patriarcal, y del que derivan condicionamientos de subordinación que la mujer debe cumplir para sentirse dentro de un mundo.

Beauvoir señala que la palabra “hombre” constituye un concepto neutro y positivo que hace referencia a toda la humanidad, en contrapartida de “mujer”, que equivale a lo negativo, lo invisibilizado dentro de lo humano, porque el tipo humano absoluto es el tipo masculino. De allí que la autora ataque el determinismo biológico de ser “hombre” y “mujer”, ya que concomitantemente con este, se vuelven connaturales ciertos roles en ambos sexos, y en vista de que el tipo masculino es completo, en contraposición (bajo esta lógica del determinismo biológico) la mujer es incompleta, relativa, hombre incompleto, “lo otro”, inesencial, tal como la definían varios filósofos. Esa dicotomía hombre/mujer-completo/incompleta, deriva también que todo lo débil, inferior, se adjudique a lo femenino, y que por tanto las mujeres no tengan libre y real acceso al mundo construido “solamente” por los hombres, y es más, deban comportarse y adoptar actitudes e imbuirse de aptitudes, permitidas por ellos.

Estas secuencias de afirmaciones que la autora realiza parecerían anacrónicas en vista de haber precedido al texto una serie de acontecimientos históricos que reivindicaron los derechos de las mujeres, no obstante, y como lo aclara la autora, la emancipación femenina es una cuestión más compleja y profunda, en vista de las taras impuestas por la feminidad construida, y que es considerada como natural; es así que mientras las mujeres se incorporan al mundo “productivo”, entran en conflicto por esa serie de patrones y prejuicios que implican “ser mujer”, asociados siempre con la delicadeza, la prudencia, la pasividad, la sumisión, la inferioridad, y los usos de la moda que aprisionan también a la mujer, ya que la moda, impone también la feminidad. Por esta razón, cuando las mujeres, conquistan cierta posición se sienten privilegiadas, pero también temen a la crítica, y se encuentran divididas entre ser “mujer” y realizar tareas que socialmente estaban asignadas a un hombre circunstancia que también conlleva a ese doble y triple rol de la mujer.

Después de la brillante exposición de un sinnúmero de construcciones sociales que conllevan a la subordinación de la mujer, reconstruidas por Beauvoir, ciertamente descubrimos que “ser mujer”, es uno de esos tantos “armazones” sociales mencionados, que deben ser desafiados, desentrañados, analizados, debatidos, para que cada mujer los desinteriorice posteriormente, y consecuentemente reafirmen la fraternidad entre ambos sexos, sin que uno tenga primacía sobre el otro. Si hay algo que asombra

de leer y releer este libro es lo cotidianas que aún resultan las situaciones descritas por la autora, tomando en cuenta que el libro fue escrito en 1949, es decir ha pasado ya más de medio siglo. Pero precisamente, es esa presencia de esta cotidianidad lo que nos lleva a pensar que “ser mujer” o “ser hombre” es algo más que un simple armazón para ser desarmado, es un algo que se encuentra enquistado en las estructuras sociales, que penetran inclusive la conducta corporal de cada ser humano. Es precisamente aquí, que la categoría analítica *habitus*, propuesta por Pierre Bourdieu, nos ayuda a entender por qué siguen operando la sobrevaloración masculina versus la subvaloración femenina en las diversas esferas de la vida.

I. El habitus y las desigualdades complejas de género (relaciones de poder)

Para Bourdieu el habitus es producido por los condicionamientos asociados a una clase particular de condiciones de existencia.²

Bourdieu define *al habitus* como *un conjunto de sistemas de disposiciones duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predispuestas para funcionar como estructuras estructurantes*, es decir como principios generadores y organizadores de prácticas y representaciones que pueden estar objetivamente adaptadas a su fin, sin suponer la búsqueda consciente de fines y el dominio expreso de las operaciones necesarias para alcanzarlos, objetivamente reguladas y regulares sin ser el producto de la obediencia a reglas, y, a la vez que todo esto, colectivamente orquestadas sin ser producto de la acción organizadora de un director de orquesta.³

El *habitus* para Bourdieu es un conjunto de prácticas realizadas por los individuos sin una previa deliberación,⁴ porque están condicionados a ejecutarlas, al señalar que “no son producto de obediencia a reglas”, indirectamente señala también que no es necesario que exista una norma jurídica coercitiva para garantizar la existencia del *habitus*. No obstante, el *habitus* si garantiza el orden social, es así que Bourdieu menciona que en formaciones sociales, en las que la reproducción de relaciones de producción, no se encuentra asegurada por mecanismos objetivos, el trabajo para mantener

2 Bourdieu, Pierre. *El sentido práctico*. España, Taurus, 1991, p. 92.

3 *Ibid.*, p. 92

4 *Ibid.*, p. 93

las relaciones “*estaría condenado al fracaso, si no pudiera contar con la constancia de los habitus socialmente constituidos y reforzados sin cesar por las sanciones individuales o colectivas*”.⁵

Es interesante pues la relación existente entre *habitus*, orden social y jurídico, aquella nos brinda una entrada para explicar el por qué el derecho condensa desigualdades. Hay un *habitus* de dominación que legitima la existencia de un orden legal basado en relaciones de poder, presentes también en el campo político como en el privado.

Susan Moller Okin señala que se ha desafiado “*siglos de pensamiento y escritos políticos en los que parecían que las mujeres no existían, o durante los cuales su subordinación se racionalizada como natural*”.⁶ Moller considera, que al hacer esto, también se impugnó el concepto de que significa *político*, ampliando este espectro a la vida doméstica, familiar y sexual, en donde se viven relaciones de abuso y explotación también. A pesar de hacer esta importante distinción, la autora centra su trabajo en la “política” como sinónimo de vida política, vinculada con el ejercicio del poder gubernamental.

Retomando la idea de Walzer, de la noción de ciudadanía como eje principal en el tratamiento de la justicia, la autora retoma del debate de la igualdad forma y la igualdad sustantiva. Es así que mientras existe formalmente el derecho al voto para las mujeres desde hace algún tiempo, “*distan de compartir el poder político con los hombres*”,⁷ de este fenómeno da cuenta el bajo número de mujeres electas para cargos políticos. Moller señala que esta representación desproporcionada, no solamente es un problema para el feminismo, ya que como señala Walzer (autor recurrentemente citado por Moller) prácticamente la representación de la ciudadanía, se concentra en varones esposos y padres “de familias aristocráticas, de poseedores de grados, o de capitalistas”.⁸ Por eso Walzer considera que el poder del Estado está colonizado, y él vuelve a los representantes “totalmente irrepresentativos de las distintas variables demográficas”.⁹

5 *Ibíd.*, p. 95

6 Moeller Okin, Susan. “La justicia y las desigualdades complejas de género”. *Pluralismo, Justicia e Igualdad*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1996, p. 160.

7 Walzer, Michael. “La justicia y las desigualdades complejas de género”. *Pluralismo, Justicia e Igualdad*. Buenos Aires, Fondo de Cultura económica de Argentina. 1996, p 163

8 *Ibíd.*, P. 164

9 Susan Moller Okin, “La justicia y las desigualdades complejas de género”. *Pluralismo, Justicia e Igualdad*. Buenos Aires, Fondo de Cultura económica de Argentina, 1996, p 164.

Por medio de cifras porcentuales la autora nos muestra cuán bajo es el nivel de representación político de las mujeres a escala mundial, ostentando un orgulloso primer sitio en representación femenina los países nórdicos.

En un análisis interesante del texto *Las esferas* de Walzer, Moller señala que para hablar de una sociedad justa, la distribución del poder político debe estar atravesada por el género. Moller apunta que para hablar de una sociedad justa, se debe apuntar a la eliminación de la división del trabajo por sexo, utilizar mecanismos que aseguren una representación política de las mujeres más amplia. La autora recoge, la idea de “*esferas separadas*” o “*igualdad compleja*” de Walzer, que insiste y exige que las desigualdades presentes en una esfera, no deben difundirse a las demás; y específicamente cuando Walzer elabora esta idea, su preocupación central está en que la desigualdad existente en la familia, como esfera tradicional, se reproduce en “la esfera del cargo”.¹⁰ La brillante exposición que realiza Moller del caso Zoe Baird/Kimba Word, da cuenta de cómo pesa el rol de madre, en la vida de una mujer o mujeres que quieren acceder a cargos públicos, y cómo la opinión pública está siempre presta a sancionar un *mal desempeño* de este rol. De una relectura al caso expuesto por Moller, es claro que la tarea del cuidado de los hijos, es todavía un asunto de competencia enteramente femenina, y así se legitima social y legalmente, *Un hombre de familia*, no es interpelado públicamente en cuanto al cuidado de sus hijos, porque tradicionalmente esta tarea no es masculina, lo que le brinda al varón un margen amplio de inserción en cualquier cargo público. Walzer propone iniciar un régimen de esfuerzos compartidos, (medida a largo plazo) Moller se refiere a “*trabajo sucio*” y “*trabajo duro*”¹¹ para referirse a las tareas que cotidianamente realiza la mujer; calificativos que muestran como inclusive para autoras feministas como Moller, están subvaloradas.

En este punto, me parece importante ligar lo expuesto por Moller con lo que significa *habitus*. Partiendo del concepto de habitus, anteriormente expuesto, es decir de aquellas *estructuras estructurantes*, que producen que los individuos repitan determinadas conductas sin previa deliberación; es notorio pues que lo que se conoce como familia es un *habitus*. De igual manera las nociones imperantes de masculinidad y feminidad, reproducidas, reafirmadas y legitimadas desde el espacio familiar, son habitus. Si bien, el feminismo con éxito, lento pero seguro, ha logrado desarmar en cierta medida esas nociones tradicionales, las trabas grandes para el

10 *Ibíd.*, 168.

11 *Ibíd.*, p. 171.

acceso proporcional e igualitario de las mujeres a cargos políticos sigue latente. El comportamiento socialmente esperado para una mujer es promover las carreras de sus esposos, siendo lo inverso “una aberración”.¹² Por otra parte, la mujer que tiene una profesión y se desempeña en su ramo, está conminada a lo que se ha denominado la doble jornada, ya que comparte esta tarea con las domésticas, que además no son remuneradas, precisamente porque sigue estando naturalizado el hecho de que las tareas de cuidado del hogar y de reproducción son exclusivamente femeninas y con-naturales al ser mujer.

La desigualdad entre hombre y mujer en la esfera privada garantiza que dicha desigualdad se transmita necesariamente a las demás esferas de la vida como lo menciona Walzer y Moller. Es importante mencionar, un punto destacado del texto de Moller, relativo al por qué las mujeres están subrepresentadas en la política, la autora encuentra dos grandes razones: 1) *el papel en la vida personal y doméstica*; y, 2) *los obstáculos específicamente políticos, a los que se enfrentan las mujeres al tratar de alcanzar el poder en la vida pública o poder político propiamente dicho*.

Para combatir este complejo de desigualdad de género, señala Moller, es necesario atacar todo aquello que viole la igualdad de oportunidades laborales, políticas y apuntar a la reforma de la familia y a la representación proporcional. Es decir que el problema debe ser atacado en el fondo, adoptando mecanismos como los citados, será la única forma de erradicar en el mayor grado posible la desigualdad por la que atraviesa la mujer en la actualidad.

II. Destrucción de la dicotomía entre lo público y lo privado

La descripción y análisis que realiza Moller, basándose en los conceptos y categorías analíticas de Walzer, nos permitan vislumbrar cuán conquistada está la división público/privado, en la vida política propiamente dicha.

Esta destrucción de la dicotomía público/privado (o por lo menos la intención de destruirla) bien puede estar sintetizada en la frase “*lo personal es político*”, a la esfera privada, reconoce que el poder no es una categoría



¹² *Ibíd.*, p. 183.

monolítica, y que lo tradicionalmente invisibilizado, subvalorado y bajo el yugo de lo *privado*, tiene incidencia en la vida pública.

Bourdieu, en su obra *¿Cómo se hace una clase social?*, señala que “la existencia o inexistencia de clases es una de las más importantes apuestas en la batalla política”.¹³ Vale recalcar que, cuando Bourdieu habla de clase, lo hace en un sentido más amplio que la concepción marxista; es así que el autor hace referencia también a una “clase sexual” definición bajo la cual podemos explicar que exista una diferenciación entre hombres y mujeres, con la respectiva subordinación de este último. En esta batalla política, que menciona Bourdieu por perpetuar la clase, a fin de conservar los privilegios que pertenecen a una clase dominante, el derecho juega un papel fundamental. En el acápite anterior se había mencionado, que si bien se ha llegado a una igualdad formal, en términos de ciudadanía, las mujeres siguen en un estado de subrepresentación política. Esta subrepresentación es producto, como lo hemos visto de una extensión de lo que se vive en el campo familiar y de la naturalización los roles de madre y esposa. En el mismo campo legal existiría una tensión en este sentido.

Me parece importante en este punto traer a colación lo que para Bourdieu es el campo jurídico. Uno de los principales conceptos de la sociología *bourdiana* es el concepto de campo, que no es sino una categoría analítica propuesta por el sociólogo francés Pierre Bourdieu, para describir los diferentes segmentos en que está organizada una sociedad. Bourdieu explica cómo el derecho es también un campo, un *campo jurídico*. Como campo el derecho tiene sus propias particularidades, sus propios ritos de paso, sus propias jerarquías. El campo es “*un espacio de actividad social determinado por las actividades estructuradas y reguladas al interior del mismo*”.¹⁴

La ciencia jurídica, de acuerdo a lo que menciona Bourdieu, es concebida por un grupo reducido de juristas como un sistema cerrado y autónomo,¹⁵ siendo el que encabeza esta postura Kelsen. Existe otro que considera que el derecho no es sino una herramienta de los grupos de poder, a esta corriente Bourdieu la denomina *Instrumentalismo*.¹⁶ Bourdieu, al proponer, al idea del *campo jurídico*, se sitúa entre el instrumentalismo y el positivismo

13 Bourdieu, Pierre. “¿Cómo se hace una clase social? Sobre la existencia teórica y práctica de grupos”. *Poder, Derecho y Clases sociales*. Bilbao, Editorial Desclee de Brouwer, S.A. 2000.

14 Bourdieu, Pierre. “Elementos para una sociología del campo jurídico”. *La Fuerza del Derecho*. Pierre Bourdieu y Teubner Gunther. Bogotá, Siglo del Hombre, p. 157.

15 *Ibid.*, p. 155.

16 *Ibid.*, p. 156.

jurídico (que concibe al derecho como un sistema cerrado y autónomo); y señala que si bien la elaboración de las leyes obedecen a la presión de los grupos de poder, tiene una lógica interna de transformación; además acota el autor que la lucha social del derecho, es instaurar el “buen orden”. En esta lucha “se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, consistente en lo esencial en la capacidad socialmente reconocida de interpretar...un cuerpo de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social”.¹⁷ Tiene su propio sistema de jerarquías, tanto de quienes administran justicia como de instancias de operación de justicia.

Este campo del derecho presenta como peculiaridad dentro de sí, una división del trabajo jurídico. Esta división se da entre agentes e instituciones lejos de cualquier concertación consciente (Bourdieu, 1987). De igual manera otra de las reglas de este campo es la constante relación de fuerzas. Esta relación de fuerzas, provoca una constante tensión entre los actores de este campo, circunstancia que, según Bourdieu es lo que hace parecer que el derecho es un sistema de normas basado en principios de equidad y coherencia. Como un *campo*, con sus propias reglas, la hermenéutica en el campo jurídico, es decir la hermenéutica jurídica, se diferencia de la literaria o religiosa, ya no es una en sí misma, es un medio. De igual manera el lenguaje jurídico, tiene sus particularidades, se pretende objetivo y universal, y por esto se recurre al modo verbal indicativo (p. ej: hacer, permitir, sancionar, etc). Toda esta retórica unida al manejo mínimo de los recursos jurídicos, es lo que Bourdieu denomina ESPIRITU JURÍDICO. Como todo campo, cuenta con un capital específico, consistente precisamente en el manejo de los recursos jurídicos. Finalmente Bourdieu, propone la existencia de un campo judicial dentro de este gran campo jurídico, y lo define como un espacio organizado en el que y por el que se opera la transmutación de un conflicto directo entre las partes directamente interesadas en un debate jurídicamente reglado entre profesionales actuantes en representación de sus clientes (Bourdieu, 1987).

Otra conclusión brillante de este autor, es señalar que el derecho es eficaz por la violencia simbólica existente, y cuyas *víctimas primeras son los ajustables*, es decir quienes no son actores en el campo del derecho. Es decir, es eficaz, porque hemos internalizado como legítimo el orden que vivimos en una comunidad imaginada llamada Estado, y que jueces,

¹⁷ *Ibíd.*, p. 160.

legisladores, presidentes, y demás autoridades, tienen la potestad de dar órdenes y debemos en contrapartida acatarlas.

Explica también una primera división existente entre los campos jurídicos, distinguiendo la tradición anglosajona (basada en la jurisprudencia) y la tradición germana (basada en la aplicación de la ley).

Ciertamente, en un aporte valioso el que realiza Bourdieu, con este texto, no solo al campo sociológico y filosófico, sino principalmente al jurídico, ya que al darle la categoría de campo resalta el carácter social del derecho. Precisamente al develar este carácter social del derecho, podemos entender que se presente la tensión que mencionaba; por un lado ha recogido las demandas de los grupos feministas, y ha insertado la igualdad formal en términos de ciudadanía; pero por otro lado, otros cuerpos legales que están insertos también en el campo jurídico y que regula el lado *privado*, mantienen este tipo de sesgos sexistas.

Judith Salgado, al analizar la normativa de centros penitenciarios en Argentina, expone la existencia de una diferenciación legal entre la visita íntima que puede recibir un recluso varón y cómo la mujer reclusa podía ejercer su vida íntima. Mientras a los hombres se les permitía recibir una visita semanal, pudiendo tener relaciones sexuales con cualquier mujer; las mujeres solo podían tener vida íntima con su esposo o conviviente.¹⁸ Este ejemplo es solo una pequeña muestra de cómo inclusive al hombre se le permite vivir a plenitud de su propio cuerpo, mientras que está justificado la represión del cuerpo y de la vida sexual de las mujeres.

Salgado recoge en su artículo, un hallazgo de un texto de Alda Facio, reconocida jurista feminista: “cuando el hombre es el modelo de ser humano, todas las instituciones, creadas socialmente responden solamente a las necesidades sentidas por el varón, o cuando mucho a las necesidades que el varón cree que tienen las mujeres...”.¹⁹ Este argumento de Facio explica plenamente el caso de las prisiones argentinas descritas por Salgado.

Es necesario apuntar hacia una democratización del espacio familiar, para poder democratizar otras esferas como la legal y la política. Es notorio, también a la luz de lo que nos dice Alda Facio, que aparte de establecer una igualdad formal en términos de ciudadanía, quienes en su oportunidad

18 Salgado, Judith. “Género y derechos humanos”. *Foro Revista de Derecho*, n.º 5. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 2006, p. 168.

19 *Ibíd.*, p. 169.

legitimaron el derecho a la mujer al voto, obviaron totalmente otro tipo de necesidades que les ocasionaría incursionar en la vida pública, y tampoco existió una reflexión, ni una deconstrucción de qué significa ser hombre o ser mujer, y la consecuente redefinición de masculinidades y feminidades.

Para destruir la dicotomía público/privado, es necesario desenzimar lo que se entiende por varón y mujer, y los roles connaturales a estos. Moller expone que en sociedades donde la mujer tiene más acceso a cargos públicos, el Estado ha asumido mayores responsabilidades con el bienestar social, con los niños, erosionando esta dicotomía;²⁰ es decir a nivel de las políticas públicas, el Estado asumió una postura, cambiando de paradigma, en el que los niños y niñas dejaron de ser responsabilidad exclusiva de las madres y del espacio privado, para asumir que tanto la crianza de estos, como el bienestar social, forman parte de la esfera de lo público o político y son parte de una responsabilidad compartida entre hombre y mujer. Son claros ejemplos de mecanismos tendientes a la proporcionalidad de la mujer en la vida política, acciones de fondo, a largo plazo pero eficaces.

III. Naturaleza y objetivos de las acciones afirmativas

Como ya observamos en los acápites anteriores, la cuestión de la subrepresentación femenina tiene una fuerte raigambre en las instituciones legales, principalmente en las instituciones sociales, que suelen ser más pétreas que las primeras y cuyo cumplimiento está garantizado por el *habitus*.

La subvaloración femenina, ese espacio de *otredad*, y el *habitus* que está detrás de la dominación masculina, es causa suficiente para que la sola igualdad formal no baste para tener una cuota política representativa, con un proceso de elección simple. A fin de corregir estas desigualdades se han propuesto medidas de corto plazo, como la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, para permitir que las mujeres tengan acceso a cargos políticos.

Esta es una medida de redistribución. La solución para la injusticia económica, según Nancy Fraser, podría ampliar: *la redistribución del ingreso, la reorganización de la división del trabajo, someter la inversión a decisiones democráticamente adoptadas, o la transformación de otras estructuras*

20 Susan Moller Okin, *op. cit.*, p. 183.

básicas, que la autora más adelante las agrupa en un solo término: REDISTRIBUCIÓN.²¹ La Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, en este sentido, no tiene solo como objetivo la redistribución política, sino también la económica, ya que al permitir acceder a determinados cargos políticos a las mujeres, les permite también ser beneficiarias de un ingreso económico, del que antes solo eran beneficiarios los varones.

En Ecuador, el artículo 94 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, entre otras cosas establece que en las listas electorales las mujeres deben tener una cuota mínima, debiendo tener una ubicación alternada y secuencial. Esta forma alternada y secuencial, es la que precisamente consagra una medida de acción positiva, que busca que las mujeres accedan al poder de una manera real. Consiste en que una mujer debe estar en lista, entre dos varones “de tal manera que si una mujer comienza en el puesto par, otra se ubicará en el siguiente puesto par, y así sucesivamente a lo largo de la lista hasta completar el porcentaje mínimo de mujeres que corresponda.”²²

IV. La familia en el Código Civil y Código Orgánico de la Niñez ecuatorianos

Siguiendo con el tema de la familia como primer espacio productos y reproductor de desigualdades, y más allá de lo establecido por la Ley de Cuotas, observaremos que el marco legal regulador del ámbito privado, que es el Código Civil, contiene instituciones anacrónicas dentro de sí, y parte de una concepción tradicional de la familia, de pareja (heterosexual). Así podemos encontrar normas con sesgos sexistas y patriarcales, como es el caso de la administración de la sociedad conyugal, prevista en el artículo 180 del Código Civil, en donde se establece que a falta de estipulación expresa, se entiende que el administrador de la sociedad conyugal tendrá que ser el esposo (el varón).

El Código Civil ecuatoriano está inspirado en su totalidad en el Código Civil Napoleónico, habiéndose reformado algunas veces, y en partes específicas, pero conserva la estructura patriarcal y androcéntrica.

21 Fraser, Nancy. *Justicia interrupta: reflexiones críticas desde la posición postsocialista*. Bogotá, Siglo de Hombres Editores, 1997.

22 Goyesm, Solanda. “Cumplimiento parcial de la Ley de Cuotas en el Ecuador”. Internet. <http://7772.14.205.104/search?cache:99DXLTp5kasJ:www.unifemandina.org>.

Uno de esos sesgos patriarcales y androcéntricos es posible vislumbrar en cómo está configurado el matrimonio; estructura cerrada que si bien ha ido incorporando algunos avances en cuanto a la igualdad entre cónyuges, el hecho de legalizar e instituir solamente la unión heterosexual, da cuenta que aún es base de la familia nuclear, construcción que es patriarcal y sexista.

Por otra parte, el Código de la Niñez y Adolescencia, que regula el tema de familia, con respecto a la maternidad y al cuidado de los niños, si bien establece una responsabilidad conjunta de padre y madre, y trasluce una política pública estatal que vela por el bienestar de niñas y niños; también es cierto que parten de la base de una familia nuclear, heterosexual. Es importante anotar también otro aspecto que es fundamental en la discusión de la igualdad de género, y aunque no está relacionado directamente con lo político (con la esfera de lo público), es bastante decidor con respecto a la deslegitimación de la soberanía del cuerpo de la mujer; me refiero específicamente a la norma que señala que se protegerá la vida desde la concepción.

V. Conclusiones

Tal como señalo en el presente trabajo, las acciones afirmativas, entendidas como formas o mecanismos encaminados a la representación profesional de la mujer en la vida política, son por su naturaleza acciones a corto plazo. Es decir que cuando no han podido ser superados aquellos obstáculos o estereotipos que han desequilibrado las relaciones de poder en razón del género, son y deben ser utilizados hasta equiparar dicha relación. Acciones de este tipo, son por ejemplo, aquellos sistemas electorales como se vio en uno de los acápite expuestos, que buscan acelerar la igualdad entre hombres y mujeres en la participación electoral y el acceso a los puestos de elección popular, ocupados mayoritariamente por varones.

El conflicto surge cuando a pesar de la existencia de dichas acciones, la subrepresentación de la mujer en la esfera de la vida política se mantiene. Aquello, pone en evidencia la necesidad de adoptar mecanismos alternativos que ataquen el fondo del problema y no únicamente su forma, es decir la adopción de acciones, que si bien pueden ser a largo plazo, erradiquen en el mayor grado posible (sino de manera definitiva) la desigualdad de



género en la representación política de la mujer. El establecimiento de leyes —como el caso de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia— es una acción positiva temporal, lo que quiere decir que no suprimirá dicha desigualdad de manera definitiva, a menos que se tenga en cuenta una realidad social existente de desequilibrio de poder que surge desde la familia (habitus).

Es necesario poner en evidencia, como se ha tratado de hacer en este trabajo, aquella realidad social de desequilibrio de poder proveniente de la familia en razón del género, que sin duda se transmite a la esfera de lo público, en este caso a la representación proporcional de la mujer en la política. Debe deconstruirse aquella dicotomía entre lo público y lo privado, el objetivo es democratizar los espacios cotidianos privados y lograr así la transferencia de poder. Lo político, no solo está en el ejercicio del poder, lo político y las relaciones de poder surgen desde la familia. Las mujeres no solo están subrepresentadas en cargos políticos de elección popular, sino también en el hogar, no ejercen poder en igualdad de condiciones. La familia impone roles sexuales sobre una gama de actividades que se reproducen necesariamente al exterior, razón por la cual, la familia debe ser reformada a partir de acciones políticas públicas y legales, que involucren una responsabilidad compartida en el hogar sobre tareas domésticas e hijos.

A lo largo de este estudio, he procurado buscar mecanismos a largo plazo que tomen en cuenta el habitus, los campos de fuerza dominantes y la realidad social, que a su vez conectados con acciones afirmativas (subsidiarias) logren suprimir en el mayor grado posible aquella subrepresentación de la mujer en la esfera de la vida política.

La verdadera solución es la modificación del habitus, de las estructuras sociales, a partir de prácticas que modifiquen la visión actual de la mujer y elimine aquellas desigualdades. Tal como lo señala Bourdieu, la *denominación masculina* no es más que una construcción mental, razón por la cual, puede y debe reformarse dicho pensamiento en la sociedad, a través de prácticas sociales. El género debe ser reformado. La escasa cantidad de mujeres que llegan a la política (cargos), deben legitimarse, no solo a partir de su elección, sino a través de su ejercicio en el cargo, aquello si bien es difícil por la realidad actual, en donde prevalece y predomina el hombre, logrará una verdadera influencia en la esfera de lo privado y que seguramente modificará las relaciones de poder.

Debe quedar en claro que el presente estudio no pretende deslegitimar, o en su defecto eliminar aquellas acciones afirmativas, como es el caso de

aquellas previstas en la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, pero si es necesario poner de manifiesto, que por sí solas no lograrán una efectiva representación proporcional de la mujer en la vida política. Sin duda, cuando el problema parece imposible de ser superado, las acciones afirmativas son armas legítimas a utilizar por aquellos grupos vulnerables, para de una u otra forma equiparar en lo posible las relaciones de poder. A pesar de ello, en la práctica dichas acciones son vistas de una manera errónea, como si se trataran de acciones de caridad a favor de la mujer, dejando de lado así sus verdaderos dotes intelectuales. Por eso, como se ha señalado en el presente estudio, las acciones afirmativas, entendidas de esa forma errónea, lejos de lograr aquella representación proporcional de la mujer en la política, han afectado la autoestima de la mujer y han contribuido a mantener aquel dominio masculino (que mayor prueba de aquello que los índices estadísticos planteados por Moller Okin y la actualidad en los procesos eleccionarios en el Ecuador). Dichas acciones afirmativas (mal entendidas), en definitiva han contribuido al señalamiento principal expuesto por Bourdieu en su obra *La dominación masculina: una visión que las propias mujeres, sus víctimas, han asumido, aceptando inconscientemente su inferioridad*. La **conexión** entre acciones a largo plazo esencialmente (relacionadas con el hábitus y el campo), y acciones afirmativas a corto plazo, será la forma de abolir en forma correcta las desigualdades complejas de género.

Si bien es cierto es necesaria una redistribución política y económica hacia las mujeres; también es cierto, que los cambios profundos, en las estructuras mismas de la sociedad, no operarán efectivamente si no se apunta a un cambio en la visión tradicional de género. Hay entonces que deshacer mediante políticas públicas educativas que se atrevan a desafiar los estereotipos. Aquellos mecanismos o acciones a largo plazo, son precisamente aquellos expuestos en este trabajo, relacionados íntimamente con la reforma del habitus, la familia y el género.

Es necesario comprender que la subordinación femenina, y la subrepresentación persisten porque son parte de un *habitus*, que si no es contestado con otro paradigma que atraviese todas las esferas (no solo la legal) no se podrá superar la condición de *otredad política* al que han estado conminadas las mujeres.

Bibliografía

- Beauvoir, Simone. *El Segundo Sexo*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1999.
- Bourdieu, Pierre. "Elementos para una sociología del campo jurídico". *La Fuerza del Derecho*. Bourdieu, Pierre y Gunther Teubner. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1987-2000.
- _____. *El Sentido Práctico*, España, Editorial Taurus Humanidades, 1991.
- _____. "¿Cómo se hace una clase social? Sobre la existencia teórica y práctica de grupos". *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Bilbao, Editorial Desclée de Brouwe, S.A., 2000.
- Bourdieu, Pierre. *La dominación masculina*. Barcelona, Editorial Anagrama, 1999.
- Fraser, Nancy. *Iustitia interrupta: reflexiones críticas desde la posición postsocialista*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- Goyes, Solanda. "Cumplimiento Parcial de la Ley de Cuotas en el Ecuador". Internet. http://72.14.205.104/search?q=cache:99DXLTp5kas.J:www.unifemandina.org/un_archives/MM3%2520LAS%2520IDEAS%2520LEY%2520DE%2520CUOTAS%2520EN%2520ECUADOR.pdf+Cumplimiento+Parcial+de+la+Ley+de+Cuotas+en+el+Ecuador&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=ec.
- Moller Okin, Susan. "La justicia y las desigualdades complejas de género". *Pluralismo, justicia e igualdad*. Miller, David y Michael Walzer. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2011.
- Olsen Frances. "El Sexo del Derecho". *Desde otra mirada: textos de Teoría Crítica del Derecho*. Comp. Curtis Christian. Buenos Aires, Editorial Universitaria, 2001.
- Pateman, Carole. "Críticas a la dicotomía público-privado". *Perspectivas feministas en teoría política*. Carmen Castells. Buenos Aires, Paidós, 1996.
- Salgado, Judith. "Género y Derechos Humanos". *Foro Revista de Derecho*, n.º 5. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 2006.
- Willis, María Emma. "La cuota de mujeres en el Área Andina: interferencias de una corporación". *Nadando contra corriente: mujeres y cuotas políticas en los países Andinos*. Quito, Editorial Magdalena León, 2009.

Fuentes legales

Código Civil del Ecuador.

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del Ecuador.

Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia.



La necesidad de una Ley de igualdad entre mujeres y hombres y personas de diversidad sexo-genérica en el contexto de la institucionalización de la Constitución

Ana Lucía Herrera Aguirre ¹

Resumen

El artículo subraya la necesidad de la creación de una “Ley de igualdad entre mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica” que desarrolle doctrinalmente desde un abordaje sustantivo la aplicabilidad del principio de igualdad, así como, desde una perspectiva adjetiva, dé cuenta del andamiaje institucional a partir de una lectura integral y sistémica de la Constitución 2008, que es el marco general en donde se inscribe la temática de género y su futura estructura interna.

Imposible elaborar un documento definitivo que dé cuenta del estado del proceso de constitucionalización de la igualdad entre mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica, a través de un proyecto de ley sin abordar en el análisis tanto la dimensión jurídica, como la política.

Ambas ineludibles en este tiempo en que desde las más altas instancias gubernamentales de generación de la política pública de igualdad,² ha tenido como centro del debate y la acción pública la construcción de una “Ley de Igualdad entre mujeres y hombres y personas de diversa condición sexo genérica”, como se ha denominado al cuerpo normativo que reúne tanto una parte sustantiva que desarrolla doctrinalmente la aplicabilidad del principio de igualdad, así como una parte adjetiva que da cuenta del andamiaje institucional que; desde una lectura integral y sistémica de la Constitución 2008, deben marcar al mecanismo de género y su futura estructura interna.

Palabras clave: Ley, principio de igualdad, interpretación sistemática, género, diversidad sexual.

1 Feminista ecuatoriana, experta en derechos humanos, expresidenta de la Comisión de Transición.

2 La Comisión de Transición.

Desde una perspectiva de derecho constitucional este ante proyecto de ley, de forma rigurosa implementa el principio de igualdad y no discriminación dentro del que —creemos— debe ser el marco normativo de un estado democrático y genéricamente paritario, como también se puede definir al Ecuador a partir de los avances sustanciales incluidos en la Constitución 2008. Aunque algunos autores precisan que en Ecuador no existe una sola Constitución, sino varias y diversas incorporadas todas en un texto o ley constitucional (Montaña, 2011: 25), es evidente que el desarrollo de principios generales de aplicación de derechos entendidos como mandatos de optimización, como es el caso específico del principio de igualdad y no discriminación, buscan alterar tanto el sistema jurídico como la realidad (Alexi citado por Montaña, 2011: 48). Por estas consideraciones es que se hace imposible no escribir conjugando tanto los vaivenes políticos que, a la vez que diferencian posturas dentro de un escenario nacional para las mujeres en permanente disputa, explican plenamente el sustento filosófico jurídico de una ley de este tipo en estos tiempos de re-evolución.

1. Lo político de lo jurídico

La crítica constante y el activismo vindicativo³ de los derechos de las mujeres se expresa desde tiempos de la Ilustración, en los que el feminismo surge como la más grande y profunda corrección al primitivo democratismo. No como un discurso de la excelencia, sino como un discurso de la igualdad que articula la polémica en torno a esta categoría política (Valcárcel, 2008: 59). Una primera ola se deja sentir y se instala en el mundo público en aquellos tiempos del sufragismo (finales siglo XIX, principios del XX) con la vindicación del derecho a la participación política para las mujeres, una lucha histórica que juntó a las mujeres en su diversidad de clase, etnia, filiación política, e ideología. Ser mujer se constituía en un sujeto de derechos que sumaba desigualdades y exclusiones.

La crítica feminista al Derecho parte de la evaluación de este como una de las expresiones más puras del sistema de dominación masculino, por tanto, un producto cultural y político que institucionaliza relaciones de poder y que en su normativa y jurisprudencia refleja todas las formas de discriminación contra las mujeres, sacralizando el carácter subalterno de lo femenino frente a lo masculino. Se trata de un entramado de normas y procedimientos que conforman el derecho positivo como producto que, desde la época

3 Vindicación en el sentido más histórico propuesto por Mary Wollstonecraft, 1792.

de la codificación napoleónica, se ha ido perfeccionando y se expresa fundamentalmente en el derecho civil y penal, ambos con raigambre en el derecho romano y su sustancia patriarcal (Valcárcel, 2008: XX). La crítica feminista al derecho, ubica este ámbito de construcción de sentidos y regulaciones legales para la vida en sociedad, como un territorio en disputa pues en él se cuestiona las fibras más sensibles del paradigma patriarcal: la estructura familiar heterosexual, la propiedad privada y la tradición cultural.

En esta misma línea de disputa del Derecho, en las dos últimas décadas ha tomado fuerza la construcción de leyes de igualdad que reflejan el desarrollo doctrinario del principio de igualdad y la aplicabilidad del derecho a la igualdad y no discriminación. En efecto, en esos años (1990-2010) se dictan 9 leyes de igualdad en América Latina y una más en España a la que se suman las respectivas de las Comunidades Autónomas. Todas son leyes inspiradas y redactadas a la luz de la CEDAW que, expresamente en el artículo 2, exige a los Estados Partes implementar el principio de igualdad en sus marcos constitucionales así como en leyes internas sobre la materia.

En dos décadas, las leyes aprobadas en Iberoamérica han aportado al desarrollo doctrinal jurídico, filosófico y político del principio de igualdad que, en los hechos, ha tenido enormes dificultades y limitaciones para su aplicación. Del reconocimiento a la práctica de la igualdad real median estructuras, instituciones, prácticas, mitos y estéticas profundamente discriminatorias para las mujeres. Las brechas entre géneros, como construcciones culturales y sociales que expresan relaciones desiguales e inequitativas de poder: ¡se hacen eternas!, parecen imposibles de subvertir.

En el país en esos tiempos se optó desde la gestión pública, particularmente desde el mecanismo de género (Consejo Nacional de las Mujeres, Conamu), por construir agendas de igualdad o planes de igualdad de oportunidades (PIOS) evaluados, en ese momento, como medios apropiados y, sobre todo, políticamente viables en la coyuntura. Esas herramientas de gestión de la política pública se logran en un contexto permeado por la histórica miopía del Estado ecuatoriano respecto de las consecuencias concretas que produce en la reproducción económica y social, la diferencia sexual. Sí, nos referimos a esa diferencia que parece tan obvia pero que, sin embargo, resulta tan resistida porque asumirla como base de la discriminación de las mujeres trastoca las estructuras de poder sexo genérico.⁴

4 Marta Lamas, feminista mexicana, sostiene que "Si la diferencia sexual dificulta o confiere posibilidad de ejercer ciudadanía en forma dispar a hombres y mujeres, hay que reflexionar, debatir y hablar sobre la diferencia sexual mucho más de lo que se está haciendo actualmente", precisamente para volver a la centralidad de esa diferencia que resulta básica pues sustenta la discriminación sexo genérica.

En efecto, las agendas y planes de igualdad de oportunidades fueron expresiones de política pública que se construyeron desde un posicionamiento garantista de los derechos de las mujeres, inspirado y acompañado por una cada vez más potente agenda internacional. En el país, el camino de agendas y planes de igualdad de oportunidades fueron medios en general útiles pero poco efectivos para interlocutar con el poder.

2. Lo político de la política

De la mano del gobierno de Rafael Correa y su apuesta por un nuevo pacto constitucional se abrieron otras posibilidades para la agenda política de las mujeres incluyendo el desarrollo de la igualdad como principio fundante enriquecido, a través de los siglos, con los matices aportados por la diferencia de los sujetos y su diversa condición sexo genérica, étnica, etaria. Así, la Constitución 2008 expresa de forma más intencionada el reconocimiento de los derechos como articuladores de un nuevo pacto social que, a fin de cuentas, es la razón última de toda Constitución. En este marco, expresamente se crea la institucionalidad responsable de garantizar la igualdad de condiciones, respecto de “temáticas” específicas entre las que se incluye de forma ambigua la categoría género (Constitución 2008, art. 156). Estas instancias que se deben conformar legalmente como Consejos de Igualdad actualmente tienen un funcionamiento experimental, como es el caso de esta Comisión de Transición, y han permitido constatar las limitaciones institucionales que potencialmente tendrán para cumplir a cabalidad con la función constitucional asignada.

En efecto, se muestran como instancias incompletas para alcanzar a ser “órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de derechos humanos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, si no se implementan en su estructura y competencias como parte de un verdadero sistema de garantía de derechos. Consecuente con esta mirada, la propuesta del anteproyecto de ley propone en la parte orgánica Consejos de Igualdad con esa relación sistémica dentro de la estructura del Estado. La propuesta es viable, tiene sustento en el propio andamiaje constitucional. Este último aspecto en particular deberá ser materia de control constitucional por parte de la Corte pues, previo a la promulgación de la ley con carácter de ley orgánica,⁵ deberá ser estudiada a fin de que la ejecutabilidad de las instituciones (consejos), así

5 Artículo 133, Constitución del Ecuador 2008.



como la forma como se prevé será el ejercicio de sus funciones íntimamente relacionadas con el ejercicio de derechos, sean salvaguardados a plenitud. En ningún caso la institucionalidad y las funciones encomendadas a los Consejos de Igualdad pueden ser evaluados como retroceso en el marco de los derechos reconocidos y garantizados tanto por la Carta Magna del Ecuador como por los instrumentos internacionales ratificados en materia de derechos humanos. Una exigencia de progresividad pesa sobre este territorio en disputa.

En este contexto, si a la Comisión de Transición se le dio como mandato⁶ proponer una estructura y marco legal para el futuro Consejo de las Mujeres para la Igualdad de Género, podía haberse construido y redactado una propuesta legal de cualquier tipo. Sin embargo, se concibió y desarrolló una propuesta de ley de igualdad, teniendo como horizonte los estándares más altos para la agenda de reivindicación de derechos de las mujeres, una perspectiva estratégica. Este carácter de la propuesta normativa fue consensuado con las mujeres que acudieron y participaron en el primer diálogo político convocado a fines de 2008 desde la Comisión de Transición.⁷

Afortunadamente, colectivos feministas, mujeres activistas y colectivos de diversidades sexo genéricas se han sentido convocados. Para las feministas, por razones obvias pues, no estar en este momento en el debate sobre la igualdad, es como negar su matriz filosófico-política. Por el lado del activismo político, del denominado movimiento de mujeres, sobran razones para estar en este debate puesto que es un tema cuyo posicionamiento no puede ser dejado como tarea exclusiva del gobierno. Los espacios se deben copar, los sentidos deben ser propuestos y posicionados. ¡No hacerlo es inconsecuente para la causa histórica de las mujeres!

Estos hechos ahora consumados expresan la forma en la que se ha asumido esta tarea, a nuestro modo de ver, estratégica. Dialogando a veces, confrontando otras con un entorno cristiano, occidental, patriarcal, que aún caracteriza al entorno político, social y cultural en el Ecuador, un entorno en que actuamos desde un posicionamiento incuestionable por los derechos humanos y con el máximo *affidamento*⁸ hacia todas las mujeres y sus diversas causas.

6 Decreto ejecutivo 1733, registro oficial 290, mayo 2009.

7 Internet. www.comisiondetransiciondetransicion.gob.ec.

8 *Affidamento* llaman las feministas italianas de la diferencia, a una práctica de confianza y cuidado mutuo entre mujeres. En el patriarcado, a las mujeres, como mandato primario de obediencia al padre, se nos enseña a desconfiar de las otras, a pensar de que nuestra otra igual era nuestra peor enemiga, empezando por la propia madre, terminando por la propia hija. Internet. <http://laescuelajuvenilfeminista.blogspot.com/2008/08/affidamento.htm>.

3. Lo jurídico de la política

A partir de un primer esfuerzo por redactar una ley general de igualdad y no discriminación que naufragó junto a un texto legal inconcluso, fruto de un proceso liderado por el entonces equipo de reforma jurídica del Ministerio de Justicia (enero-junio de 2009) y, desde ese tiempo, enriquecido con el aporte de constitucionalistas feministas, convocadas por la Comisión de Transición, se arribó a un segundo momento en que decidimos redactar un texto de ley con centralidad en la igualdad entre hombres y mujeres y personas de diversa condición sexo genérica. Entre otras razones porque “nuevos” actores políticos desde Ministerio de Justicia y del Ministerio Coordinador de la Política marcaron otro derrotero hacia la redacción de un proyecto de ley para los consejos de igualdad específicamente. De otro lado las autoridades de los otros futuros consejos de igualdad, evidenciaron durante todo ese tiempo una incomprensión sustancial de los alcances del principio de igualdad. Por diversas vertientes, a veces jurídicas y otras de agenda pública han “resistido a la igualdad,” en un posicionamiento a veces incomprensible sobre todo si constitucionalmente deben llegar a ser consejos de igualdad.

En este contexto, desde la Comisión el eje se fijó en la igualdad sexo genérica como categoría que, para el caso de la propuesta de ley, se entiende como condición y/o construcción, bien sea desde la biología o/y desde la identidad. El norte se fijó en la garantía, en el ámbito público y en el privado, de todas las condiciones para la construcción de la igualdad real con consideración y respeto de las diferencias. Un conjunto normativo que mande, prohíba o permita, con la legitimidad que da la ley, en función de asegurar el ejercicio de derechos para las mujeres, una obligatoriedad que se expresa entre otras dimensiones en mandatos para alcanzar la redistribución de recursos materiales, simbólicos y el poder para las mujeres. Se propone una ley de igualdad que dé coherencia y sostenibilidad a la acción del poder público, que específicamente dé orientaciones sobre los alcances y aplicaciones del principio de igualdad, que genere mecanismos de aplicación exigibles, que establezca ámbitos y responsabilidades, así como la reparación de este derecho cuando es violado individual o colectivamente.

Según la profesora Roxana Arroyo el anteproyecto de ley es una propuesta que tiene un anclaje en las demandas históricas del feminismo, que conjuga en sí lo mejor de otras leyes y pretende una expansión del principio de igualdad, tomando como piso y punto de partida el marco de los

derechos humanos y el espíritu del neoconstitucionalismo. Es una propuesta legal que recrea el sujeto garantizado–protegido: mujer, con conceptos emergentes, como el que refiere a la “diversa condición sexo genérica”,⁹ construcción que incluye las reflexiones y cuestionamiento binarios del género como construcción identitaria y/o biológica, y expande a otros sujetos la tutela del principio de igualdad.

Es una ley que no es una declaración de principios, aunque se fundamenta en principios y derechos, pues desarrolla garantías normativas y establece la debida diligencia del Estado en todo su quehacer, transversalizando el principio de igualdad y obligando al cumplimiento a los actores e instituciones. Además, crea o refuerza los mecanismos para la garantía de la igualdad (como políticas públicas) y establece como norma, no como excepción, las medidas especiales de carácter temporal.

Asimismo, es una propuesta que articula la institucionalidad creada constitucionalmente, especificando el funcionamiento del sistema de garantía de derechos, ubicando a los Consejos de Igualdad como parte de este engranaje al margen del cual perderían eficacia en el cumplimiento de su mandato constitucional. Según la profesora Arroyo, se establece como consecuencia la tutela judicial por violación a la igualdad como un derecho humano y la posible reparación. La propuesta avanza hacia una obligatoriedad material de la igualdad exigida tanto para el Estado como para individuos o colectivos de la sociedad civil.

Del análisis de la propuesta de ley que puede afirmar que se constituye en una de las leyes de avanzada en el contexto jurídico ecuatoriano que implementa un principio fundante de la Constitución 2008, como ninguna otra de las leyes hasta ahora discutidas y aprobadas por la Asamblea Legislativa. Sin embargo, no ha sido calificada —en dos oportunidades— por la CAL por tanto no ha entrado en la agenda de debates. A todas luces esta negativa es una prueba de que hay sectores dentro del propio gobierno a quienes la ley les incomoda, lo cual deja a su vez constancias de que la voluntad política se expresa a través de acciones así como de omisiones.

9 Un concepto en Ecuador trabajado en la teoría y la práctica por la corriente transfeminista: corriente del feminismo que rebasa el binario de género; es decir, la presunción de que existen hombres y mujeres únicamente. Por tanto, en lugar de situar a las relaciones patriarcales entre dos identidades de género abstractas, hombre(s) y mujer(es), la sitúa en los lugares sociales del femenino, independientemente de la condición sexo-genérica de las personas y los colectivos concretos sobre los que recaen las situaciones, estructuras y dispositivos patriarcales (Vásquez y Almeida, 2010).

El anteproyecto centrado en la implementación de un principio sustancial dentro de la doctrina de derechos humanos tiene sin duda potencia civilizatorio pues una ley de esta naturaleza exige de un Estado responsable la adopción inmediata de todas las medidas necesarias: legislativas, de política pública, de acceso a la justicia, de participación política y ciudadana, para avanzar sustancialmente hacia la igualdad sexo genérica, tarea que no puede ser asumida desde ninguna postura que no sea transgresora y de cuestionamiento al sistema establecido. En otro nivel propone otro y más alto estándar para la agenda del movimiento de mujeres y feminista en el país.

En esos dos niveles exige efectivamente interrogarse sobre el poder y las formas de ejercicio de los hombres y las mujeres respecto de ese poder. El balance no viene siendo promisorio en la medida que si bien la presencia paritaria de mujeres en la acción pública en este gobierno indudablemente da un mensaje simbólicamente importante: “las mujeres pueden”, no ha tenido igual potencia desde esas mismas mujeres en el poder pues el posicionamiento de los intereses de quienes constituyen más de la mitad de la población, está permanente obnubilado por otros grupos o agendas que son evaluados sin duda alguna como prioritarios “ellos incluyen a ellas”.

Como en otros momentos históricos en que se han adoptado legislaciones pro derechos de las mujeres el debate del anteproyecto de ley permitiría, sin ninguna duda, un examen crítico del estado de la democracia en el país y aportaría positivamente a encarar las diferentes expresiones de la discriminación sexo genérica que está en el sustrato del sistema de representación simbólica y práctica de la “cultura nacional”. Invita a un ejercicio ciudadano que exige de la democracia un debate inclusivo y la superación del miedo profundo al otro, al diferente.

Jurisprudencia



Victimización y tragedia. La increíble y triste historia del desalmado Floresmilo Villalta

*Sancha Forero Caicedo García*¹

Introducción

La lucha por la eliminación de cualquier forma de violencia contra la mujer, sea esta física, psicológica o sexual, ha experimentado avances muy importantes en los últimos 20 años, tanto en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos como en el plano constitucional y jurisprudencial.

En lo que concierne al derecho internacional de los derechos humanos, cabe reseñar los progresos normativos ocurridos a partir de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993,² y a la entrada en vigencia de la Convención Interamericana para prevenir, castigar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Para) para la región Americana, instrumentos que han conseguido, entre otros avances, la definición clara del concepto de violencia contra la mujer³ y su tipificación como delito autónomo a través de leyes especiales,⁴ y su vinculación con la protección de otros derechos fundamentales de las mujeres como la integridad personal, la libertad, el derecho a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y los derechos reproductivos, entre otros.

- 1 Constitucionalista colombiana nacida en Titiribí, Antioquia. Abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; diplomada en Relaciones de Género del Programa Universitario de Estudios de Género de la UNAM; especialista en Derecho Público, Universidad Nacional de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.
- 2 Conferencia que culminó con la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.
- 3 Según la declaración de NNUU sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, violencia contra la mujer es "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 privada".
- 4 Ver Arroyo, R. *Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres*. San José, Corporación Promoción de la Mujer, 2005.

En el plano constitucional *stricto sensu*, todas las constituciones promulgadas en América Latina en los últimos 25 años reconocen el principio de subordinación entre el derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos internos, a través de la irradiación del concepto de Bloque de Constitucionalidad,⁵ lo cual ha permitido considerar como parte de las constituciones los principios y reglas establecidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos, sin necesidad de señalamiento taxativo, de tal manera que hoy en día estas normas de derecho internacional tienen jerarquía constitucional y se aplican directamente en el orden interno, sin necesidad de desarrollo legal o reglamentario posterior.

Sin embargo, en cuanto a la violencia sexual, es decir, a aquellos actos de poder⁶ que se utilizan como excusa por medio de distintas manifestaciones de la sexualidad, la garantía no ha tenido la eficacia esperada. A pesar de las declaraciones y recomendaciones generales sobre la materia, los ordenamientos jurídicos y particularmente la legislación secundaria de la mayoría de los países de América Latina no reflejan los avances dogmáticos y normativos en materia de género.

Basta con revisar los códigos penales de la mayoría de los países de la región para darnos cuenta de que aún persisten significados jurídicos totalmente obsoletos relacionados con la sexualidad de las mujeres. Por ejemplo, la consideración de la sexualidad como el uso de términos médico-fisiológicos supuestamente neutrales para describir los actos de violencia

5 Como se sabe, a pesar de su importancia, el concepto de Bloque de Constitucionalidad no tiene un contenido unívoco: en Francia, donde aparece el concepto por primera vez, la Constitución vigente carece de un catálogo taxativo de derechos fundamentales. Para resolver este desafío técnico, el Consejo Constitucional Francés resolvió darle contenido normativo a los preámbulos de las Constituciones de 1946 y 1948, incorporando a la Constitución los textos y normas de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, y el conjunto de principios fundamentales y derechos sociales mencionados en el preámbulo de la Constitución de 1946. Un modelo distinto de bloque de constitucionalidad es el español; en España la acepción bloque de constitucionalidad hace referencia al conjunto de normas que definen las competencias del Estado y de las comunidades autónomas, incluyendo las leyes orgánicas que tienen jerarquía constitucional sobre la materia. Finalmente, existe una nueva concepción del concepto que se ha desarrollado en América Latina a partir de los desarrollos de la jurisprudencia constitucional colombiana. De acuerdo con la jurisprudencia colombiana, la constitución sería un documento inacabado y en tal virtud el bloque de constitucionalidad sería la fórmula de armonización entre el derecho internacional y el ordenamiento jurídico interno. Esta última versión del bloque de constitucionalidad es la que ha recogido el constitucionalismo latinoamericano posterior a 1991 y, concretamente, la Constitución ecuatoriana de 2008. Sobre el Bloque de Constitucionalidad, ver Gutiérrez Beltrán, A. *El bloque de constitucionalidad: concepto y fundamentos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007.

6 Al respecto se retoman como referencia las ideas de Michel Foucault sobre la sexualidad y el cuerpo sexuado como mecanismos y espacios de disciplinamiento, represión y ejercicio del poder.

sexual, y las exigencias probatorias que revictimizan a las víctimas de violencia sexual, o el deslizamiento como noción jurídica de conceptos morales patriarcales relativos a la honra y el honor.

Si por el lado normativo llueve, en la jurisprudencia no escampa. Desde la óptica de las decisiones de los jueces, la situación en América Latina,⁷ particularmente en el Ecuador, es dramática. Los jueces ecuatorianos, a pesar de ser los principales encargados de la defensa de los derechos de las personas y los realizadores materiales de los valores y principios constitucionales en el contexto del modelo constitucional garantista que proclama su Constitución,⁸ siguen anclados en la mayoría de sus resoluciones a las más rancia concepción androcéntrica del derecho; aquella que cree que el derecho es un orden universal, racional, abstracto y objetivo, y en consecuencia un evento inherente al orden masculino del mundo, lo cual ha sido objeto de crítica profunda en el ámbito de la teoría feminista del derecho.⁹ En ese contexto, el propósito del presente escrito es demostrar la permanencia de esa cultura judicial patriarcal a pesar de la retórica constitucional, y mostrar el carácter formal del pretendido modelo constitucional garantista que propugna la Constitución.

Para hacerlo hemos escogido un ejemplo trágico: la sentencia de la Corte Constitucional en el caso Villalta (sentencia 001-08-AN), mediante la cual el máximo órgano de la justicia ecuatoriana ordenó a un Tribunal ordinario, a través de una argumentación jurídica lógicamente “impecable”, cumplir una amnistía otorgada por la Asamblea Constituyente de ese país, y cuyo beneficiario era el ambientalista Floresmilto Villalta, condenado por el delito de violación a una menor de edad.

Se escogió este caso pues la argumentación desarrollada por los jueces constitucionales, tanto en la sentencia de mayoría como en el voto salvado, refleja con meridiana claridad la incapacidad de los jueces ecuatorianos

7 Con la significativa excepción de algunos fallos judiciales producidos en Costa Rica, como el Caso Carlos Morales. Ver Tribunal de Trabajo de Costa Rica, Sección Tercera, Expediente 02-003173-0166-LA, también Corte Suprema de Costa Rica, Resolución 2002-9076.

8 Sobre el nuevo rol del juez en el modelo constitucional garantista, ver “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano”. *Estudios de Teoría Constitucional*. Guastini, R. Ediciones Fontamara, 2001, pp. 153 a 211. Prieto Sanchís, L. “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Editorial Trotta, 2009. También Montaña, Juan. “Supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008”. Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional. Quito, 2008, pp. 109 a 123.

9 Para una aproximación a la teoría feminista del Derecho, ver Olsen, F. *The family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*. Harvard Law Review n.º 96. También Olsen, F. *From False paternalism to False Equity: Judicial Assaults on feminist Community*. Michigan Law Review n.º 84.

para entender y aplicar los derechos de las mujeres, debido a la cultura patriarcal y androcéntrica en la que se han formado.

En efecto, más allá de las necesarias consideraciones y matizaciones que sobre los hechos del caso puedan y deban hacerse,¹⁰ un análisis del expediente desde el punto de vista de la teoría de género permite mostrar, sin velos, la falta de sensibilidad del establecimiento político y jurídico ecuatoriano hacia las manifestaciones de violencia de género, y particularmente frente a los actos de violencia sexual cuyas víctimas son las mujeres, lo cual pone en evidencia la urgencia de una revolución cultural que permita inocular en los operadores jurídicos del país las reflexiones críticas que la teoría feminista ha hecho, respecto del orden social y jurídico heterocentrado en el que vivimos.

En cuanto a la estructura argumentativa del escrito, podemos decir que este tiene tres partes. La primera denominada “La increíble y triste historia del caso Villalta”, intenta hacer una descripción ‘aséptica’ de los hechos desde la perspectiva de los distintos interventores públicos en el caso. La segunda parte consiste en un examen jurídico y analítico del caso, para lo cual se hace uso de las herramientas teóricas de la teoría jurídica “Crítica y de las críticas feministas al Derecho”. El tercer epígrafe de conclusiones compara el modelo constitucional garantista de la Constitución con los verdaderos resultados de su aplicación.



La increíble y triste historia del caso Floresmilo Villalta

Los hechos tal y como nos los contaron

Floresmilo Villalta lui meme

Tengo 67 años, voy para 68: infancia y primera juventud

Tengo 67 años, voy para 68. Nací en 1942, en la provincia de Loja, en un cantón que se llama Espíndola. Antes se llamaba Pambalusa, era parroquia. Yo convivía con mi mamita y mis dos hermanos: una mujercita y dos varoncitos. Yo

¹⁰ Matización que incluye, por supuesto, un reconocimiento explícito de la utilización política y mediática del caso por los diferentes actores del conflicto social y político ecuatoriano.

era el segundo hijo, mi mamita se llamaba Delfina Villalta, mi hermana mayor se llamaba Rosa Villalta y mi hermano tercero Franco Villalta. Cuando estaba con mi mamita sólo estudié dos años y llegué a segundo grado. Nos tocaba caminar sin zapatos durante dos horas para llegar a las siete y media de la mañana a la escuela. Allá nos daban fuste y palo, las profesoras eran malas, uno llegaba y lo maltrataban. Finalmente me salí de la escuela para buscar trabajo y ganar el sustento de la familia.

Salí de allá en el año 1955. A los 13 años fui robado por un tío mío. Él vivía en una ciudad a un lado de Loja que se llama Valladolid. Me llevó con engaños, me alejó de mi mamá y no supe más de los míos. Cuando quise regresar no pude, no sabía ni donde estaba. Yo sentía mucho la falta de mi mamá, de mi familia, de mis primitos, me daba mucha pena. Entonces una vez huí con una gente que pasó por ahí y fui a dar a Macará, que estaba cerquita de mi casa. Pero nunca pude regresar a mi casa porque cuando finalmente volví ya no estaban ahí ni mi mamá y ni mis hermanitos. En Macará me hice joven. Viví allí hasta los 18 años; estuve en el ejército en el 72, en el Batallón Constitución Arenillas, en la provincia de El Oro. De allí salí y me dediqué a trabajar. Me gustó la agricultura mucho, y así fui aprendiendo a poner trampas y a usar el machete.

De ahí me fui a trabajar a las bananeras: primeros conflictos con la justicia. De ahí me fui a trabajar a las bananeras. Allí ganaba buena plata, y casi me muero porque me cogió una fumigación de banano y me intoxicó por una bomba que no pude apagar. Me encontraron desmayado en un drenaje y me trajeron a Guayaquil, donde estuve como 15 días en tratamiento. Después volví a trabajar. Me fui de El Oro a la provincia de Santo Domingo, como por el año 70, a una hacienda que se llamaba "Suprema" y que tenía bastantísimos trabajadores. No me gustaba el trato de los patrones, no les pagaban a los trabajadores solo les daban la comidita y les pagaban lo que ellos querían; entonces comencé a hacer relajo en contra de ellos y de los mayordomos principalmente.

Me acuerdo que un sábado nos fuimos a un pueblito que se llamaba Casulema. Como había bebida amontonaban a los trabajadores para que bebieran cerveza que luego descontaban del sueldo. Al ver eso, cogí la cerveza y la repartí entre mis compañeros. Ese fue el primer relajito por el que me castigaron. En esa época, las haciendas tenían un cupo de banano que sacar y entonces trabajábamos como mulas para cumplir el cupo sin importar fechas ni horas; no había descanso. En una de esas convencí a mis compañeros de dejar tirado el trabajo. Como no nos pagaban, los llevé a trabajar en otra hacienda que se llamaba "Los Ángeles" en el kilómetro 15 de la vía a Santo Domingo. Era la hacienda de unos gringos que también nos hacían trabajar y tampoco nos pagaban; ya era costumbre, nos hacían trabajar hasta 4 meses y nos pagaban un mes. Nos daban el mercado, la comida, la ropa, la botas de caucho, pero nos descontaban y luego no nos pagaban. Entonces comencé otra vez a hacer relajo. No trabajábamos si no nos pagaban.

Ahí estuve hasta que me acusaron de haber matado a otro. Mentira, lo que ocurre es que se había emborrachado y se había quedado dos días borracho. Me dieron una paliza que me dejó los dedos todos hinchados. Finalmente me llevaron a dar la declaración para que confesara: me metieron una funda por la cara, me amarraron los pies y me echaron agua. Me pusieron unos cables que tenían electricidad y así me maltrataron unos tres días, hasta que finalmente apareció un amigo de Loja y él me sacó inmediatamente. Sancionaron al policía que me había hecho todo eso, un Mayor Hernández. También estuve trabajando con el Gobernador de Esmeraldas, en las algodonerías. Ahí también había muertos. Se morían como moscas los muchachos porque el insecticida era muy fuerte y se envenenaban, pero nadie decía nada. Otra vez comencé yo a hacer relajo para poner en conocimiento todo eso. Mandé preso al gobernador y ayudé a que apresaran y al prefecto provincial también porque eran socios. Tuve que pagar prisión por eso.

Al salir de la cárcel me puse a trabajar: la llegada a la montaña y los primeros conflictos con la empresa.

Al salir de la cárcel me puse a trabajar otra vez en las bananeras, en el kilómetro 98 de la custodia pa'bajo, hasta que unos amigos me dijeron: "vamos a coger un pedazo de tierra". Y ese pedazo de tierra estaba por aquí, en la montaña. Subimos, desmontamos y después nos tocó dejarlo porque tuvimos innumerables problemas. Después de bajar de la montaña me puse a trabajar con una empresa llamada "Odesa"; trabajaba con tres empresas madereras al tiempo porque mi trabajo era buenísimo. Yo hacía empalizadas pa'que pasaran las máquinas e hicieran los carreteros. También aprendí en el ejército a perforar, dinamitar y a construir carreteras. Como yo sabía de todo eso, me buscaban de muchas empresas, incluida "Botrosa". Esta empresa sacó a todas las demás y se quedó solita explotando madera desde Quinindé hacia acá. Yo trabajé con ellos desde 1975 hasta 1988, dure 13 años. Con el producto del trabajo que hacía compré una tierrita en la montaña. Trabajaba con bastante gente, ganaba mi buena plata. En ese tiempo ganaba unos 400 dólares.

Y ahí comenzó todo: "la muerte de mi hijo"

Y ahí comenzó todo. Fue cuando ya tuvimos grandes problemas. Por ahí por 1994, un día fui a cobrar, cobraba cada 4 meses en Quito, y me dijeron que no me daban el pago porque yo no les había querido vender el pedazo de tierra que tenía en la montaña, en el predio Pambilar. Por ese entonces la empresa contrataba asalariados y nos quemaba las casitas y los sembrados de yuca y de verde que teníamos si no les queríamos vender; nos acusaban de que estábamos invadiendo. Mentira: sacaban gente que estaba ya ahí desde años.

A mí me había costado mucho comprar mi pedazo de tierra y yo no iba a vender. Eso era en tiempos de Abdalá, que cerró la empresa porque no habían sabido pagar

impuestos al Estado. Pararon los trabajos en toda esta zona de aquí, y a mi hijo me lo suspendieron del trabajo. Entonces yo le dije: —mijito, váyase pa' la montaña y haga una buena casa de Guayacán—. Cuando un día fueron avisarme de que a mi hijo me lo habían matado. Lloré mucho porque él me acompañaba. Era muy trabajador. Y entonces me dejó dos niñitos. Mi hijo solo tenía 20 años. Y entonces yo me indigné e investigué con la empresa. Todos a quienes preguntaba me decían: “que yo no he sido, que yo no he sido”. Entonces, yo seguí trabajando con la empresa, pero comencé a poner demandas.

Un día mandé al chico al pueblo a traer herramientas y unos clavos para seguir la reconstrucción de la casa. El chico no volvió. Yo desesperado salí a buscarlo un día sábado y me dijeron que había pasado con comida para adentro, que nos habíamos cruzado. Después me informaron que habían quemado la casa con gasolina. Entonces puse las denuncias, pero como son poderosos las órdenes de prisión se perdieron, y yo terminé en la cárcel de Esmeraldas denunciado por invasión de tierras. Entonces recurrí a la prensa y como ya me conocían me sacaban y me daban la libertad rapidito. Así que desde 1998 me comenzaron a meter preso cada dos meses. Volvían a sacarme los compañeros y otra vez me mandaban meter preso por el mismo delito. Ya después ya me cogían me metían en el carro y me llevaban a la Gobernación y a la Intendencia, al Comando de Esmeraldas, y me hacían firmar documentos diciendo que yo iba a abandonar la lucha contra la empresa; incluso una vez me tuvieron varios días secuestrado en la montaña con varios compañeros. Y ya en ese momento Acción Ecológica comenzó a poner mucho caso en eso: “Floresmilo Ecologista”.

La toma de conciencia

Y ya en ese momento Acción Ecológica comenzó a poner mucho caso en eso. Porque nuestra idea nunca fue la de trabajar en la ecología, pero entonces los compañeros vinieron y me ayudaron muchísimo de una manera u otra. Fue a partir de ese momento cuando empezaron las intimidaciones y los procesos por terrorismo y tráfico de armas en mi contra, pero al tiempo me enseñaron lo que es la ecología: la importancia de salvar este paisaje tan maravilloso. Una vez metieron presos a 69 compañeros y los abogados de Acción Ecológica lograron sacarlos; también comenzaron a hacer talleres de capacitación en toda esta zona sobre la riqueza de la montaña y la importancia de conservarla. Al tiempo nosotros ya comenzamos a fundar la Cooperativa Ecuador Libre que fue organizada como “Asociación Avícola Ecuador Libre”, y comenzamos la lucha como una organización de productores y campesinos. Con mucho esfuerzo y mucho sufrimiento llegamos con los compañeros al año 2000 y al 2002. En ese momento gané en el Tribunal Constitucional el Amparo a nombre de Ecuador Libre, y conseguimos lo de la recuperación de las 3400 hectáreas de bosque primario del patrimonio forestal del Estado, que la empresa tiene todavía en su poder.

Pero la empresa no se iba a quedar cruzada de brazos: finalmente me metieron preso por violación y ahí la cosa se complicó porque además de acabar con mi honra

—quien se le va a acercar a un violador de niñas— los compañeros se dividieron y formaron otra organización.

Y ahí me acusaron de violación y la verdad es otra Y ahí me acusaron de violación y la verdad es otra. Todo comenzó cuando llegó el papá aquí al pueblo, a trabajar. Venía de Manabí; tenía una hermana acá en el pueblo y como no tenía donde vivir me rogó que le arrendara, y yo como tenía la casita de mi finadito entonces le dejé que se fuera a vivir allí con sus tres niñitos más pequeños. Yo les ayudaba a veces con lo que podía, con comida si tenía un poquito de arroz, con arroz, si tenía verde también les daba porque había veces que no tenían ni qué comer. Pero también tenía una hijita señorita que no vivía con el papá, sino que vivía con la tía y con dos hijas también señoritas de la tía. La chica solo iba a la casa del papá a ayudarle a limpiar y a cocinarle y a lavarle la ropita, pero no vivía con él.

Y así, como la chica se portaba muy bien, yo le compraba sus cositas y cuando llegaba, como yo siempre he sido cariñoso, le daba cualquier prendita para que se vistiera, y entonces así me fui ganando la voluntad de la chica, y así vivíamos. Ella, como le digo, vivía con la tía y las primas, pero también se pasaba por mi casa y me ayudaba con las labores del hogar.

El asunto fue que como a los 6 meses de estar ellos viviendo ahí ya era tiempo de entrar a estudiar a la escuela, y yo le planteé al papá que inscribiera a la chica, pero no había cómo porque ni él tenía documentos como padre, ni los hijos tampoco. Entonces yo le digo: —Vea, eso está mal porque en primer lugar ya estamos viejos pero los niños tienen la vida por delante, así que hágalos estudiar—. Y fuimos a inscribirla, pero las profesoras de la escuela no quisieron aceptarla por la falta de los papeles.

Justo por esos días vino una brigada del Registro Civil aquí al pueblo y entonces yo le digo al Papá: —Vamos para que hable—. En ese entonces la niña tenía 16 años. El jefe del Registro Civil nos dijo que para registrarla tenía que hacer una “inscripción tardía”, y para eso había que seguir un juicio. Finalmente conversaron con el padre y decidieron bajarle la edad a 12 años, y así se le pudo sacar la cédula y luego la inscribimos en la escuela. De ahí siguió en la escuela. Yo le compraba sus libritos y su ropa y ella estudiaba y nos ayudaba al papá y a mí en las labores de la casa. Cuando de repente supimos que la habían sacado de la escuela. Entonces yo fui donde la profesora, que era amiga mía. Le dije: “Señorita, cómo puede ser que la saquen de la escuela”. —Es que está embarazada —me dijo—. “¿Está segura?” —le pregunté. Entonces explicó: —Eso es lo que dicen la tía y las dos primas-. “No hay derecho a sacarla de la escuela por eso” —le dije, y enseguida la amenacé con denunciar el caso. Finalmente quedamos en que no la denunciaría pero que lo mejor era que le hiciéramos la prueba de embarazo. Resultó que la chica no estaba embarazada, entonces yo le dije: “Mijita, ya está todo arreglado para que vuelva a la escuela”, pero ella me contestó que no quería volver, que prefería ponerse a trabajar, que tenía unas compañeras en Quito que le habían buscado un lugar donde las hacían estudiar y les daban trabajo.

Y así quedaron las cosas hasta fines de agosto, me parece el 28, donde el papá me pidió que los acompañara a Quito a terminar unos trámites en el Registro Civil. Acepté. Salimos temprano y llegamos a Quito. Estuvimos en una reunión como hasta las nueve o las diez de la noche; de allí fuimos hacia el hotel de un compañero. Pedimos dos cuartos, uno para mí y otro para la chica con el papá. Yo me fui a mi habitación. Al otro día, como a las 7 de la mañana, les dije: "Vámonos que tenemos que ir a hablar al Registro Civil". Como a las 11 de la mañana nos atendieron. Ella se fue con el papá de vuelta al pueblo. Yo me quedé unos días más porque tenía unas reuniones en el Ministerio de Agricultura.

Y así pasaron algunos meses hasta que la chica, mal aconsejada y convencida por la tía y las primas, cuenta la historia de la violación y el tío pone la denuncia. Yo me enteré por la radio, llamé inmediatamente y el licenciado me dijo que lamentablemente él tenía que informar. Entonces me fui a Quindé, compré El Extra y pude ver ahí toda la historia. Me fui con mi abogado donde el Fiscal para dar mi versión. Citaron a la chica, al papá y al que pone la denuncia, el tío, pero lamentablemente no los encontraron. Yo me volví al pueblo y ahí quedo la cosa aparentemente, porque la abogada me dijo que no me preocupara, que la cosa ya estaba aclarada. Pero mentira, cuando ya teníamos todo ganado, van y me detienen: juicio, cárcel y enfermedad.

Cuando yo iba a entrar con la gente para presionar la entrega del bosque, cuando ya teníamos ganado todo, van y me detienen acusado de asociación ilícita, de invasión a tierras, pero no me preocupé porque como eso era algo que ocurría frecuentemente, no pensé mal. El 8 de diciembre, cuando ya iba a salir libre con un hábeas corpus, de repente un fiscal de Quito manda una comunicación para que me presente en Quito para responder por una violación. Eso era un día lunes; la orden de captura me la saca el día 12 y ahí ya me llevaron a Quito.

Y ahí pase sin ropa hasta que por fin, como a los ocho días, mi familia me pudo mandar mis cosas. Pero como a los 15 días de estar preso me comencé a enfermar. Aparte de que no aguantaba eso de dormir en el piso con el frío de Quito, me intentaron envenenar con comida. Me llevaron al médico, me trasladaron a la enfermería y estuve ahí como 15 días. Cuando me recuperé un poco me mandaron a la cárcel 2, pero como yo era mayor y ya era un hombre enfermo, me trasladaron a la cárcel 3, que es donde está la gente mayor. Gracias a eso sobreviví. Ahí permanecí cuatro años. En la Cárcel aproveche para estudiar y logré terminar la primaria. Hice además cinco cursos de dibujo, y varios cursos de liderazgo.

Pero lo peor de todo fueron las injusticias del proceso y el maltrato a la prensa. A pesar de que desde el comienzo tuve pruebas para demostrar mi inocencia, fui condenado como violador sin poder defenderme. Nunca fui escuchado; a pesar del esfuerzo de muchos compañeros. En mi caso nunca hubo pruebas. Se probó que la chica efectivamente había tenido relaciones sexuales pero nunca se dijo ni cuándo ni con quién, pero como el dinero tapa todo, escondieron mis pruebas y por ahí

dicen que esas sentencias costaron 78 mil dólares. Nunca tomaron en cuenta las declaraciones de la niña, ni las de su padre en la radio; nunca tomaron en serio mi testimonio ni el de mis compañeros; las pruebas médicas por las que me condenaron nunca fueron verificadas por mis abogados; y la abogada de la acusación particular, una señorita jovencita, era la misma abogada de la empresa.

Estuve 4 años en la cárcel sin poder defenderme. Y ahora viene lo peor: a pesar de estar libre por orden de la Asamblea, soy como un muerto en vida; jamás voy a recuperar mi honra a pesar de ser inocente. Solo que Dios me permita volver a nacer porque, además de los jueces, las personas ya me juzgaron. Con la imagen que dieron los periódicos y la televisión durante todos estos meses todos los que no me conocen se han puesto de parte de la empresa. Y últimamente he vivido en el terror de verme involucrado en tantas cosas feas y con la imagen una persona peligrosa que me ha otorgado la televisión.

Y ahora hay que comenzar de nuevo: la lucha continúa Y ahora hay que comenzar de nuevo. El Tribunal Constitucional ya lo dejó todo dicho y tenemos que luchar porque se cumpla. Yo sé que de aquí a unos días la gente va a volver a motivarse, porque como hemos ganado ya vamos a tener la ayuda de las autoridades. Yo, como le he dicho, voy a morir luchando porque el caso lo hemos ganado y espero que se haga realidad mi sueño de terminar mi vida en estas montañas, viviendo y comiendo mi verdecito. Además, tenemos que continuar con la demanda en la corte interamericana de derechos humanos por las persecuciones y las quemas de casas, y exigir respeto y justicia al Estado ecuatoriano. Todo esto lo hago por mis compañeros y para lograr que la empresa restituya las tierras del Estado, pero estoy seguro de que con la lucha, a pesar de las amenazas, vamos a salir adelante".¹¹

Floresmilto ante la justicia ordinaria: versión judicial

El 15 de octubre de 2005 Floresmilto Villalta fue acusado de violar a la menor Jenny Guagua, de 12 años de edad. El denunciante, de nombre Geo Guagua, es el tío de la menor. De acuerdo con la denuncia presentada, el ambientalista habría raptado a la adolescente y después de trasladarla a Quito¹² la habría violado repetidamente en una habitación de hotel. Asimismo, en la denuncia consta que después de ocurridos los hechos Floresmilto Villalta habría amenazado de muerte a la menor para evitar que

11 Días después de mi entrevista con Floresmilto, en Pambilar, aparecieron muertos José Aguilar y su esposa. Aguilar era el segundo a bordo de la cooperativa Ecuador Libre y estuvo presente en la entrevista. Sobre el particular, ver Diario el Expreso, 27 de febrero de 2010, p. 3.

12 Para supuestamente ayudarla a sacar su cédula de identidad.

contara lo ocurrido. Según el denunciante, la niña había regresado a Golondrinas y desesperada le contó lo ocurrido a una amiga, quien a su vez se lo habría comunicado a la tía, en cuya casa vivía la menor.

El 10 de diciembre de 2005, después de una serie de indagaciones previas, la Fiscalía de Pichincha abrió instrucción fiscal inculpando a Villalta del delito de violación, razón por la cual se ordenó su captura. Frente a esta detención, algunas semanas después¹³ la defensa del detenido presentó una solicitud de hábeas corpus,¹⁴ así como un Amparo de Libertad,¹⁵ alegando detención ilegal, maltratos y pidiendo la excarcelación e imposición de una pena alternativa, pues a su juicio se debía tomar en cuenta la edad del solicitante.¹⁶ El alcalde negó la solicitud y envió al Tribunal Constitucional el caso para su resolución en segunda y definitiva instancia. El citado Tribunal Constitucional resolvió definitivamente el caso mediante resolución publicada en el registro oficial del 19 de mayo de 2006. En las consideraciones pertinentes¹⁷ el máximo tribunal ecuatoriano de lo constitucional de la época, consideró que el ambientalista se encontraba detenido legítimamente, es decir, cumpliéndose con todos los requisitos legales, toda vez que no existían vicios de procedimiento en la detención, ni se había probado en el expediente el maltrato alegado. Por otra parte, los jueces constitucionales consideraron que el recurrente había hecho uso de su derecho legítimo a la defensa, con pleno cumplimiento del debido proceso, y por lo tanto no procedía el hábeas corpus solicitado.

La resolución precisa¹⁸ que “la alegación del sindicato, en relación a que es una persona mayor de sesenta años, y que por tanto, no se lo puede recluir” no tiene asidero constitucional ni legal, toda vez que el Art. 7 de la Ley 2005-2 reformativa al Código Penal, aplicable al caso, determina que tratándose de delitos sexuales cuyas víctimas sean menores de edad,¹⁹ se establece una excepción a la prohibición de recluir en la cárcel a mayores de 60 años, así como para la trata de personas, caso en los que el sindicato tampoco podrá cumplir prisión domiciliaria.

13 El 30 de enero de 2006.

14 La solicitud se tramitó ante el Alcalde Metropolitano de Quito, quien, de acuerdo con la legislación entonces vigente, era la autoridad competente para conocer de este tipo de garantía a favor de la libertad.

15 Este recurso, que existía en vigencia de la Constitución de 1998, fue presentado ante la presidencia de la Corte Superior de Justicia de Quito.

16 En ese momento Floresmilto Villalta tenía 63 años de edad.

17 Ver Considerando 6 de la resolución.

18 Ver Considerando 7 de la Resolución.

19 Ver Registro Oficial n.º 45 de 23 de junio del 2005.

Meses después, el 20 de marzo de 2006 la Fiscalía profirió dictamen acusatorio en contra de Floresmilo Villalta, acogiendo como válidas la versión del denunciante y las pruebas presentadas por la acusación particular, y desestimó las declaraciones de descargo del imputado. Específicamente la Fiscalía asumió como válidos los resultados de los exámenes médicos realizados a la menor días después de la denuncia, que demuestran que la supuesta agredida había sido objeto de acceso carnal, y no consideró la versión del ambientalista según la cual “las acusaciones eran una retaliación de la empresa maderera Endesa Botrosa por haber promovido la devolución de las 3400 hectáreas del predio Pambilar”;²⁰ tampoco admitió como prueba la declaración de la menor y de su padre en el sentido de que no fue violada por Villalta.

El juez penal de primera instancia consideró probados, a partir del texto de la denuncia y de las alegaciones de la Fiscalía, tanto el hecho de la violación como la responsabilidad del imputado en los hechos de los que se le acusaba, y lo condenó a una pena de 16 años de prisión sin derecho a beneficios.

Esta sentencia fue apelada por la defensa de Villalta ante el Tribunal Cuarto Penal de Pichincha. Los principales argumentos del escrito de la defensa buscan demostrar la inexistencia del acceso carnal violento, y la relación existente entre la acusación y la empresa maderera. En cuanto a lo primero, el abogado sostuvo en sus escritos que las pruebas médicas realizadas demostraban que la menor, al momento de presentar la denuncia era sexualmente activa, que previamente había sido violada, pero que no existía prueba científica alguna de que esa actividad sexual actual fuera realizada mediando el abuso de poder, la intimidación o la violencia; y mucho menos que el autor de esa supuesta violencia fuera el ambientalista.

En cuanto al segundo argumento, dentro del escrito de apelaciones puede leerse que Villalta ha sido y fue perseguido por la maderera y que el caso no es más que una retaliación a las actividades de su defendido.²¹ El

20 Los antecedentes del caso son los siguientes: el 23 de junio de 1998 la empresa Endesa Botrosa logró que el Instituto Nacional de Desarrollo agrario (INDA) le entregará para su explotación comercial 3 400 hectáreas de bosque perteneciente al patrimonio del Estado. Como ha quedado reflejado en la entrevista a Villalta, ese territorio era habitado desde tiempo atrás por colonos provenientes de la comunidad a la que pertenece el ambientalista. Los miembros de esta comunidad se organizaron en la cooperativa Ecuador Libre, y a través de múltiples acciones legales, incluyendo una acción de Amparo fallada por el entonces Tribunal Constitucional a favor de la agrupación, lograron la reversión del predio al patrimonio del Estado, hoy Ministerio del Ambiente.

21 Ver entrevista Diario El Comercio, 16 noviembre de 2009, sección judicial, p. 6.

abogado defensor de Villalta insistió en el argumento según el cual fue la empresa la que financió la acusación. Específicamente sustentó su afirmación en el hecho de que la abogada de la acusación particular fue asesora jurídica de la empresa; asimismo sostuvo que el propio padre de la menor, Simón Guagua, podía confirmar que la misma abogada, doctora María Paulina Araujo, cuando era funcionaria de la Fiscalía presionó al padre de la menor y a la propia menor para que desistieran de retractarse de la denuncia contra el líder social.²² También aseguró que existía otro nexo claro entre Botrosa y el caso Villalta, pues el relacionador público encargado de entregar la información sobre la violación de la menor, en ocasiones anteriores había suministrado datos institucionales sobre la empresa maderera, lo cual, a su juicio, deslegitimaba la actuación de esos profesionales, y por lo menos dejaba en claro la existencia de un conflicto de intereses y ponía en duda la veracidad de los hechos.

Estos argumentos, sin embargo, fueron desestimados por el juez ad quem, y como consecuencia, los miembros del Tribunal Cuarto Penal de Pichincha ratificaron en su integridad la decisión del juez de primera instancia, en sentencia proferida el 16 de octubre de 2006. En esa providencia específicamente consideraron que no existía prueba de que el delito por el que fue condenado Floresmilto Villalta fuera consecuencia o tuviera relación alguna con persecuciones o motivaciones políticas o de reivindicación social, sino que era independiente de las actividades ambientalistas del condenado, “tanto es así —dice textualmente la sentencia— que no se comprobó que exista contra él un contubernio entre representantes de la empresa ENDESA BOTROSA, el CEPAM y el señor Geo Guagua, pero si se probó las responsabilidades de Floresmilto Villalta dentro del delito que se le imputó”.²³

Proferida esta sentencia, Villalta interpuso recurso extraordinario de Casación, alegando la causal 3 del artículo 3 de la ley de casación, consistente en la falta de apreciación de las pruebas de descargo aportadas por él en las dos instancias. El 7 de agosto de 2007, la tercera sala de la Corte Suprema desestimó el recurso y ratificó la sentencia del Tribunal Cuarto de lo Penal.

22 La abogada de la acusación particular es la reconocida abogada penalista Paulina Araujo, quien además de profesora universitaria y actual decana de la Universidad SEC de Quito había sido asesora del Fiscal General del Estado.

23 Ver Expediente 001-2008-AN Folios 118 a 121.

Floresmilo en la Constituyente

El contexto político

Al verse condenado por la justicia ordinaria y frente a su convicción personal de inocencia, y al ser objeto de una persecución política, Villalta acudió en busca de “justicia” a la Asamblea Constituyente, que estaba funcionando desde noviembre de 2007 en la población de Montecristi, provincia de Manabí.

Para entender el papel de la Constituyente en el caso, y antes de abordar el análisis estrictamente jurídico de su actuación, es importante hacer alguna referencia previa al contexto político e ideológico en el que se presentó el caso de Villalta.

Para ello es necesario retrotraerse a la campaña electoral y a la “*propuesta del gobierno nacional para una nueva constitución*”.²⁴ En cuanto a la campaña electoral, el actual gobierno ecuatoriano fue elegido en noviembre de 2006, a partir de una motivación clara: el deseo del pueblo ecuatoriano de transformar las caducas estructuras políticas, económicas y jurídicas que gobernaron al país en los últimos 50 años,²⁵ y la necesidad de una revolución política y jurídica que aparte de modificar el sistema electoral transformara la noción tradicional de democracia representativa —entendida como supremacía absoluta de una mayoría—, por la idea de democracia constitucional y participativa, pensada como el lugar de la supremacía y realización efectiva de los derechos.²⁶

En cuanto a la propuesta constitucional, el Gobierno Nacional, principal motor de la revolución constitucional y jurídica que vivió el país, pretendía desarrollar una propuesta que permitiera superar por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana la contraposición clásica Estado-Mercado/Poder-Libertad, y abarcar desde una perspectiva sistémica todos los temas que el neoliberalismo había eliminado del debate público. Específicamente planteó la irrupción de un nuevo modelo político, social y económico, que concibiera los problemas del Ecuador desde una perspectiva más amplia, y que incorporara cuestiones tales como medioambiente, género, diversidad, cultura y seguridad; y que tomara en consideración la

24 Ver Secretaría General de Comunicación de la Presidencia de la República, Boletín de prensa SGC-B-1133, Quito, 6 de julio de 2007.

25 Lo que implicaba el desmonte de la estructura económica neoliberal que en los 15 años anteriores, había desarmado el Estado y llevado a la diáspora a más de 3 millones de compatriotas.

26 Escobar, Claudia. “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”. *Neonconstitucionalismo y Sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, 2008, p. 218.

protección a la vida en todas sus manifestaciones: natural, social, cultural, política y económica.

Pero una cosa son las ideas generales en donde, con raras excepciones, existe un consenso mayoritario, y otra cosa las sensibilidades y los planteamientos de cómo debían llevarse a cabo, en el plano normativo, estas propuestas.

En el espectro progresista de la Constituyente una de las agendas más influyentes fue la del género, que permitió incorporar al nuevo modelo constitucional avances tan importantes como la reafirmación del carácter laico del Estado y la eliminación en la constitución de conceptos patriarcales como la honra y el honor, a través del establecimiento y la normativización de los conceptos de paternidad y maternidad responsables. A esto se debe añadir la consideración de la familia como espacio determinante de socialización, a partir de una nueva definición de familia acorde con la cultura, las tradiciones y las innovaciones del orden social ecuatoriano; lo que permitió agregar a la definición clásica de familia el reconocimiento de realidades sociales ampliamente conocidas y aceptadas, como la familia formada por mujeres cabeza de hogar, la familia mono-personal, la familia ampliada producto de la migración, o la familia formada por parejas del mismo sexo; procedimientos especiales para el establecimiento y sanción de delitos de violencia intrafamiliar, sexual y crímenes de odio, y aquellos que se cometan en contra de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria²⁷ o la a consagración de la paridad, la igualdad real entre mujeres y hombres, incluida la plena capacidad de las mujeres de decidir sobre su vida sexual y reproductiva, libres de cualquier discriminación, coerción o violencia.

Otra de las agendas emancipatorias políticamente potentes presentes en la Asamblea, fue la ambientalista. Los verdes de la Asamblea, aprovechando que el propio Presidente de la República y el partido de gobierno habían fijado como uno de los ejes centrales de su propuesta política de la “*Revolución Ciudadana*” la revolución ambiental, pusieron en el debate constituyente importantes cuestiones relacionadas con la protección del ambiente. Los más importantes logros del ambientalismo en la Constituyente, impulsados desde la propia presidencia de la Asamblea,²⁸ fueron sin duda alguna la constitucionalización del concepto de Sumak Kawsay; el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto autónomo de derechos constitucionales;²⁹ la extensión significativa del derecho fundamental a vivir en un contexto sano,

27 Ver artículo 81 de la Constitución de la República de Ecuador.

28 Aquí me refiero a la Presidencia de Alberto Acosta.

29 Ver artículos 71 a 74 de la Constitución de la República de Ecuador.

ambientalmente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza,³⁰ la constitucionalización del concepto de soberanía alimentaria; la democratización del uso y acceso a la tierra; así como la vinculación del modelo de desarrollo en su conjunto, y del sistema económico constitucional en particular, a la conservación de la naturaleza y al mantenimiento de un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo al agua, aire y suelo, y el reparto equilibrado de los beneficios de los recursos que pertenecen al patrimonio natural del país.³¹

El Informe Peñafiel

En la mayoría de los casos estas agendas eran complementarias y se mantuvieron unidas, luchando contra las propuestas de otros grupos que también defendían visiones más conservadoras y tradicionales del orden social al interior de la Constituyente, incluyendo en este grupo las posturas del propio presidente Correa.

Sin embargo, esa alianza no se mantuvo incólume a lo largo de todo el debate constituyente. Uno de los momentos de mayor separación y conflicto entre las dos visiones se presentó con ocasión de la discusión en la mesa 10 de legislación y fiscalización, del informe sobre la amnistía a los líderes sociales criminalizados a través de la acción de la justicia, y concretamente en relación con el caso de Floresmilillo Villalta. En efecto, el informe jurídico que generó y sigue generando graves tensiones entre el movimiento que lucha por los derechos de las mujeres y los ambientalistas se conoce como informe Peñafiel, por haber sido redactado por la Asambleísta constituyente Marisol Peñafiel.³²

Dicho informe tiene desde al comienzo un alinderamiento claro a favor de las causas verdes y carece absolutamente de cualquier referencia o sensibilidad ante la perspectiva de género. Literalmente habla de que “en la actualidad una de las causas más importantes de campesinos, mestizos y de los pueblos indígenas del país es la defensa de sus territorios y recursos, frente a las actividades extractivas y otras ambientalmente no sustentables”.³³

30 Ver artículo 66, numeral 27 de la Constitución de la República de Ecuador.

31 Ver artículos 276, numerales 1 y 4, y 277, numeral 1.

32 Se trata del informe presentado por la Asambleísta constituyente Marisol Peñafiel a la Comisión del Legislación de la Asamblea Constituyente, en sesión del 6 de marzo de 2008, mismo que fue aprobado en sesión del 11 de marzo de 2008 y por el pleno de la Asamblea mediante acta 027 en la sesión del 14 de marzo de 2008.

33 Ver Peñafiel, Marisol. “Informe a la Mesa de Legislación y Fiscalización”. Asamblea Constituyente, marzo de 2008, p. 2.



En el informe se menciona que ante los intereses y las intervenciones de los poderes económicos vinculados a la extracción y explotación de recursos naturales, en el Ecuador se han generado importantes procesos de resistencia cuyos protagonistas son comunidades indígenas, campesinas y afroecuatorianas de todas las zonas del país. De acuerdo con el texto del informe, estos procesos de resistencia civil y comunitaria han sido contestados por las empresas e intereses vinculados al negocio, con la criminalización de la protesta y la utilización ilegítima de distintas estrategias para restar credibilidad a estas personas,³⁴ situación que, por otra parte, ha sido reconocida por la CIDH³⁵ y por el relator Especial de Naciones Unidas para los defensores de los derechos humanos.³⁶

El informe reconoce específicamente el hostigamiento a los líderes más caracterizados, utilizando para ello diversos instrumentos legales y procesales tales como las órdenes de detención por delitos flagrantes, la prisión preventiva y la perversa identificación y vinculación entre la acción política de los líderes con la comisión de delitos atroces de carácter común.

Ante esta situación y en respuesta a las distintas solicitudes de organizaciones sociales, la Asamblea Constituyente otorgará una Amnistía a favor de un grupo importante de mujeres y hombres acusados y condenados por varios delitos vinculados con la defensa del medioambiente,³⁷ y la Comisión de Legislación y Fiscalización de la Constituyente inició una investigación cuyo resultado final es un informe que examina cada uno de los casos y recomienda al pleno de la Asamblea la aplicación de una Amnistía como forma idónea para restituir los derechos de los líderes sociales y ambientales criminalizados.³⁸

Los asambleístas fundamentaron su recomendación con ciertos criterios entre los que cabe destacar: a) el reconocimiento a la dignidad humana como eje transversal de reconocimiento y ejercicio de los derechos; b) el

34 El informe menciona entre otros mecanismos de hostigamiento y criminalización de la protesta social los siguientes: presentación de denuncias y procesos judiciales contra dirigentes, líderes y pobladores, amenazas contra la vida, hostigamiento y represalias; agresiones físicas, apaleamiento y asesinato de líderes a través de sicarios y grupos paramilitares, y deslegitimación de los líderes a través de la presentación de denuncias respecto de delitos comunes ajenos a los procesos de resistencia. Sobre el particular, ver "Informe Peñafiel", p. 4.

35 Ver CIDH. "Informe Anual 2006".

36 Ver "Informe de la Relatora para los defensores de Derechos Humanos a la Asamblea General de Naciones Unidas". Nueva York, julio 2002.

37 La propuesta fue presentada inicialmente de forma oficial por el asambleísta Jorge Sarango el 17 de enero de 2008, y posteriormente fue apoyada por los asambleístas Jorge Escala, Lenin Hurtado y Abel Ávila del Bloque del MPD por un lado, y Marisol Peñafiel y Franklin Puente de Acuerdo País.

38 Ver Peñafiel, Marisol. "Informe a la Mesa de Legislación y Fiscalización". Asamblea Constituyente, marzo 2008, p. 28.

reconocimiento explícito del derecho a la resistencia;³⁹ c) el reconocimiento del derecho a la legítima defensa de la naturaleza y los derechos humanos; y finalmente, d) el reconocimiento de que todos los actos amnistiados eran actos políticos enmarcados dentro del ejercicio del derecho a la resistencia.

En cuanto a este último criterio, el informe soporta el reconocimiento del carácter político de todas las conductas amnistiadas en varias consideraciones adicionales: a) la indefinición e imprecisión de la categoría de delito político;⁴⁰ b) el hecho de que en la mayoría de los casos los líderes de las protestas sociales en defensa de la naturaleza hayan sido acusados de delitos, que aisladamente considerados serían clásicos delitos comunes, pero que en el contexto de la criminalización de la protesta social asumen la condición de delitos de conciencia por conexidad; y, c) las irregularidades detectadas en muchos de ellos, que demuestran claramente, según el informe, la intención torcida de los procesos encaminados a desprestigiar y desmovilizar a líderes sociales.

En el caso concreto de Floresmilto Villalta, la recomendación del informe en el sentido de incluirlo dentro de los casos amnistiados, si bien es clara se sustenta en un muy ligero y dudoso análisis probatorio que aparece consignado en la matriz sobre los casos de criminalización de la protesta, que hace parte del informe en el que, a juicio de su autora, se demuestra: 1) la condición de delito político conexo de la conducta por la que el ambientalista fue condenado a 16 años de prisión;⁴¹ y, 2) la ocurrencia de graves irregularidades y anomalías procesales en la apreciación de la prueba⁴² por parte de los jueces de instancia.

39 De acuerdo con el informe, el derecho a la resistencia es un derecho fundamental de todos los seres humanos a oponerse individual o colectivamente, de manera activa, a los hechos, proyectos, políticas y leyes que vulneren o pongan en peligro su vida y la de la comunidad.

40 El informe soporta esta aseveración en el hecho de que ni la Constitución ni la ley definen qué y cuáles son los delitos políticos.

41 Este nexos de causalidad estaría probado a partir de un silogismo que el informe incorpora, donde la premisa mayor es la condición de Villalta de líder histórico en defensa de los bosques de propiedad del Estado, así como la evidencia de las continuas agresiones físicas y psicológicas sufridas por el condenado de parte de empresas madereras; la premisa menor sería la utilización reiterada de la empresa de juicios administrativos y penales en contra del ambientalista, y la conclusión sería la consideración de la denuncia por violación como una utilización abusiva de la justicia y represalia para sancionar la lucha social del líder ambientalista.

42 Particularmente la renuencia reiterada de las distintas instancias del juicio, de tomar en cuenta como prueba pertinente y conducente las declaraciones de la supuesta ofendida, tanto en la fiscalía como en los medios de comunicación. Al respecto, ver la transcripción de las entrevistas hechas a la menor Jenny Guagua y a su padre Simón Guagua en la radio La Luna, los días 11 y 12 de enero de 2006.

El debate que pudo ser y no fue

A pesar de las apariencias derivadas de la apreciación de la votación final,⁴³ la cuestión no fue tan pacífica como a primera vista pudiera pensarse.

Entre el 6 y el 11 de marzo de 2008, se presentaron álgidas discusiones, precipitadas reuniones de pasillo y reuniones del bloque donde el tema siempre fue el caso Villalta. Algunos asambleístas de la comisión de legislación, entre los que se destaca María Paula Romo, plantearon reparos a la extensión de la categoría de delito político a la violación de la menor Jenny Guagua. Aunque no hay actas ni pruebas documentales que muestren con claridad el debate, lo cierto es que, según han informado personas cercanas a la mesa 10 de la Asamblea, en relación con el caso había dos posiciones claras: la de aquellos que defendían la necesidad de incluir el caso de Villalta dentro del informe por su convicción profunda de que la denuncia por violación había sido una estrategia jurídica para hundir al ambientalista, y la de los que, como María Paula Romo, siguiendo los criterios del entonces Ministro de Justicia, Gustavo Jahlk, consideraban imposible reconocer al delito de violación como un delito conexo a cualquier delito político.

Sin embargo, el debate quedó acallado antes de comenzar, pues se impuso una posición maximalista de todo o nada. Personas cercanas a la Asamblea aseguran que hubo fuertes presiones de parte de la presidencia del organismo para incluir sin matización alguna el caso Villalta dentro de los Amnistiados. Sea esto verdad o no, cabe la duda, puesto que una de las principales asesoras de Alberto Acosta era Esperanza Martínez, quien además de ser una de las más caracterizadas dirigentes de Acción Ecológica, organización patrocinadora de la causa de Floresmilo, siempre ha mantenido públicamente la tesis de que la denuncia es un acto de manipulación de la justicia.

El resultado final fue, como se sabe, la aprobación del informe por 10 votos de los 12 posibles. Quienes no votaron el informe,⁴⁴ sin embargo, no lo hicieron con argumentos y de frente, sino que prefirieron esconderse y no votar. El caso más significativo es el del actual asambleísta César Rodríguez, entonces flamante presidente de la Mesa de legislación, quien momentos antes de la votación del 11 de marzo abandonó la sesión para luego, con el agua al cuello por el escándalo mediático suscitado por la decisión de la Corte, en declaraciones públicas dadas entre otros al diario

43 Ver Asamblea Constituyente Acta n.º 27, p. 20.

44 Gilberto Guamangate de Pachakutik, Galo Lara de Sociedad Patriótica y Cesar Rodríguez de Alianza País.

El Mercurio de Cuenca,⁴⁵ asegurar indignado que la Constituyente jamás concedió amnistía a personas acusadas de delitos sexuales. Lo que queda claro en este caso es que el asambleísta Rodríguez jamás leyó ni debatió el informe Peñafiel.

Los errores de la asamblea

Sin necesidad de asumir posiciones reaccionarias como aquellas que en el Ecuador ha denostado la Convocatoria a una Asamblea Constituyente, desde una perspectiva jurídica tradicional, podemos afirmar que la decisión de la Asamblea Constituyente adolece de algunos problemas técnicos.

Está claro que la Asamblea Constituyente en ejercicio de sus plenos poderes resolvió decretar la Amnistía del 14 de marzo de 2008, con una intencionalidad política clara, digna de aplauso por demás: hacer explícita y sancionar la subordinación de la justicia a intereses de grupos políticos y particulares, y el uso y abuso de los medios judiciales para criminalizar la protesta social.

Lo que no está tan claro es la idoneidad del camino escogido, por lo menos en lo que se refiere al caso de violación supuestamente protagonizado por Villalta. Hay dudas concretas sobre la legitimidad de la aplicación de la Amnistía en un caso como el que nos ocupa, en el que, por lo menos existe una duda sobre la participación del ambientalista en los hechos.

Lo correcto desde el punto de vista jurídico hubiera sido declarar una amnistía general para todos los procesos donde fuese posible atender más al tipo de delito que a las personas de sus infractores, en tanto los hechos hubieran tenido una motivación claramente política o social; y plantear no la Amnistía, sino el indulto particular para aquellos casos en donde ese nexo causal entre el delito político y los delitos comunes fuera más difícil de establecer.

Esta opción hubiera permitido preservar la naturaleza política del acto de la Asamblea, y a la vez tomar en consideración ciertas circunstancias particulares relativas al procesado y no tanto a los hechos. En el caso que nos ocupa, si bien técnicamente era imposible considerar la violación de una menor como objeto de Amnistía, sí había dudas razonables sobre la

45 Ver Diario El Mercurio de Cuenca, 16 de noviembre de 2009, p. 2A.

idoneidad del manejo de las pruebas dentro del proceso para declarar un indulto particular que le perdonara la pena a Villalta, teniendo en cuenta la trayectoria del líder ambientalista y la posibilidad de que la imputación fuese parte de una estrategia para desprestigiarlo.

Pero si no se aceptara esta tesis estrictamente técnica por considerar que la Amnistía era el camino adecuado por ser un acto estrictamente político, en todo caso el procedimiento para la adopción de la decisión debió ser distinto.

Si bien es cierto, el ejercicio de los plenos poderes que la Asamblea asumió implicaba por definición que los asambleístas pudieran ejercer, como efectivamente lo hicieron,⁴⁶ todas las funciones del Estado y particularmente las atribuciones propias del legislativo, entre ellas la de dictar Amnistías generales,⁴⁷ también lo es que estas Amnistías debieran cumplir con ciertos requisitos procedimentales entre los cuales está la garantía general al debido proceso, que se debe guardar siempre cualquiera sea la naturaleza de la función o del acto objeto de análisis.

En el estudio de las actas oficiales de la Asamblea no aparece que el informe Peñafiel haya “tomado en serio” los principios del debido proceso, por lo menos no en lo que se refiere al caso Villalta. Al tratarse de una Amnistía, esta, por definición, implica una investigación previa y una revisión extraordinaria del proceso. En este contexto la Asamblea Constituyente debía garantizar a las partes y a los interesados el derecho a ser escuchados en igualdad de condiciones, y no lo hizo adecuadamente. De lo que se sabe, la asambleísta que redactó el informe se limitó a solicitar, a su mejor criterio, los documentos que mejor le parecieron, no pudiendo ninguna de las partes ser oída oficialmente, lo que deja un manto de duda sobre la idoneidad de la investigación.

También existen dudas sobre el hecho de que la víctima hubiera tenido la oportunidad de presentar, verbalmente o por escrito, pruebas, argumentos, o razones que interesaran al caso; tampoco existe suficiente evidencia de que la víctima o sus abogados hubieran podido controvertir los argumentos presentados por Villalta y los grupos que lo apoyaban. Esto es importante

46 Ver artículo 7 del Mandato 1 de la Asamblea Constituyente, publicado el 29 de noviembre de 2007.

47 La función de decretar Amnistías generales, por ser una especie de autoderogación estatal de la facultad de administrar justicia, es una atribución que la teoría clásica de la división de poderes atribuía al legislativo, además por ser esta función del Estado la que se consideraba preeminente respecto de las demás. Hoy en día, a pesar de que el equilibrio de poderes, es definida de manera distinta la potestad de amnistiar y se mantiene como facultad exclusiva del poder legislativo, lo cual constituye una curiosidad histórica más que un imperativo sistémico.

por cuanto si en el proceso penal ordinario que terminó con su condena Floresmiló argumentó y sigue sosteniendo que por razones políticas se le violó el debido proceso por ausencia de apreciación legal de las pruebas por él presentadas, en la revisión extraordinaria hecha por el legislador constituyente, a efectos de determinar si se le concedía o no la amnistía. Con estos antecedentes era necesario el mayor de los escrúpulos en el cumplimiento de los preceptos y garantías relacionados con el debido proceso, ya no de Floresmiló, sino de la supuesta víctima, y esto por desgracia no ocurrió.

Un supuesto violador consigue apoyo de la Corte Constitucional⁴⁸

Con ese titular la prensa ecuatoriana registró la noticia de la liberación del ambientalista dictaminada por la Corte Constitucional, en sentencia de fecha 24 de septiembre de 2009.

Más allá del sensacionalismo del titular, del escándalo provocado y de las declaraciones oficiosas de supuestos defensores de la menor agredida,⁴⁹ la realidad es otra. Independientemente de nuestra adhesión o rechazo personal a la decisión de la Asamblea Constituyente, no puede acusarse legítimamente a la Corte de haber liberado a un violador. Lo que sí es legítimo y necesario es examinar técnicamente la consistencia jurídico-constitucional de la Sentencia, y medir el grado de sensibilidad de esta providencia respecto de los argumentos de género. Valorar adecuadamente la decisión de la Corte consiste en ponerla en el contexto debido, y para ello lo indicado es abandonar las interpretaciones y examinar directamente su texto.

Esto no es factible si no se explicitan algunos antecedentes:

A pesar de los plenos poderes, la Asamblea no consiguió la libertad de Villalta. Los jueces ordinarios desafiaron al constituyente negándose a cumplir la orden que les obligaba a poner inmediatamente en libertad a los beneficiarios de la Amnistía, entre ellos a Villalta, y a archivar y suspender todos los procesos.⁵⁰ Alegaron en su momento, a través de providencias y diligencias

48 Ver Diario La Hora, 25 septiembre de 2009, p. 5A. y 27 de septiembre, p. 5B.

49 Ver Diario La Hora, 18 de octubre de 2008, p. 5B. "Declaraciones de Paulina Araujo, defensora de la niña ultrajada sobre la decisión de la Corte Constitucional".

50 Ver Asamblea Constituyente Acta n.º 27 p. 31 de 97, 2008.

judiciales, que la Amnistía, al no referirse a delitos comunes, no podía cobijar el caso Villalta. Utilizaron en su defensa un oficio del Ministro de Justicia y Derechos Humanos Gustavo Jahlk, de fecha 18 de junio de 2008,⁵¹ en el que este alto funcionario del Gobierno dice que no procede la Amnistía otorgada por la Asamblea por cuanto existe una sentencia condenatoria de 16 años por el delito de violación, y que esa conducta no fue considerada por los constituyentes al darle el beneficio de la Amnistía.⁵²

Y aquí entra a actuar la Corte. A los pocos días de la entrada en vigencia de la Constitución, el día 22 de octubre de 2008 los defensores de Floresmilto Villalta demandaron el incumplimiento de la Amnistía otorgada por la Asamblea Constituyente en el caso de Floresmilto Villalta por parte del Presidente del Tribunal Cuarto Penal de Pichincha. De acuerdo con el texto de la demanda, los defensores del ambientalista consideraron violados los derechos constitucionales a la libertad, a la igualdad ante la ley y a la independencia judicial.⁵³

Con estos antecedentes la Corte avocó conocimiento del caso y sentenció.

Argumental y discursivamente la sentencia corresponde a un típico silogismo. Divide los problemas jurídicos en una premisa mayor de carácter normativo, una premisa menor fáctica, y una conclusión igualmente normativa.

La premisa mayor está constituida por un conjunto de argumentos dirigidos a inspeccionar y blindar la capacidad de la Asamblea Constituyente. Para otorgar la amnistía,⁵⁴ la premisa menor se estructura a partir de una evaluación fáctica de la actuación del juez ordinario al negarse a cumplir el mandato constituyente, y del examen del alcance jurídico del concepto del Ministro de justicia; y finalmente, la conclusión es la prueba de la relación de causalidad entre la imputación del delito común y la persecución política de

51 Ver Ministerio de Justicia. Oficio n.º MJDH-0462-8 de 18 de junio de 2008.

52 El Oficio del Ministro de Justicia textualmente dice: "Por la documentación anexa al oficio, en efecto no procede en la persona de Floresmilto Villalta la amnistía que otorgó la Asamblea Nacional Constituyente, puesto que existe una sentencia condenatoria de 16 años de prisión dictada por el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha por violación de una niña de 12 años". (...) Y continúa: (...) "Más aun cuando no hay coincidencia de los periodos judiciales en su contra, puesto que el señor Villalta recibió respaldo popular de la Asamblea por considerársele un perseguido por sus acciones sociales entre marzo y abril de 2004, no obstante el hecho por el que recibió sentencia condenatoria ocurrió posteriormente, en agosto de 2005, y a pesar de que su defensa intentó relacionar la acusación como una persecución en su contra de conformidad con la sentencia el delito y la responsabilidad del acusado fue plenamente probado".

53 Ver Corte Constitucional. Sentencia 001-2008-AN.

54 Como parte de esta premisa mayor la Corte también examina la relación de causalidad entre la imputación de un delito común y el delito político y el alcance de la amnistía.

la que el demandante había sido objeto por parte de la empresa Endesa-Botrosa.

El resultado de toda esta “impecable” operación lógica es obviamente la aceptación de la acción, la declaración del incumplimiento por parte del Tribunal Cuarto de lo penal de Pichincha, y la orden perentoria para que el citado Tribunal cumpla la amnistía en los términos estipulados en el artículo 4 de la misma.

Valorando analíticamente la sentencia, encontramos que, para sustentar el primer elemento del silogismo la Corte, acude a la línea jurisprudencial que ya había marcado con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad del mandato 1. En ese sentido ratifica una vez más la intangibilidad absoluta de las decisiones de la Asamblea Constituyente y su ausencia de control por parte de los poderes constituidos, y como corolario lógico reconoce el carácter vinculante y la superioridad jerárquica a la amnistía controvertida, y determina que la amnistía No. 4 es una norma constitutiva del sistema jurídico ecuatoriano y como tal no es susceptible de impugnación alguna por parte de ningún poder constituido, “sino tan solo objeto de aplicación con el listado de beneficiarios de la misma”.⁵⁵

Esto, por supuesto, implica una toma de posición previa a cualquier análisis jurídico, respecto a la validez de la decisión de la Asamblea de reconocer la amnistía a Floresmillo Villalta. La Corte reconoce de plano, sin ningún cuestionamiento ni jurídico, ni político, ni fáctico, que el ambientalista fue beneficiado por la Amnistía del 14 de marzo, pues “la Asamblea Nacional Constituyente de forma inequívoca identificó el sujeto, el objeto, y el proceso penal relacionado al accionante y después de un análisis ha detectado irregularidades, considerando que es un ciudadano que ha ejercido su derecho a la resistencia y ha realizado oposición a la acción devastadora de los recursos forestales del Estado por más de una década, incluso siendo inculminado en varios delitos comunes”.

Esta lectura de la sentencia no obedece, sin embargo, a una apreciación caprichosa o subjetiva. Documentos emanados de la propia Corte lo confirman. De acuerdo con la transcripción de las intervenciones de Patricio Pazmiño, Presidente de la Corte, en el pleno de esa función del Estado “ni la Corte liberó a un violador, ni tampoco lo amnistió”.⁵⁶ De lo que se trató, según el funcionario, fue de “decidir si Villalta era o no beneficiario de una decisión del poder constituyente, o lo que es lo mismo, decidir si

55 Ver Corte Constitucional. Sentencia 001-2008-AN, p. 10.

56 Ver Titular de Radio Tarqui, 30 de noviembre de 2009.

Villalta era o no beneficiario de la Amnistía”. “No se trataba entonces — continúa el presidente de la Corte— de determinar si el ambientalista era autor, cómplice o encubridor del delito de violación, ni tampoco se trataba de juzgar a los jueces que en tres instancias decidieron condenarlo”.⁵⁷

En cuanto al segundo elemento, es decir, la valoración de las actuaciones de los jueces, muy a pesar de las declaraciones del Presidente Pazmiño en sentido contrario, la ponencia de minoría redactada por él, que posteriormente se convertiría en Sentencia, sí realiza un análisis de la legalidad y legitimidad de la motivación de los jueces ordinarios al negarse a cumplir la decisión del poder constituyente.

La Corte en uno de los párrafos de la sentencia define claramente que a su juicio los jueces actuaron sin mediar motivación suficiente, toda vez que, violando la independencia judicial acogieron el concepto del Ministro de Justicia,⁵⁸ pronunciamiento que en opinión de los jueces de la Corte, y a pesar de lo respetable que pueda ser la opinión personal de un Ministro, no posee valor vinculante para los jueces ni emana de autoridad competente para interpretar el alcance o aplicabilidad de un acto del poder constituyente de plenos poderes.

La conclusión de la Corte es que el Presidente del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha debió dar cumplimiento a la Amnistía sin objeción alguna, y que al hacerlo en sentido contrario actuó sin motivación jurídica y violó directamente el principio de igualdad formal y sustancial de Floresmilo Villalta.

En esta parte la sentencia también ratifica, utilizando para ello el método histórico de la interpretación a través de las Actas de la Asamblea, que en las deliberaciones de la Mesa de legislación y fiscalización fue discutido, conocido y aprobado,⁵⁹ considerar como delito político el caso del proceso seguido contra Floresmilo Villalta por la supuesta violación de Jenny Guagua.

Ahora bien, como se dijo, la conclusión del silogismo está dada por la acreditación del vínculo de causalidad entre la imputación del delito común y la persecución política de la que el demandante había sido objeto por parte de la empresa Endesa-Botrosa.

57 Ver Corte Constitucional. Transcripción de la intervención del presidente de la Corte para el Período de Transición dentro de la Causa n.º 001-08-AN, jueves 24 de septiembre de 2009.

58 Ver Corte Constitucional. Sentencia 001-08-AN, p. 15.

59 Ver Corte Constitucional. Sentencia 001-08-AN, pp. 17 y 18

La Corte consideró que, dados los antecedentes de la relación entre Villalta y Botrosa, que incluyen agresiones físicas, amenazas contra su vida y judicialización permanente, no resultaba extraño que la Asamblea Constituyente hubiera enlazado la imputación de un delito atroz con el activismo de Villalta y lo hubiese considerado, a efectos de la Amnistía, un delito conexo con las actividades políticas del líder ambientalista.

En este punto es donde la sentencia demuestra con mayor claridad el patriarcalismo que la caracteriza, y la falta de sensibilidad por los derechos de las víctimas de agresiones sexuales. En la sentencia hay una clara desproporción entre la indignación permanente del juez constitucional por los maltratos sufridos por el ambientalista en su actividad pública, y la defensa de su derecho a la libertad frente al lenguaje patriarcal e inconscientemente discriminatorio con que trata a la supuesta víctima, en la única mención explícita que la sentencia hace a la niña.⁶⁰

Las inconsistencias de la Corte

Los miembros de la actual Corte Constitucional del Ecuador promulgan, en cuanto foro público y privado son invitados, su militancia en el garantismo constitucional y su defensa a ultranza del Estado Constitucional de los derechos que establece la Constitución ecuatoriana en su artículo 1.

En palabras sencillas, el garantismo es una doctrina filosófico política de justificación del derecho que propugna, como fin de lo jurídico, la protección al más débil y la limitación de los excesos del poder a través de la garantía judicial de los derechos establecidos constitucionalmente.⁶¹ Por su parte, el Estado constitucional de los derechos es aquella manifestación particular del llamado Estado de derecho, que se caracteriza por estar vinculado a la realización material y efectiva de la dignidad humana.⁶²

Una de las formulaciones básicas del garantismo constitucional, recogida por la actual Constitución ecuatoriana y defendida por la actual Corte

60 Corte Constitucional. Sentencia 001-08-AN, p. 26.

61 Sobre la formulación general del Garantismo Constitucional, ver Ferrajoli, L. *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 2009; también Ferrajoli, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 15 a 35; y Ferrajoli, L. "Garantías y derecho penal". *Democracia y Garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2008.

62 Sobre el concepto de Estado Constitucional de los Derechos y sus características, ver Montaña, J. "Supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008". Quito, Corte Constitucional, 2009, pp. 109 a 123.



Constitucional, es precisamente el nuevo papel de los jueces en la creación judicial del derecho, que se realiza a través de la interpretación que hacen los jueces constitucionales de la Constitución y de las normas secundarias.

Esa interpretación creativa no es fácil, puesto que el material utilizado para hacer la interpretación, es decir, las normas de la Constitución, no tienen la misma configuración que cualquiera de las normas de una ley ordinaria: se componen en términos generales por principios y valores que tienen una estructura indeterminada, por lo que en la mayoría de los casos no se les puede aplicar los instrumentos y métodos interpretativos normales que la teoría jurídica clásica había creado para la ley. Específicamente no se puede usar la subsunción ni la forma argumental silogística cuando exista una tensión entre derechos o principios, sino que se requiere hacer ejercicios de argumentación y ponderación, lo que permite dar fundamento racional y legitimidad a las decisiones de los jueces a través de la demostración de la idoneidad de la medida, su necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto.⁶³

Dejando a un lado las digresiones teóricas y volviendo al caso, más allá de consideraciones políticas o de estar o no de acuerdo con la decisión, a la luz de los propios fundamentos teóricos que la Corte dice defender, esto es bajo el paraguas del garantismo constitucional, la sentencia 0001-08-AN adolece de importantes defectos.

El principal error de la Corte Constitucional en la sentencia del caso de Floresmilo Villalta no fue decidir, como lo hizo, sino haberlo hecho utilizando un método de argumentación incompatible con la naturaleza del caso. No bastaba con ampararse, como lo hizo la corte, en la defensa de la intangibilidad del poder constituyente. Al tratarse de un caso difícil, donde existía una clara tensión entre derechos, era necesario abandonar el silogismo, y tomar en cuenta y ponderar los distintos principios en conflicto, para después decidir.

La Corte, sin embargo, se limitó a hacer un uso tradicional de las herramientas de argumentación jurídica, pues partiendo de una consideración mecánica del poder constituyente declara aplicable la amnistía dada por el pueblo a Floresmilo Villalta, tan solo haciendo una verificación fáctica del incumplimiento de las autoridades judiciales del mandato de la Asamblea.

No hay en la sentencia, a pesar de lo que pudiera pensarse tomando en cuenta la militancia garantista de la autoridad que sentenció, ninguna consideración de carácter constitucional. Como pudo observarse, a pesar de

63 Ver Alex y, R. "La Fórmula del Peso". *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid, CEPC, 2008.

que la principal función de la Corte Constitucional es la defensa de los derechos, particularmente de la población más vulnerable, en la sentencia no existe ninguna consideración constitucional que demuestre alguna sensibilidad o tome en cuenta los derechos de la supuesta víctima.

En todo el discurso de la Corte la niña esta invisibilizada, solo aparecen dos preocupaciones: la garantía de la libertad del líder ambientalista, y el reconocimiento de la intangibilidad del poder constituyente. No hubo una ponderación que pusiera en el debido contexto la importancia o el peso específico de los derechos de Villalta frente a los de la niña. Es más, en las pocas ocasiones en que Jenny Guagua es mencionada en la sentencia y en las actas de la sesión en que se tomó la decisión no emerge como sujeto de derechos, pues la Corte se niega a debatir y considerar el tema de la violación, ni la conducta del supuesto violador respecto de su supuesta víctima, al tratarse, según el pleno, de cuestiones de legalidad.⁶⁴

Pero la invisibilización de los problemas de género en el caso es aun peor. En las escasas ocasiones en donde la sentencia encamina su argumentación hacia la protección de los derechos de la víctima, se termina naturalizando la violencia sexual. Dice la Corte en un párrafo digno del peor de los machistas: “Nuevamente llama la atención que al haber sido supuestamente violada por ese individuo llamado Adolfo (aceptan el padre y la misma Jenny María), ni el padre ni alguien de la familia haya realizado la denuncia respectiva (...). ¿Si Jenny había sufrido una violación anterior, por qué no habría denunciado alguien de la familia? ¿Cómo se explica que frente a la violación perpetrada por Villalta, el asunto se torne en una noticia nacional que trascienda en el diario Extra, y que de forma inmediata el tío de la supuesta agraviada realice la acusación particular?”.

Partiendo de la buena fe del juez constitucional y de su voluntad, no discutida aquí, de acertar el problema técnico de la sentencia en la falta de herramientas conceptuales del juez o en su ignorancia, la cuestión es más compleja porque involucra una concepción cultural patriarcal que impide de plano cualquier otra solución: el sexismo implícito y el patriarcalismo jurídico de los jueces les impidió, más que cualquier otra consideración, llegar a una conclusión distinta.

64 Ver Corte Constitucional. Transcripción de la intervención del presidente de la Corte dentro de la causa n.º 001-08-AN, p. 1.

Conclusiones: lo que hubiera pasado en el caso de aplicarse la teoría feminista o crítica del derecho

- El feminismo en cuanto teoría social ha demostrado que la diferenciación sexual constituye el eje central del orden social vigente, y como tal resulta ser el elemento nodal de cualquier análisis de la sociedad contemporánea.
- Ante esta situación, el feminismo propone a la mujer un compromiso político por el desmantelamiento de las bases que sostienen las relaciones sociales cotidianas, y la mayoría de las instituciones que nutren esa estructura androcéntrica del poder.⁶⁵
- Una de las estructuras de poder que habría que demoler sería justamente el derecho liberal, que a partir de la irrupción de la modernidad se ha constituido en la herramienta básica a través de la cual el orden social masculino ha garantizado su estabilidad y su reproducción.⁶⁶
- Haciendo abstracción de aquellas tesis radicales que niegan cualquier posibilidad de uso alternativo al derecho, desde el feminismo se han hecho dos aportes importantes a la crítica del derecho:
 - a) Se ha demostrado que el derecho liberal refleja y protege fundamentalmente los valores e intereses masculinos;⁶⁷ y
 - b) Se ha probado que incluso, cuando el derecho intenta proteger intereses y necesidades de las mujeres, su aplicación práctica termina discriminándolas debido a la incapacidad de quienes están encargados de aplicar el derecho de superar la ideología y los modos patriarcales de pensar y de actuar en los que han sido formados.
- Hay que reconocer asimismo el importantísimo avance de la agenda de género en el ámbito normativo general y abstracto, especialmente en lo que atañe al derecho internacional de los derechos humanos y en el plano constitucional retórico.
- Pero también es necesario remarcar el itinerario futuro: el espacio de reivindicación de la teoría jurídica de género no puede quedarse en lo normativo formal y abstracto. En el caso ecuatoriano los derechos ya

65 McDowell, L. "La definición de género". *Género, identidad y lugar*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1999, pp. 19 a 47.

66 Sobre el particular, ver Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología Jurídica Crítica*. Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 30.

67 West, R. *Género y Teoría del Derecho*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.

están consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero aún falta un inmenso trecho por recorrer en el plano de la aplicación efectiva de los derechos por parte de los jueces.

- Particularmente en lo concerniente a la lucha contra la violencia sexual, esta se debe dar en el plano de la tónica y de la aplicación judicial del derecho en el caso concreto.
- Una crítica feminista del derecho, aplicada al caso, permite identificar en la sentencia:
 - a) La desigualdad estructural de condiciones que se presentó en el caso entre un líder ambientalista como Floresmilo Villalta, frente a una niña, campesina, pobre y semianalfabeta, que vivía y vive en un entorno de hombres como Jenny Guagua.
 - b) Las formas en que la sentencia discrimina a la víctima, en este caso la manifiesta invisibilización de la víctima, la insensibilidad de los jueces al género, y el velado doble parámetro de juzgamiento de las conductas de Floresmilo y de la niña.
- Una aplicación feminista del derecho por su parte tendría en este caso una agenda importante y compleja:
 - a) Lo primero que habría que hacer sería visibilizar a la niña como coprotagonista de la tragedia, de tal manera que se pudiera considerar, además de las prerrogativas de la Asamblea y la efectivización de los derechos del ecologista, el reconocimiento de los derechos correlativos de Jenny Guagua;
 - b) y lo segundo sería eliminar el doble parámetro de juzgamiento generado por el sobredimensionamiento del ámbito público de la actividad de Villalta como defensor de los bosques, frente a la minusvaloración de su vida privada. En el nuevo juicio jurídico que habría que hacer al caso debería ponerse mucha atención a su contexto y vida privada, en los que es protagonista la niña víctima, para poder valorar en su conjunto al hombre Villalta.
- Hecho esto, el garantismo constitucional y la teoría de la argumentación jurídica nos permitirían hacer un ejercicio de ponderación adecuado

entre los derechos de nuestros ahora dos protagonistas, y decidir jurídicamente sobre la pertinencia ya no de la amnistía, sino del indulto al ecologista.

- Si aplicamos la fórmula del peso⁶⁸ al caso Villalta deberíamos, en primer lugar como lo hizo la Corte Constitucional, establecer la razonabilidad de la negativa de los jueces ordinarios a cumplir la Amnistía de la Asamblea, frente a la vigencia concreta del principio de intangibilidad del poder constituyente. El resultado de este ejercicio donde D1 es la negativa de los jueces y D2 la intangibilidad del poder constituyente, evidentemente reconoce que la majestad del poder constituyente rebaza lógica y matemáticamente con mucho cualquier razón jurídica, ética, o moral que pudieron tener los jueces para negarse a cumplir la orden de los asambleístas.

$$\text{PCD1/ D2} = \frac{(1 * 1/4)}{(4 * 1)} = \frac{0.25}{4}$$

- La segunda operación implicaría medir el valor de la cosa juzgada en los juicios ordinarios (D1), frente a los derechos de libertad e igualdad ante la ley de Villalta (D2). El resultado de la aplicación de la fórmula del peso sería obviamente y específicamente ante las dudas razonables que existen sobre la autoría del delito, favorecer la libertad del condenado.

$$\text{PCD1/ D2} = \frac{(2 * 1)}{(4 * 1)} = \frac{2}{4}$$

68 La fórmula del peso se expresa matemáticamente de la siguiente manera:

$$\text{PCD1 /D2} = \frac{(\text{IAD1} * \text{PAD1} * \text{CAD1})}{(\text{IAD2} * \text{PAD2} * \text{CAD2})}$$

Donde PC es el peso concreto de un derecho dado, IA es la importancia o grado de afectación concreta del derecho, PA peso abstracto o absoluto del derecho y CA representa el grado de certeza que puede llegar a tener el juez de la ocurrencia de la vulneración del derecho. Para cuantificar estos conceptos se construye una tabla de valores constantes. La importancia de la afectación es cuantificada así: una afectación leve correspondería a (1), una afectación media (2), y una afectación grave (4). En cuanto a la certeza de la afectación, los valores serían los siguientes: una duda grande (1/4), una certeza media o relativa (1/2) y una certeza profunda (1). En cuanto al valor abstracto en el caso ecuatoriano no aplica por cuanto el artículo 11 numeral 6 de la Constitución establece que tiene igual jerarquía.

- Inmediatamente después habría que determinar el peso relativo de la decisión de la Asamblea en el caso Villalta (D1), frente a la garantía de los derechos a la verdad, a la vida digna y a la integridad física y síquica, así como del derecho de la adolescente a decidir libremente sobre su cuerpo (D2). La conclusión de la aplicación de la fórmula del peso en este caso nos daría como resultado un peso relativo mayor de los derechos de la niña respecto de la majestad formal del poder constituyente.

$$\text{PCD1/ D2} = \frac{(4 * 1/2)}{(4 * 1)} \frac{2}{4} \text{ —}$$

- La última operación tendría que medir la importancia relativa de los derechos de la adolescente (D1) respecto de la libertad, y a la igualdad formal ante la ley del ambientalista (D2). El resultado sería, por supuesto, reconocer la mayor importancia de los derechos de la niña, con lo cual se ordenaría al Estado, a través de las entidades competentes, la reparación integral de los daños, lo que en este caso más que una indemnización pecuniaria significaría asumir todo el complejo proceso de normalización y desvictimización de la niña.

$$\text{PCD1/ D2} = \frac{(4 * 1)}{(2 * 1)} \frac{4}{2} \text{ —}$$

- Adicionalmente, una mirada feminista del caso nos lleva a hacer una impugnación profunda de la potestad de otorgar amnistías a un órgano democrático, por más que sea en este caso el representante directo del poder constituyente, pues la justicia no ha sido nunca ni puede ser objeto de decisión mayoritaria. Nunca se debe olvidar que el derecho y los derechos son una garantía institucional básica contra la dictadura de la mayoría.
- Finalmente, una mirada sistémica del proceso nos lleva a reconocer que tanto en la visión de Villalta, como en las decisiones jurídicas dadas por los tribunales ordinarios y los jueces constitucionales así como en las instancias de decisión política que tuvieron que ver con el caso, la conclusión es la misma y es profundamente desalentadora desde la perspectiva de género: la niña es un sujeto ausente.
- Esta ausencia nos lleva a preguntarnos: ¿qué ha sido y qué será de Jenny Guagua hoy que ya tiene, si creemos a Floresmilo Villalta, 19



años? La respuesta es desalentadora: Jenny sigue siendo un sujeto de derechos ausente. De lo que se sabe, hoy ha dejado de estar a merced de la voluntad de Villalta, ya no vive con él ni cerca de él, pero sigue en estado de tutelaje: está a merced de lo que digan su tío y la empresa. Vive en el predio Pambilar, en una casita de madera de propiedad de Botrosa, sin poder salir sola a ninguna parte, sin derecho a decidir sobre su propio cuerpo y su propia vida.

Bibliografía

La solicitud se tramitó ante el Alcalde Metropolitano de Quito, quien, de acuerdo con la legislación entonces vigente, era la autoridad competente para conocer de este tipo de garantías a favor de la libertad.

- Alexi, Roxana. "La Fórmula del Peso". *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid, CEPC, 2008.
- Arroyo, Roxana. *Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres*. San José Costa Rica, Corporación Promoción de la Mujer, 2005.
- Asamblea Constituyente Acta n.º 27, 2008.
- CIDH Informe Anual 2006.
- Corte Constitucional, Transcripción de la intervención del presidente de la Corte dentro de la causa n.º 001-08-AN.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología Jurídica Crítica*. Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- Escobar, Claudia. "Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional". *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia de Derechos Humanos, 2008.
- Ferrajoli, L. *Derecho y razón*. Quito, Editorial Trotta, 2009.
- . *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- . "Garantías y Derecho penal". *Democracia y Garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- Guastini, R. *Estudios de Teoría Constitucional*. Ediciones Fontamara, 2001.
- Gutiérrez Beltrán, A. *El bloque de constitucionalidad: concepto y fundamentos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Informe de la Relatora para los defensores de Derechos Humanos a la Asamblea General de Naciones Unidas. Nueva York, julio 2002.

- Mcdowell L. "La definición de género". *Género, identidad y lugar*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1999.
- Ministerio de Justicia. Oficio n.º MJDH-0462-08, 18 junio 2008.
- Montaña, Juan. "Supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008". Corte Constitucional, Quito, 2009.
- Olsen, F. *From False paternalism to False Equity: Judicial Assaults on feminist Community*. Michigan Law Review n.º 84.
- Olsen, F. *The family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*. Harvard Law Review n.º 96.
- Prieto Sanchís, L. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- Registro Oficial n.º 45 de 23 de junio de 2005.
- Secretaría General de Comunicación de la Presidencia de la República. Boletín de Prensa SGC-B-1133. Quito, 6 de julio de 2007. Transcripción de las entrevistas hechas a la menor Jenny Guagua y a su padre Simón Guagua en la radio 'La luna' los días 11 y 12 de enero de 2006.
- Tribunal de Trabajo de Costa Rica Sección Tercera, Expediente 02-003173-0166-LA.
- West, R. *Género y Teoría del Derecho*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.

Reseñas



Celia Amorós y Rosa Cobo

*Feminismo e Ilustración*¹

Por Jorge Benavides Ordóñez²

Referirnos a la relación entre el Femenismo y la Ilustración aparece como un asunto complejo, toda vez que como se conoce, la idea del individuo autónomo y racional que se construyó en la modernidad, se trató de una categoría circunscrita a los varones, de ahí que la falta de reconocimiento de las mujeres conlleve precisamente, la crítica a tal diferenciación, a todas luces ilegítima y arbitraria, y con ello, el surgimiento de planteamientos que abogan por la igualdad entre los sexos. Es pues, dentro de ese contexto en donde se inscribe el presente trabajo de autoría de las dos profesoras españolas. Con este propósito, Celia Amorós y Rosa Cobo concentran su reflexión en tres asuntos, que atañen a las relaciones existentes entre la Ilustración y el contractualismo; por otro lado, se refieren a las implicaciones que concitó en ese período histórico la reforma de las ciencias, lo que sin duda trajo aparejada una reforma en lo social; finalmente, cifran sus esfuerzos en el proceso revolucionario francés.

Con relación al primer tema, o sea, a la Ilustración y el contractualismo, las autoras destacan que en el proceso de reclamación feminista, se puede distinguir el tránsito entre lo que se conoció como “los memoriales de agravios” de carácter básicamente literario, a las “vindicaciones”. Así tenemos como, con relación a los memoriales destacan el trabajo *La cité des dames* de Christine de Pizan, obra que siendo escrita en género literario persiguió el desmontar los prejuicios imperantes entre los hombres con formación de

1 El presente trabajo se encuentra recogido en el libro *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De la Ilustración al segundo sexo*, t. 1. Eds. Celia Amorós y Rosa Cobo. Madrid, Minerva Ediciones, 2007.

2 Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; máster en derecho constitucional y máster en filosofía y cultura moderna, Universidad de Sevilla. Diploma superior en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctorando en derecho constitucional, Universidad de Sevilla; profesor universitario. Actualmente es coordinador del área de publicaciones del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (Cedec) de la Corte Constitucional del Ecuador.

aquella época, en relación con las mujeres. Amorós y Cobo subrayan cómo Pizan llegó incluso antes que Poullain de La Barré —pensador francés discípulo de Descartes sobre el que volveremos más adelante—, a desarrollar la tesis contraria al prejuicio en contra de las mujeres, así como, la apreciación de las mujeres como portadoras del *bon sens*³ o capacidad de juicio o entendimiento, el mismo que les es reconocido a estas por la naturaleza, de modo que dicha capacidad de juicio las mujeres la poseen indistintamente de lo que se podía aprender de modo formal en los libros o en las universidades, espacios que eran reservados para los hombres de la clase dominante.⁴

Sin embargo, debemos señalar que a criterio de nuestras autoras, si bien el trabajo de Pizan presentaba unos avances destacables, el mismo no dejaba de ser un planteamiento circunscrito a una sociedad de corte estamental, o lo que es lo mismo, hace su reclamo a favor de las mujeres que se lo han ganado, por tanto, en dicho reclamo no concita a todas las mujeres a seguir su ejemplo, lo que implica entonces, que no se trata de una vindicación o un reclamo genérico de la mujer, en la medida en que los saberes y su acceso quedaban reservado a los hombres. En tal virtud, estamos frente a la lógica del memorial, de modo que para superar dicha lógica hará falta que “se genere una plataforma conceptual de abstracciones universalizadoras como, por ejemplo, ciudadanía, sujeto de derechos y no de privilegios, sujeto moral autónomo para poder reclamar que tales abstracciones se apliquen en los mismos términos al genérico mujer”,⁵ de forma que la construcción teórica apunta a tomar como referente la abstracción igualitaria que incluya a la mujer. Por eso: “La idea de igualdad y la vindicación están así íntimamente ligadas: la noción de igualdad genera vindicaciones en la medida misma en que toda vindicación apela a la idea de igualdad”.⁶

3 Sobre el *bon sens*, véase el trabajo de Hume, David. *Sobre la norma del gusto y otros ensayos*. Trad. María Teresa Beguiristáin. Barcelona, Editorial Nexos, 1989; así como, Cassirer, Ernst. *Filosofía de la Ilustración*, capítulo VII “Los problemas fundamentales de la Estética”. México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

4 Debiendo señalarse que incluso en la visión contractualista rousseauiana de estirpe democrática, eran excluidas las mujeres. Al respecto, véase el trabajo de Pateman, Carol. *The Sexual Contract*. Stanford, Stanford University Press, 1988. Como crítica de la visión masculina de ciudadanía edificada sobre la autonomía, véase en esta misma publicación el trabajo de Blanca Rodríguez Ruiz, “Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía”; en el mismo sentido, véase en esta misma obra el trabajo de Roxana Arroyo, “Acceso a la justicia para las mujeres... El laberinto androcéntrico del derecho”, sobre todo en lo relacionado al principio de igualdad y su vínculo con la justicia.

5 Amorós, Celia y Rosa Cobo. “Feminismo e Ilustración”. *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*. Eds. Celia Amorós y Rosa Cobo. Madrid, Minerva Ediciones, pp. 97, 2005.

6 *Ibid.*, p. 98.



Argumentación que estriba en la dignidad del ser humano, en cuanto portador de derechos y con ello, libre, igual y natural, como lo expresaban las declaraciones de derechos del siglo XVIII a ambos lados del Atlántico. Visto así, la Ilustración con la vindicación feminista son complementarias, en la medida que los derechos se edifican sobre la noción de dignidad humana, categoría propia del género humano, mal se podría por tanto, como lo señalan las autoras, excluir a las mujeres de su goce, y en caso de hacerlo, sería irse en contra de la noción de inalienabilidad de los derechos, que radica en la capacidad de los seres humanos para ser poseedores de unos derechos por su condición humana.

Con relación al segundo tema —la reforma de las ciencias y su influencia en lo social— las autoras destacan el encuentro que se produjo entre los planteamientos del método cartesiano, que con motivo de la publicación de su *Discurso del Método*, trajo consigo la idea de que el método de la nueva ciencia no dependía del saber heredado. La afirmación de Descartes “quiero que me entiendan hasta las mujeres” ha sido interpretada como una suerte de desprendimiento de la nueva ciencia de los saberes tradicionales, produciéndose así, dicho encuentro con las transformaciones sociales de aquel contexto, esto es, el fin de una sociedad de corte estamental, teniendo especial protagonismo en dicho encuentro Poullain de la Barre a la sazón como ya lo señalamos discípulo de Descartes. Así tenemos como, aquel consideraba que la nueva ciencia podía ser entendida y explicada con base en el método científico, lo que conllevó, que los conocimientos tradicionales que no podían ser sometidos a comprobación según el nuevo método, no podían ser considerados como científicos, de modo que los detentadores de tales conocimientos que a la usanza eran los hombres, debían entrar en una lógica de aprender lo nuevo, de ahí que eran las mujeres portadoras del *bon sens* las más aptas para adecuarse a las nuevas realidades, debido en gran medida a que la inmensa mayoría de ellas no había participado de esos conocimientos tradicionales.

La influencia de la Barre es de tal relevancia que, según Celia Amorós y Rosa Cobo, aquel desplaza la regla de la evidencia del método del ámbito teórico al cambio de las costumbres sociales, de tal suerte que si Descartes perseguía modificar las mentes, de la Barre, intentaba modificar la sociedad, de modo que la tesis esencial de este último iba encaminada a combatir el prejuicio —cuestión que como lo señalamos más arriba, ya había sido desarrollada por Christine de Pizan, aunque con menores pretensiones—. En su obra *De la educación de las damas para la formación del espíritu en las ciencias y en las costumbres* sostuvo:

Nos ha parecido que lo mejor sería elegir un tema determinado y explosivo en el que todos estuvieran interesados; luego de haber demostrado que un sentimiento tan viejo como el mundo, tan extendido y amplio como la propia tierra y tan universal como el género humano es un prejuicio o un error, los sabios podrían convencerse por fin de la necesidad de juzgar las cosas por uno mismo después de haberlas examinado detenidamente, y de no remitirse en modo alguno a la opinión ni a la buena fe de los demás, si queremos evitar ser engañados. *Entre todos los prejuicios, ninguno hemos podido observar que fuera más apto para nuestro empeño que aquél que comúnmente se tiene sobre la Desigualdad de ambos sexos* (las cursivas son nuestras).⁷

Del texto reproducido podemos observar como el prejuicio en general, y con ello, el centrado en las mujeres es contrario al método y, por tanto, a la ciencia, debido a que no es susceptible de ser expuesto al rigor de la regla de la evidencia cartesiana. Siguiendo a de la Barre, cuyo criterio es compartido por nuestras autoras, suscribimos la tesis de que uno de los mayores prejuicios de ese entonces era la desigualdad entre los sexos, de ahí que al dejar sin piso este prejuicio —la consideración de la mujer ontológicamente inferior al hombre— que aparecía como el más fuerte y difundido, podía aplicarse dicho razonamiento para desmontar todos los demás. En resumen, Poullain de la Barre afirma que la supuesta inferioridad de la mujer en relación al hombre no se sustenta en la naturaleza⁸ —como lo sostenía por ejemplo Rousseau en su libro *Emilio o sobre la educación*, en el capítulo V atinente a la educación de Sofía—, por ello se trataría de un prejuicio.

Finalmente, con relación al tercer punto atinente a la Revolución francesa, Amorós y Cobo siguen a una figura descollante para el Feminismo en aquellos escenarios decimonónicos: Mary Wollstonecraft,⁹ quien sostuvo que la crisis del ancien régime, que como sabemos fue depuesto con la Revolución de 1789, supuso la crisis de la legitimación patriarcal. Lo que está al inicio de esta crisis es el hecho de que las mujeres dejaron libre su capacidad de juzgar, ese *bon sens* y con esto son claramente aptas para la

7 *Ibid.*, p. 100.

8 Las autoras, siguiendo a de la Barre, expresan: “La igualdad es uno de los rasgos definitorios del estado natural. Las únicas diferencias existentes entre los individuos se refieren a la fuerza. La igualdad entre los sexos es total. La única diferencia ‘comienza y cesa en la fecundidad’”, *ibid.*, p. 111.

9 Filósofa de origen británico que escribió *Vindicación de los derechos de la mujer*, en el cual, entre otros argumentos, expone que las mujeres no son inferiores por naturaleza al hombre. Vale destacar que Wollstonecraft perteneció al Círculo de los Radicales, al que pertenecían también figuras de primer orden como Thomas Paine.

comprensión del lenguaje revolucionario ilustrado. Por eso las mujeres reclaman su participación en el debate público, de modo que cuando constatan que las premisas ilustradas no les son aplicadas, estas se revelan ante los hombres con postulados que ellos sostenían en su lucha contra el viejo régimen, y la tiranía aristocrática, por tanto la reivindicación feminista es de total cuño democrático al pedir un trato igualitario. En el texto, también destacan entre las voces que sumaron a la vindicación de los derechos de la mujer a Condorcet, quien sostuvo: “Los hechos han probado que los hombres tenían o creían tener intereses muy diferentes de los de las mujeres, puesto que en todos lados han hecho contra ellas leyes opresivas o al menos establecido entre los dos sexos una gran desigualdad”.¹⁰

En el trabajo reseñado se menciona además el aporte de enorme importancia para la vindicación, como lo fue la “Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana” de 1791, de Olympe de Gouges, quien, como lo sostienen las autoras, utilizaba los argumentos revolucionarios que apelaban a la naturaleza como paradigma para deslegitimar la sociedad estamental jerarquizada, irracionalizando así la jerarquía patriarcal.

En síntesis, Celia Amorós como Rosa Cobo señalan de modo apropiado como los pensadores —mujeres y hombres señalados— utilizaron los argumentos ilustrados y sus pretensiones de igualdad y universalidad para fundamentar su posición en contra del trato desigual, y con ello vindicar los derechos de las mujeres, poniendo especial énfasis en el derecho a recibir una educación igual que la de los varones. El inicio de un verdadero cambio en la situación de estas empieza por ahí, precisamente; allí radica la importancia a la crítica del Emilio de Rousseau.

10 Celia Amorós y Rosa Cobo, *op. cit.*, p. 118.



Beatriz Preciado

Manifiesto contra-sexual

Por Giovanna Tipán Barrera *

Si se considera un/a lector/a clásico/a que gusta de una lectura convencional, sin mayores emociones, el *Manifiesto contra-sexual* no es un texto recomendado. Sin embargo, si su visión de la realidad busca ampliar el horizonte de lo heteronormativo y considera que la dualidad hombre/mujer no es y no tiene por qué ser una norma escrita, entonces, sugerimos la Ópera Prima de Beatriz Preciado.

Preciado, filósofa española, irreverente, rebelde, activista, ícono del movimiento *queer*, profesora de la Universidad París VIII, centra su Manifiesto con ácido humor en el mundo heterocentrista. Preguntada sobre el *leitmotiv* del Manifiesto, Preciado resume “en la época cuando yo estaba en un departamento de arquitectura, estudiaba con Derrida y publiqué mi primer libro, que fue sobre los consoladores”, y es precisamente, lo que Preciado llama consoladores, que el Manifiesto centra su reivindicación biopolítica: el dildo. “El lado barato y de usar y tirar el dildo desmitifica el vínculo habitualmente establecido entre el amor y el sexo entre reproducción de la vida y placer (...) el amor se va, el amor vuelve, las parejas sexuales van y vienen, pero el dildo siempre está ahí, como superviviente del amor. Como el amor, es tránsito, y no esencia”, así el *Manifiesto contra-sexual* se convierte en una apología a la subversión sexual y política.

Preciado concentra el *Manifiesto contra-sexual* en cuatro capítulos. El primero dedicado a entender la contra-sexualidad; el segundo nos introduce a las prácticas de inversión contra-sexual; el tercero, habla sobre las teorías

* Licenciada en comunicación social para el desarrollo, Universidad Politécnica Salesiana de Quito, Ecuador. Magíster Artis en cooperación internacional y gestión de proyectos, Instituto Universitario Ortega y Gasset, adjunto a la Universidad Complutense de Madrid, España. Es activista social vinculada al movimiento feminista en América Latina y El Caribe, a través del Programa de Apoyo a las Redes de Mujeres de la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC). Correo electrónico: giovannatipan@gmail.com

donde nos invita a conocer la lógica del dildo, los juguetes sexuales, la industrialización de los sexos, y las tecnologías del sexo; finalmente, Preciado concluye con el cuarto capítulo con ejercicios de la lectura contra-sexual.

Para Preciado, la contra-sexualidad “no es la creación de una nueva naturaleza sino más bien el fin de la Naturaleza. La contra-sexualidad es. En primer lugar: un análisis crítico de la diferencia de género y de sexo, producto del contrato heterocentrado. En segundo lugar: apunta a sustituir este contrato social al que denominamos Naturaleza por un contrato contra-sexual. En el marco del contrato contra-sexual los cuerpos se reconocen a sí mismos no como hombres o mujeres sino como cuerpos parlantes. La contra-sexualidad es una teoría del cuerpo que se sitúa fuera de las oposiciones hombre/mujer, masculino/femenino, heterosexualidad/homosexualidad. La contra-sexualidad supone que el sexo y la sexualidad (y no solamente el género) deben comprenderse como tecnologías socio-políticas complejas; que es necesario establecer conexiones políticas y teóricas entre el estudio de los aparatos y los artefactos sexuales y los estudios socio-políticos del sistema sexo/género”.

A partir de la concepción de la contra-sexualidad lo aprendido de la diferencia entre sexo y género se desvirtúa. De siempre nos han enseñado, el sexo como una condición natural, biológica, y al género como una construcción socio-cultural. La historia de las mujeres ha girado en torno al cuidado de los hijos/as y de la casa; mientras que al hombre se le ha asignado el rol de proveedor. La diferencia entre sexo y género fue debatida ampliamente en la década de los noventa, por Judith Butler. Su pensamiento afirma que tanto el sexo como el género son algo construido, ni tan siquiera el sexo, al que consideramos biológico, es natural. ¡Menuda decepción! Butler inaugura lo que se conoce como teoría queer, teoría que será impulsada posteriormente por Preciado. Lo queer sostiene que no existen roles sexuales inscritos en la masculinidad o feminidad, en nuestra naturaleza humana. Si apostamos nuestros deseos por la teoría queer estamos en capacidad de ejercer varios papeles sexuales que no nos clasifican en la dualidad hombre/mujer, heterosexual/homosexual. De ahí que la lectura de la Ópera Prima de Beatriz Preciado se constituye en el quiebre perfecto de la heteronormatividad dominante desde hace siglos.

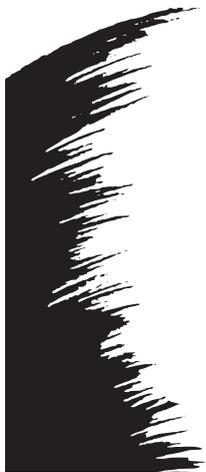
El *Manifiesto contra-sexual*, en su primer capítulo, nos invita a conocer a lo largo de trece artículos los Principios de la sociedad contra-sexual. “Artículo 1: La sociedad contra-sexual demanda que se borre de las

denominaciones “masculino” y “femenino” correspondientes a las categorías biológicas (varón/mujer, macho/hembra) de la carne de identidad, así como todos los formularios administrativos y legales de carácter estatal. Los códigos de la masculinidad y de la feminidad se convierten en registros abiertos a disposición de los cuerpos parlantes en el marco de contratos consensuados temporales”. Estas líneas se convierten en un sólido ataque al pensamiento convencional que refuerzan el artículo 3: “la abolición del contrato matrimonial y de todos sus sucedáneos liberales, como el contrato de parejas de hecho o el PACS que perpetúan la naturalización de los roles sexuales. Ningún contrato sexual podrá tener como testigo al Estado”. Subversiva. Revolucionaria. Beatriz Preciado ratifica su irreverencia.

Preciado, discípula del maestro Jaques Derrida, deconstruye en cada uno de los párrafos lo natural: “en una sociedad en la cual los gurús de la cirugía cosmética van imponiéndose de tal manera que considera que ya todos estamos operados/as por tecnologías sociales muy precisas”, por lo que Preciado propone ciertas formas de resistencia contra-sexual en lugar de seguir en la nostalgia de “viejas ficciones de naturaleza”, señala Marie-Hélène Bourcier en el prefacio del *Manifiesto contra-sexual*.

Siguiendo a Foucault, Preciado enfatiza en la biopolítica, biotecnología y biopoder. Nos ubica en las formas cómo el poder, la política y las tecnologías atraviesan nuestra vida. “Es así como después de la guerra, el Capital, el más grande de los sistemas prostéticos, se puso a devorar y a comercializar las producciones de la identidad sexual. Tanto los objetos de consumo ordinario como las piernas prostéticas y los pechos de silicona se producen ahora a escala industrial, siguiendo procesos semejantes de diseño, producción y venta. Los cuerpos hacen culturismo, se re-configuran, se chutan, se irradian, se plastifican, se vitaminan, se hormonan. Las performances de género pertenecen a este nuevo cuerpo del Capital, son el nuevo mecanismo de reproducción sexual-industrial. El éxito de la nueva máquina capitalista depende de su capacidad para poner la plasticidad de los materiales y los cuerpos al servicio de la producción el nuevo consumidor”.

A lo largo del libro, Preciado asume a lo masculino y femenino como conceptos biopolíticos, propone y analiza una nueva sexualidad, crítica de la tradición heterosexual. Para Preciado, la asignación sexual tiene que ver con una estética del cuerpo, de la sexualidad, que sobre todo tiene que ver con criterios visuales. “El cuerpo es múltiple, el cuerpo es plástico que no puede reducirse, tiene multiplicidad de expresiones que no se pueden reducir únicamente a lo femenino y masculino. La categoría de género se inventa para reducir esa multiplicidad a la feminidad y masculinidad. A partir del



s. XVII el sexo se convierte en un objeto del poder, en un objeto de normalización de la sociedad, en un objeto de técnica política. La modernidad inventó la homosexualidad o heterosexualidad como identidad sexual normativa o perversa”.

En una de sus recientes obras, *Pornotopía. Arquitectura y sexualidad en 'Playboy' durante la guerra fría*, Preciado expone cómo la pornografía nos propone pedagogías de la sexualidad, no representa la realidad del sexo sino que opera como una máquina performativa que produce modelos de sexualidad. Nos dice cómo exactamente utilizar los órganos, en qué situaciones, con quién, en qué lugares, establece una serie de distinciones entre espacios públicos y privados.

El *Manifiesto contra-sexual* es una lectura recomendada. Rompe esquemas y nos muestra otras miradas de comprender la sexualidad y, sobre todo, de plantear nuestras propias reivindicaciones biopolíticas, y así como diría la autora: “¡Afirmo la multiplicidad infinita del sexo!”, y ya Deleuze diría, también, que toda identidad es resultado de la diferencia.

Preciado propone un ejemplo de contrato contra-sexual:

“Voluntariamente y corporalmente, yo, renuncio a mi condición natural de hombre o de mujer, a todo privilegio (social, económico, patrimonial) derivados de mi condición sexual en el marco del sistema heterocentrado naturalizado.

Me reconozco y reconozco a los otros cuerpos parlantes y acepto, de pleno conocimiento, no mantener relaciones sexuales naturalizantes, ni establecer relaciones sexuales fuera de contratos contra-sexuales temporales y consensuados (...)

¿Firmaría? Ya en las primeras líneas advertimos que el Manifiesto contra-sexual no es para lectores/as convencionales.

Colaboradores

Pablo Alarcón Peña. Baccalaureus Artium en ciencias jurídicas y abogado por la Universidad San Francisco de Quito; diploma superior en derecho, mención derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar; magíster en derecho, mención derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar; doctorando en derecho (PhD), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente, secretario técnico jurisdiccional (e) Primera Corte Constitucional del Ecuador. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Universidad de Especialidades Espíritu Santo de Guayaquil. Correo electrónico: palarconpe@gmail.com.

Roxanna Arroyo Vargas. Abogada feminista, académica, investigadora en temas de derechos humanos de las mujeres e integrante activa del movimiento feminista en América Latina; presente en luchas a nivel internacional, regional y nacional en la defensa de los derechos humanos de las mujeres. Doctorado en derechos humanos, Universidad Carlos III de Madrid "Instituto Bartolomé de las Casas". Es consultora permanente del Programa Mujer, Justicia y Género del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Presidenta de la Fundación Justicia y Género. Profesora invitada de FLACSO, Ecuador. Profesora invitada de la maestría de estudios de la mujer, Universidad de Costa Rica, Universidad Nacional. Profesora de la Universidad Estatal a Distancia, de la maestría de estudios de la violencia social y familiar.

Ramiro Ávila Santamaría. Doctor en jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); máster en derecho, Columbia University (New York). Actualmente se desempeña como docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador y profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Profesor de constitucionalismo contemporáneo, teoría general de derechos humanos, sociología del derecho, garantismo penal, y género y derecho. Autor y editor de varias publicaciones, entre ellas: *Neoconstitucionalismo transformador* (Quito, 2011); *Derechos y garantías: ensayos críticos* (Quito, 2011); *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal* (Quito, 2009); *La protección judicial de los derechos sociales* (junto con Christian Curtis, 2009); *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de doctrina y derecho comparado* (Quito, 2008); *Neoconstitucionalismo y sociedad* (Quito, 2008). Correo electrónico: ravila67@gmail.com.

Jorge Benavides Ordóñez. Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Máster en derecho constitucional y máster en filosofía y cultura moderna, Universidad de Sevilla. Diploma superior en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctorando en derecho constitucional, Universidad de Sevilla. Profesor universitario. Correo electrónico: benavidesordonez@yahoo.es

Sancha Forero Caicedo García. Constitucionalista colombiana nacida en Titiribí, Antioquia. Abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; diplomada en relaciones de género del Programa Universitario de Estudios de Género de la UNAM; especialista en derecho público, Universidad Nacional de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

Danilo Caicedo Tapia. Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diplomado y master en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Editor y autor de varios libros de la Serie Justicia y Derechos Humanos – Neoconstitucionalismo y Sociedad, así como de otras publicaciones nacionales e internacionales. Catedrático universitario e investigador en temas constitucionales y de derechos humanos. Editorialista en varias publicaciones periódicas. Miembro del Colectivo Pro Derechos Humanos (PRODH). Asesor académico en la Fiscalía General del Estado. Correo electrónico: *danct242@gmail.com*.

María Gabriela Espinoza. Abogada, Universidad San Francisco de Quito, con subespecialización en derechos humanos; estudios de derechos humanos y derecho internacional humanitario, American University, y de prevención de violencia de género, Instituto Nacional Europeo de Formación y Consultoría. Candidata a magíster en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar. Becada para participar en el doctorado de derecho, Universidad de los Andes, Colombia.

Ana Lucía Herrera Aguirre. Feminista ecuatoriana, experta en derechos humanos, expresidenta de la Comisión de Transición.

Juan Montaña Pinto. Abogado y especialista en derecho público, Universidad de Externado de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; diplomado de estudios avanzados en derechos fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid; máster en historia del derecho, Universidad Messina; doctor en derecho constitucional, Universidad de Alicante. Actualmente, director ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). Correo electrónico: *biofilopanclasta1971@gmail.com*

Blanca Rodríguez Ruiz. Profesora de derecho constitucional en la Universidad de Sevilla. Obtuvo su doctorado en derecho en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, Italia, y realizó estudios posdoctorales en la Universidad de Frankfurt am Main, en Alemania. Ha sido también investigadora invitada en el Instituto de Género de la London School of Economics. Correo electrónico: *blancarr@us.es*.

Giovanna Tipán Barrera. Licenciada en comunicación social para el desarrollo, Universidad Politécnica Salesiana de Quito, Ecuador. Magíster Artis en cooperación internacional y gestión de proyectos, Instituto Universitario Ortega y Gasset, adjunto a la Universidad Complutense de Madrid, España. Es activista social vinculada al movimiento feminista en América Latina y El Caribe, a través del Programa de Apoyo a las Redes de Mujeres de la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC). Correo electrónico: *giovannatipan@gmail.com*

Elizabeth Vásquez Blasco. Abogada y activista GLBT. Fundadora del proyecto Transgénero Quito.

umbral

Revista de Derecho Constitucional

Política editorial &
normas de publicación

Política Editorial & normas de publicación

Política Editorial

Umbral, revista de publicación semestral, recibe artículos entre octubre y noviembre para incluirlos en la primera edición del año, y entre abril y mayo para la segunda edición. Los artículos deben ajustarse a la política editorial y a las normas de publicación.

De preferencia los artículos deben presentar resultados o avances de investigación en derecho constitucional ecuatoriano y comparado, derechos humanos. También se aceptan ensayos sobre teoría del derecho o historia del derecho constitucional sustentados en bibliografía especializada, análisis de coyuntura nacional o internacional con orientación académica.

Las secciones de revista *Umbral* son las siguientes:

- **Debate & Reflexión.** Incluye artículos cuyo enfoque motiva la discusión sobre la base de argumentos del pensamiento y realidad nacional e internacional.
- **Jurisprudencia.** Presenta artículos de la jurisprudencia como fuente del derecho, criterios de interpretación de las normas, instrumentos jurídicos, etcétera.

- **Reseñas.** Presenta reseñas o comentarios críticos sobre libros relacionados con las ciencias jurídicas, derechos humanos u otras disciplinas de las ciencias sociales.

Para la selección de los artículos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Normas de Publicación

1. Criterios de admisibilidad y elegibilidad de los artículos

- Idioma. Español.
- Calidad. Serán escogidos aquellos cuya calidad técnica, carácter crítico e innovador y relevancia del tema desarrollado se destacan.

2. Autoría

- El artículo debe ser original.
- En el caso de artículos no inéditos, es decir, que han sido publicados anteriormente, el autor o autores son responsables de gestionar la respectiva autorización y remitir las referencias de la publicación previa a la Coordinación de Publicaciones del CEDEC.

- El autor debe autorizar expresamente su publicación.
- Se indicará claramente el título del trabajo, luego del cual irán el o los nombres y apellidos del autor o autores.
- Junto al trabajo, el autor o autores enviarán su hoja de vida abreviada.

3. Consideraciones generales

- El título del artículo no contendrá más de diez palabras. Los editores se reservan el derecho de modificarlo previo acuerdo con el autor.
- Los artículos incluirán un resumen del contenido de no más de 10 líneas, y un máximo 5 palabras clave (*key words*) que describan globalmente los temas tratados.
- Deben estar escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word versión 2010 (o inferiores), con tipo de letra Calibri, tamaño 12 puntos, en una sola cara a espacio sencillo.
- Extensión del artículo:

Detalles	Extensión Mínima	Extensión Máxima
Páginas	10	20
Palabras	5.000	10.000
Caracteres sin espacios	30.000	60.000
Caracteres con espacios	34.000	68.000

- Los gráficos y diagramas que contengan los artículos se enviarán con archivos de respaldo en cualquiera de los formatos siguientes: jpg, eps, gif o psd.
- Se recomienda indicar con claridad la jerarquía de títulos y subtítulos. Por ejemplo:

Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

César Landa Arroyo

Derechos procesales

1. Naturaleza del derecho procesal constitucional
2. Debido proceso y tutela judicial efectiva
3. Debido proceso
 - 3.1. Concepto
 - 3.2. Dimensiones: debido proceso formal y sustantivo
 - 3.3. Diferencia con el derecho a la tutela judicial efectiva
 - 3.4. Ámbito de aplicación
 - 3.5. Derechos integrantes del debido proceso
 - 3.6. Principios integrantes del debido proceso
4. Derecho a la tutela judicial efectiva

El autor o autores deben consignar su dirección y demás datos de ubicación, con el propósito de notificar la recepción de los trabajos, así como cualquier otro requerimiento del CEDEC.

4. Elaboración de bibliografía o lista de textos consultados

Estas pautas sirven para las referencias bibliográficas que van como notas al pie, o como bibliografía final, en revista *Umbra*l.

El ejemplo siguiente corresponde a una entrada sobre un libro escrito por un solo autor. Se presentan los componentes con una estructura lógica y puntuación, de la que se derivan las otras formas con sus respectivas variantes de elaboración de bibliografía.

Apellido del autor, Nombre del autor.
Título del libro (a partir de la segunda, incluir el dato de la edición). Lugar de publicación, editorial, año de publicación.

a) *Un solo autor*

Gargarella, Roberto. Los fundamentos legales de la desigualdad. *El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.

b) *Una antología o compilación*

Ávila Santamaría, Ramiro, ed. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Acosta, Alberto y Esperanza Martínez, comps. *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. Quito, Abya-Yala, 2009.

c) *Dos o más libros escritos por el mismo autor*

Bobbio, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2000.

_____. *El tercero ausente*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1997.

d) *Dos o tres autores*

Courtis, Christian y Ramiro Ávila Santamaría. *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Pastor, Viciano, Julio César Trujillo y Agustín Grijalva. *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

e) *Más de tres autores*

Wray, Alberto *et al.* *Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado*. Quito, Abya-Yala, 1993.

f) *Un trabajo publicado en una antología*

Martínez Dalmau, Rubén. “De Punto Fijo a la constituyente. Los bolivarianos,

entre la acción y la reacción”. *Venezuela, a contracorriente. Los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*. Coord. Juan Torres López. Barcelona, Icaria, 2006

5. Artículos en publicaciones periódicas

Para el caso de los artículos escritos en publicaciones periódicas (diarios, revistas, especializadas, etc.) las entradas tienen —y de aquí se derivan todas las otras formas— los componentes siguientes.

Apellido del autor, Nombre del autor.
“Título del artículo”. *Nombre de la publicación* (lugar de publicación), número (fecha de publicación): número de las páginas en las que se encuentra el artículo.

a) *Publicación académica con paginación diversa en cada número*

Domènech, Antoni. “Ortega y el ‘niño mimado de la historia’. O qué se puede aprender políticamente del uso incongruo de una metáfora conceptual”. *Revista Sin Permiso* (Barcelona), 2 (2007): 77.

b) *Publicación académica con paginación continuada a lo largo de todo un volumen*

Seijas Rengifo, Teresa de Jesús. “The disregard of the legal entity”. *Revista de Derecho y Ciencia Política* (Lima), 64.1-2 (2007): 399.

En este caso el “64.1-2” significa “volumen 64”, “números 1 y 2”.

c) *Publicación académica identificada solo por número*

Welp, Yanina. "El referendo en América Libre. Diseños institucionales y equilibrios de poder". *Revista Nueva Sociedad* (Buenos Aires), 228 (2010): 26-42.

d) *Artículo en una revista*

Rojas Bolaños, Manuel y Rotsay Rosales Valladares. "Democracia electoral y partidos políticos en Centroamérica. Heterogeneidad y trayectorias inciertas". *Revista Sistema* (Madrid), 208-209 (enero 2009): 193-209.

6. Trabajos de otras fuentes

a) *De Internet*

Sandoval Carrión, Iván. "Ver morir a Froilán". Editorial. *El Universo* (12 octubre 2010). Internet. www.eluniverso.com. Acceso: 16 junio 2011.

"Gerardo Pisarello". Internet. www.trotta.es. Acceso: 15 abril 2011.

"El alza de tarifas llegó a las cortes". *El Comercio* (17 junio 2011) Internet. www.elcomercio.com. Acceso: 18 junio 2011.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Internet. www.uv.es. Acceso: 13 abril 2011.

b) *De un correo electrónico (e-mail)*

Cortez, Laura. Correo electrónico al autor. 23 abril 2011.

Montaña, Juan. "Sobre el constitucionalismo en Ecuador". Correo electrónico a Dunia Martínez. 17 junio 2011.

7. Textos normativos

Las referencias de textos normativos nacionales indicarán, en la primera referencia, el título de la ley en cursivas, el número de Registro Oficial y la fecha de publicación. En caso de referencias normativas internacionales se indicará el título de la norma en cursivas y, en lo posible, el año de publicación.

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

Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989, Conferencia General de la OIT, ratificado por el Ecuador el 15 mayo 1998.

Las referencias de sentencias deberán contener al menos los siguientes datos: Institución y país, tipo de acción, número, año, página o páginas y juez ponente.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 001-10-SIN-CC, 2010, p. 59, juez ponente: Patricio Pazmiño Freire.

Las referencias de sentencias reiteradas contendrán a más de la información arriba indicada una frase indicativa.

Jurisprudencia reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-424 de 1992, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz; T-596 de 1992, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón; T-273 de 1993, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

8. Uso de varios recursos

a) *Notas al pie de página*

Se presentarán de acuerdo con la estructura

indicada en “Elaboración de bibliografía o lista de textos consultados”.

b) *Citas consecutivas*

Cuando la nota o cita bibliográfica corresponde al mismo autor y obra citada anteriormente, se utilizará el latinismo *ibíd.*, que significa ‘allí mismo, en el mismo lugar’.

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1985, p. 39.

Ibíd.

Ibíd., p. 95.

c) *Citas textuales de hasta cuatro renglones*

Se escribirán entre comillas y seguido al texto. Ejemplo:

En su análisis de las decisiones discrecionales, por ejemplo, Joel Handler ha mostrado en qué forma “la dominación que surge de las exigencias de la tarea burocrática encuentra un hogar acogedor en las ideologías de las profesiones”.

d) *Citas textuales de más de cuatro renglones*

Cuando las citas textuales excedan los cuatro renglones, deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra menor (un punto menos), con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después. Si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes. No hace falta utilizar comillas. Ejemplo:

Por tanto, y como bien señala Claudia Mosquera:

Las acciones afirmativas son más una llamada de atención a la sociedad como

conjunto que ha practicado el olvido, y que ha permanecido en silencio o en la indiferencia ante el hecho de que un buen número de ciudadanos y ciudadanas racializadas permanezcan en situaciones de exclusión pudiendo aportar mucho más al desarrollo, a la profundización de la democracia y a la convivencia social en el país.

e) *Cursiva*

- En locuciones latinas. Por ejemplo:

In dubio pro homine

Pacta sunt servanda

Ratio decidendi

- Palabras en otros idiomas. Por ejemplo:

Affaire

Leitmotiv

Sumak kawsay

- Cuando se quiera resaltar o poner énfasis en alguna palabra o idea. Por ejemplo:

Sin embargo, cuando se dice que *el juez es un actor político*, el término “político” se refiere a la posibilidad del juez de *ser actor por sí mismo*, es decir de actuar con relativa libertad en su proceso interpretativo del Derecho...

Su utilización será excepcional dentro del texto. No se utilizarán negrillas ni subrayados.

f) *Abreviaturas (recomendadas)*

capítulo, cap.

compárase, cf.

compilador, comp.

edición o editor, ed.

ibídem, *ibíd.*

número, n.º

obra citada, *op. cit.*

organismo no gubernamental, ONG
página, p.
páginas, pp.
por ejemplo, p. ej.
tomo, t.
traducción o traductor, trad.
volúmenes, vols.
y otros, *et al.*
y siguientes, ss.

g) Siglas

Para la escritura de siglas se utilizará la primera vez el nombre completo a la que hace referencia, y a partir de la segunda mención a dicha sigla, abreviaturas en mayúsculas. Por ejemplo:

En agosto de 2009, los directivos del Fondo Monetario Internacional (FMI) se reunieron para discutir sobre la situación económica que atraviesa América del Sur, como consecuencia de la crisis mundial.

De acuerdo con sus atribuciones, el FMI considera oportuno pronunciarse ante...

En las abreviaturas de más de 5 letras se utilizarán la letra inicial en mayúscula y las restantes en minúsculas. Por ejemplo:

Mercosur
Unasur
Unesco

9. Consideración final

Con el fin de asegurar de que las publicaciones alcancen los fines propuestos con el más alto nivel, el CEDEC por intermedio de la Coordinación de Publicaciones evaluará los trabajos y realizará las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crea necesarias.

El comité editorial de revista *Umbral* seleccionará los artículos por medio del sistema doble ciego (*peer review*).

10. Recepción de los artículos

Se remitirán a la dirección electrónica siguiente: publicaciones@cce.gob.ec.

También podrá remitirse en CD-ROM a la dirección postal:

Corte Constitucional del Ecuador

Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional
(CEDEC)

Av. 12 de Octubre y pasaje Nicolás
Jiménez, edf. Nader, piso 3.
Quito - Ecuador

— umbral —

umbral

El valor de la Constitución ecuatoriana de Montecristi consiste en que reconoce por primera vez en el país, en el nivel constitucional, el carácter heterocentrado e injusto de este pacto político liberal y eleva a la categoría de principio fundamental y transversal de la acción del Estado ecuatoriano la eliminación de este orden patriarcal y la igualdad material de todas las personas; propósito en el cual los jueces cumplen o deberían cumplir un rol central.

Conscientes de ese déficit jurisdiccional, que en buena medida refleja el estado de la cultura jurídica ecuatoriana, y sabiendo que las revoluciones culturales son lentas y difíciles, la Corte Constitucional a través de su Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) ha planteado la necesidad de reconstituir el debate y la reflexión, que la sociedad ecuatoriana parece haber dejado de lado en función de las coyunturas políticas y electorales, sobre el problema de la igualdad y, particularmente, sobre la situación real de las demandas de las mujeres y de las personas que tienen y luchan por el reconocimiento de una diversa condición sexo genérica en el país.

