

Honorables Miembros
Corte Constitucional del Ecuador

Asunto. Escrito de Amicus Curiae para el proceso 105-20-IN sobre despenalización del aborto por violación; con copia a los procesos 109-20-IN, 115-20-IN, 105-20-IN y 0034-19-IN que también versan sobre la despenalización del aborto por violación.

Ana María Goetschel, en mis propios derechos, con cédula de identidad No. 17 03411767, de profesión historiadora y docente universitaria, de estado civil casada, con domicilio en el cantón Quito, ante ustedes respetuosamente comparezco y presento ante su autoridad el presente AMICUS CURIAE, amparada en lo dispuesto en la Constitución de la República en su artículo 88 en relación con los artículos 12, 39, 40 y 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El presente AMICUS CURIAE lo presento en el marco del proceso 105-20-IN sobre despenalización del aborto por violación. Asimismo, me gustaría enviar copia de mi intervención a los procesos 109-20-IN, 115-20-IN, 105-20-IN y 0034-19-IN que también versan sobre la despenalización del aborto por violación.

El propósito de este Amicus es aportar información que debe ser considerada a la hora de resolver en torno a la despenalización del aborto en casos de violación.

Mi interés en la causa surgió por los siguientes aspectos derivados de mi investigación histórica sobre el aborto en la primera mitad del siglo XX:

1) La judicialización y criminalización de las mujeres que abortan es un hecho inédito en la historia del Ecuador. que se hizo efectivo a partir de la promulgación del Código Integral Penal (COIP) en 2014. Históricamente, como mostraré más adelante, las mujeres no fueron apresadas por abortar, salvo casos puntuales en los que había una acusación particular de por medio, aun cuando muchos abortos se llevaban a cabo en la clandestinidad de las familias y con riesgo de muerte. Si bien las mujeres que abortaban no eran sancionadas penalmente y recibían la atención y el cuidado de sus pares, no lograban escapar a la sanción y el castigo moral impulsado desde la Iglesia.

2) La despenalización del aborto por violación ha estado debatiéndose en el ámbito jurídico desde hace ochenta años. En la década del cuarenta del siglo XX se empieza a interrogar sobre si el aborto es o no un delito, y algunos juristas plantean que no debería ser punible. Por esto se hace necesario modificar esta legislación con criterios menos apegados a los de una sociedad tradicional, pre moderna, de índole moralista, tomando en cuenta criterios más acordes con los derechos humanos y a las nuevas concepciones jurídicas orientadas a considerar las relaciones de género. Es injusto que mujeres y niñas que han sufrido violación sean forzadas a una maternidad no deseada y que si deciden interrumpir sus embarazos sean criminalizadas. Esto se discutió ya hace ochenta años, en un contexto distinto al actual. Pero ayer y más aún ahora, cuando aparentemente se han dado paso a una sociedad más abierta y avanzada en criterios, la penalización del aborto por violación supone una doble injusticia que contradice una verdadera democracia y un estado de derecho.

DESARROLLO DE LOS ARGUMENTOS

1. EL ABORTO EN LA HISTORIA

A pesar de la constatación de los estudiosos del tema de que el aborto se realizaba con frecuencia en el pasado, casi nunca era juzgado por la ley, en parte porque era objeto de sanciones morales y en parte porque las mujeres que se veían obligadas a abortar muchas veces lo hacían bajo el amparo de sus familias. Las mujeres ejercían esta práctica constantemente: para salvar el honor personal y familiar, por razones de salud y de aceptación social, para evitar concebir niños malformados, por condiciones sociales y económicas, por incestos y violaciones, o porque así lo querían. Se lo practicaba en los espacios privados, al margen de la opinión pública y sin que haya una intervención directa del Estado. En la práctica, fue asumido como algo que competía a la familia, el honor familiar y a las mismas mujeres. No existen registros de criminalización de las mujeres por abortar, salvo contadas excepciones, a diferencia de lo que sucede ahora con la vigencia del COIP 2014. Los pocos casos y juicios encontrados como resultado de nuestra indagación de archivo tienen en común un hecho flagrante: el fallecimiento de las mujeres que eran sometidas a intervenciones por médicos o parteras, o una acusación particular que involucraba a una mujer o a personas como actoras o como encubridoras de un aborto.

El juicio a Carmela Granja y Rosa Delia Acuatías en 1938 (que consta de 5 cuerpos y alrededor de 450 folios) es uno de los pocos casos que se ha encontrado en el Ecuador de la primera mitad del siglo XX en que una mujer que practicaba el aborto fue juzgada y llevada a prisión acusada por la muerte de a quien trataba.

El hecho conmocionó a la ciudad de Quito y dio lugar a debates y discusiones con intervención de la prensa y distintos actores sociales. En el juicio se puede ver cómo se va construyendo una trama, en la que la acción de los jueces, los médicos y los criminalistas se complementa con la acción de la Iglesia y de los medios.

A partir de la figura de Carmela Granja, de la conversión de su casa en “La Casa del Crimen”, se persigue, criminaliza y castiga a las llamadas “empíricas” esto es a las mujeres que a lo largo del tiempo habían acompañado las labores de parto y problemas de salud reproductiva fuera del campo médico. También se produce la imagen de Rosa Delia Acuatías como la de la mujer pobre, aunque de familia “conocida”, caída en desgracia moral debido al aborto y a su condición de conviviente. Pero también la imagen de una mujer criminal, porque como tal se le considera más allá de su muerte. De acuerdo al Arzobispo de Quito de esa época, una mujer como esa es parricida, no merece ser llorada, no es digna de misericordia. La justicia terrenal se complementa, de ese modo con la justicia divina.

Me ha parecido importante referenciar este juicio porque permite (aunque sea suscitamente) vislumbrar los cruces entre el andamiaje legal y el andamiaje moral que servían de base al tratamiento de los casos de aborto. En las argumentaciones se puede observar claramente las inequidades y la violencia de género y clase propios de una época donde la vergüenza y el deshonor femenino, comprometían el honor masculino y de las familias y que actuaban, a modo de supervivencias, en una sociedad que pretendía ser moderna, sin realmente serlo, como la del Quito de ese entonces.

Han pasado 82 años del caso y en la actualidad continúa vigente una ley que criminaliza el aborto, que hace que sea producido de manera clandestina y que conduce al dolor y la muerte de mujeres y niñas.

2. EL ABORTO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

Pongo en conocimiento de los H. Miembros de la Corte Constitucional un breve resumen por ser parte de la historia jurídica del Ecuador y porque contribuye a fundamentar mi argumentación. El primer código (1837) durante la administración de Vicente Rocafuerte (1837), traza de forma directa un proyecto de gobierno que intenta separar la moral pública de los delitos contra los particulares, planteando el principio liberal de la división entre lo público y lo particular. El aborto está incluido en los delitos contra las personas. Llama la atención que es el único código que no penaliza a las mujeres sino a los que les practicaban el aborto.

¿Cuál fue la razón? ¿Se produjo porque las mujeres eran consideradas sujetos sin decisión propia o porque se entendía que el espacio en el que se definían cuestiones como el control de la sexualidad y como parte de eso el aborto, escapaba a la intervención del Estado? ¿Se puede conjeturar que en esos años el Estado no estaba en condiciones de controlar los espacios domésticos y que lo que regía en el interior de esos espacios era la autoridad del padre de familia? En todo caso, la ley establecía que cuando se producía el aborto sin consentimiento de las mujeres, los causantes podían tener una prisión de dos a seis años y si lo hacían con consentimiento, el tiempo de prisión era de uno a cuatro años. Las penas se agravan (condena a obras públicas de seis a 10 años) si los causantes eran médicos, cirujanos, boticarios o comadrones.

Durante la administración del presidente Gabriel García Moreno (1859-1875) rigió a partir de 1872 un nuevo Código Penal y de Enjuiciamiento Criminal. El aborto se incluye en este código en la "sección de los crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moral pública". Se deja entonces de considerar el aborto como parte de los delitos "particulares", o para ser más precisos, el espacio privado pasa a ser parte de las preocupaciones del Estado católico. Además de las penas contra quienes hubieran intencionalmente o no participado en el hecho, aparece la mujer como sujeto del delito de aborto. En el Art. 374 se dice: "La mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se la haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será castigada con una prisión de uno a cinco años y con una multa de 20 a 100 pesos". Se plantea un atenuante y una baja de la condena en el caso de que haya sido producido por una realidad de apremio moral: "Si lo hiciera para ocultar su deshonor, será castigada con seis meses a dos años de prisión."

Al comparar los códigos de 1872 y de 1906, se ve que existe una gran semejanza frente al aborto. A pesar de que el código liberal de 1906 tiene aspectos interesantes como la eliminación la pena de muerte, el aborto sigue siendo parte de la sección de los crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moral pública. Inclusive continúa el atenuante en el caso del aborto producido para evitar la deshonor, que es una supervivencia de una visión colonial del honor. Se debe tomar en cuenta que recién en la Codificación Civil de 1950 ya no se hizo distinción entre hijos legítimos, ilegítimos o naturales, aunque las reformas definitivas sólo se llevaron a cabo en 1970.

El Código Penal de 1938, expedido durante el gobierno de Alberto Enríquez Gallo, incluye al aborto en la sección de los delitos contra las personas y contra la vida. Es interesante porque introduce por primera vez las nociones de aborto terapéutico y eugenésico que continúan rigiendo en la actualidad.

En mi argumentación en contra de la punibilidad del aborto en casos de violación me parece valioso constatar que ya en la década del cuarenta del siglo XX, se introdujo la discusión sobre su no punibilidad, tal como se ve en las propuestas de los doctores Bolívar León y Jaime Barrera.

El Dr. Bolívar León, quien fue penalista del Instituto de Criminología, en 1942, amplía la no punibilidad del aborto en los casos de violación. Propone que el numeral 2 del Art. 423 del Código de 1938 sea modificado en el sentido de que el aborto no sería punible:

Si el embarazo proviene de una violación o si el padre o la madre fueran alienados.

Esta propuesta es interesante porque atiende dos aspectos: por un lado, elimina las palabras demente, idiota y estupro (que constaban en el Código de 1938) porque podían prestarse a confusiones jurídicas, y por otro lado separa el caso de violación sin exigir que sea cometido contra determinadas personas.

Por otra parte, el Dr. Jaime Barrera plantea, también en 1942, que cuando se produce el aborto como resultado de una violación no debía ser penado. Señala que la vida, procedente de una unión sexual, solo puede tener carácter sagrado, cuando el hombre y la mujer han engendrado y concebido en pleno uso de sus facultades y con su más amplio consentimiento. Según él, una mujer violada, deshonrada, debe tener perfecto derecho para destruir el fruto de la violación o de la deshonra, pues su maternidad le ha sido impuesta en la forma más inhumana posible:

“La ley no puede castigar un legítimo deseo de destruir el fruto de un embarazo deshonroso de la mujer que no lo ha querido. La ley no puede condenar a la deshonra permanente, o sea a la infamia, por amparar la vida de un ser que no significó amor y que no tiene padre ni puede tener madre” (Barrera 1942, 100)

De la misma manera, se comienza a debatir y a establecer la duda sobre la condición jurídica del aborto. El Dr. Jaime Barrera se pregunta ¿es un delito el aborto? Señala que si bien el aborto es un delito típico de la mujer, la evolución social, con toda su secuela de feminismo, igualdad de derechos para los sexos, eugenesia, control de la natalidad, libertad de amar, etc. ha traído una viva y no inútil discusión acerca de la delictuosidad del aborto, discusión que ha producido normas audaces y racionales en muchos códigos penales. También hace referencia a la desigualdad de condiciones de las mujeres:

“...la naturaleza y la sociedad colocan a la mujer en una situación hasta cierto punto trágica y desfavorable. La naturaleza porque hace de la mujer una víctima del amor en aras de la continuación de la especie; la actividad sexual de la mujer la ata en forma duradera, desde la concepción hasta el parto y la crianza ...El hombre no conoce nada de esto; el amor es para él un episodio pasajero...Luego, la sociedad exige de la mujer una conducta cercana a la santidad, que no puede romperse sino mediante la aplicación de una formalidad legal y religiosa. La mujer debe ir al matrimonio, es decir al hombre, con una pureza y una ignorancia de la vida sexual verdaderamente ejemplar. La que contraviene esta norma es una mujer perdida, cualquiera que haya sido la causa de su “caída”. La mujer casada debe obediencia plena y lealtad al hombre de quien es propiedad. El menor desliz da al hombre la facultad, reconocida en la Ley, de tomarse justicia por su propia mano. El hombre, en tanto, tiene plena libertad sexual antes del matrimonio, y después de él; sus “entretenimientos” extraconyugales son mirados como naturales” (Barrera 1942, 87).

Las condiciones negativas de las mujeres frente a las nuevas circunstancias ya estaban planteándose hace 80 años, como también la necesidad de establecer cambios debido a la doble moral existente para hombres y mujeres, que ayer como hoy desdice el concepto de igualdad.

Los códigos anteriormente reseñados permanecieron inalterables hasta 2014. El Código Integral Penal (2014) que rige actualmente en Ecuador no cambió la tipificación del delito de aborto con respecto al Código Penal de 1938. Este ya permitía el aborto

terapéutico y eugenésico. El actual Código lo único que hizo fue sustituir idiota o demente por “una mujer que padezca de discapacidad mental”, sin siquiera aprobar la despenalización del aborto en caso de violación.

Esta situación afecta principalmente a las jóvenes y niñas de Ecuador, país que tiene la segunda tasa de embarazo adolescente más alta de América del Sur, y donde 2 de cada 10 adolescentes embarazadas aseguran haber sido violadas en su entorno familiar íntimo.

Cuando han pasado 80 años de esas discusiones continúa vigente una ley que criminaliza el aborto, que hace que sea producido de manera clandestina y que conduce al dolor y a la muerte de tantas mujeres y niñas.

CONCLUSIÓN

En base a los argumentos expuestos en este Amicus Curiae, pido que se tome en cuenta mi pedido, declarando la inconstitucionalidad del aborto en caso de violación. Asimismo, que se disponga la reparación integral de las personas que han sido afectadas por esta ley.

Lo presentado permite ver que lejos de ser argumentos que sólo competen al pasado, evidencian situaciones que continúan actuando en el presente, como supervivencias del control punitivo y moral de las mujeres a lo largo del tiempo.

Creo que la historia es un recurso para la reflexión contemporánea y para realizar los correctivos a situaciones de injusticia social.

PETICIÓN

PETICIÓN 1. Que se tomen en cuenta los criterios desarrollados en este Amicus Curiae, y, por lo tanto, se acepte la acción de inconstitucionalidad en referencia, declarando la inconstitucionalidad del aborto en caso de violación. Asimismo, que se disponga la reparación integral de las personas que han sido afectadas.

NOTIFICACIONES

Notificaciones que me correspondan las recibiré en el casillero electrónico agoetschel@flacso.edu.ec


Ana María Goetschel

C.I. 17 03411767